

PROCESSO - A. I. Nº 279268.0043/15-0
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - MARIANA BRAGA AITKEN
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 5ª JJF nº 0125-05/16
ORIGEM - INFAZ ATACADO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 02/05/2017

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0064-11/17

EMENTA: ITD. NULIDADE. DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. NOVA DECISÃO. Restou comprovado que demonstrativo e descrição do fato evidencia a ocorrência de infração a legislação tributária. Base de cálculo apurada com critério objetivo para determinação do valor venal. Ressalvado ao contribuinte o direito de requerer avaliação contraditória administrativa ou judicial. Inexistência de preterição de direito de defesa. Reformada a Decisão recorrida que declarou nulidade do Auto de Infração. Devolvam-se os autos à Junta de Julgamento Fiscal para proferir nova Decisão com apreciação das razões de mérito. Recurso de Ofício **PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício, interposto pela 5ª Junta de Julgamento Fiscal, nos termos do art. 169, I, “a”, 1, do RPAF/99, com vistas ao reexame da Decisão que julgou Nulo o Auto de Infração lavrado em 28/12/15, para exigir ITD no valor de R\$ R\$557.087,53, relativo a "*Falta de recolhimento ou recolhimento a menor do ITD incidente sobre doação de direitos. A contribuinte deixou de recolher o ITD sobre doação de 11.316.477 de cotas de capital da Empresa Expressa Distribuidora de Medicamentos Ltda., CNPJ 06.234.797/0001-78, recebida em 08/02/11, conforme Demonstrativo de Cálculo do ITD, acrescido da multa de 60% prevista no art. 13, II, da Lei nº 4.826/89.*

Na Decisão proferida (fls. 230/237) a 5ª JJF fundamentou que:

O ITD ou ITCMD, o Imposto sobre transmissão "causa mortis" e doação de quaisquer bens e direitos, também conhecido como imposto de herança e de doação, decorre da abertura de sucessão hereditária para o caso de transferência de patrimônio em razão de morte ou ainda, em consequência de cessão por ato de liberalidade e generosidade, no caso de transferência de patrimônio (móveis ou imóveis) em razão de doação pura e simples, entre pessoas vivas.

O ITCMD tem previsão no art. 155, inciso I da Constituição Federal e é de competência dos Estados. Cabe a cada um dos Estados da Federação Brasileira promover a cobrança do ITD em relação à transmissão da propriedade de imóvel situado nos respectivos territórios, como também de bens móveis (dinheiro, automóveis, etc.), na localidade em que se encontra o doador. No Estado da Bahia foi editada a Lei nº 4.826, de 27 de janeiro de 1989.

Em seguida transcreveu às fls. 235 e 236, os artigos 1º e 12 do Decreto nº 2.487/1989, que regulamenta a cobrança do ITD, no caso, sobre a incidência e constituição da base de cálculo do imposto e apreciou que:

...

O autuante assegura que não houve arbitramento da base de cálculo, pois em se tratando de transmissão de cotas de capital, a base de cálculo do ITD é o seu valor patrimonial e o valor patrimonial da cota corresponde ao quociente da divisão do valor do patrimônio líquido pelo número de cotas que forma seu capital social.

Assim, com base no patrimônio líquido da empresa apurado em 31/12/2010, no valor de R\$116.796.936,52, o autuante dividiu este valor pelo total de cotas 47.451.960 existentes no contrato social e apurou o valor unitário de cada cota por R\$ 2,4614. Considerou que o sujeito passivo ao pagar apenas R\$ 71.928,000, recebeu em doação os valores da diferença entre o valor resultante de 11.388.405 cotas pelo valor de cada cota apurado pelo autuante, acima já referido, e os R\$71.928,00 pagos por essas cotas.

Entendo que não há na legislação do Estado da Bahia fundamento ou orientação, em se tratando de transmissão de cotas de capital, para se apurar o valor de cada cota de participação societária com base no patrimônio líquido da empresa para efeito de pagamento de ITD.

O método de apuração da base de cálculo do tributo em lume, utilizado pela fiscalização, deveria estar de forma explícita alinhada na Legislação Tributária do Estado da Bahia, o que efetivamente não se pode afirmar, ou seja, a lei deveria fixar uma presunção relativa para se determinar como doação a parcela que não for paga com base no valor do patrimônio líquido, que, independente da sua constitucionalidade, estaria este julgador, bem como esta unidade fracionária do CONSEF, compelida a acolher tal presunção, bem como, se fosse o caso, a prova em contrário.

No presente caso o sujeito passivo apresenta documentos (contrato de venda, compra e cessão de cotas e outras avenças; declarações de imposto de renda) demonstrando que houve uma compra e venda de cotas, onde consta a aquisição das 11.388.405 (onze milhões, trezentos e oitenta e oito mil, quatrocentos e cinco) cotas do capital social, realizada mediante pagamento de R\$71.928,00. O mesmo valor consta no Contrato e nas DIRPF/2011 da compradora e do vendedor, que o sujeito passivo, anexa à defesa.

Conforme já alinhado, não há na legislação tributária do Estado da Bahia fundamento ou orientação para se caracterizar como doação as transferências de cotas de participação societária efetuadas com o preço menor do que as cotas calculadas com base no patrimônio líquido da empresa (conforme cálculo da fiscalização).

A inexistência de previsão legal ou mesmo regulamentar para a metodologia de cálculo utilizada para a apuração da ocorrência do fato gerador do ITD, aplicada pela fiscalização, não oferece segurança para se determinar a ocorrência da materialidade ou mesmo do montante do tributo devido.

Assim, não há como se determinar com segurança a existência da infração apontada, cabendo a sua nulidade material, conforme art. 18, IV, “a” do RPAF/BA.

Art. 18. São nulos:

...
IV - o lançamento de ofício:

a) que não contiver elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator;

Cabe observar que se trata de nulidade material, importando destacar que não há a alegada decadência, visto que as operações, alvo da presente exigência, constam das declarações de Imposto de Renda do exercício de 2012 e o presente Auto de Infração foi lavrado em 28/12/2015, não havendo como contabilizar a perda do direito da fazenda pública em efetuar, no correspondente quinquênio, o presente lançamento de ofício, seja qual for o dispositivo do CTN.

Diante do exposto, voto pela NULIDADE do Auto de Infração.

A 5ª Junta de Julgamento Fiscal recorreu de ofício da Decisão para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, nos termos do art. 169, I, “a”, do RPAF/BA.

O autuante se manifestou (fls. 250/270) acerca da Decisão proferida pela 5ª JJF, esclarecendo que a ação fiscal decorreu de cooperação técnica entre a SEFAZ/BA e a Receita Federal.

Destaca que a ação fiscal foi desencadeada em função da representação fiscal encaminhada a SEFAZ pela Receita Federal, após analisar a DIRPF dos sócios e a DIRPJ da empresa Expressa (ano calendário de 2011) apurou incompatibilidade entre o valor da alienação da participação societária da empresa Expressa Dist. de Medicamentos, vislumbrando a possibilidade de configuração da operação como uma doação e não uma mera alienação de bens.

Constatou que o valor da alienação e o custo de aquisição declarado por Matheus Ribeiro Lima Braga mostrou-se equivalente (R\$222.000,00), sem gerar ganho de capital na DIRPF de 2012, enquanto as DIRPFs de Mariana e Sérgio Filho se demonstraram incompatíveis.

Comenta que a Decisão pela nulidade fundamenta em que não há na legislação estadual previsão de apurar a base de cálculo do ITD em função da cota de participação societária, não oferecendo segurança na determinação do montante do tributo devido. Pontua que:

- 1) O art. 10 da Lei nº 4829/89 estabelece que “a base de cálculo do imposto é o valor venal dos bens ou direitos à fls. 215/218 época da ocorrência do fato gerador” apurado mediante avaliação pela SEFAZ, com base no valor de mercado, ressalvado ao contribuinte requerer a avaliação contraditória administrativa ou judicial (art. 12, I e 13 do RITD). Afirma que na transmissão de quotas de capital, a base de cálculo é o valor venal, sendo que a legislação não

estabelece que o mesmo deve ser o valor do capital social realizado ou integralizado, cabendo a SEFAZ proceder a avaliação. E ainda que a doutrina e a jurisprudência entende que o valor venal de cada cota corresponde ao valor do Patrimônio Líquido (PL) dividido pelo número de cotas.

- 2) Que alguns Estados da Federação explicita nas suas leis e regulamentos, como determinar a base de cálculo no caso de transmissão de cotas a partir do valor do PL e não do Capital Social, exemplificando:

- A) Minas Gerais: O art. 5º, §1º da Lei nº 19.941/03, define que se a quota de participação não tiver sido negociada nos últimos 180 dias, o valor será determinado nos termos do regulamento, no caso o Decreto nº 43.981/05, cujo art. 13, §2º, define que o valor patrimonial da quota ou qualquer título representativo do capital da sociedade será obtido do Balanço Patrimonial e da DIRPJ, relativo à obtido do Balanço Patrimonial e da DIRPJ, relativo ao período mais próximo da data da transmissão;
- B) Santa Catarina: O art. 7º, §1º da Lei nº 13.136/04, define que a base de cálculo é o valor venal do bem ou direito, ou o valor do título ou crédito transmitidos, cujo Dec. 2.884/04, no seu art. 6º define que o valor das quotas de participação em empresas será apurado com base (i) no último balanço, ou (ii) inventário dos bens, direitos e obrigações;
- C) São Paulo: O art. 9º, §1º da Lei nº 10.705/00, define que a base de cálculo é o valor venal do bem ou direito transmitido, considerando o valor de mercado na data da abertura da sucessão ou da realização do ato ou contrato de doação. Também, o §3º, do art. 14 define que *“nos casos em que a ação, quota, participação ou qualquer título representativo do capital social não for objeto de negociação ou não tiver sido negociado nos últimos 180 dias, admitir-se-á o respectivo valor patrimonial”*.

Cita o Decreto nº 46.655/02, indicando o art. 17, §3º, bem como a Portaria CAT/2011, que disciplina obrigações acessórias relativas ao ITCMD, cujo item 11.2.2 esclarece que em relação a ações, cotas, participações ou quaisquer títulos representativos do capital social não enquadrados no item 11.2.1, deve ser (i) atos constitutivos da entidade atualizados até a data da abertura da sucessão; (ii) Balanço Patrimonial anterior a abertura da sucessão; (iii) Demonstrativo atualizado do valor contábil das cotas... atualizado pela UFESP... podendo ser obtido mediante “divisão do valor do patrimônio líquido pelo número de quotas.... ou multiplicação do valor do PL pela fração da participação.

Pelo exposto, conclui que o Estado da Bahia, assim como os outros Estados estabelecem como base de cálculo do ITD o valor venal do bem ou direito, tendo outros estados explicitado que no caso de cotas de sociedades, o valor venal corresponde ao valor do PL dividido pela quantidade de cotas, ressaltando que no caso do Estado de São Paulo, alternativamente, pode ser a multiplicação do valor do PL pela fração da participação.

3. Afirma que o Estado da Bahia entendeu ser desnecessário não explicitar a metodologia do cálculo, mas o art. 10 da Lei nº 4.826/89 define que a base de cálculo venal à época da ocorrência do fato gerador, mediante avaliação da SEFAZ, com base nos valores de mercado. Discorda da fundamentação da Decisão, ao afirmar que a base de cálculo foi apurada sem existência de previsão legal e ausência de elementos suficientes para se determinar a infração.
4. Colaciona textos DOUTRINÁRIOS, para reforçar o seu entendimento de que não se tributa apenas o valor da cota nominal constante do contrato social e sim o valor venal dos bens. Ressalta o texto publicado pela MVL Soluções Contábeis cujo exemplo indica uma empresa com capital social de R\$5.000.000,00; Lucros acumulados de R\$25.000.000,00 totalizando PL de R\$30.000.000,00 na qual um sócio possuiu 2.000.000 cotas subscritas a R\$1,00 cada.

Neste caso, cada cota representa R\$6,00 (R\$30.000.000,00/5.000.000), o que configura valor das 2.000.000 cotas em R\$12.000.000,00 (R\$6,00 x 2.000.000 cotas) e o valor do ITD a alíquota de 4% totaliza R\$480.000,00.

Em seguida discorre sobre a orientação contida na central de atendimento fiscal do Estado de Santa Catarina, sobre a tributação do ITD de doações de cotas de capital, que em termos gerais esclarece que deve ser considerado o valor atual da cota ao invés do valor nominal.

Da mesma forma, o posicionamento do auditor fiscal Osni Moura, que integra o grupo de especialistas em ITCMD, de que o “*contribuinte deve declarar sempre pelo valor atual da quota, considerando o patrimônio líquido do último balanço contábil*”.

Também colaciona texto de advogados (geroldo@gahauer.com.br) que disserta sobre o ITCMD, afirmando que o contribuinte transmite a declaração, gera a guia de pagamento do imposto com base na sua própria avaliação, cabendo a Fazenda Pública no prazo de cinco anos rever o lançamento. E que o art. 13 da lei Estadual estabelece que a base de cálculo é o “valor venal dos bens ou direitos ou o valor do título ou crédito, transmitidos ou doados, apurados mediante avaliação procedida pela Fazenda Pública Estadual. Comenta que para as ações negociadas em bolsa de valores o “valor de mercado” é o da média das cotações ocorridas no dia da transmissão ou doação, não existindo dúvida, mas no que se refere a doações e transmissões de quotas (Ltda.) e ações de companhias fechadas (não negociada em bolsa de valores) o valor de mercado deve ser considerado o valor do patrimônio líquido considerado na data da transmissão ou da doação.

Discorre ainda sobre a situação de patrimônio líquido negativo, na qual prevalece o valor das cotas e de capital integralizado em bens, no qual deve ser considerado o valor venal dos bens.

5. Quanto a JURISPRUDÊNCIA, cita decisões proferidas pelo Tribunal de Justiça do Paraná e de São Paulo (fls. 261 a 267), cujo conteúdo abaixo é resumido:

- I) TJ-PR 905.929-8 da 7ª Vara da Fazenda Pública: Decidiu que a base de cálculo “*incide sobre o valor venal das quotas (Patrimônio Líquido)*” de acordo com a disposição expressa no art. 13 da Lei 8.927/88, que estabelece que “*a base de cálculo do imposto é o valor venal dos bens ou direitos ou o valor do título ou crédito, transmitidos ou doados, apurados mediante a avaliação procedida pela Fazenda Pública Estadual*”. Fundamenta ainda que “*No patrimônio líquido a ser partilhado, deve ser considerado o valor dos bens, abatido o montante relativo a dívida existente*”;
- II) TJ-PR Agravo de Instrumento AI 562.555-6-8 da 7ª Vara Cível: Decidiu que “*na transferência de quotas sociais de pessoa jurídica – ITCMD – base de cálculo incide sobre o valor venal das quotas*” com base na disposição expressa no art. 13 da Lei 8.927/88. Fundamenta que “*Em se tratando de quotas sociais, a base de cálculo corresponde ao resultado da divisão entre o patrimônio líquido da empresa e o número de quotas que compõem seu capital*”;
- III) LEGJUR 146.8983.5013.1400 – TJSP: Decidiu que na apuração do ITCMD: “*Base de Cálculo. Valor que deve corresponder ao valor patrimonial das quotas e este deve ser caracterizado como resultado da divisão do patrimônio líquido pelo número de quotas*”;

6. Na situação presente ressalta que os balanços patrimoniais e o contrato de cessão de cotas da Empresa Expressa Distribuidora de Medicamentos Ltda., CNPJ 06.234.797/0001-78 foram entregues à fiscalização pelo próprio autuado, cujo valor do Patrimônio Líquido de R\$116.796.936,52, constante do BP de 31.12.10 foi considerado para efeito de constituição da base de cálculo do ITD sobre doação efetivada em fevereiro de 2011, de acordo com a 21ª alteração contratual. Por sua vez, a Srª. Mariana Braga Aitken em sua DIRPF do exercício de 2012 (ano calendário 2011), informou aquisição de 11.862.922 cotas de capital da citada empresa pelo valor de R\$ 71.928,00.

Ressalta que a compra e venda de um determinado bem pressupõe um equilíbrio de valor entre as partes, tanto do reconhecimento do valor pelo vendedor como do comprador. E que na situação em questão a aquisição de 11.862.923 cotas da empresa Expressa Distribuidora de Medicamentos Ltda. no exercício de 2011, propiciou a sócia Mariana Braga Aitken a distribuição de dividendos totalizando R\$4.120.822,58 o que entende caracterizar como uma doação, ou seja, uma transmissão não onerosa, de acordo com o disposto no art. 2º da Lei nº 4.826/89 que estabelece:

Art. 2º Para efeito dessa Lei considera-se doação qualquer ato ou fato, não oneroso, que importe ou resolva em transmissão de quaisquer bens ou direitos.

Destaca que na defesa o autuado não alegou falta de dispositivo legal para apurar o valor da cota, tendo em vista que o art. 10 da citada Lei, embasa que o valor venal dos bens deve ser apurado mediante avaliação da SEFAZ com base nos valores de mercado do bem, **cabendo ao contribuinte requerer avaliação contraditória.**

Conclui afirmando que ocorreu o fato gerador do ITCMD, caracterizado como uma doação inserida numa suposta operação de compra e venda, com valor de alienação das contas incompatível com o seu valor patrimonial, cuja base de cálculo foi apurada em conformidade com valor venal dos bens, figurando como contribuinte o donatário. Requer o afastamento da nulidade declarada na Decisão proferida pela Primeira Instância.

VOTO

O Auto de Infração acusa *falta de recolhimento do ITD sobre doação de 11.388.405 de cotas de capital da Empresa Expressa Distribuidora de Medicamentos.*

A 5ª JF julgou Nulo o lançamento, apreciando que:

- A) “... não há na legislação do Estado da Bahia fundamento ou orientação, em se tratando de transmissão de cotas de capital, para se apurar o valor de cada cota de participação societária com base no patrimônio líquido da empresa para efeito de pagamento de ITD”;
- B) O método utilizado na apuração da base de cálculo “*deveria estar de forma explícita*” na legislação tributária, fixando uma presunção relativa para se “*determinar como doação a parcela que não for paga com base no valor do patrimônio líquido*”.

Pela análise dos elementos contidos no processo, conforme contrato de compra e venda (fl. 174/178) o sócio Matheus Ribeiro Lima Braga vendeu a Mariana Braga Aitken 11.388.405 cotas do capital social da sociedade empresarial Expressa Distribuidora de Medicamentos Ltda., em 03/05/2010, mediante pagamento de R\$71.928,00, o que foi declarado a Receita Federal na DIRPF/2011 do comprador e do vendedor, conforme documentos acostados pelo sujeito passivo na sua defesa.

Na impugnação o sujeito passivo alegou que na situação presente ocorreu:

- i) Transferência onerosa de venda de cotas da sociedade empresarial, que não faz parte do rol de hipóteses de incidência do ITD;
- ii) Que o valor da operação foi de R\$71.928,00 e não o atribuído pelo Fisco de R\$27.854.376,50.

No que se refere à primeira alegação, a Decisão ora recorrida discorreu sobre o ITCMD previsto no art. 155, I da Constituição Federal, a Lei Estadual nº 4.826/97 e transcreveu os artigos 1º e 2º do Decreto nº 2.487/89 que regulamenta a cobrança do imposto, mas não apreciou se o fato ocorrido se enquadra ou não nas hipóteses de incidência do imposto.

Com relação à segunda alegação, descreveu que a apuração da base de cálculo foi feita com alicerce no valor do patrimônio líquido da empresa e não há previsão na legislação, motivo pelo qual declarou a nulidade do lançamento, por entender que não há segurança quanto à existência da infração.

Pelo exposto, há duas questões a serem dirimidas:

- i) Se o fato ocorrido se enquadra em hipótese de incidência do ITDCM e
- ii) Se a base de cálculo foi constituída em conformidade com a legislação tributária.

Preliminarmente, entendo que não há como apreciar estas questões sem adentrar ao mérito. Como o reexame da Decisão trata de nulidade material, as questões serão apreciadas sem configurar juízo de valor, quanto à procedência ou não do lançamento para não suprimir

instância de julgamento.

No que se refere à hipótese de incidência, pela análise dos elementos contidos no processo constato que:

- A) A empresa [Expressa Distribuidora de Medicamentos Ltda.] foi constituída com um capital integralizado de R\$300.000,00 (fl. 14);
- B) Foi incorporado ao capital, as reservas de capital e de incentivos fiscais no valor de R\$47.151.690,00 totalizando **Capital Social** de R\$47.451.690,00 que foi indicado no Balanço Patrimonial de R\$47.452 (em milhares de Reais), à fls. 15 e 36;
- C) O sócio Matheus Ribeiro Lima Braga vendeu a Mariana Braga Aitken 11.388.405, possuidor de 99% do total de 47.451.690 cotas, ou seja, 46.977.173 cotas com valor de **R\$46.977.173,00** (fl. 14), vendeu 11.388.405 cotas, pelo valor de **R\$71.928,00**.

Antes de apreciar a questão sobre a hipótese de incidência, faço algumas considerações sobre o Capital Social, Patrimônio Líquido e cotas das sociedades limitadas.

No momento que uma empresa é constituída como sociedade limitada o capital social é dividido em quotas cabível a cada sócio (at. 1055 do Código Civil). Uma vez definido o capital social e feito à integralização pelos sócios, o valor integralizado é contabilizado no Patrimônio Líquido (PL) é aplicado na aquisição de bens e direitos (Ativo), juntamente com os Recursos aplicados por terceiros (Passivo).

Na medida que a sociedade exerce sua atividade operacional (produção, comercialização de bens, prestação de serviços), geram receitas e despesas, cujo confronto num determinado período pode resultar em **lucro** ou **prejuízo**, que é contabilizado no PL de forma positiva (lucro) ou negativo, ou seja, aumentando ou diminuindo o PL.

Ao término de cada exercício social a sociedade deve elaborar Balanço Patrimonial e de Resultado (art. 1065) e deliberar em reunião dos sócios, entre outras coisas a destinação do resultado (artigos 1061 a 1084), inclusive do aumento ou redução do capital.

Pela análise do Balanço Patrimonial (fl. 36), tomando como base os exercícios anteriores ao exercício de 2010 e 2011, conforme contrato de compra e venda, o capital integralizado pelos sócios de R\$300.000,00 (A), foi aumentado com a integralização de Reservas de Capital e de Incentivos Fiscais (B) totalizando o valor do Capital Social (B) de R\$47.452 (000,00) constante do Balanço Patrimonial (fl. 36), por deliberação dos sócios, totalizando PL de R\$116.797(mil).

Do exercício de 2010 para o exercício de 2011, as Reservas (de Capital, Legal, de Incentivo Fiscal e de Lucro) foi classificada como Reserva de Incentivo Fiscal totalizando R\$80.473 (mil), e PL de R\$127.925 (mil).

Pelo exposto, o Capital Social original da empresa de R\$300.000,00 com as variações positivas (lucros), cujas Reservas fora integralizadas constituía um Capital Social de R\$47.452 mil no fim do exercício de 2010, ou tomando como base o documento de fl. 14, R\$47.451.690,00, além de Reservas que poderiam vir a ser integralizadas totalizando R\$80.473(mil) no fim do exercício de 2011.

Logo, a parte comercializada de 11.388.405 cotas, correspondente a 24% do Capital, com base no Balanço Patrimonial com valor de R\$116.796.936,52 dividido pelo total de 47.451.960 cotas resulta em valor de cada cota em R\$2,4614 que multiplicada pelo número de cotas transacionadas de 11.388.405 resulta em valor de R\$28.031.420,06.

Entretanto, as 11.38.405 que corresponde a 24% do PL totalizando R\$28.031.420,06 foi comercializada por R\$71.928,00.

Por sua vez, a fiscalização considerou como:

- A) Parte onerosa R\$71.928,00;
- B) Parte transmitida e não onerosa R\$27.854.376,48 [(11.388.405 – 71.928 cotas) x R\$ 2,4614 =

R\$27.854.376,48)].

Pelo exposto, não é razoável que o sócio cotista tenha transmitido a titularidade de 11.388.405 cotas de capital da empresa [Expressa] que patrimonialmente corresponde a R\$28.031.420,06 por um valor de R\$71.928,00 como indicado no contrato de compra e venda.

Pelo senso comum, basta ver que uma vez adquirido as 11.388.405 cotas de capital da empresa em 08/02/11 (fl. 33) por R\$ 71.928,00, o sócio autuado auferiu distribuição de dividendos de R\$5.506.442,47 (fl. 60), mesmo considerando que já possuía 1% do Capital Social (fl. 14) da empresa (Expressa Medicamentos) no fim do exercício de 2011, conforme consta na sua DIRPF (fl. 60). Isso corresponde a um retorno com porcentual de 76.554% (R\$5.506.442,47 dividido por R\$71.928) ao ano, o que constitui fato atípico e irreal.

Se considerado o valor real de R\$28.031.420,06 os dividendos recebidos corresponde a um retorno de 19,64% (R\$5.506.442,47 dividido por R\$28.031.420,06), retorno que supera a investimento anual de menor risco como a caderneta de poupança e próximo de aplicação em fundo de investimentos, situação em que caracteriza um fato típico e real.

De acordo com o exposto, resta claro que o negocio jurídico foi simulado por meio de um contrato de compra e venda, no qual foi transferida a propriedade das cotas do Capital Social da sociedade empresarial, porém, por um valor notoriamente simbólico. Consequentemente, diante da simulação quanto ao valor da compra e venda, deve ser considerado válido na substância a transmissão dos direitos, contudo, quanto ao valor deve ser considerado o real, nos termos do art. 167 do Código Civil.

Na situação em questão, a fiscalização deduziu do valor da transação a parte onerosa e considerou como “doação” a parte não onerosa, nos termos do art. 1º, III da Lei nº 4.826/89:

Art. 1º O Imposto sobre Transmissão “CAUSA MORTIS” e doação de quaisquer bens ou direitos tem como fato gerador a transmissão “CAUSA MORTIS” e a doação, a qualquer título de:

...
III - bens móveis, direitos, títulos e créditos.

*Art. 2º Para efeito desta Lei considera-se doação qualquer ato ou fato, **não oneroso**,*

Esta situação é prevista no Regulamento do ITD (Decreto nº 2.487/89), nos seus artigos 1º, III, X; 2º, X, combinado com o §1º:

Art. 1º O Imposto sobre Transmissão “Causa Mortis” e doação de quaisquer bens e direitos - ITD, incide nas transmissões “Causa Mortis” e na doação, a qualquer título de:

...
III - bens móveis, direitos e títulos e créditos.

Art. 2º Compreendem-se na definição das hipóteses de incidência do ITD:

...
X - cessão e outros quaisquer atos ou contratos que importem em transmissão gratuita por ato entre vivos de quaisquer bens ou direitos.

§ 1º Considera-se doação para efeito de cobrança do ITD qualquer ato ou fato, não oneroso, que importe ou se resolva em transmissão de quaisquer bens ou direitos.

§ 2º A estipulação de condições de fazer não desvirtua a gratuidade da doação.

§ 3º Nas transmissões decorrentes da sucessão legítima ou testamentária e doações ocorrem tantos fatos geradores quantos sejam os herdeiros, legatário ou donatários.

No que se refere à constituição da base de cálculo, observo que na impugnação o sujeito passivo alegou que o valor da operação foi de R\$71.928,00 e não o atribuído pelo Fisco de R\$27.854.376,50, tendo a 5ª JF fundamentado sua Decisão afirmando que o método utilizado na apuração da base de cálculo não está *explícito* na legislação tributária, inexistindo presunção legal para considerar *como doação a parcela que não for paga com base no valor do patrimônio líquido*.

Conforme anteriormente explanado a empresa alega que o valor da transmissão das cotas foi à declarada no contrato de compra e venda, enquanto a fiscalização apurou o valor das cotas com

base no PL e considerou como base de cálculo do ITD a parte transmitida não onerosa [doação].

O art. 10 da Lei nº 4.826/89 prevê:

*“Art. 10. A base de cálculo do imposto é o **valor venal** dos bens ou direitos à época da ocorrência do fato gerador, apurado mediante avaliação de iniciativa da Secretaria da Fazenda, com base nos valores de mercado correspondente ao bem, ressalvado ao contribuinte o direito de requerer avaliação contraditória administrativa ou judicial”.*

Na situação presente a fiscalização utilizou um critério objetivo, tomando como base o Patrimônio Líquido dividido pelo número de cotas do Capital Social. O Capital Social na sociedade limitada representa o investimento efetuado pelos sócios na empresa, e abrange também os valores obtidos pela sociedade empresarial [Reservas, Lucros não distribuídos], que por Decisão dos sócios cotistas foram incorporados ao Capital Social, representando uma espécie de investimento derivado da renúncia a sua distribuição.

No momento que os sócios decidem alienar suas cotas, o valor delas pode ser maior ou menor do que o total do Patrimônio Líquido (PL), visto que o mercado pode avaliar a capacidade da sociedade empresarial gerar benefícios futuros (lucros) em maior ou menor grau do que o valor das cotas.

Portanto, a legislação estabelece que a base de cálculo é o valor venal, e apesar de não haver previsão expressa para avaliar o valor das cotas unitárias tomando como base o montante do PL dividido pelo número de cotas, a doutrina e a jurisprudência (TJ-PR 905.929-8; 146.8983.5013.1400 – TJSP) trazida pela fiscalização e contido no relatório (fls. 250 a 270) manifesta entendimento de que *“a base de cálculo do imposto é o valor venal dos bens ou direitos ou o valor do título ou crédito, transmitidos ou doados, apurados mediante a avaliação procedida pela Fazenda Pública Estadual”, considerando que “Em se tratando de quotas sociais, a base de cálculo corresponde ao resultado da divisão entre o patrimônio líquido da empresa e o número de quotas que compõem seu capital”.*

Concluo que os elementos contidos no processo possibilitaram ao autuado compreender do que foi acusado, a base de cálculo foi constituída de forma objetiva, apurando o valor oneroso e não oneroso considerada como “doação”, da transmissão do direito em consonância com a doutrina e jurisprudência, sendo *“ressalvado ao contribuinte o direito de requerer avaliação contraditória administrativa ou judicial”*, ao teor do art. 10 da Lei nº 4.826/89.

Voto pela NULIDADE da Decisão, devendo os autos retornar a 1ª Instância para novo julgamento e apreciação das razões de mérito.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER** o Recurso de Ofício apresentado e decretar **NULA** a Decisão recorrida referente ao Auto de Infração nº **279268.0043/15-0**, lavrado contra **MARIANA BRAGA AITKEN**, devendo os autos retornar a 1ª Instância para novo julgamento.

Sala das Sessões do CONSEF, 14 de março de 2017.

RUBENS BEZERRA SOARES - PRESIDENTE

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS