IMPOSTO DE RENDA — EXTINÇÃO DE SOCIEDADES — VENDA DE AÇÕES EM BOLSA — ANALOGIA

— O emprego da analogia não pode resultar na exigência de tributo não previsto em lei.

— Se a venda foi realizada em pregão público, o preço alcançado foi, ex vi legis, *o preço específico e contemporâneo do mercado.*

PARECER

I

1. A consulente, Sociedade Anônima "A", possuía em seu patrimônio a maioria das ações da Sociedade Anônima "B", e esta, por sua vez, tinha como patrimônio remanescente apenas um imóvel.

2. Tendo em vista a necessidade de ser dissolvida e liquidada essa segunda S/A para que por outra forma societária fosse feita a exploração econômica desse patrimônio e, tendo em vista a política fiscal do desenvolvimento econômico nacional que, especialmente, visa a expansão das empresas produtoras, a ora consulente procurou

no sistema jurídico vigente fazer o planejamento tributário dessas operações, certa de estar no regular exercício de seus direitos, ou seja utilizar-se das garantias legais menos onerosas.

3. Neste sentido, vendeu no dia 8 de agosto de 1967, no pregão da Bolsa de Valores do Estado de São Paulo, as ações que possuía da Sociedade Anônima "B" pelo valor alcançado, que foi o correspondente ao valor nominal das mesmas ações e que foram adquiridas pelos acionistas e diretores dela vendedora.

4. Essas pessoas físicas adquirentes da totalidade das ações da Sociedade Anônima "B" deliberaram sua dissolução pelo que, efetivada, receberam as partes ideais do imóvel e como pessoas físicas o venderam a terceira sociedade no exercício seguinte (1968), a qual incorporou o imóvel ao seu patrimônio.

5. Tendo sido há muito revogada, em nosso país, a legislação pela qual era cobrado o imposto de renda sobre lucro imobiliário das pessoas físicas, não tiveram assim esse ônus, pois nada mais fizeram do que enquadrar previamente a operação no sistema jurídico, exercendo assim, regularmente, seu direito.

6. Entretanto, a fiscalização do imposto de renda lavrou auto de infração contra a ora consulente, não aceitando o "preço de venda das ações" pelo preço ou valor alcançado em 1967 no pregão da Bolsa, sob a alegação de que teria ocorrido com essas ações uma única transação e assim o preço comercial alcançado na Bolsa não corresponderia ou representaria o conceito de "preço de mercado" referido na legislação do imposto de renda no capítulo da "distribuição disfarçada de lucros".

7. Como se vê, não encontrando a fiscalização uma especificação prévia na legislação do imposto de renda que nesse caso fosse substitutiva do "preço de venda das ações" alcançado no pregão da Bolsa, utilizou-se da *analogia* para essa capitulação ou enquadramento, invocando os artigos 251, letra *a* e 252, letra *a* do RIR relativos à apuração de "distribuição disfarçada de lucros", dispositivos esses que se referem, respectivamente, à "alienação ... por valor notoriamente inferior ao de mercado" e que "serão classificados como dividendos os lucros distribuídos ... a diferença entre o valor de mercado e o de alienação".

8. Além da utilização da analogia para aquele enquadramento, a fiscalização capitulou, cumulativamente, a alíquota máxima e sancionatória de 50% do art. 253 e exigiu mais o imposto do art. 249 do RIR.

9. Acontece ainda que, tendo assim abandonado o "preço de venda das ações" alcançado no pregão da Bolsa, foi adotar como critério substitutivo, uma avaliação de todo arbitrária e absolutamente extemporânea, pois, para dar como "preço de mercado" das ações vendidas em 1967, foi apurar, como esclarece o próprio texto do acórdão, o "patrimônio da empresa ... considerado para esse efeito o valor do imóvel de propriedade dessa empresa pelo preço atualizado" isto é, nem sequer na data da venda das ações (1967), mas na data da venda do imóvel que já era propriedade *uti singuli* das pessoas físicas que o venderam no ano calendário de 1968.

10. Os consideranda e o acórdão em grau de recurso voluntária, são os seguintes:

"CONSIDERANDO a inexistência de valor de cotação das ações da empresa ... na Bolsa de Valores do Estado de São Paulo, para a determinação de seu valor de mercado;

CONSIDERANDO que nessa situação o valor de mercado deve ser determinado através do patrimônio da empresa;

CONSIDERANDO que, à vista da prova dos autos, o patrimônio da empresa em questão "deveria ser calculado", levando-se em conta o valor real do imóvel citado, apurado em avalia-

ção judicial ou efetuada por organização de reconhecida idoneidade;

CONSIDERANDO que a parcela a que se refere o auto de infração de fls. 20 está incluída na tributação suplementar recorrida de que trata o auto de infração-notificação fiscal de fls. 31, de 9 de setembro de 1969;

ACORDAM os Membros da Primeira Câmara do 1.º Conselho de Contribuintes, por *maioria* de votos, negar provimento ao recurso."

11. À vista de todo o exposto, a consulente vem solicitar a V. Exa. parecer sobre o caso, não só em relação à aplicação que foi feita da analogia, mas também quanto aos aspectos temporais da avaliação, e ainda em relação à natureza do conteúdo do terceiro *considerandum* que faz referência expressa à necessidade da prova de avaliação por organização de reconhecida idoneidade, eis que a ora consulente, atendendo a essa manifestação do próprio Conselho e para mais esclarecer a matéria, diligenciou essa avaliação, como se vê do Laudo de Avaliação da Bolsa de Imóveis do Rio de Janeiro e seus respectivos anexos, juntos por xerox.

A consulente está solicitando esse estudo e parecer, especificamente para oferecê-lo à consideração do egrégio Conselho, na fase do pedido de reconsideração.

II

A DESONERAÇÃO TRIBUTÁRIA NA ORGANIZAÇÃO, REORGANIZAÇÃO E EXTINÇÃO DE EMPRESAS

I — Uma das preocupações de larga visão e repercussão da Reforma Tributária empreendida pela Comissão do Ministério da Fazenda foi, precisamente, no interesse do desenvolvimento econômico nacional, afastar os ônus fiscais sobre a organização e reorganização das empresas, os quais impediam o desenvolvimento das atividades produtoras.

Assim é que no primeiro relatório oficial (Vide *Reforma Tributária Nacional*. Vol. 17, Rio, edição da Comissão de Reforma do Ministério da Fazenda, 1966, p. 45/46), já esclarecera a Comissão:

"As limitações propostas ao alcance do imposto *inter vivos* ... consistem na exclusão de sua incidência sobre as transmissões a título de conferência de capital, na fixação de um teto às suas alíquotas, e na sua restrição tão-somente às transmissões de bens imóveis por natureza.

A primeira limitação justifica-se para evitar um entrave à *formação* e *reorganização* de sociedades, hipótese em que a *transmissão representa menos uma alienação de patrimônio que uma medida visando à sua melhor exploração econômica*. Pode-se, aliás, recordar que, anteriormente à Emenda Constitucional n.º 5, a maioria dos estados já reconhecia a procedência deste fundamento, prevendo para a hipótese uma alíquota inferior à aplicável aos casos de compra e venda ou doação.

A segunda limitação traçada ao imposto *inter vivos* pelo art. 11, em seu § 4.º, justifica-se pela preocupação de evitar que o tributo possa, por sua onerosidade, converter-se num duplicação, no campo estadual, *do imposto sobre a renda, absorvendo todo o lucro emergente da transação*. Coaduna-se com esta norma a disposição contida no mesmo prágrafo, que, por uma limitação indireta dos poderes impositivos federais, também objetiva impedir a sobreposição deste imposto e do de renda, sobre o mesmo ganho de capital" (grifos da transcrição).

II — Aliás, isto ficou expresso na vigente Constituição, cujo § 3.º do artigo 23 estatui mesmo, como limitação da próprio poder de tributar, que aquele imposto,

"... 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 decorren-

tes de fusão, incorporação ou extinção de capital de pessoa jurídica" ...

A DENOMINADA DISTRIBUIÇÃO DISFARÇADA DE LUCROS

III — No acórdão unânime n.º 62.645 de 5.10.70, a Primeira Câmara do eg. Primeiro Conselho deixou fixado e decidido que, a chamada "distribuição disfarçada de lucros" é a própria conceituação fiscal do fato gerador, ou nos termos da parte dispositiva do acórdão:

"a distribuição na espécie tratada constitui simplesmente um conceito fiscal, de lucro tributável".

IV — Ora, o CTN dispondo sobre a matéria substantiva, fato gerador, estatui:

"Fato gerador da obrigação principal é a situação *definida em lei* como *necessária e suficiente* à sua ocorrência" (art. 114).

V — Como esclarece na sua extraordinária *Lógica Jurídica* o notável catedrático de Heidelberg, Ulrich Klug, tratando precisamente das condições necessária, suficiente e necessária-suficiente:

"as três classes indicadas de condições ou pressupostos correspondem respectivamente à implicação extensiva, à intensiva e à de *equivalência* (*implicação dupla*).

Especialmente a *condição suficiente* corresponde à conseqüência da implicação extensiva; a *condição necessária* corresponde à conseqüência da implicação intensiva; a condição *necessária e suficiente* a uma das premissas da relação de *eqüvalência* (102). No caso da *eqüivalência* tanto o antecedente como o conseqüente podem chamar-se implicantes. Isto decorre de que, reunidas a necessária e suficiente, a eqüivalênciacia constitui uma implicação dupla" (*Juristische Logic, Dritte, erweiterte und veränderte Auflage.* Berlin-Heidelberg-New York, Springer-Verlag, 1966, p. 41-42).

VI — Ora, quais são as condições de absoluta equivalência (necessária e suficientes) para ser exigido imposto ou multa? São em obediência ao art. 114, todas as especificadas taxativamente no art. 97, itens I a V do CTN por meio da *lei.* É o princípio da estrita legalidade que se apura pela rigorosa "conformidade ou adequação do fato gerador com a tributação" (*Tatbestandmässigkeit der Besteuerung*).

VII — Como informa a própria Comissão do Ministério da Fazenda, elaboradora do projeto de nosso Código Tributário, dentre os códigos, a principal fonte do nosso foi o Código Tributário da Alemanha (Vide *Trabalhos da Comissão Especial do Código Tributário Nacional.* Rio de Janeiro, edição Ministério da Fazenda, 1954, p. 98-99).

Portanto, vejamos preliminarmente esta problemática na fonte:

Um dos grandes mestres do direito tributário na atualidade, Wilhelm Kruse, como luva ao caso consultado, esclarece:

"A necessidade de adequação ao fato gerador de cada pretensão tributária concreta e da reserva legal coincide com o estatuído na legislação. O sistema jurídico tributário exige que as autorizações ao executivo para realização de atos administrativos onerosos sejam suficientemente determinados e delimitados pela lei que os autoriza, segundo conteúdo, objeto, finalidade e extensão.

Isto decorre de decisão do Tribunal Federal Constitucional em acórdão de 12.11.58, sobre o princípio da administração legal.

O princípio da administração vinculada à lei é princípio geral de que decorrem a reserva legal e a conformidade com o fato gerador.

É significativa a decisão do OVG de 31.1.54 porque ela acentua que o princípio da administração vinculada à lei também se dirige ao próprio legislador, pois este princípio exige que ele crie os pressupostos para uma administração vinculada à lei. Determina: "não é suficiente que as autoridades adminostrativas fiscais tratem, do ponto de

vista puramente de fato, tributariamente igual os casos iguais e diversificadamente os desiguais".

Para que elas o façam, ao contrário, esse exercício deve ser resguardado por um princípio legal, isto é, por normas jurídicas com fatos geradores fixamente delineados.

Uma lei que autoriza a exigência de tributos não pode se limitar a abrir a possibilidade fática, a própria lei é que deve proceder a essa diferenciação."

Precisamente em relação à conformidade da tributação com o fato gerador, o Tribunla Constitucional da Bavária, em decisão de 18.2.55, explicou:

"quando permitido, a autoridade fiscal só pode agir com critério próprio no campo da execução do efeito jurídico de um preceito ...

À autoridade fiscal não pode ser concedida margem de discrição ou atitude de escolha na parte do preceito jurídico referente aos elementos do fato gerador, mas somente na parte referente ao efeito jurídico".

Neste mesmo sentido afirmou o Tribunal Constitucional Federal:

"O princípio do Estado de Direito manda que o próprio legislador delimite a esfera jurídica sujeita a possibilidade de interenção estatal e não o deixe ao critério das autoridades administrativas fiscais" (*"Da Proteção Jurídica no Direito Tributário" (Vom Rechtsschutz im Steurrecht)*. Düsseldorf, 1960. Vide o trabalho *Administração vinculada à lei e tributação em conformidade com a hipótese de incidência ou Fato Gerador*, p. 116 e seg., da lavra do Prof. Heinrich Wilhelm Kruse).

VIII — Finalmente, tratando da analogia e compendiando a jurisprudência, Kruse na mesma obra cita acórdão que constitui verdadeiro *"standard* jurídico", da Corte Federal Tributária:

"Não pode, entretanto, o juiz tributário submeter a obrigação impositiva a um outro fato gerador que, na sua opinião, possivelmente, poderia ter levado o legislador a tributar também esse outro caso.

Isto resultaria numa modificação do direito material vigente e não mais numa mera complementação pelo preenchimento de uma lacuna, e uma tal modificação legal só compete ao legislador, pelo menos no tocante à questão fundamental, istc é, quais os fatos que devem ser alcançados pela obrigação tributária."

E prossegue: "Dessa solução resulta claramente que o juiz não pode através da analogia criar fatos geradores tributários novos; também isto não é permitido aos órgãos administrativos fiscais. Por isso Hensel, com muita razão, concluiu na apreciação do § 81, inciso 1, alínea *l* do Código (§ 3.º, inciso da Lei de Adaptação) pela inadmissibilidade da conclusão analógica para criação de novos fatos geradores tributários.

Segundo o § 3.º, *l*, da *StAnpG* a obrigação tributária nasce logo que se realiza o fato gerador, ao qual a lei vincula a obrigação. Disto devemos concluir a *contrario sensu* que nenhuma obrigação tributária nasce enquanto não seja plenamente realizado o fato gerador legal.

Assim fica bem esclarecida a relevância da estruturação que exige a conformidade da tributação com o fato gerador (§ 81 do Código-AO).

IX — No pioneiro e magnífico *Dicionário do Direito Tributário e das Ciências Fiscais* há poucos meses publicado na Alemanha (*Handwörterbuch des Steuerrechts und der Steuerwissenscheften. München*, C. H. Beck'Sche Verlangbuchhandlung, 1972. Obra em 2 vols., tamanho enciclopédia, com a colaboração de uma centena dos maiores mestres alemães das ciências fiscais, no verbete Conformidade da tributação com a hipótese de incidência (*Tatbestandmassig keit*), assim está sintetizado:

"Impostos só podem ser exigidos quando a hipótese de incidência (o fato gerador) seja integralmente preenchida,

pois somente esse preenchimento é que vincula o contribuinte."

X — A legislação substantiva ou material do Brasil é, ainda, nesse sentido, mais expressa, pois não só o artigo 114 exige as condições "necessária e suficiente", ou da estrita conformidade da tributação com o fato gerador mas especifica que todos os requisitos estruturais do fato gerador só existem mediante criação da lei material (artigo 97, itens I a V) e ainda, expressamente, estatui:

"O emprego da analogia não poderá resultar na exigência de tributo não previsto em lei" (CTN, § 1.º do artigo 108).

XI — Em face de todo o exposto, e partindo-se do acórdão específico n.º 62.645, de 5.10.70 da 1.ª Câmara do e. Primeiro Conselho, que com toda procedência reconheceu e decidiu que a chamada "distribuição disfarçada de lucro" é uma hipótese de incidência, uma situação descrita de fato gerador, ou seja, um "conceito fiscal de lucro tributável" vejamos se essa tipicidade comporta ser "construída" ou ampliada através da analogia e no caso em estudo até que ponto foram feitas extensões ou ampliação do campo da incidência vedado à administração fiscal.

XII — Preliminarmente "preço de mercado" não é conceito fiscal. A lei fiscal faz apenas e tão-só simples remissão a esse conceito já disciplinado ou normatizado pelo direito privado e portanto o conceito jurídico do direito privado é vinculante dentro do direito tributário que o adotou, pois citou apenas o *nomen juris* (Vide o Capítulo Conceitos de direito privado, conceitos mistos e conceitos autônomos, em nosso livro *Da Interpretação e da Aplicação das Leis Tributárias*. 2.ª ed., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1965, p. 48 e seg.).

XIII — Ora, a alegação fiscal de que só houve uma transação dessas ações no pregão público da Bolsa, e só por si não representaria o "preço de mercado" é procedente? Juridicamente é improcedente essa alegação. O direito é normativo e cogente para todos. Se a venda foi realizada no pregão público, o "preço" alcançado foi *ex vi legis* o preço específico e contemporâneo de mercado.

Nos termos dos artigos 192, 193 e 387 do RIR a venda de ações em Bolsa fixa o valor de mercado para todos os efeitos, inclusive do imposto de renda. O preço de venda de ações em Bolsa só não fixa o valor de mercado quando o título é excluído da lista mensal da Bolsa por ato da própria Bolsa, como reza o parágrafo único do artigo 387, o que não ocorreu no caso. Se pela própria legislação do imposto de renda o preço de venda em Bolsa é o valor de mercado e se "preço" do título é o alcançado no mercado da Bolsa, como seria possível à empresa provar o "preço" alcançado no mercado senão através da Bolsa? Não são as próprias leis que normativamente deram à empresa o instrumento desse tipo específico de venda? Qual outro tipo de venda, com preço oponível, poderia a empresa se valer? A única forma específica, normal, de venda por preço oponível de ações que a legislação põe à disposição dos cidadãos é essa. Não existe nenhuma lei que obrigue a empresa a promover outro tipo de venda e o que a lei não exige, ninguém pode exigir (Constituição, art. 153, § 2.º).

Sem dúvida que uma avaliação, mesmo *a posteriori*, por organização de reconhecida idoneidade ou pelo judiciário, poderá provar, a qualquer tempo, o valor real. Isto porém é matéria de prova, mas não o "preço" alcançado no mercado ou seja, o resultante da "oferta e procura" no ato da venda.

XIV — Observe-se bem que a lei fiscal, nesse caso da "distribuição disfarçada de lucros", tanto na letra *a* do art. 251 como na mesma letra do art. 252, não dá como termo de comparação o "valor real", mas apenas e tão-só o "valor de mercado", isto é, para o caso de ações o preço alcançado dentro da oferta e procura no

público pregão da Bolsa. Assim, por exemplo, poderia ser impugnado o "preço" alcançado em uma venda em hasta pública, sob a alegação de que não corresponde ao valor real do bem? É evidente que, se foi regularmente executada a venda pelo preço alcançado no pregão, esse preço é incontestável e oponível *erga omnis*.

XV — Impugnar ou não aceitar o preço decorrente da oferta e procura de ações, no pregão público da Bolsa é invalidar, *contra legem*, a própria função pública da Bolsa; é negar validade à instituição que a legislação criou e entregou como instrumentalidade dessa prova aos cidadãos. Se esse preço não representa o "preço" de mercado, qual então o representará? O de avaliação do "valor real" feita pelo Fisco, para efeito de cobrar imposto e multa?!

Mas se a própria "hipótese de incidência" é a comparação entre o "valor de mercado" (não o valor real) e o de "alienação" e se essa alienação foi feita pelo "valor de mercado" obtido no pregão público da Bolsa, como negar esse parâmetro legal?

XVI — Essa hipótese de incidência penalizante não tem aplicação ao caso de venda de ações por meio do pregão público da Bolsa, pois este já é, precisamente, o que dá o valor de mercado. A Bolsa é *ex vi legis* o próprio mercado das ações. Essa hipótese de incidência em relação à venda de ações é para os casos de ações negociadas indiretamente ou fora da Bolsa, pois ela toma como termo de comparação o próprio valr de mercado das ações que é sinônimo do preço ou valor obtido no mercado da Bolsa.

XVII — Portanto, substituir o valor de mercado da Bolsa pelo valor real da avaliação fiscal não é apenas passar para o campo da analogia para exigir imposto e impor penalidade, mas é ir além, é criar uma nova hipótese de incidência não apenas sem lei, mas além dos limites já traçados pela hipótese de incidência legislada. Essa pretensão infringe não só o princípio da vinculação da atividade de lançamento à lei (CTN, art. 142, § único), o princípio de reserva da lei ou legalidade da tributação (Constituição, art. 19, I e 153, § 29; CTN, art. 114 e 97) mas ainda o princípio da conformidade da tributação com a hipótese de incidência ou fato gerador (CTN, art. 142 combinado com os art. 114, 115 e 97).

XVIII — Em relação aos aspectos temporais da avaliação fiscal, se ela não fosse, como é no caso, incabível, é evidente que também é errôneo tomar a data da venda do imóvel pelas pessoas *uti singuli* no ano de 1968, pois o que pretendeu tomar como fato gerador foi a venda das ações ocorrida em Bolsa em 1967. A avaliação teria que se reportar à data da ocorrência do fato, sob pena de infração do art. 116 do CTN.

XIX — Finalmente, tendo o Acórdão n.º 63.691, no terceiro considerando, se referido à apuração do "valor real do imóvel" por "organização de reconhecida idoneidade, embora a nosso ver não seja caso de apuração do "valor real" porque o pressuposto da hipótese de incidência está em tomar como termo de comparação apenas o "valor de mercado" já provado pela venda na Bolsa, entendemos que aí está um prejulgado da qualificação como prova da avaliação por "organização de reconhecida idoneidade", embora a nosso ver de Imóveis do Rio de Janeiro. O laudo avaliatório vem demonstrar *ex abundantia* os enganos da própria avaliação fiscal e portanto é mais uma prova dos enganos da autuação.

Por todo o exposto, a nosso ver, o auto de infração é improcedente. S.M.J. São Paulo, 28 de novembro de 1972. *Ruy Barbosa Nogueira*, Professor de Direito Tributário na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.