

# ITBI e Holding Familiar: A inconstitucionalidade da exigência de atividade

**Bruno Couto Rocha**

## Introdução

A imunidade do Imposto sobre Transmissão de Bens Imóveis prevista no artigo 156, §2º, inciso I, da Constituição Federal representa uma das mais relevantes limitações constitucionais ao poder de tributar no contexto da organização patrimonial e empresarial no Brasil. Trata-se de mecanismo criado pelo constituinte para fomentar a capitalização das pessoas jurídicas, incentivar a atividade econômica e permitir a reorganização patrimonial sem entraves tributários indevidos.

Apesar da clareza do texto constitucional, diversos Municípios brasileiros passaram a desenvolver interpretações restritivas e incompatíveis com a Constituição Federal, exigindo requisitos não previstos constitucionalmente para o reconhecimento da imunidade do ITBI nas operações de integralização de bens imóveis ao capital social de pessoas jurídicas. Entre essas exigências ilegítimas, destaca-se a tentativa de afastar a imunidade sob o argumento de que a empresa estaria “inativa”, “sem faturamento”, “sem emissão de notas fiscais” ou “sem exercício efetivo de atividade operacional”.

O problema torna-se ainda mais grave no contexto das holdings familiares, cuja finalidade frequentemente não é operacional ou mercantil, mas sim patrimonial, sucessória, organizacional e de governança familiar. Muitas dessas sociedades são estruturadas precisamente para centralizar patrimônio, organizar participações societárias, facilitar sucessão e proteger a unidade patrimonial da família, sem necessariamente exercer atividade empresarial operacional típica.

Nesse cenário, algumas administrações municipais passaram a criar critérios subjetivos para restringir a imunidade constitucional, confundindo ausência de atividade operacional com atividade imobiliária preponderante, além de exigir requisitos absolutamente inexistentes no texto constitucional e no Código Tributário Nacional.

Recentemente, o Tribunal de Justiça de São Paulo enfrentou exatamente essa controvérsia no julgamento do IRDR 2386871-86.2024.8.26.0000, consolidando entendimento extremamente relevante em favor do contribuinte e reafirmando a objetividade da imunidade constitucional do ITBI.

A controvérsia possui enorme relevância prática, especialmente diante do aumento exponencial das autuações municipais relacionadas à constituição de holdings familiares e reorganizações patrimoniais.

## **A natureza constitucional da imunidade do ITBI**

A imunidade tributária não constitui benefício fiscal, favor estatal ou renúncia arrecadatória discricionária. Sua natureza jurídica é de verdadeira limitação constitucional ao poder de tributar.

A Constituição Federal não concede ao ente tributante liberdade plena para instituir tributos. Ao contrário, delimita rigorosamente o espaço de competência tributária de cada ente federativo, estabelecendo hipóteses em que o poder de tributar simplesmente inexistente.

Nesse contexto, as imunidades representam normas constitucionais negativas de competência tributária.

Roque Antonio Carrazza leciona que as imunidades tributárias “são normas constitucionais que subtraem ao legislador tributário a competência para instituir tributos em determinadas situações”.

Não se trata, portanto, de favor fiscal concedido pelo Município. Trata-se de verdadeira impossibilidade constitucional de tributação.

Paulo de Barros Carvalho igualmente observa que a imunidade atua “na delimitação da competência tributária, mutilando parcialmente a regra-matriz de incidência”.

Essa premissa é fundamental para compreender a gravidade das interpretações municipais restritivas sobre o ITBI.

Quando o Município cria requisitos não previstos constitucionalmente para o reconhecimento da imunidade, ele não está apenas interpretando a norma tributária. Está ampliando sua própria competência tributária além dos limites fixados pela Constituição Federal.

E isso possui gravíssima repercussão constitucional.

O artigo 156, §2º, inciso I, da Constituição Federal dispõe:

“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.”

A redação constitucional é objetiva e taxativa.

A Constituição não exige:

- atividade operacional faturamento
- emissão de notas fiscais
- geração de empregos
- circulação econômica
- propósito comercial específico
- exploração econômica direta do imóvel
- atividade empresarial produtiva
- “função econômica relevante” validada pelo Fisco

A única exceção constitucionalmente prevista refere-se à atividade preponderante imobiliária.

E isso possui enorme relevância hermenêutica.

Em matéria de imunidade tributária, o intérprete não pode criar restrições implícitas, condicionantes subjetivas ou finalidades reconstrutivas que ampliem o espaço de incidência tributária.

Luciano Amaro ensina que a interpretação das imunidades deve observar estritamente os limites constitucionais, justamente porque as imunidades integram o próprio desenho constitucional das competências tributárias.

Aliomar Baleeiro igualmente advertia que o intérprete não pode “reduzir o alcance da imunidade mediante construções finalísticas incompatíveis com o texto constitucional”.

A objetividade da imunidade do ITBI decorre precisamente dessa estrutura constitucional.

A Constituição Federal escolheu um único critério limitador da imunidade: a atividade preponderante imobiliária.

E o fez mediante critério objetivo.

Não se trata de análise subjetiva da intenção empresarial.

Não se trata de avaliação econômica da relevância social da empresa.

Não se trata de investigação sobre utilidade econômica da holding.

O constituinte escolheu critério mensurável, verificável e objetivamente aferível.

Essa objetividade foi posteriormente regulamentada pelo artigo 37 do Código Tributário Nacional, que definiu matematicamente a caracterização da atividade preponderante mediante análise da composição da receita operacional.

Portanto, qualquer tentativa de inserir critérios adicionais configura verdadeira ampliação inconstitucional da competência tributária municipal.

## **O erro hermenêutico dos Municípios**

O debate contemporâneo acerca da imunidade do ITBI deixou de se limitar à análise da atividade preponderante imobiliária. Diversos Municípios passaram a desenvolver uma construção hermenêutica mais ampla, sustentando que a imunidade constitucional somente seria aplicável às sociedades que efetivamente desempenhassem atividade econômica produtiva.

Segundo essa corrente interpretativa, a finalidade constitucional da imunidade prevista no artigo 156, §2º, inciso I, da Constituição Federal seria fomentar o desenvolvimento econômico nacional, estimular circulação de riquezas, incentivar geração de empregos e fortalecer a atividade empresarial produtiva.

A partir dessa premissa, sustenta-se que holdings familiares patrimoniais, especialmente aquelas sem atividade operacional, não atenderiam à finalidade constitucional da norma imunizante.

Em alguns precedentes judiciais recentes, chegou-se inclusive à formulação de um verdadeiro “critério positivo” para reconhecimento da imunidade, consistente na necessidade de atuação econômica efetiva da sociedade.

Essa construção hermenêutica representa, contudo, grave distorção constitucional.

O primeiro equívoco reside na tentativa de substituir o texto constitucional por uma finalidade reconstruída subjetivamente pelo intérprete.

É verdade que a imunidade do ITBI possui relação histórica com o estímulo à capitalização empresarial e à circulação econômica. Contudo, reconhecer a existência de finalidade constitucional não autoriza o intérprete a criar requisitos inexistentes no texto constitucional.

A finalidade constitucional auxilia a interpretação do texto.

Jamais autoriza sua reescrita.

A Constituição Federal poderia ter condicionado a imunidade:

- ao exercício de atividade operacional
- à geração de empregos
- ao faturamento empresarial
- à atividade produtiva efetiva
- ao desenvolvimento econômico mensurável

Mas não o fez.

O constituinte deliberadamente escolheu critério diverso: a atividade preponderante imobiliária.

E escolheu fazê-lo mediante critério objetivo.

O problema hermenêutico surge exatamente quando o intérprete substitui a vontade constitucional expressa por uma finalidade constitucional presumida.

No TJ-ES, por exemplo, sustentou-se que a imunidade não deveria alcançar holdings familiares “constituídas apenas para administração patrimonial”, porque isso não atenderia à finalidade constitucional de estímulo econômico, acordão nos autos do processo 5003841-79.2024.8.08.0000.

Entretanto, essa conclusão cria requisito inexistente na Constituição.

Mais grave ainda, transforma imunidade constitucional em benefício fiscal condicionado à aprovação subjetiva do Fisco acerca da utilidade econômica da estrutura societária adotada pelo contribuinte.

Isso viola frontalmente:

- a legalidade tributária
- a tipicidade cerrada tributária
- a segurança jurídica
- a objetividade das imunidades
- a livre iniciativa

- a autonomia patrimonial privada

O segundo erro hermenêutico consiste na confusão entre ausência de atividade operacional e atividade imobiliária preponderante.

São conceitos absolutamente distintos.

A Constituição excepciona a imunidade apenas quando houver atividade imobiliária preponderante.

Isso pressupõe circunstância positiva de atuação imobiliária.

A própria redação do artigo 37 do CTN exige aferição objetiva baseada na composição da receita operacional:

“Considera-se caracterizada a atividade preponderante referida neste artigo quando mais de 50% da receita operacional da pessoa jurídica adquirente [...] decorrer de transações mencionadas neste artigo.”

Não existe possibilidade lógica de uma empresa sem atividade possuir atividade imobiliária predominante.

Ausência de atividade não gera automaticamente atividade imobiliária.

Ausência de receita operacional não cria receita imobiliária.

Inexistência de operação econômica não equivale a exploração imobiliária preponderante.

Nesse ponto, o entendimento firmado pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais nos autos do processo AC 5021674-44.2017.8.13.0024, revela-se tecnicamente mais compatível com a Constituição Federal ao afirmar expressamente:

“não há no texto constitucional, nem, tampouco, na legislação infraconstitucional, qualquer dispositivo que afaste a concessão da referida imunidade tributária diante da inatividade da empresa”

O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, nos autos do processo: APL 0213614-90.2017.8.19.0001, igualmente enfrentou corretamente a controvérsia ao reconhecer que:

“a mera inatividade da empresa não se consubstancia em óbice para a concessão da imunidade”

E foi além ao afirmar que:

“não é lícito ao Fisco presumir que a inatividade pela falta de exploração das suas atividades teve por escopo propiciar o deslocamento de patrimônio [...] sem o pagamento do ITBI em burla à finalidade da norma constitucional”

Esse ponto é extremamente relevante.

Na prática, muitas interpretações municipais partem de verdadeira presunção de má-fé do contribuinte.

Parte-se da ideia implícita de que holdings familiares patrimoniais seriam estruturas artificialmente criadas para “escapar” do ITBI.

Contudo, o Direito Tributário brasileiro não admite presunções arbitrárias de fraude ou desvio de finalidade sem previsão legal específica e sem comprovação concreta.

O Supremo Tribunal Federal já assentou entendimento de que:

“as autoridades fiscais não podem partir de presunções inadmissíveis em matéria tributária”

A tentativa de presumir desvio de finalidade apenas porque a holding familiar possui natureza patrimonial representa inadmissível inversão do regime constitucional de liberdade econômica e organização patrimonial lícita.

Além disso, a própria premissa econômica utilizada pelos Municípios é equivocada.

Holding patrimonial também produz efeitos econômicos relevantes.

A integralização patrimonial:

- fortalece o patrimônio líquido empresarial
- amplia capacidade de crédito
- melhora solvência patrimonial
- organiza governança familiar

- reduz litigiosidade sucessória
- facilita reorganizações societárias
- preserva atividade empresarial familiar
- estabiliza estruturas patrimoniais

Mesmo quando não exerce atividade operacional típica, a holding familiar exerce função econômica concreta e relevante.

O erro dos Municípios decorre da tentativa de reduzir atividade econômica apenas à produção mercantil imediata.

Essa visão ignora completamente a moderna função organizacional das estruturas patrimoniais e societárias.

Por fim, o aspecto mais perigoso dessa construção hermenêutica é institucional.

Se o intérprete puder restringir imunidades constitucionais mediante “finalidades implícitas” reconstruídas subjetivamente, nenhuma imunidade permanecerá objetiva.

O Fisco passará a decidir:

- quais empresas “merecem” imunidade
- quais estruturas possuem “função econômica válida”
- quais planejamentos são “aceitáveis”
- quais atividades são “socialmente úteis”

Isso transforma limitação constitucional ao poder de tributar em benefício fiscal discricionário.

E a Constituição Federal jamais autorizou esse modelo.

## **Conclusão**

A imunidade do ITBI prevista no artigo 156, §2º, inciso I, da Constituição Federal não foi estruturada pelo constituinte como prêmio estatal destinado apenas às sociedades consideradas economicamente “úteis” pelo Fisco. Tampouco foi condicionada à demonstração de atividade operacional, faturamento, geração de empregos ou exploração empresarial produtiva.

A Constituição escolheu caminho diverso.

O constituinte estabeleceu critério objetivo, preciso e verificável para afastamento da imunidade: a atividade imobiliária preponderante.

Nada além disso.

A tentativa de transformar a imunidade em instrumento condicionado à validação subjetiva da finalidade econômica da holding familiar representa grave desvio hermenêutico e manifesta ampliação indevida da competência tributária municipal.

O problema torna-se ainda mais sensível no contexto das holdings familiares, cuja própria natureza jurídica frequentemente é patrimonial, sucessória e organizacional. Exigir dessas estruturas atividade operacional típica significa ignorar completamente a função econômica contemporânea da organização patrimonial privada e impor condicionante inexistente no sistema constitucional tributário.

Mais do que isso, significa permitir que o Município substitua a objetividade constitucional por critérios subjetivos de conveniência arrecadatória.

A consequência dessa lógica é perigosa.

Se a imunidade constitucional puder ser restringida com base em interpretações finalísticas abertas, desvinculadas do texto constitucional expresso, o poder de tributar deixa de encontrar limites objetivos e passa a depender da percepção subjetiva do intérprete acerca da “validade econômica” da estrutura adotada pelo contribuinte.

E esse não é o modelo constitucional brasileiro.

A Constituição Federal não autorizou o Fisco a escolher quais formas lícitas de organização patrimonial merecem proteção constitucional. Também não autorizou presunções automáticas de abuso, fraude ou desvio de finalidade simplesmente porque determinada sociedade possui natureza patrimonial ou permaneceu sem atividade operacional em determinado período.

Ao contrário.

O sistema constitucional tributário brasileiro foi construído justamente para impedir que o poder de tributar avance sobre espaços que o próprio constituinte deliberadamente protegeu.

Nesse contexto, os recentes precedentes do Tribunal de Justiça de São Paulo, do Tribunal de Justiça de Minas Gerais e do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro representam importante movimento de reafirmação da legalidade constitucional tributária, ao reconhecerem que a ausência de atividade operacional não se confunde com atividade imobiliária preponderante e não autoriza, por si só, a descaracterização da imunidade do ITBI.

A discussão, portanto, não envolve apenas planejamento patrimonial ou holdings familiares.

Trata-se, em última análise, da preservação da própria força normativa da Constituição Federal e da contenção dos avanços interpretativos que buscam transformar limitações constitucionais ao poder de tributar em meras concessões condicionadas à aprovação subjetiva da Administração Tributária.