

A SOCIEDADE ANÔNIMA DE CAPITAL FECHADO — HOLDING — ORGANIZAÇÃO PATRIMONIAL E EFEITOS SUCESSÓRIOS: ASPECTOS PRÁTICOS

João Carlos Adalberto Zolandeck 09/04/2020

Já tratamos a respeito da *holding* em mais de uma oportunidade. Também sabemos que ela não é imune à escolha de um dos tipos societários, pois não existe por si, sem a opção por um ou outro modelo.

Para este texto, parte-se da ideia da constituição de uma *holding* com o objetivo de organização patrimonial, e não propriamente para o exercício de atividade econômica, levando-se em conta as seguintes premissas: **a)** a opção pela companhia de capital fechado para o efeito de proteção patrimonial, sem descuidar da economia dos custos operacionais e contábeis; **b)** a organização sucessória utilizando-se do instituto da doação, com cláusula de usufruto e **c)** a instituição das cláusulas *tag* e *drag along* pensando no fortalecimento da união familiar no futuro, *post-mortem* do instituidor.

Pode-se dizer que *holding* é uma sociedade de participação (sempre empresária) com o fim imediato de titularizar o controle de outra ou de outras sociedades, podendo ser pura, quando a sua única atividade é controlar sociedades ou mista quando desenvolve operações de natureza diversa (comerciais, industriais, financeiras etc), além do controle.^[i]

Muitas *holdings* nascem sem grandes pretensões, alocando-se nelas o patrimônio das pessoas físicas para o efeito de organização e alguma economia fisco-tributária, o que não impede que elas evoluam também para atividades econômicas diversas, pois empresárias por natureza. Isto porque, além da concentração patrimonial em imóveis, os sócios/acionistas são instigados a ali também concentrarem aplicações financeiras e outros investimentos, principalmente no mercado de capitais. Mas não para por aí, pois, em razão de reiterados resultados não atraentes das aplicações em renda fixa ou variável, o instituidor ou os futuros sucessores/acionistas iniciam o processo de participação em outras sociedades, raiz da origem da *holding* com previsão expressa na Lei 6.404/76, artigo 2.º, parágrafo terceiro.

A constituição de uma companhia depende da subscrição de todas as ações em que o capital social é dividido, por pelo menos 2 (duas) pessoas (LSA, art. 80, I), ressalvado o caso da subsidiária integral, que admite a incorporação de todas as ações do capital social por uma única empresa (LSA, art. 252).

O estatuto social dará norte às questões acionárias e operacionais da empresa, sendo que os artigos 83 e 84, ambos da LSA, revelam o que minimamente deverá constar no projeto e prospecto do respectivo estatuto, destacando-se o valor do capital social a ser subscrito, o modo de sua realização e a existência ou não de autorização para aumento futuro; a parte do capital a ser formada com bens, a discriminação desses bens e o valor a eles atribuído pelos fundadores; o número, as espécies e classes de ações em que se dividirá o capital; o valor nominal das ações e o preço da emissão das ações, dentre outras situações transcritas na referida norma.

Abre-se aqui a avaliação das três premissas enunciativas do preâmbulo, a saber:

1) A **primeira** diz respeito aos motivos da escolha da companhia de capital fechado e o modelo de gestão a ser caracterizado pelo estatuto.

Ao contrário das sociedades anônimas de capital aberto, as de capital fechado não submetem ou têm previamente registrados os seus valores mobiliários na CVM, pois seus títulos não são ofertados publicamente, em que pese circularem de forma circunscrita. Aproximam-se, portanto, nos aspectos vinculados à sua composição, das sociedades *intuitu persona*, diante de um relacionamento mais estreito entre os sócios/acionistas, campo ideal para a criação da estrutura jurídica aqui dimensionada.

Para o efeito de proteção patrimonial a sociedade anônima se mostra mais eficiente, pois o seu alcance (por dívida dos acionistas) revela maior dificuldade, ficando muito evidente a genuína separação patrimonial, principalmente quando constituída em uma fase de boa saúde financeira e ausência de dívidas relevantes contra os instituidores, ou seja, parte-se da premissa de que não há, na origem, qualquer intenção de fraude ou má-fé.

Além de uma visão mais clara a respeito da separação patrimonial sob o enfoque da proteção, revelam-se mais ágeis e flexíveis no que se refere à celebração de acordos parassociais, pois desobrigadas de registro na Junta

Comercial, bastando o arquivamento na sede da sociedade (LSA, art. 118). De igual forma, há vantagens em relação à forma de controle, em relação à chamada de investidores e para o acesso a fundos de investimentos, dentre outras situações tratadas no artigo publicado nesta mesma coluna em 12/03/2020^[ii].

Deste modo elege-se a sociedade anônima de capital fechado como uma boa opção para a *holding* que vise, não apenas a proteção patrimonial, mas também os efeitos sucessórios, aqui se incluindo, então, as designadas *holdings* familiares.

Ainda sobre a primeira premissa eleita, é possível afirmar que, quanto mais simples, o que não significa incompleta, for a administração da sociedade anônima de capital fechado, menor será o impacto dos custos contábeis e operacionais. **Uma organização administrativa de maior porte somente será necessária se houver significativo avanço das atividades econômicas da empresa, inclusive com ingresso de novos sócios que afetem ou possam afetar o poder de controle exercido pelo acionista ou grupo de acionistas que ocupem esta posição.** Para recordar, o poder de controle pertence ao titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, a maioria dos votos nas deliberações da assembleia-geral e o poder de eleger a maioria dos administradores da companhia, desde que efetivamente faça uso deste poder (LSA, art. 116, alíneas, “a” e “b”).

Para afastar o mito da suposta onerosidade deste tipo de sociedade empresária, é recomendável que a sociedade anônima fechada (*holding S/A*), para o objetivo concreto trabalhado no texto (proteção patrimonial e efeitos sucessórios), disponha apenas da diretoria, sem o conselho de administração ou outros órgãos de maior envergadura, como técnicos e ou consultivos. Prever também o Conselho Fiscal não significa implantá-lo desde o início. De igual forma, considerando-se a pretensão inicial da *holding* de organização e efeitos sucessórios, a divisão do capital pode dar-se apenas em ações ordinárias (ONs), o que contribui para a minimização dos trabalhos contábeis.

Deste modo, a *holding S/A* de capital fechado poderá iniciar as suas atividades com apenas duas pessoas, que farão parte da Diretoria, invariavelmente, o casal instituidor, sendo um Diretor Presidente e outro Diretor Administrativo Financeiro, com o capital dividido apenas em ações ordinárias. As competências estarão reguladas no estatuto, reservando-se à Assembleia-Geral, Órgão da Sociedade Anônima, os assuntos a ela pertinentes em razão de sua competência legal (LSA, art. 122). Em uma estrutura como esta, os custos contábeis serão praticamente equivalentes aos de uma sociedade limitada, e os operacionais também. Evidentemente que os custos serão mais elevados em se tratando de uma companhia de capital aberto, mas, aqui, não se aprofunda este aspecto em razão dos objetivos propostos.

2) Vencida a primeira premissa, **a segunda** diz respeito à organização sucessória, em cuja particularidade são usuais dois mecanismos, a saber: **a)** a participação acionária de todos os membros da família, pais e filhos, com a subscrição de capital por todos e, **b)** a subscrição inicial pelo casal e depois a transferência paulatina parcial ou total, pelo instituto da doação com reserva de usufruto.

É possível prever no próprio estatuto a abertura para esta hipótese, embora sem a necessidade de implantação imediata, preferindo-se a ulterior escritura pública de doação, sem desconsiderar que o artigo 40 da LSA (6.404/76) viabiliza a instituição de usufruto por instrumento particular, desde que o usufruto seja averbado no livro de ações nominativas, quando se tratar de ações nominativas e nos livros da instituição financeira, que os anotarà no extrato da conta de depósito fornecida ao acionista, quando se tratar de ações escriturais.

É no instrumento de doação de ações, com cláusula de usufruto vitalício ou não, que o instituidor regulará, com todo o cuidado, os termos e as condições para a fruição, *post-mortem* do doador, das ações recebidas pelos donatários. É possível prever cláusula de retorno a vigorar enquanto vivo, caso haja, pelos sucessores, o descumprimento de situações especiais, como, por exemplo, a severa e repetida ingratidão, configurada, inclusive, pelo abandono e o atentado contra a vida, dentre outras situações relevantes a ensejar condicionantes. Como visto, é viável e legal a doação com certas condições, a conhecida doação com finalidade e destinação específica, que, desatendida, faz retornar a propriedade plena do capital aos instituidores/doadores, para que possam, além de usar, gozar e obter frutos, praticar atos de disposição das participações acionárias, o que não lhes é permitido enquanto usufrutuários.

Sobre a importância do planejamento e da organização do plano sucessório, evitando que a morte repercuta em instabilidade econômica e perdas patrimoniais, já comentamos por ocasião do artigo publicado nesta mesa coluna empório em 29/11/2018^[iii], cabendo, aqui, apenas, lembrar alguns benefícios, a saber:

- Na hipótese de pagamento de alugueres aos imóveis integralizados na *holding*, a título de ganho de capital, a tributação incidente na operação corresponderá a um percentual entre 11,33% e 14,53%, ao passo que o imposto

para pessoa física é de 27,5%^[iv], ressalvadas as particularidades de enquadramento dos recebíveis na respectiva tabela.

- Em relação ao ITBI, a Constituição da República traz uma como hipótese de não incidência a transmissão de bens ou direitos incorporados ao patrimônio de pessoa jurídica em realização de capital, bem como 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 (art. 156, §2º, I).

- O ITCMD incidirá tanto na transmissão pela via sucessória legítima ou testamentária, quanto pela sucessão provisória ou doação. No Paraná, a Lei 18.573/2015 estabelece que haverá incidência do ITCMD sobre a transmissão de qualquer título ou direito representativo do patrimônio ou do capital de sociedade e companhia, tais como ação, quota, quinhão, participação civil ou comercial, nacional ou estrangeira, direito societário, debênture, dividendo e crédito de qualquer natureza (art. 8º, I).

- Na doação de quotas com reserva de usufruto a tributação do ITCMD, no Paraná, é diferida. Isto porque o bem é dividido em duas partes: o bem de fato, que é a nua propriedade (o terreno, a casa, o apartamento, quotas societárias, etc.) e o bem de direito, que é o usufruto (o direito de uso/habitação e o direito ao fruto proveniente de sua renda). Por isso o imposto é calculado sobre a metade do valor do bem com a base de cálculo de 50% nas transmissões com instituição de usufruto^[v].

- Com a extinção do usufruto, independentemente do motivo: falecimento, cancelamento, renúncia ou baixa, paga-se o imposto sobre o restante do valor do bem, calculado, portanto, sob a base de 50% do respectivo valor na data da extinção (data do fato gerador). Com o fim do usufruto, o bem torna-se integralmente do mesmo proprietário, que já detém a nua propriedade e passa a deter também o usufruto, desta forma, 100% do bem passa a ser de um único proprietário com 100% do imposto pago^[vi].

Neste contexto, é possível defender o uso da *holding* para a organização sucessória, tal como para a proteção patrimonial como visto acima.

3) Em relação à **terceira premissa**, pode parecer curiosa a temática sobre a inserção de cláusula *tag e drag along* em uma estrutura de companhia mais enxuta, como a aqui defendida. É que as cláusulas em questão não trarão repercussão em ônus financeiros ou contábeis no início, pois estão relacionadas a hipóteses de eventuais processos de compra das participações acionárias no futuro.

Não é incomum a preocupação dos instituidores, principalmente quando doam suas participações acionárias aos filhos, sobre o futuro comportamento destes, após a morte dos doadores. A preocupação vai desde a limitação em atos sociais de relevância enquanto não atingirem certa idade ou determinada formação, e também sobre a união dos sucessores, filhos, em torno dos objetivos originariamente pensados, a ponto de, caso haja venda das participações, que se viabilize, então, a obrigação de compra ou venda conjunta. A *tag along*, trata-se de um mecanismo de preservação do minoritário em eventual processo de venda pelo majoritário, capaz de viabilizar, minimamente, o recebimento de 80% do preço pago por ação ao majoritário, mas nada impede que o estatuto preveja 100%, faculdade de exercício que caberá ao minoritário. Por outro lado, a *drag along*, trata-se de um mecanismo de proteção do majoritário, obrigando o minoritário a acompanhá-lo em eventual processo de venda, para que se realize de forma conjunta sob a totalidade, o que é bem visto pelos investidores, pois, em muitas ocasiões, interessa a aquisição plena e uma nova e ulterior configuração societária se for o caso.

Realizado o desenho acima, ao profissional do direito caberá a elaboração do Projeto do Estatuto Social, a Ata de Constituição, o Boletim de Subscrição, além de encomendar o laudo de avaliação para as situações-hipótese, compartilhando com a contabilidade a institucionalização da sociedade nos Órgãos Públicos competentes, e sequenciar, após o arquivamento dos atos com a ata de posse e demais atos societários necessários ao atingimento dos objetivos sociais.

Conclui-se que a formação de uma sociedade, tal como idealizada no contexto acima, traz segurança no momento da decisão pela organização patrimonial e pelo planejamento sucessório, para que os bens patrimoniais dos instituidores não sejam motivo de divergências ulteriores entre os herdeiros e sucessores, mas, sim, fruto de mais união, efetiva e afetiva, em torno de objetivos comuns pensados entre pais e filhos, agindo prévia e racionalmente sob a lente da análise econômica do direito, evitando custos de transação ulteriores, não apenas financeiros, mas emocionais e de outras ordens.

Notas e Referências

[i] CAMPINHO, Sérgio. Direito de Empresa. 14. Ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 54.

[ii] BUNDT, Christian Frederico da Cunha. Disponível em <<https://emporiiodireito.com.br/leitura/a-sociedade-anonima-uma-das-opcoes-societarias-para-albergar-o-modelo-de-negocio-das-startups>>. Acesso em 08 de abril 2020.

[iii] HELFER, Manoel Cardoso e ZOLANDECK, João Carlos Adalberto. A constituição de holding familiar como forma de planejamento estratégico e algumas premissas de economia tributária. Disponível em: <https://emporiiodireito.com.br/leitura/a-constitucao-de-holding-familiar-como-forma-de-planejamento-estrategico-e-algumas-premissas-de-economia-tributaria>>. Acesso em 08. abr. 2020.

[iv] ASSOLARI, Juliana. As vantagens da holding patrimonial. Migalhas. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI277296,61044-As+vantagens+da+holding+patrimonial>>. Acesso em 08. abr.2020.

[v] Lei Estadual n. 18.573/2015. Secretaria da Fazenda do Estado do Paraná. ITCMD. Disponível em: <http://www.fazenda.pr.gov.br/arquivos/File/ITCMD/Lei_18573_2015.pdf>. Acesso em 08. abr. 2020.

[vi] Lei Estadual n. 18.573/2015. Secretaria da Fazenda do Estado do Paraná. ITCMD. Disponível em: <http://www.fazenda.pr.gov.br/arquivos/File/ITCMD/Lei_18573_2015.pdf>. Acesso em 08. abr. 2020.

Imagem Ilustrativa do Post: Toronto // Foto de: [Ana Paula Prada](#) // Sem alterações

Disponível em: <https://www.flickr.com/photos/73102604@N00/2916365172/>

Licença de uso: <https://creativecommons.org/publicdomain/mark/2.0/>

O texto é de responsabilidade exclusiva do autor, não representando, necessariamente, a opinião ou posicionamento do Empório do Direito.