

A IMUNIDADE TRIBUTÁRIA DE ITBI NA INCORPORAÇÃO DE IMÓVEIS POR SOCIEDADES *HOLDING*

THE ITBI OF TAX IMMUNITY IN REAL ESTATE MERGER BY HOLDING COMPANIES

HENRIQUE FERNANDES CAMPOS¹
QUERINO MALLMANN²

RESUMO

O fenômeno da globalização surgido no final do século XX transcendeu as fronteiras físicas entre os países, estreitando suas relações, principalmente as de comércio internacional. Grupos empresariais foram a solução encontrada para acompanhar o ritmo acelerado do mercado, uma vez que na acepção custo benefício se tornou mais viável em exercer as relações comerciais com outros países. Dentre as formas de estabelecer grupos empresariais, existe constituição de sociedades de participação, ou sociedades *holding*. Essa forma societária não exerce atividades operacionais, sendo sua atividade a participação e controle em outras sociedades empresárias que se vinculam pelo contrato social. Dessa forma, no caso da incorporação de imóveis em seu capital social deverão ser beneficiadas com a imunidade do ITBI – Imposto Sobre a Transmissão de bens Inter vivos, situação prevista no artigo 156, II, §2º, I da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. A ressalva trazida na parte final desse dispositivo consiste na exceção da imunidade, quando a sociedade exerce atividades imobiliárias, nesse contexto, haverá a incidência integral do ITBI. Porém essa restrição jamais se aplicará no tocante as sociedades de participação, haja vista que o seu pleno exercício é a participação e controle em outras sociedades vinculadas no contrato social, não realizando, portanto atividades operacionais, bem como as de caráter imobiliário. O óbice pelo fisco municipal não concedendo a imunidade às *holdings* acarreta, sem dúvidas, ofensa ao ditame constitucional da ordem econômica da livre iniciativa, assim como um gravame pelo que se denominou “Custo Brasil” para as empresas estrangeiras que queiram investir no Brasil.

Palavras chaves: Globalização. Grupos empresariais. *Holding*. Imunidade. Livre iniciativa. Custo Brasil.

ABSTRACT

The phenomenon of the globalization emerged in the late of the twentieth century transcended the physical borders between countries, strengthening their relations, especially the international trade relations. Business groups were the solution found to keep pace of the market, since the meaning money has become more feasible to exercise trade relations with other countries. Among the ways to establish business groups, there is formation of holding companies. This kind of corporate form does not exert operational activities, and its activity is the participation and control in others business partnership that are linked by the social contract. Thus, in case of incorporation of real estate in their capital they should be benefit by the immunity from the "ITBI" - Tax on the Transfer of goods "inter vivos", as provided on article 156, II, § 2, I of the Constitution of the Federal Republic of Brazil, 1988. The caveat brought in the final part of this article is the exception from immunity when the society exerts real estate activities, in this context, There will be the full impact of "ITBI". However, this restriction will never apply regarding the holding companies, considering that its full execution is the participation and the control in others related companies in the social contract, thus not performing operational activities as well as the character of real estate. The obstacle by the municipal tax authorities not granting immunity to the holding companies entails, undoubtedly, offense to the constitutional dictate of the economic order of free enterprise, as well as a peeve for what was called "Brazil cost" for foreign companies wishing to invest in Brazil.

¹Advogado. Graduado pelo Centro Universitário CESMAC. Especialista em Direito e Comércio Internacional pela Universidade Anhanguera UNERP. Pós-Graduado em Direito Notarial e Registral Predial pelo Centro de Estudos Notariais e Registrais, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coautor da obra “O plano diretor de Maceió, como instrumento de implementação da função social da propriedade urbana”, editora VIVA, 2014. e-mail: henrique_fc14@hotmail.com;

² Doutor em Direito (2005), Mestrado pela Universidade Federal de Alagoas (1999); Especialização pela Faculdade Porto Alegre, Porto Alegre/RS (1987); Graduação em Direito pela Universidade Federal de Alagoas (1994) e em Filosofia pela Faculdade Dom Bosco (RS,1984); Professor Associado da Universidade Federal de Alagoas, atuando nos cursos da Graduação e no Mestrado em Direito da UFAL, orientador de Dissertações de Mestrado, Projetos de Pesquisa de Iniciação Científica (PIBIC) e Inovação Tecnológica (PIBITI). Email: qmallmann@hotmail.com; <http://lattes.cnpq.br/2702091606416581>;

Key Words: Globalization - business groups - holding - immunity - free enterprise - Brazil Cost.

1. INTRODUÇÃO

Vislumbra no capítulo primeiro acerca do fenômeno da globalização surgido no final do século XX transcendeu as fronteiras físicas entre os países, estreitando suas relações, principalmente as de comércio internacional. Assim, as atividades empresariais desenvolveram para poder acompanhar o novo estágio em que se encontrava o mercado e, conseqüentemente, atender sua demanda.

Para tanto, um novo modelo de empresa surgiu objetivando melhores condições de produção e distribuição de seus bens, para terem melhores resultados no comércio global. A formação de grupos empresariais ensejou o binômio de custo benefício no balanço da atividade empresarial. Pois duas ou mais empresas se instalavam em diferentes localidades do planeta e estabeleciam suas responsabilidades trabalhando em conjunto.

Entretanto, esse vínculo se instrumentalizava, dentre outras formas, com a criação de sociedades *holdings*, ou sociedades de participação, com a fundamentação legal positivada no § 3º do artigo 2º da Lei 6.404/76. No capítulo segundo demonstra que a *holding* é uma forma societária não operacional que estabelece elos entre outras sociedades empresárias cujo detém participação nos contratos sociais, criando assim um grupo empresarial.

Acontece que, no ato de constituição da *holding* pode ocorrer a incorporação de imóveis para compor seu capital social e iniciar suas atividades de participação e controle em outras sociedades. Nesse caso, examina o terceiro capítulo, caso a referida sociedade integralize imóveis recai na situação descrita no suporte fático da imunidade de recolhimento de Imposto de Transmissão de Bens Inter vivos – ITBI, conforme artigo 156, II, §2º, I da Constituição de 1988.

Contudo, traz uma exceção da não incidência do tributo no caso da pessoa jurídica exercer atividades preponderantemente imobiliárias, devendo, se assim proceder, o recolhimento integral do ITBI. A preponderância dessas atividades foi estabelecida por meio de critérios objetivos positivados no Código Tributário Nacional, precisamente no artigo 37 e seus parágrafos.

Cravou-se que atividade preponderante só se constata após os três primeiros anos da constituição ou dois anos antes e depois da incorporação de imóvel pela sociedade, ademais a renda operacional das atividades imobiliárias devem corresponder a partir de 50% da pessoa jurídica. Logo, até configurar a situação acima descrita as sociedades deverão gozar da imunidade de ITBI.

Sucedo, entretanto, que a *holding* por não exercer atividades operacionais, jamais terá em seus cofres receitas operacionais, e que sua forma empresarial consiste na participação e controle de outras sociedades que são vinculadas pelo contrato social. Portanto, não cabe o fisco municipal negar a concessão de Certidão de Imunidade Tributária sob Condição Resolutiva, devendo ser de pronto deferida, seja pela exigência de apuração das atividades após o decurso temporal estabelecido pelo CTN, ou pela impossibilidade de exercer atividades imobiliárias por se tratar de uma sociedade de participação, não gerindo, portanto atividade operacional, conseqüentemente, não auferir receitas operacionais.

Tal óbice pelo fisco municipal, capítulo quarto, poderá constatar como ofensa ao ditame constitucional da ordem econômica, especificamente ao do exercício da livre

iniciativa, positivado no inciso IV do artigo 1º e *caput* do artigo 170 e parágrafo único da Constituição de 1988, bem como brota como gravame no que se denominou na ordem internacional de “Custo Brasil”.

2. DA FORMAÇÃO DE GRUPOS EMPRESARIAIS NO CONTEXTO DA GLOBALIZAÇÃO E DESENVOLVIMENTO DO COMÉRCIO INTERNACIONAL.

No final do século XX houve a consolidação do fenômeno que se denominou globalização. Possuiu como sua principal característica a firmação de uma política neoliberal oriunda do modo de produção capitalista. Teve como fatores determinantes a fragmentação da União Soviética e a queda do muro de Berlim, prevalecendo a ideologia econômica do capitalismo (CAPARROZ, 2012, p. 40-41).

Entretanto, muito além da interação econômica entre os países, a globalização elevou a figura do capital para um patamar central e absoluto na relação econômica internacional. Segundo Grau (2002, p.45), o fenômeno que realmente ocorreu foi o que denominou de globalização financeira, conforme suas palavras:

“A globalização decorre da terceira Revolução Industrial – informática, microeletrônica e telecomunicações -, realizando-se como globalização financeira. É isso que efetivamente surge de novo, a globalização financeira, que permitiu que o dinheiro deixasse de ser, definitivamente, um mero intermediário na troca entre valores de uso, exercendo uma função própria [...]”.

Conclui-se, portanto, o que houve realmente foi a globalização do capital, segundo assinala Caparroz (2012, p.40-41), *literis*:

“[...] consideramos que a globalização, em sua configuração atual, difere substancialmente daquela propiciada com a internacionalização do comércio: o que temos hoje é, acima de tudo, a globalização do capital, e não uma globalização de trocas como no passado.”

Assinalou Stober (2012, p.71), quanto a proporção de responsabilidade dos países em meio a nova faceta da independente economia mundial, em sucessivo:

“Simultaneamente, na era da regionalização e da globalização da economia já não é suficiente a responsabilidade do Estado. Embora todo o Estado possua soberania sobre o seu sistema econômico e possa decidir sobre a sua cooperação com outros Estados, a realidade econômica é a de que, por assim dizer, a economia se tornou independente, porque ela não se confina à economia nacional, mas se orienta aos mercados e, por isso, ultrapassa os limites da economia nacional. A partir deste ponto de vista, o problema da responsabilidade dos Estados culmina, nomeadamente, numa responsabilidade comunitária global.”

Corroborar com os apontamentos ora delineados, Castells (2011, p.147), afirmando que os principais elementos do processo de globalização foram a integração financeira; internacionalização dos investimentos; e a produções internacionais diretas. E dentro dessa perspectiva que o comércio internacional evoluiu no final do século XX, seguindo quatro tendências principais, quais sejam:

“a sua transformação setorial; sua diversificação relativa, com proporção cada vez maior de comércio se deslocando para países em desenvolvimento, embora com grandes diferenças entre países desenvolvidos; a interação entre liberalização do comércio global e a regionalização da economia mundial; e a formação de uma rede de relações comerciais entre firmas; atravessando regiões e países. [...] De fato a expansão do comércio mundial é, em geral, resultado da produção das MNC³, já que elas representam cerca de dois terços do comércio mundial, incluindo-se nessa fração um terço do comércio mundial entre filiais do mesmo grupo empresarial.(CASTELLS, 2011, p.148 e 160).”

Essa é a crescente tendência de conglomerados de empresas vinculadas entre si exercendo suas atividades econômicas no cenário do comércio internacional. Dessa feita, todas consequências dos efeitos da globalização permitiu a inserção das pequenas empresas nesse contexto. Entretanto, para Caparroz (2012), as pequenas empresas são submetidas ao poderio econômico⁴ das chamadas transnacionais, que terminam por concentrar a atuação nas relações econômicas internacionais. E o referido autor assevera ainda que “por conta desse cenário e da acirrada concorrência, as empresas transnacionais passaram a adotar, nos últimos tempos, uma agressiva estratégia de aquisições, fusões e incorporações” (CAPARROZ, 2012, p. 58).

Por conseguinte, arremata Castells (2011, p. 164), o que segue:

“O novo sistema produtivo depende de uma combinação de alianças estratégicas e projetos de cooperação *ad hoc* entre empresas de grande porte e redes de pequenas e médias empresas que se conectam entre si e/ou com grandes empresas ou redes empresariais. [...] Essas redes produtivas transnacionais, ancoradas pelas empresas multinacionais, distribuídas pelo planeta de maneira desigual, dão forma ao padrão de produção global e, por fim, ao padrão do comércio internacional.”

A convergência para o surgimento das redes empresariais é cada vez mais crescente devido à nova perspectiva da economia global. É a era de economia informacional, que nasce e se desenvolve no seio de contexto de culturas distintas. A referida diversidade cultural conduziu para formulação de novas trajetórias organizacionais das empresas, pois não mais atendia ao mercado o sistema de produção em massa por uma grande empresa, pendendo para uma produção flexível que se adaptasse exigências do mercado (CASTELLS, 2011, p.210-212).

Posto isso, empresas vinculam entre si formando redes empresariais oportunizando o acesso mais amplo ao mercado e a troca de conhecimentos industriais, permitindo uma crescente evolução nas atividades comerciais. Diversas são as formas em que empresas se atrelam, formando o que Castells (2011, p.223), denominou de empresa horizontal, conforme suas palavras: “A empresa horizontal, é uma rede dinâmica e estrategicamente planejada de unidades autoprogramadas e autocomandadas com base na descentralização, participação e coordenação.”

Para tanto, diversas são as formas de vinculação entre empresas, podendo realizar contratos de *joint venture*⁵, subcontratação, ou até mesmo na criação de sociedades *holdings*,

³ Sigla utilizada por Castells que significa “Multinacionais”.

⁴ Vaz (1992, p. 180-181), explica que “o meio utilizado pelo ‘poder econômico’ é a ‘posse de certos bens’, necessários ou assim considerados, numa situação de escassez, para induzir os que não os possuem a um certo comportamento [...]”

⁵ Para Timm (2009, p. 94), “A *joint venture* é uma figura jurídica que pode ser entendida como contrato de colaboração empresarial. Sua característica principal é a realização de um projeto comum, por prazo definido. O contrato é celebrado entre duas ou mais pessoas jurídicas que se associam, criando ou não uma nova empresa, para realizar uma atividade econômica produtiva ou de serviços, com fins lucrativos.”

cujo exerce controle sobre outras empresas em que possui participação, sendo esta modalidade de sociedade empresária objeto da presente pesquisa.

3. DA NATUREZA JURÍDICA E OBJETO DAS SOCIEDADES DE PARTICIPAÇÃO - *HOLDING*.

Holding é uma das espécies das sociedades empresárias, pessoa jurídica de direito privado, com natureza jurídica de sociedade de participação. Cujo objeto consiste em participar em outras sociedades, não exercendo qualquer atividade operacional.

A fundamentação legal das sociedades de participações está prevista na Lei 6.604/76, precisamente no § 3º do artigo 2º, e nos artigos 243 e ss., como se pode observar a seguir:

“Art. 2º Pode ser objeto da companhia qualquer empresa de fim lucrativo, não contrário à lei, à ordem pública e aos bons costumes.

§ 3º A companhia pode ter por objeto participar de outras sociedades; ainda que não prevista no estatuto, a participação é facultada como meio de realizar o objeto social, ou para beneficiar-se de incentivos fiscais.”

O Código Civil também previu a figura da sociedade cujo objeto é a participação em outras sociedades, seja na forma coligadas ou como de simples participação⁶. Basicamente o mesmo conteúdo jurídico dos artigos 243 e ss da Lei 6.404/76.

Portanto, entende-se por *holding* uma sociedade cujo objeto é a participação em outras sociedades empresárias, não exercendo quaisquer atividades operacionais. Traz-se à lume rubrica de Lazzareschi Neto (2006, p.05), a seguir:

“Sociedade *holding* cujo objeto social é participar de outras sociedades – nesse caso a autorização para participar e outras sociedades deve ser expressa no estatuto, já que é o objeto da sociedade; o estatuto, porém, não precisa definir as atividades econômicas exercidas pelas sociedades das quais a *holding* participe ou venha participar;”

Corroborar Carvalhosa (2009, p.14), abaixo:

“As *holdings* são sociedades não operacionais que tem seu patrimônio composto de ações de outras companhias. São constituídas ou para o exercício do poder de controle ou para a participação relevante em outras companhias, visando nesse caso, constituir a coligação. Em geral, essas sociedades de participação acionária não praticam operações comerciais, mas apenas a administração de seu patrimônio. Quando exerce o controle, a *holding* tem uma relação de dominação com as suas controladas, que serão suas subsidiárias.”

⁶ “Art. 1.097. Consideram-se coligadas as sociedades que, em suas relações de capital, são controladas, filiadas, ou de simples participação, na forma dos artigos seguintes.

Art. 1.099. Diz-se coligada ou filiada a sociedade de cujo capital outra sociedade participa com dez por cento ou mais, do capital da outra, sem controlá-la.

Art. 1.100. É de simples participação a sociedade de cujo capital outra sociedade possua menos de dez por cento do capital com direito de voto.”

Refere-se, destarte, a um tipo específico de sociedade empresária que exerce participação em outras sociedades, sem que lhe seja exigida na inscrição do ato constitutivo determinar quais as empresas a *holding* participa ou participaria.

Diante desta assertiva, não há como frisar que o objeto do contrato social das *holdings* possa ser considerado elusivo, inócuo, impreciso. Isso porque não é um requisito prévio o acerto de participação da referida sociedade em outras antes mesmo de sua constituição. Nesse diapasão, Mamede (2007, p.368), elucida sobre a finalidade das sociedades de participação, conforme transcrição de trecho de sua obra, *in verbis*:

“Nesse sentido, o artigo 2º, §3º, da Lei 6.404/76, define uma hipótese absolutamente distinta, pois permite que a finalidade da sociedade seja justamente – e exclusivamente – essa: participar de outras sociedades. Tais *empresas de participação* têm na titularidade de quotas e ações, bem como no exercício dos direitos a elas inerentes – designadamente o direito à participação nos lucros -, a sua finalidade social, o que é lícito, vê-se.”

Por esta razão a atividade fim da *holding* é a participação em outras empresas como cotista ou acionista, não podendo vincular (supor, presumir) suas atividades com o conteúdo do capital social integralizado. Nesse sentido, Hoog (2008, p.91), assinala que atividade fim é: “Aquele que se perfaz, se conclui, se completa por si própria, independentemente de outra atividade subsequente. É a atividade para qual a sociedade empresária se destina, estando diretamente relacionada aos seus objetos sociais, à exploração do ramo de atividade, onde os bens ou serviços produzidos e comercializados são aqueles expressos em seu contrato ou estatuto social. Em princípio, pode-se definir atividade-fim como aquela à qual a sociedade se destina, é seu objetivo a exploração do seu ramo de atividade, expresso no contrato social, estatuto ou no registro de firma individual, conforme o caso. É concernente ao objetivo principal da sociedade, a atividade que é explorada coincide com seus objetivos.”

Deste modo, o fato da *holding* não cravar em seu contrato social, quais investimentos e sociedades participará, em nada implica juridicamente na inexistência de seu objeto. Aquela, simplesmente se encontra habilitada para futuras participações em sociedades empresárias, sendo sua atividade fim.

Destarte, as sociedades de participação têm, por óbvio, como condição de ser constituída a necessidade integralizar seu capital social, podendo, dentre os bens, a incorporação de imóveis. Ao incorporar os bens imóveis ao patrimônio da sociedade, legítima é a solicitação do benefício de imunidade no tocante da incidência de ITBI. A referida imunidade tributária resta positivada no art. 156, II, § 2º, I da CF/88, que será detalhadamente exposta no capítulo subsequente.

4. DA IMUNIDADE TRIBUTÁRIA DE ITBI QUANDO DA INCORPORAÇÃO DE IMÓVEIS POR SOCIEDADES *HOLDING*.

Compreende-se imunidade tributária como a ordem constitucional aos entes federados para não incidir tributos em específica circunstância que por regra incidiria. Explana Amaro (2000, p.145), referente às situações imunes de incidência de tributos por força constitucional, *literis*:

“Essas situações dizem-se imunes. A imunidade tributária é, assim, a qualidade da situação que não pode ser atingida pelo tributo, em razão de norma constitucional que, à vista de algumas especificidade pessoal ou material dessa situação, deixou-a fora do campo sobre que é autorizada a instituição do tributo.”

Segue a mesma linha Machado (1995, p.190-191), *in verbis*:

“Imunidade é o obstáculo decorrente de regra da Constituição à incidência de regra jurídica de tributação. O que é imune não pode ser tributado. A imunidade impede que a lei defina como hipótese de incidência tributária aquilo que é imune. É limitação da competência tributária.”

Ávila (2010, p.217), tracejando quanto aos aspectos da competência tributária concluiu que seria a “parcela de poder do Estado para instituir tributos é resultado do poder que se lhe atribui menos o poder que lhe é subtraído nos termos da constituição”. Logo as hipóteses suprimidas pela Constituição assumem como o instituto jurídico da imunidade tributária.

Nesse contexto, o ordenamento jurídico⁷ pátrio estabelece que é imune a situação de incorporação de bens imóveis na integralização do capital social de pessoas jurídicas, cujo não exerçam atividade imobiliária (compra e venda e aluguéis de bens imóveis, bem como arrendamento mercantil).

Ao passo que as sociedade *holdings* se enquadram no respectivo benefício constitucional da imunidade, tendo em vista que é uma sociedade de participações, conforme capítulo anterior, não exercendo quaisquer atividades de compra e venda de bens imóveis ou direitos, locação de bens imóveis ou arrendamento mercantil.

Dessa forma, a autoridade fiscal municipal, ao ser solicitada para conceder Certidão de Imunidade Tributária, não poderá presumir qual a atividade preponderante da *holding* simplesmente analisando o conteúdo do capital social integralizado. Mesmo que grande parte seja integralizada por imóveis, não presume quais atividades serão exercidas, isso com o intuito de analisar se a situação recai na exceção tratada na parte final do dispositivo acima mencionado.

A lei estabeleceu critérios objetivos para a constatação da preponderância das atividades de uma sociedade empresária. Especificamente, no Código Tributário Nacional, em seus artigos 36 e 37 e seus incisos e parágrafos⁸.

⁷ Art. 156. Compete aos Municípios instituir impostos sobre:

II - transmissão "inter vivos", a qualquer título, por ato oneroso, de bens imóveis, por natureza ou acessão física, e de direitos reais sobre imóveis, exceto os de garantia, bem como cessão de direitos a sua aquisição;

§ 2º - O imposto previsto no inciso II:

I - não incide sobre a transmissão de bens ou direitos incorporados ao patrimônio de pessoa jurídica em realização de capital, nem sobre a transmissão de bens ou direitos decorrente de fusão, incorporação, cisão ou extinção de pessoa jurídica, salvo se, nesses casos, a atividade preponderante do adquirente for a compra e venda desses bens ou direitos, locação de bens imóveis ou arrendamento mercantil;

⁸ Art. 36. Ressalvado o disposto no artigo seguinte, o imposto não incide sobre a transmissão dos bens ou direitos referidos no artigo anterior:

I - quando efetuada para sua incorporação ao patrimônio de pessoa jurídica em pagamento de capital nela subscrito;

Art. 37. O disposto no artigo anterior não se aplica quando a pessoa jurídica adquirente tenha como atividade preponderante a venda ou locação de propriedade imobiliária ou a cessão de direitos relativos à sua aquisição.

§ 1º Considera-se caracterizada a atividade preponderante referida neste artigo quando mais de 50% (cinquenta por cento) da receita operacional da pessoa jurídica adquirente, nos 2 (dois) anos anteriores e nos 2 (dois) anos subsequentes à aquisição, decorrer de transações mencionadas neste artigo.

§ 2º Se a pessoa jurídica adquirente iniciar suas atividades após a aquisição, ou menos de 2 (dois) anos antes dela, apurar-se-á a preponderância referida no parágrafo anterior levando em conta os 3 (três) primeiros anos seguintes à data da aquisição.

§ 3º Verificada a preponderância referida neste artigo, tornar-se-á devido o imposto, nos termos da lei vigente à data da aquisição, sobre o valor do bem ou direito nessa data.

Constata-se a preponderância das atividades de uma sociedade quando estas correspondem a mais de 50% de sua receita operacional, isso na apuração dos dois anos anteriores e nos dois anos posteriores à aquisição do imóvel. E caso a incorporação do imóvel seja no ato de constituição, apura-se a preponderância somente após três anos do registro do contrato social.

Uma vez apurada a preponderância das atividades da sociedade empresária para fins imobiliários ressalvados na parte final do §2º do artigo 156 da Constituição é que se tornará devido o ITBI.

Quando a sociedade é de natureza *holding*, ou seja, sua atividade fim é a participação e controle em outras sociedades onde não exerce atividades operacionais, é impossível constatar a preponderância de suas atividades.

Uma vez que, o ITBI jamais poderia ser cobrado tendo em vista lapso temporal inferior a 03 (três) anos de sua constituição, sendo prazo insuficiente para definir sua preponderância. Sendo vedado ao fisco municipal presumir tal preponderância, ainda mais sendo uma sociedade que não exerce atividades operacionais (*holding*) e, conseqüentemente, não auferir receitas operacionais. Estas presunções foram repudiadas pelo Excelso Supremo Tribunal Federal, conforme julgamento do Agravo Regimental n.º 660434, cujo se faz imperioso o traslado da ementa, abaixo transcrita:

“STF - AGRAVO REGIMENTAL. TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE TRANSMISSÃO INTER VIVOS A QUALQUER TÍTULO DE BENS IMÓVEIS E DE DIREITOS REAIS SOBRE IMÓVEIS. IMUNIDADE. TRANSFERÊNCIA DE BENS PARA INTEGRALIZAÇÃO DE CAPITAL DE PESSOA JURÍDICA. SUPOSTA AUSÊNCIA DE ATIVIDADE ECONÔMICA. EFEITOS. NECESSIDADE DE REABERTURA DA INSTRUÇÃO PROBATÓRIA. ART. 156, II DA CONSTITUIÇÃO.

Nos termos da Constituição e da legislação de regência, as autoridades fiscais não podem partir de presunções inadmissíveis em matéria tributária, nem impor ao contribuinte dever probatório inexecutável, demasiadamente oneroso ou desnecessário. As mesmas balizas são aplicáveis ao controle jurisdicional do crédito tributário. Para reverter as conclusões a que chegou o Tribunal de origem acerca da invalidade de cobrança do ITBI, seria necessário reabrir a instrução probatória, com o objetivo de apurar a suposta falta de atividade econômica da pessoa jurídica que recebeu os bens, bem como para confirmar o intuito de desviar ilícitamente a finalidade da proteção constitucional (Súmula 279/STF). Agravo regimental ao qual se nega provimento. (ARE 660434 AgR, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, julgado em 06/03/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-057 DIVULG 19-03-2012 PUBLIC 20-03-2012)”

Nesse diapasão, Baleeiro (2010, p.272) sustenta o que segue:

“Se o início das atividades da firma adquirente data de menos de 2 anos, ela gozará do benefício fiscal, sujeita, porém, a perdê-lo e ser compelida ao pagamento do imposto, caso nos três anos posteriores à aquisição verificar-se a preponderância dos negócios imobiliários. A exoneração do tributo é condicional durante o triênio seguinte, convalidando-se, definitivamente, depois dele. O imposto fica diferido até que se complete o termo. Resolve-se se não houver a preponderância de negócios imobiliários. O Fisco adotou a técnica da “condição” do Direito Civil. Se aquela preponderância vier a

confirmar-se prevalecem a alíquota e o valor venal do tempo da aquisição. Obviamente, a empresa adquirente deve estabelecer esse valor pelos meios administrativos ou, na impossibilidade ou inaceitabilidade deles, por vistoria e arbitramentos judiciais, *ad perpetuam rei memoriam*, com a indispensável citação do Estado.”

Ao passo que o artigo 114 do Código Tributário Nacional alude que o fato gerador é a situação necessária e suficiente ao brotamento da obrigação tributária, somente após o decurso do prazo de 03 (três) anos ou dois anos antes e depois da incorporação do imóvel ao capital social e, cumulativamente, depois de verificada a preponderância, se 50% da receita operacional versar sobre negócios imobiliários, é que se poderá afirmar que o fato gerador ocorreu.

Matéria devidamente abordada por Barreto (2009), como se visualiza a seguir:

“Essa restrição, todavia, fica condicionada a uma limitação temporal definida pelo lapso compreendido entre os 2 (dois) anos anteriores e os 2 (dois) anos subsequentes à data da transmissão de bens ou direitos incorporados ao patrimônio das pessoas jurídicas em realização de capital. E, caso tais empresas tenham iniciado suas atividades após a data da transmissão de bens ou direitos, ou menos de 2 (dois) anos antes desta, o lapso temporal anteriormente referido transmuta-se para os 3 (três) primeiros anos seguintes à data da aquisição. Sendo assim, é evidente e incontestável que, após transcorridos um desses lapsos temporais, as pessoas jurídicas adquirentes, mesmo que passem a ter como atividade preponderante a compra e venda de bens ou direitos, locação de bens imóveis ou arrendamento mercantil, terão gozado da imunidade do ITBI na transmissão de bens ou direitos incorporados aos seus patrimônios em realização de capital, nos termos dos parágrafos 1º e 2º do artigo em comento, antes transcritos. Essa é, inclusive, a posição do Superior Tribunal de Justiça expressa no relatório do eminente Ministro Luiz Fux, nos autos do Recurso Especial nº 448.527-SP [...]. Demais disso, [...], é imprescindível que, para fins de reconhecimento da imunidade tributária, a realidade fática prevaleça sobre a previsão contratual, relativamente ao objeto social das pessoas jurídicas; ou seja, o que importa, para fins tributários, não é a atividade descrita como objeto social das pessoas jurídicas, em seus respectivos contratos sociais, mas sim a atividade que tais pessoas jurídicas efetivamente desenvolverem. Isso porque a pessoa jurídica será imunizada, não pela atividade que pretendeu desenvolver, consubstanciada em seu contrato social, mas pela que efetivamente exercitou [...].”

Continua, o referido jurista, que a não incidência do ITBI é imposta por força constitucional (imunidade), estando o Município vinculado aos seus ditames, *litteris*:

“Uma última ressalva se faz necessária: diversamente do que ocorre com a isenção, a imunidade específica do ITBI não depende de concessão dos Municípios competentes. Preenchidos os requisitos estabelecidos no art. 156, parágrafo 2º, I da Constituição Federal e no art. 37 do Código Tributário Nacional, a imunidade do ITBI é inerente às pessoas jurídicas adquirentes [...]. Assim, o Município competente nunca poderá obstar o direito à imunidade ao ITBI para as pessoas jurídicas adquirentes, no presente caso. O que ele poderá fazer – mas, apenas se, cabalmente, comprovar o não-cumprimento dos requisitos para a fruição da imunidade – é suspender a sua aplicação.”

Em outra obra, Barreto (2009, p.51-52), menciona o seguinte:

“Na demarcação do perímetro dessas competências, a Carta Magna estabeleceu contornos nítidos, de modo que o perfil por ela desenhado resulta da conjugação de prerrogativas expressas e rígidas, com vedações também claras e hiertas. É o que ocorre com as imunidades que consistem, exatamente, na exclusão da competência tributária. Em outras palavras, a Constituição não concede competência tributária em relação a certos bens, pessoas e fatos. As imunidades tributárias são, portanto, matéria pertencente à disciplina constitucional da competência. [...] O Município, assim como as demais pessoas político-constitucionais, portanto, somente podem atuar, na área de tributação, dentro do âmbito da competência tributária, âmbito esse definido rígida e expressamente pela Carta Constitucional. Com efeito, como as imunidades tributárias definem uma área textualmente subtraída à competência legislativa (em matéria tributária) das pessoas constitucionais, não tem os Municípios competência para editar leis que instituem tributos sobre os fatos, pessoas ou bens imunizados, subtraídos que foram à tributação.”

Dessa forma, o Município está atrelado às imposições constitucionais de não obstar o direito ao benefício da imunidade. Logo, ao preencher as situações descritas no suporte fático da norma constitucional, determinando a não incidência do tributo (no caso, o ITBI), nada pode fazer o fisco municipal para agrilhoar a concessão da imunidade. Devendo, portanto expedir a certidão de imunidade tributária sob condição resolutiva, em favor da incorporação de imóveis pela pessoa jurídica.

Precisas são as lições de Navarro Coêlho (2000, p.142), transcritas em sucessivo:

“Ao tracejar o espaço fático sobre o qual pode o legislador infraconstitucional atuar, o constituinte previamente o delimita, separando as áreas de incidência e as que lhe são vedadas. O espaço fático posto à disposição do legislador infraconstitucional resulta das determinações genéricas dos fatos jurídicos (áreas de incidência). As áreas vedadas à tributação decorrem de proibições constitucionais expressas (imunidades) ou de implícitas exclusões (toda porção fática que não se contiver nos lindes da descrição legislativa do ‘fato gerador’ é intributável à falta de previsão legal). As imunidades alcançam as situações que normalmente – não fosse a previsão expressa da intributabilidade – estariam conceitualmente incluídas no desenho do fato jurídico tributário. Por isso mesmo são vistas e confundidas as imunidades com um de seus efeitos: o de limitar o poder de tributar. O legislador constituinte autorizou ao Município criar o ITBI, proibindo, no entanto, sua incidência sobre a transmissão desses bens ao patrimônio de pessoa jurídica em realização de capital (colação de bens imóveis ao capital da sociedade).”

Converge Tavares (2009, p.46), conforme transunto de trecho de sua obra trazida à lume: “A imunidade tributária, [...] qualifica-se como uma hipótese de não-incidência constitucionalmente qualificada, isto é, configura área interdita à ação impositiva fiscal as pessoas políticas.”

Posto esse breve referencial teórico/doutrinário, resta evidente, que não há como constatar a preponderância das atividades da *holding* antes do lapso temporal estatuído no CTN, pois aquele é requisito legal para a ocorrência do fato gerador.

Logo, por não ser possível estabelecer sua preponderância, deverá gozar da imunidade ao menos durante este lapso temporal, não devendo o Município intervir no sentido de não beneficiar com a imunidade, até porque pode ser revogada a qualquer tempo sem que gere dano ao erário.

Sem falar que a *holding*, por ser uma sociedade de participação, possui atividade de fazer parte e controlar outras sociedades como acionista ou cotista, não praticando, assim, atos operacionais, abrangendo, também, os dotados de ordem imobiliária.

Nessa esteira, conclui-se que a *holding* possui a natureza jurídica de sociedade de participação tendo a potencial vinculação em outras sociedades empresárias exercendo controle sobre as demais, e não praticam atos operacionais, dentre eles os versam sobre negócios imobiliários. Não interferindo nesse entendimento o fato de que grande parte do capital social ser integralizado por imóveis.

Ademais, somente é fixada a preponderância das atividades de uma empresa depois de passados três anos de sua constituição ou analisando dois anos antes e dois anos depois da incorporação do imóvel pela sociedade, e verificar que mais da metade da renda operacional auferida seja justamente nas atividades imobiliárias positivadas no artigo 156, II, § 2º, I da CF/88, e até o decurso desse lapso temporal, pelo menos, a pessoa jurídica gozará da respectiva imunidade. Não ocorrido esses requisitos, não há que se falar na existência do fato gerador.

Fica evidente, portanto, que por uma via ou por outra a *holding* faz *jus* à concessão da imunidade para incorporar ao seu capital social os imóveis estatuídos no contrato social. Sejam por ter a natureza de sociedade *holding*, não exercendo atividades operacionais, muito menos as referentes a negócios imobiliários, assim como se fora recentemente constituída, não atingindo o triênio para constatar a preponderância de suas atividades, conseqüentemente inexistindo fato gerador.

E que se as sociedades *holding* não possuem atividades operacionais, restando, tão somente, participações e controle em outras sociedades, não há como constatar sua atividade preponderante. Isso porque, conforme consta no § 2º do artigo 37 do CTN, a preponderância é constatada após o decurso de três anos da constituição da sociedade e a renda operacional for superior a 50% referente a negócios imobiliários. Logo, por não auferir renda operacional, exatamente por inexistir atividade operacional nas sociedades *holding*, é impossível constatar a atividade preponderante da sociedade.

Destarte, o Município deve conceder certidão de imunidade tributária sob condição resolutiva referente à integralização de bens imóveis no capital social da *holding*, a fim de que viabilize as devidas averbações no cartório de registro de imóveis competente, regularizando sua situação para iniciar suas atividades empresariais.

Ao expor juridicamente a situação, conclui-se a violação de direito líquido e certo, cabendo, inclusive, a impetração de Mandado de Segurança⁹, com fundamento seja no texto constitucional (artigo 156, II, § 2º), como na CTN (artigos 36 e 37 e seus parágrafos), além de impedir a garantia constitucional da livre iniciativa (artigos 1º, IV e *caput* 170 da CF/88), se negada sob essas condições a imunidade tributária aqui aquilatadas para as sociedades *holdings*.

⁹ TJ-RS - AC: 70045035243 RS , Relator: Francisco José Moesch, Data de Julgamento: 30/11/2011, Vigésima Primeira Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 16/01/2012; TJ-PR - REEX: 2131213 PR 0213121-3, Relator: Luis Espíndola, Data de Julgamento: 28/11/2007, 15ª Câmara Cível, Data de Publicação: DJ: 9512).

5. DO ÓBICE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA AO EXERCÍCIO DA LIVRE INICIATIVA.

A Ordem Econômica da República Federativa do Brasil foi tratada na Constituição de 1988, especificamente no *caput* artigo 170 e parágrafo único, bem como no inciso IV do artigo 1º. A referida Ordem agrega vários princípios constitucionais servindo de alicerce para o desenvolvimento econômico no país.

Dentre os princípios, para o caso em análise, convém abordar sobre o da “livre iniciativa” presente no *caput* do artigo 170 e seu parágrafo único e no inciso IV do artigo 1º da Constituição de 1988. Assim, diante dessas assertivas constitucionais, conclui-se que é assegurado aos cidadãos a livre iniciativa, e que nenhum óbice poderá ser imposto pelo poder público nos limites que a Constituição estabelecer. Nessa esteira assinala José Afonso da Silva, abaixo:

“A liberdade de iniciativa envolve a liberdade de indústria e comércio ou a liberdade de empresa e a liberdade de contrato. Consta do art. 170, como um dos esteios da ordem econômica, assim como de seu parágrafo único, que assegura a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo casos previstos em lei.”

Israel (2005, p.621), converge sobre o acesso à atividade econômica da seguinte maneira:

“Trata-se da liberdade de acesso às atividades, o que exclui ou deveria excluir os regimes restritivos que às vezes existem, como regimes de autorização prévia ou de declaração prévia, inclusive certas proibições, e pela fixação de condições de aptidão ou pela atribuição de monopólio, tudo dependendo de um controle jurisdicional.”

Afirma-se que a ordem econômica composta, dentre outros, pela livre iniciativa e ao valor social do trabalho, estando umbilicalmente vinculados e sendo este fundamento daquele. Extrai-se da colocação de Grau (2002, p.240), a seguinte assertiva: “[...] deve estar a ordem econômica fundada na valorização do trabalho humano”.

Nessa esteira, a livre iniciativa arraiga um conceito que envolve a ideia de proteção social, não estando meramente no arquétipo egocêntrico, Grau (2002, p. 242) explicita que:

“[...] a livre iniciativa não é tomada, enquanto fundamento da República Federativa do Brasil, como expressão individualista, mas sim no quanto expressa de socialmente valioso [...] a ordem econômica dá prioridade aos valores do trabalho humano sobre todos os demais valores da economia de mercado.”

Assim, caso o Município, por meio de decisão administrativa, indeferir o requerimento da sociedade *holding* no sentido de não expedir Certidão de Imunidade Tributária sob Condição Resolutiva, impede, portanto, o exercício da livre iniciativa.

Pois, a referida sociedade somente poderá averbar no cartório de registro de imóveis, referente aos imóveis que eventualmente integralizou em seu capital social, somente mediante o pagamento do ITBI, impondo condições para o início de suas atividades empresariais. Onde por questões de imunidade tributária, o referido tributo não poderá incidir haja vista não existente o fato gerador.

Posto isso, o pleno desenvolvimento da atividade empresarial é resguardado na ceara constitucional principalmente pelos princípios da livre iniciativa fundamentado pelo valor social do trabalho. E tão somente garantida essa liberdade social é que o magno princípio da Constituição de 1988, dignidade da pessoa humana resta exaltado e inatingível. Para tanto, faz-se mister mais uma ponderação de Grau (2002, p.239), em sucessivo:

“[...] a dignidade da pessoa humana assume a mais pronunciada relevância, visto comprometer todo o exercício da atividade econômica, em sentido amplo – e em especial, o exercício da atividade econômica em sentido estrito – com o programa de promoção da existência digna, de que, repito, todos devem gozar.

[...] a dignidade da pessoa humana apenas restará plenamente assegurada se e enquanto viabilizado o acesso de todos não apenas às chamadas liberdades formais, mas, sobretudo, às liberdades reais.”

Nessa esteira, finaliza com enunciados de Stober (2012, p.72-73), sobre o último fim da ordem econômica, “na verdade, a configuração da ordem econômica deve orientar-se pela imagem humana do ordenamento jurídico e pelos direitos fundamentais, porque a pessoa humana é o último fim de todas as economias”.

6. CONCLUSÃO

Diante do cenário formado pela globalização, teve como consequência a interação entre as economias de países atuantes no comércio internacional. Paralelamente o modelo de indústria que se desenvolveu ao longo do século XX, baseada na produção em massa de cada indústria individualmente perdeu espaço para uma produção flexível e de forma compartilhada entre grupos empresariais que se vinculam.

A vinculação de empresas no contexto da globalização derivou de uma alternativa para minimização dos efeitos das crises econômicas repartindo os riscos advindos da inconstância dos mercados. Buscando, portanto, uma produção; comercialização segura aos abismos que a economia recai. Dessa forma, diversas são as maneiras de constituição de grupos empresariais, no tocante a presente pesquisa aquilatou sobre as sociedades *holdings*.

A sociedade *holding* é uma das espécies de sociedade empresária cujo detém o controle de outras empresas que possui participação, conseqüentemente não exerce qualquer atividade operacional. E o fato da integralização de imóveis no capital social não incide o ITBI, se adequando, portanto, na hipótese de imunidade tributária do artigo 156, II, §2º, I da Constituição de 1988. Não recaindo na ressalva trazida pelo mesmo dispositivo, na parte final, onde não terá direito à imunidade caso a sociedade tiver como atividade operacional preponderante a compra e venda, locação de imóveis, e arrendamento mercantil.

Além do mais, que a atividade preponderante de uma sociedade somente poderá ser constatada na forma dos artigos 36 e 37 do CTN. Ou seja, no caso de uma sociedade recentemente constituída, sua atividade preponderante só será constatada após três anos do seu registro na junta comercial. Logo, o simples fato da *holding* ter sido recentemente constituída, a imunidade obrigatoriamente deverá ser concedida durante o transcurso do triênio.

A relevância do fundamento jurídico invocado reside justamente na natureza inerente das sociedades *holding* que tem por objeto somente a participação e controle em outras

sociedades. Não havendo atividades operacionais, atuando, como acionista ou cotista das sociedades que participa. Conclui-se que a atividade preponderante da Impetrante não será constatada por receita operacional, haja vista, não exerce atividades operacionais, exercendo somente participação, sendo de *per si* imune ao ITBI quando da integralização de imóveis no seu capital social.

O óbice à concessão de imunidade ofende o princípio magno da Ordem Econômica pátria, que é o da livre iniciativa. Assim, caso o município determine a incidência do tributo ora discutido, impede a averbação nos cartórios de registro de imóveis competentes, no que tange aos imóveis que compõem o capital social da sociedade aqui tratada. Situação que se configura por essas razões como inconstitucional.

Nesse passo, na medida em que o município acorrenta a iniciativa da *holding*, esta se encontra impossibilitada de exercer sua atividade de participação em outras sociedades. Perdendo oportunidades em realizar negócios haja vista que a dinâmica do mercado requer agilidade, perspicácia, e atitude. E, uma vez não expedida a Certidão de Imunidade Tributária sob Condição Resolutiva, aquela ficará inerte à inclusão no comércio cada vez mais exigente e voraz.

Por derradeiro, impõe-se frisar que a concessão da Certidão de Imunidade Tributária sob Condição Resolutiva, dentro do triênio ou dos dois anos antes e depois de sua constituição, como o nome mesmo já esclarece, nenhum prejuízo ocorrerá ao erário. Tal conclusão é de clara constatação, pois no momento que o fisco municipal comprovar que as atividades preponderantes ensejam a incidência do ITBI, tem o poder de resolução, findando o benefício concedido passando a exigir o recolhimento do referido tributo. Apesar de que, como já foi dito, é impossível tal constatação, por não exercer atividades operacionais e consequentemente a atividade preponderante, somente exercendo controle das sociedades em que participa.

7. REFERENCIAS

AMARO, Luciano. Direito Tributário Brasileiro. 5ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2000.

ÁVILA, Humberto. Sistema Constitucional Tributário. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BALEEIRO, Aliomar. Direito Tributário Brasileiro. 11 ed. Atualizadora Misabel Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

BARRETO, Aires. Curso de Direito Tributário Municipal. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. ITBI – Transmissão de Bens Imóveis da Empresa ‘A’ para as Empresas ‘B’ e ‘C’ – Conceito de ‘Atividade Preponderante’ – a Imunidade Específica Prevista no artigo 156, parágrafo 2º, I, da CF – Observância dos Requisitos dos parágrafos 1º e 2º do artigo 37 do CTN. In: Revista Dialética de Direito Tributário. N. 166. Julho/2009, 0.151-169.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 05 de Outubro de 1988.

_____. Lei nº 10.406. Código Civil: promulgado em 10 de Janeiro de 2002.

_____. Lei nº 5.172/66. Código Tributário Nacional: Promulgada em 25 de Outubro de 1966.

_____. Lei nº 6.604/76. Lei das Sociedades Por Ações: Promulgada em 15 de Dezembro de 1976.

CAPARROZ, Roberto. Comércio Internacional Esquemático. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CARVALHOSA, Modesto. Comentários à lei de Sociedades Anônimas – Tomo II. 3ªed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CASTELLS, Manuel. A Sociedade em Rede – A Era da Informação: economia, sociedade e cultura – Volume 1. 6ª ed. Tradução: Roneide Venancio Majer. São Paulo: Paz e Terra, 2011.

GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na Constituição de 1988. 7ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2002.

HOOG, Wilson Alberto Zappa. Lei das Sociedades Anônimas. 1ªed. 1ª reimpressão. Curitiba: Juruá, 2008.

ISRAEL, Jean-Jaques. Direito das Liberdades Fundamentais – Tradução: Carlos Souza. 1ª edição brasileira. Barueri: Manole, 2005.

LAZZARESCHI NETO, Alfredo Sérgio. Lei das sociedades por ações anotada – Lei n. 6.404, de 15-12-1976. São Paulo: Saraiva, 2006.

MACHADO, Hugo de Brito. Curso de Direito Tributário. 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

MAMEDE, Gladiston. Direito Empresarial Brasileiro - Direito Societário: Sociedade Simples e Empresárias. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2007.

NAVARRO COÊLHO, Sacha Calmon. Manual de Direito Tributário. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 16ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

STOBER, Rolf. Direito Administrativo Econômico Geral - Tradução Antônio Francisco de Souza. Edição integralmente revisada e adaptada da versão portuguesa (2008). São Paulo: Saraiva, 2012.

TAVARES, Alexandre Macedo. Fundamentos de Direito Tributário. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

TIMM, Luciano Benetti. Direito do comércio internacional. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2009.

VAZ, Isabel. Direito Econômico das Propriedades. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

RECEBIDO 25/08/2016
APROVADO 25/09/2016
PUBLICADO 31/10/2016