

## Sumário

Este parecer foi elaborado pelo autor com base em estrutura simplificada, limitando-se às seções “Exposição da Consulta”, “Consulta” (ou semelhante) e “Parecer”, sem subdivisões internas, em função da natureza da matéria e da consulta formulada, deixando-se, por essa razão, de apresentar sumário.

## **PARECER JURÍDICO**

Compra de quotas do capital de sociedade e distribuição de lucros. Incorporação de subsidiária integral. Regime tributário da diferença entre o custo de aquisição das quotas e o valor contábil do acervo líquido recebido em substituição da participação extinta.

## **CONSULTA**

CURSO ALPHA PRÉ-VESTIBULAR LTDA. formula a seguinte consulta:

1. A Consulente, sociedade civil por quotas de responsabilidade limitada, tem por objeto a prestação de serviços de ensino de 1º e 2º graus, inclusive supletivo, e a organização de cursos pré-vestibulares ao ensino superior.

Em fins de 1974 e princípios de 1975, os sócios da Consulente decidiram -- com o fim de expandir suas atividades adquirir a totalidade das quotas da sociedade civil de responsabilidade limitada denominada "Colégio Dias e Moreira Ltda." As razões econômicas da aquisição podem ser assim resumidas:

a) o Colégio Dias e Moreira era instituído de educação tradicional no Rio de Janeiro, de grande reputação, que havia formado várias gerações de alunos;

b) o "Colégio" estava estabelecido em prédio da Rua da Ladeira nº 00, entre a Av. Copacabana e a Rua Gonçales Mello, localização considerada ideal -- do ponto de vista do mercado -- para o funcionamento de cursos pré-vestibulares;

c) a aquisição da totalidade das quotas da sociedade permitia a imediata utilização do prédio e das instalações do "Colégio", economizando o tempo e o vultoso capital que seriam necessários para criar estabelecimento semelhante.

2. Os sócios do "Colégio Dias e Moreira Ltda." eram, à época, a senhora Marina Campos e seus filhos, com os quais os sócios da Consulente negociaram o preço de compra.

As razões econômicas que levaram os sócios da Consulente a fechar o negócio pelo preço contratado podem ser assim resumidas:

a) para os adquirentes, o único valor econômico importante do ativo do "Colégio" era o fundo de comércio criado durante anos de funcionamento no mesmo local, pois seu estabelecimento era amplamente conhecido pelo mercado de maior poder aquisitivo da cidade do Rio de Janeiro;

b) comparados com o valor comercial do fundo de comércio, todos os demais elementos do patrimônio do "Colégio" eram de pouca significação, pois compreendiam apenas -- além de disponibilidade de alguns créditos -- móveis e utensílios, instalações e benfeitorias no imóvel e investimentos incentivados;

c) o "Colégio" era locatário do prédio da Rua Da Ladeira nº 00, segundo contrato de 5 anos, do qual restavam ainda 2 anos; e como o fundo de comércio que justificava a aquisição estava ligado a esse contrato, os sócios da Consulente condicionaram o negócio a que o "Colégio" obtivesse do proprietário a extensão da locação, a fim de que dispusessem do tempo suficiente para amortizar o capital aplicado; razão pela qual o instrumento de aquisição das quotas foi assinado -- no dia 18.02.75 -- simultaneamente com a escritura pública de prorrogação do contrato de locação;

d) no curso das negociações, os sócios da Consulente tomaram conhecimento que o "Colégio" tinha pendência judicial de resultado imprevisível; razão pela qual foi ajustado que os antigos sócios assumiriam a responsabilidade dessa ação, arcando com os eventuais prejuízos e ficando de sua conta quaisquer vantagens que viessem a ser obtidas;

e) além disso, foi ajustado, como condição negocial do preço acordado, que os investimentos incentivados (Decreto-lei nº 157) seriam futuramente transferidos para os sócios vendedores das quotas, como parte do preço de compra das mesmas;

f) por essas razões, os sócios da Consulente acordaram em comprar todas as quotas do "Colégio Dias e Moreira Ltda." pelo preço certo de Cr\$ 2.368.000,00, dos quais Cr\$ 500 mil pagos no ato da assinatura do instrumento de alteração contratual e Cr\$ 1.868.000,00 em prestações mensais de valores variáveis:

3. A aquisição das quotas foi inicialmente contratada pelos sócios da Consulente, e não por esta, porque à época ainda não havia certeza sobre qual a melhor solução a ser adotada -- manter o "Colégio Dias e Moreira Ltda." como organização distinta da Consulente, transformá-lo em subsidiária da Consulente ou nela incorporá-lo.

A solução foi escolhida 4 meses depois, optando-se pela formação de uma única organização, mediante incorporação do "Colégio" na Consulente. Por isso, no dia 30 de junho de 1975, os sócios da Consulente, então únicos sócios do "Colégio", prometeram transferir-lhe todos os direitos que haviam adquirido da família Dias.

Nesse instrumento, os sócios da Consulente prometeram vender-lhe as quotas exatamente pelo mesmo preço pelo qual haviam adquirido, assumindo a Consulente a obrigação de pagar o saldo das prestações vincendas. Os sócios da Consulente não realizaram, portanto, nenhum ganho na revenda: a importância paga pela Consulente foi exatamente a mesma paga à senhora Dias e seus filhos.

4. Em 31 de março de 1976, por instrumento de alteração de contrato social, a Consulente incorporou o "Colégio" e aumentou seu capital social

**José Luiz Bulhões Pedreira**  
*Advogado*

de Cr\$ 300 mil para Cr\$ 315 mil. A incorporação foi efetuada pelos valores contábeis constantes da escrituração do "Colégio", sem reavaliações nem reconhecimento contábil do valor do seu fundo de comércio. Para esse fim foi levantado balanço do "Colégio" que, naquela data, tinha patrimônio líquido contábil do montante de Cr\$ 1.029.097,09,5.

5. Em decorrência da incorporação, as quotas do capital social do "Colégio" que eram de propriedade da Consulente extinguiram-se e foram substituídas -- no patrimônio da Consulente -- pelo acervo líquido do "Colégio"; e a comparação do custo de aquisição das quotas extintas com o valor de patrimônio líquido contábil recebido em substituição revelou prejuízo contábil de cerca de Cr\$ 1.300 mil. O aumento de capital da Consulente não foi integralizado com o patrimônio líquido do Colégio Dias e Moreira Ltda., mas seu valor foi debitado em conta dos sócios que adquiriram as quotas.

6. A Consulente, entendendo que aquele prejuízo não era real, uma vez que o valor do patrimônio líquido contábil do "Colégio" não registrava o fundo de comércio que havia sido o fundamento econômico do preço pagos pelas quotas, não o escriturou a débito das contas de resultado do exercício, mas considerou-o aplicação de capital na aquisição do contrato de locação de imóvel do qual passou a ser titular, em decorrência da incorporação do "Colégio".

7. Além disso, a Consulente, tendo em vista o disposto no artigo 196 do Regulamento do Imposto de Renda, deliberou amortizar o valor em questão durante o prazo de 5 anos do contrato de locação; e para certificar-se que seu procedimento estava de acordo com a legislação do imposto de renda, formulou consulta à Superintendência Regional da Secretaria da Receita Federal, conforme cópia anexa.

A resposta da Superintendência, também anexa por cópia, afirma que a diferença entre o preço pago pelas quotas e o valor de patrimônio líquido do "Colégio Dias e Moreira Ltda." constituiu distribuição disfarçada de lucros porque a incorporação não teria sido "efetuada pelo valor de patrimônio líquido", e que a Consulente não teria direito de amortizar a diferença em questão.

José Luiz Bulhões Pedreira  
*Advogado*

8. À vista do exposto, a Consulente formula as seguintes questões:

- a) a incorporação do "Colégio Dias e Moreira Ltda." pela Consulente, nas condições descritas e constantes dos documentos anexos, sem aumento de capital integralizado com patrimônio líquido da sociedade incorporada, porém subscrito pelos sócios, com outros recursos, foi feita de acordo com a legislação aplicável em vigor?
- b) a compra das quotas do capital social do "Colégio Dias e Moreira Ltda., nas condições acima descritas e constantes de documentos anexos, pode ser -- de acordo com a legislação tributária -- conceituada como distribuição disfarçada de lucros?
- c) a incorporação do "Colégio" na Consulente pelo valor de patrimônio líquido contábil infringiu algum preceito legal?
- d) o tratamento dado pela Consulente à disfarçada entre o custo de aquisição das quotas e o valor de patrimônio líquido contábil recebido em sua substituição ajusta-se aos preceitos legais aplicáveis?
- e) a Consulente tem direito de amortizar a diferença referida na alínea d, considerando-a como capital aplicado na aquisição do contrato de locação de imóveis?

**PARECER**

1. A Consulente e o "Colégio Dias e Moreira Ltda." eram sociedade civil, com forma de sociedade por quotas, de responsabilidade limitada. Nem o Código Civil nem a lei que dispõe sobre as sociedades por quotas de responsabilidade limitada regula a incorporação de sociedades, que é tratada, exclusivamente, pela lei de sociedades por ações. Ao tempo da operação, vigia o Decreto-lei nº 2.627/40, que definia a incorporação como "a alteração pela qual uma ou mais sociedades são absorvidas por outra, que lhes sucede em todos os direitos e obrigações" (art. 152).

A incorporação processa-se, em regra, mediante aumento de capital da incorporadora que é subscrito pela incorporada e integralizado com a versão do seu patrimônio líquido; em virtude dessa subscrição, no primeiro momento todo o patrimônio da incorporada é substituído pelas ações ou

quotas criadas pelo aumento de capital da incorporada; e ao se completar a operação, com a extinção da incorporada, essas ações ou quotas passam a pertencer aos sócios da incorporada, em substituição às que possuíam no capital social desta.

2. Esse esquema típico da incorporação sofre modificações quando (a) a incorporadora é titular de parte das ações ou quotas do capital da incorporada e (b) quando a incorporada é subsidiária integral da incorporadora, isto é, esta é titular da totalidade das suas ações ou quotas.

Na incorporação em que a incorporadora é sócia da incorporada coloca-se a questão do destino a ser dado à parte do patrimônio líquido da incorporada correspondente às ações do seu capital que são de propriedade da incorporadora, e duas soluções são possíveis:

a) o aumento de capital da incorporadora é fixado de modo a absorver todo o patrimônio líquido da incorporada, e as ações criadas substituem todas as ações de capital da incorporada, inclusive as de propriedade da incorporadora; nesse caso, como efeito da incorporação, as ações da incorporada que se achavam no ativo da incorporadora são substituídas por ações do capital da própria incorporadora. A lei somente admite essa solução se a incorporadora tem reservas suficientes para manter essas ações em tesouraria;

b) o aumento de capital da incorporadora é fixado de modo a absorver apenas a parte do patrimônio líquido da incorporada correspondente às ações de terceiros, e as ações do capital da incorporada de propriedade da incorporadora são extintas; neste caso, como efeito da incorporação, a incorporadora recebe parte do patrimônio líquido da incorporada como integralização do aumento do capital e parte como liquidação das ações que se extinguem.

Nessa segunda alternativa, que é a mais usual, surge o problema do tratamento a dar à diferença entre (a) o valor contábil das ações ou quotas do capital social da incorporada que eram de propriedade da incorporadora, extintas em decorrência da incorporação, e (b) o valor da parcela do patrimônio líquido da incorporada recebida em liquidação dessas ações ou quotas.

3. A hipótese de incorporação de subsidiária integral é a mesma sob o aspecto de que a incorporadora substitui, no seu ativo, as ações ou quotas da subsidiária integral pelo patrimônio líquido desta, mas apresenta a peculiaridade de que não há aumento de capital da incorporadora: se todas as ações ou quotas da incorporada são de propriedade da incorporadora, não há sócios da subsidiária integral que devam receber ações ou quotas criadas com o aumento de capital da incorporadora. O procedimento de incorporação continua a ser o mesmo, sob os aspectos de que (a) os órgãos societários competentes das duas sociedades aprovam alteração, (b) a patrimônio líquido da incorporada, (c) que a sucede universalmente, e (d) a incorporada extingue-se; mas é diferente sob o aspecto de que a incorporação se processa sem aumento do capital social da incorporadora: esta recebe todo o patrimônio líquido da incorporada em liquidação da totalidade das ações ou quotas do capital desta, que já eram de sua propriedade.

4. O caso da Consulente era de incorporação de subsidiária integral: ao se processar a operação, a Consulente já se tornara titular do direito à aquisição de todas as quotas do capital social do Colégio Dias e Moreira, de modo que a incorporação podia processar-se sem aumento do seu capital social. No instrumento de alteração do contrato social que efetivou a incorporação, os sócios da Consulente, que haviam originalmente adquirido as quotas do Colégio Dias e Moreira Ltda. e posteriormente prometido vendê-las à Consulente, compareceram para, no mesmo ato, efetivar a transferência das quotas e a incorporação de uma sociedade em outra. Embora até esse momento ainda continuassem, formalmente, titulares das quotas do capital social do Colégio Dias e Moreira, já não tinham nenhum direito ao valor econômico dessas quotas, cujo preço de aquisição havia sido pago pela Consulente.

5. Provavelmente para evitar a hipótese pouco comum (embora inevitável, no caso de incorporação de subsidiária integral) de incorporação sem aumento de capital social da incorporadora, a alteração do contrato social pelo qual o Colégio Dias e Moreira foi incorporado na Consulente incluiu estipulação de aumento de capital da Consulente, de Cr\$ 300 mil para Cr\$ 315 mil. Esse aumento, não obstante constar do mesmo instrumento de alteração contratual, foi operação distinta e inconfundível

com a incorporação: o aumento de Cr\$ 15 mil do capital social não foi subscrito pela incorporada e integralizado mediante versão do seu patrimônio líquido, mas subscrito pelos sócios da Consulente para integralização em moeda. Por tratar-se de incorporação de subsidiária integral, a operação poderia ter sido efetivada sem aumento de capital da Consulente, mas nenhum preceito legal impedia que, no mesmo instrumento de incorporação, fosse estipulado, simultaneamente com a incorporação, aumento de capital da Consulente subscrito por seus sócios. A operação, tal como foi efetuada, constituiu, portanto, negócio perfeito de acordo com a legislação vigente aplicável.

6. A incorporação procedida pela Consulente, nos termos descritos, não requeria laudo de avaliação do patrimônio líquido da sociedade incorporada por tratar-se de incorporação de subsidiária integral e de operação entre sociedades civis com a forma de sociedade por quotas, de responsabilidade limitada.

A lei de sociedades por ações requer avaliação para a integralização de capital social em bens (a constituição ou no aumento de capital da companhia) ou mediante versão de patrimônio líquido (nos casos de incorporação, fusão ou cisão). A função da avaliação é preservar a realidade do capital social declarado no estatuto da companhia. Nas sociedades anônimas, a garantia dos credores baseia-se no capital social, uma vez que a responsabilidade dos acionistas é limitada ao preço de emissão das ações subscritas. A efetividade dessa garantia pressupõe a fixidez, realidade e integridade do capital social, e diversos dispositivos da lei de sociedades por ações -- inclusive o que requer avaliação -- implementam esses três princípios.

Na incorporação de subsidiária não há aumento de capital social da incorporadora integralizado mediante versão do patrimônio líquido da incorporada. Não se coloca, portanto, a questão de saber se esse patrimônio líquido vale, realmente, o valor de capital social que será por ele formado: a incorporadora recebe o patrimônio líquido em liquidação das ações da incorporada que já eram de sua propriedade, e não como integralização do capital social.

Além disso, a lei das sociedades por quotas, de responsabilidade limitada, não requer avaliação de bens contribuídos em integralização do capital social desse tipo de sociedade. Na incorporação de sociedades por quotas não tem aplicação, portanto, o requisito de avaliação da lei de sociedades por ações.

7. A segunda questão da consulta diz respeito à possibilidade de a operação descrita ser conceituada como distribuição disfarçada de lucros.

Distribuição de lucros é o ato pelo qual a pessoa jurídica transfere seus lucros para pessoas que têm o direito de neles participar. Economicamente, é ato de repartição de renda; juridicamente, é ato peculiar ao direito societário, que tem forma própria: é negócio unilateral pelo qual a pessoa jurídica transmite direitos do seu ativo a outra pessoa tendo como causa o direito dessa pessoa de participar nos seus lucros.

O ato econômico pode, entretanto, revestir mais de uma forma jurídica, inclusive forma própria de ato econômico de outra natureza; e muitas vezes os agentes econômicos procuram, deliberadamente, dissimular a essência do ato econômico que praticam adotando forma jurídica de ato de outra forma jurídica de ato de outra natureza, ou recorrendo a negócios indiretos para alcançar os verdadeiros efeitos econômicos pretendidos.

As declarações dos sujeitos passivos são -- em regra -- tidas como verdadeiras, e somente podem ser impugnadas pela autoridade tributária com base em elemento seguro de prova ou indício veemente de falsidade ou inexatidão (RIR/75 art. 485, § 2º). Não obstante, a legislação tributária, com os fins de facilitar a fiscalização e cobrança do imposto e desestimular fraudes ou modalidades de evasão, às vezes cria exceções a esse princípio geral, instituindo presunções em matéria de prova: dispõe que, provada a existência de negócio jurídico com as características que descreve, tem-se como provada a existência de determinado fato econômico.

As formas de distribuição disfarçada de lucros definidas pela legislação tributária são presunções legais (relativas) de que os negócios jurídicos com as características que descreve revelam o ato econômico de distribuição de lucro.

8. A lei configura como formas de distribuição disfarçada negócios economicamente desvantajosos para a pessoa jurídica, que importam -- direta ou indiretamente -- transferência de valor em dinheiro do patrimônio da pessoa jurídica para o da pessoa com que ela contrata. São negócios danosos, no sentido de que têm por efeito diminuir o patrimônio líquido da pessoa jurídica. O que fundamenta a presunção legal é fato de esse negócio ser contratado pela pessoa jurídica com pessoa física a ela ligada.

Toda pessoa jurídica pode fazer maus negócios. Quando o negócio é contratado com pessoas que não são seus administradores, não exercem poder sobre esses administradores nem são parentes de administradores ou sócios, não há razão para presumir distribuição disfarçada porque a experiência mostra que as pessoas jurídicas não contratam deliberadamente maus negócios, a não ser para beneficiar pessoas ligadas.

9. O ato econômico de distribuição de lucros, que é o fato gerador do imposto, é ato voluntário que transfere valores do patrimônio da pessoa jurídica para pessoas que participam nos seus lucros. A intenção de repartir lucros é, portanto, requisito necessário para que se caracterize o ato de distribuição. A diferença entre o negócio danoso (com terceiros ou com pessoas ligadas) e a distribuição disfarçada de lucros está nessa intenção. A função das presunções legais de distribuição é dispensar a prova da intenção, legitimando a interferência de que ela exista toda vez que a pessoa jurídica contrata determinados negócios danosos com pessoas ligadas.

Os negócios que a lei configura como distribuições disfarçadas de lucros não são, portanto, atos de distribuição por ficção legal, mas presunções legais *juris tantum*. São instituídos para facilitar à autoridade tributária provar a evidência do ato econômico de distribuição, e não para cobrar imposto independentemente da existência desse ato. Na intervenção dos dispositivos legais tipificam as formas de distribuição disfarçada, assim como na sua aplicação a casos concretos, é essencial que se tenha presente esse objetivo de identificar atos econômicos de distribuição, sob pena de se afirmar ilegalmente -- que o fato gerador do imposto não é o ato econômico de distribuição, mas a forma jurídica do negócio descrito na lei para construir a norma de presunção.

10. Para qualquer negócio contratado pela pessoa jurídica com sócio seu possa ser conceituado como distribuição disfarçada de lucros é requisito lógico e jurídico que através de negócio o sócio tenha recebido da pessoa jurídica pagamento ou transferência de renda, isto é, um fluxo de direitos que aumente seu patrimônio líquido. Não há, por definição, distribuição de lucros -- ostensiva ou disfarçada -- sem direitos transferidos do patrimônio da pessoa jurídica aumente o patrimônio do sócio. Na distribuição ostensiva, a pessoa jurídica e o sócio declaram expressamente que a transferência é feita a título de distribuição de lucros. Na distribuição disfarçada, o negócio jurídico contratado não tem a forma própria de ato de distribuição de lucros, mas de compra, permuta, dação em pagamento, cessão de direitos, empréstimo, pagamento de rendimentos etc. O que se afirma na distribuição disfarçada é que o acréscimo de patrimônio do sócio que formalmente resultou desses negócios jurídicos decorre, na verdade, de distribuição de lucros. Constitui, todavia, contradição em termos de afirmar a existência de distribuição de lucros -- ostensiva ou disfarçada -- quando não existem valores saídos do patrimônio da pessoa jurídica para acrescerem ao patrimônio de sócio.

11. Os sócios da Consulente compraram de terceiros as quotas do "Colégio Dias e Moreira Ltda.", pagando à vista cerca de 20 % do preço e obrigando-se a pagar o saldo a prazo. Cerca de 4 meses depois da compra, transferiram as quotas para a Consulente pelo mesmo preço pelo qual as haviam comprado. A Consulente reembolsou-os das importâncias já haviam pago aos vendedores das quotas e pagou, diretamente a esses vendedores, o saldo do preço.

Os sócios da Consulente não receberam, portanto, nenhum direito que tenha acrescido a seu patrimônio. A parte do preço que receberam da Consulente apenas repôs, no seu patrimônio, o que haviam pago aos vendedores das quotas; e a maior parte do preço foi paga pela Consulente diretamente a esses vendedores.

Essa circunstância é suficiente, por si só, para que se afirmar, sem necessidade de quaisquer outras considerações, que a resposta dada pela Superintendência Regional da SFR à consulta Consulente está errada, porque é logicamente impossível que alguém tenha sido beneficiário de

distribuição disfarçada de lucros se o seu patrimônio não sofreu nenhum acréscimo em decorrência da suposta distribuição.

12. A origem do erro da resposta à consulta é facilmente identificável: resulta aplicação ao caso da Consulente da solução adotada pelo Parecer Normativo da Coordenação do Sistema de Tributação de nº 462, de 12.06.71, que apreciou hipótese inteiramente distinta, e cujas conclusões são, portanto, inaplicáveis ao caso.

O objeto da consulta respondida pelo PN-CST nº 462/71 era incorporação de sociedade que tinha prejuízos acumulados e em que a incorporadora não era titular das ações da incorporada.

Na consulta respondida pelo PN-CST nº 462/71, pretendia-se efetuar a subscrição de capital da incorporadora pelo valor nominal do capital social da incorporada, e não pelo valor de patrimônio líquido. Como havia prejuízos acumulados, o patrimônio líquido da incorporada era inferior ao capital social e, talvez, até negativo. Essa situação está claramente descrita no item 7 do Parecer Normativo:

"Isto porque, ao se proceder a incorporação pelo valor do capital nominal da incorporada, sem a devida consideração à existência de prejuízos acumulados, na realidade estar-se-ia atribuindo valor positivo, como patrimônio, a uma parcela de valor negativo representativa justamente do real decréscimo do patrimônio da empresa. Seria, em síntese, uma subscrição de capital sem correspondência de qualquer ingresso, o que representaria não só uma aberração do ponto de vista econômico, como um atentado aos mandamentos legais de regência ..." (grifos aditados).

A partir dessa afirmação o Parecer Normativo considera que nesta hipótese estaria "descaracterizada a espécie como incorporação de empresas", mas haveria "liquidação pura e simples de uma e subscrição do capital de outra". E conclui que os sócios da incorporada estariam se beneficiando de distribuição disfarçada de lucros porque estariam alienando à incorporadora, por valor superior ao de mercado, bens do acervo líquido da incorporada, então supostamente liquidada.

13. O objetivo da operação descrita na consulta respondida pelo PN-CST nº 462/71 era, evidentemente, transferir o prejuízo acumulado da sociedade

incorporada para a incorporadora, a fim de que esta pudesse compensá-lo com seus lucros. Se a incorporação se processasse pelo valor de patrimônio líquido não haveria transferência de prejuízo. Daí a consulta sobre a possibilidade de se proceder a incorporação pelo valor do capital social da incorporada, considerando-se o prejuízo como elemento do ativo, e não diminuição do patrimônio líquido.

A resposta do PN-CST nº 462/71 é correta, quando afirma que a incorporação não pode ser feita pelo valor nominal do capital social se o patrimônio líquido é menor do que esse capital, embora a outra conclusão que afirma -- de que no caso não haveria incorporação, mas sim liquidação e subscrição disfarçada de lucros -- seja incorreta e não tenha fundamento legal: na operação descrita, se o patrimônio líquido da incorporada fosse transferido para a incorporadora por valor igual ao capital social teria havido reavaliação do ativo da incorporada com a consequente absorção dos prejuízos. Essa a razão por que a transferência de prejuízos pretendia era impossível.

Não interessa, todavia, apreciar a solução dada pelo PN-CST nº 462/71, uma vez que ele cuida de hipótese inteiramente diferente à da incorporação procedida pela Consulente:

- a) o "Colégio Dias e Moreira Ltda." não tinha prejuízo acumulado, e sim lucro: o patrimônio líquido era de Cr\$ 1.029 mil e o capital de Cr\$ 15 mil, ou seja, os lucros acumulados montavam a Cr\$ 1.104 mil;
- b) não havia a questão de saber se a incorporação foi feita pelo valor de patrimônio líquido ou do capital social, porque o patrimônio líquido da incorporada foi transferida para a Consulente em liquidação das quotas extintas, e não em integralização de aumento de capital.

14. O caso da Consulente é de incorporação subsidiária integral: ao se processar a incorporação, a Consulente já havia adquirido todas as quotas do capital social do "Colégio Dias e Moreira Ltda." E a questão objeto da consulta é o tratamento fiscal da perda contábil verificada na liquidação das quotas, ou seja, a diferença entre o custo de aquisição das quotas e o valor de patrimônio líquido do recebido pela Consulente em substituição dessas quotas.

À época da operação, o regime tributário dessa perda não estava expressamente regulado na legislação tributária, mas a hipótese havia sido apreciada pelo Parecer Normativo CST nº 896, de 27.10.1971, que a resolia nos seguintes termos:

"3. Quando a incorporadora for acionista da incorporada e a parcela do patrimônio líquido da última que corresponder às ações possuídas pela primeira for inferior ao custo de aquisição destas ações, a diferença poderá ser debitada na conta de lucros e perdas da incorporada como prejuízo, independentemente das ações terem sido ou não adquiridas com ágio".

A hipótese apreciada nesse Parecer é exatamente o que ocorreu na incorporação do "Colégio" na Consulente: a Consulente adquiriu as quotas do "Colégio" por valor superior ao patrimônio líquido contábil, de modo que, ao se processar a incorporação, apurou perda contábil que o PN-CST nº 896/71 conceitua como prejuízo que pode ser debitado à conta de lucros e perdas.

Este o Parecer que a Superintendência Regional da Secretaria da Receita Federal deveria ter invocado para resolver a consulta da Consulente, e não o de nº 462, que aprecia hipótese inteiramente diferente.

15. O regime tributário dos ganhos ou perdas de capital na extinção de participação em incorporação, fusão e cisão consta hoje, expressamente, do artigo 34 do Decreto-lei nº 1.598/77, nos termos seguintes:

"Art. 34 - Na fusão, incorporação ou cisão de sociedades com extinção de ações ou quotas de capital de uma possuída por outra, a diferença entre o valor contábil das ações ou quotas extintas e o valor de acervo líquido que as substituir será computado na determinação do lucro real de acordo com as seguintes normas:

I - somente será dedutível como perda de capital a diferença entre o valor contábil e o valor de acervo líquido avaliado a preços de mercado, e o contribuinte poderá, para efeito de determinar o lucro real, optar pelo tratamento da diferença como ativo diferido, amortizável no prazo máximo de 10 anos;

II - será computado como ganho de capital o valor pelo qual tiver sido recebido o acervo líquido que exceder o valor contábil das ações ou quotas

extintas, mas o contribuinte poderá, observado o disposto nos §§ 1º e 2º, diferir a tributação sobre a parte do ganho de capital em bens do ativo permanente, até que esse seja realizado.

§ 1º - O contribuinte somente poderá diferir a tributação da parte do ganho de capital correspondente a bens do ativo permanente se:

- a) discriminar os bens do acervo líquido recebido a que corresponder o ganho do capital diferido, de modo a permitir a determinação do valor período-base; e
- b) mantiver, no livro de que trata o item I do artigo 8º, conta de controle do ganho de capital ainda não tributado, cujo saldo ficará sujeito a correção monetária anual, por ocasião do balanço, aos mesmos coeficientes aplicados na correção do ativo permanente.

§ 2º - O contribuinte deve computar no lucro real de cada período-base a parte do ganho de capital realizada mediante alienação ou liquidação, ou através de quotas de depreciação, amortização ou exaustão deduzidas como custo ou despesa operacional."

Esse novo regime modificou, portanto, a solução dada pela CST nº 896/71; somente admite perda de capital declarado pela diferença entre o custo de aquisição das ações em quotas extintas e o valor do acervo líquido recebido em substituição avaliado a preços de mercado, e não pelo valor contábil. Como o Decreto-lei nº 1.598/77 somente se aplica às incorporações e fusões realizadas a partir de 1º de janeiro de 1978, os efeitos tributários da operação da Consulente são os definidos pelo PN-CST nº 896/71.

16. De acordo com a legislação vigente à época da incorporação, tal como interpretada pelo PN-CST nº 896/71, a Consulente podia, portanto, ter levado a débito de sua conta de lucros e perdas a diferença em questão, o que teria, legitimidade reduzido o lucro tributável no exercício financeiro seguinte.

Adotou, todavia, o tratamento de não considerar essa importância como despesa ou prejuízo, e sim como aplicação de capital na aquisição do fundo de comércio do Colégio Dias e Moreira ao contrato de locação do prédio em que se localiza o estabelecimento de ensino. Essa solução era a

que, na verdade, melhor se ajustava à realidade econômica do negócio por ela realizado, pois, como contraprestação da importância paga, tornou-se titular do contrato de locação, que passou a ser elemento do seu ativo patrimonial. Por conseguinte, a importância em questão tem a natureza de luvas pagas para adquirir o contrato de locação e a Consulente pode, de acordo com dispositivo expresso na legislação tributária em vigor (RIR/75, art. 196, c), amortizá-lo durante o prazo do contrato de locação. Ao adotar esse tratamento contábil, a Consulente deu aplicação aos seguintes dispositivos da legislação do imposto:

"Não serão considerados na apuração do lucro operacional as despesas, inversões e aplicações de capital ... " (RIR/75, arts. 157).

Parágrafo Único. Salvo disposições especiais, o custo dos bens adquiridos cuja vida útil ultrapasse o período de um exercício deverá ser capitalizado para ser depreciado ou amortizado" (RIR/75, art. 157, par. único).

"Não são dedutíveis as ... importâncias pagas a terceiros na aquisição dos direitos de uso do bem ou direito e os pagamentos para extensão ou modificação do contrato, que constituirão aplicação de capital amortizável durante o prazo do contrato" (RIR/75, art. 176, § 1º, b).

17. O negócio contratado pela Consulente somente poderia -- em tese -- ser conceituado como distribuição disfarçada de lucros com fundamento na letra c do artigo 233 do RIR/75, se a Consulente tivesse adquirido de seus sócios as quotas do capital do Colégio Dias e Moreira" por valor notoriamente superior ao de mercado".

Valor de mercado de um bem é a quantidade de dinheiro pela qual pode ser trocado mediante livre negociação no mercado.

O valor de mercado somente é preço bem definido no caso de bem negociado em bolsa de valores ou mercadorias. O grau de precisão de valor de mercado de bens que não são negociados em bolsa, ou não são objeto de frequentes negociações no mercado, é muito menor, e é comum que para muitos bens não consiga definir valor de mercado como determinada importância em dinheiro, mas apenas como ordem de grandeza.

No caso de quotas de uma sociedade civil, como o Colégio Dias e Moreira Ltda., não existe, evidentemente, nem cotação de bolsa nem

negociações frequentes que estabeleçam padrão de seu valor no mercado. Não existiam, na legislação tributária em vigor na época da operação contratada pela Consulente, normas legais estabelecendo critérios para estimar o valor de mercado na falta de cotações bem estabelecidas, o que levou o Poder Judiciário a considerar impossível o lançamento a título de distribuição disfarçada de lucros no caso de bens sem valor de mercado bem estabelecido. Exemplifica essa orientação a decisão unânime da 1ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, em 16.10.70, no Agravo em Mandado de Segurança nº 63.388, Relator Ministro Moacyr Catunda, cuja ementa é a seguinte:

"Imposto de Renda - Distribuição Disfarçada de Lucros - Venda de Ações - Valor Notoriamente Inferior ou Superior ao do Mercado - A palavra mercado, nas Leis 4.506/64, art. 72 e 3.740/58, art. 86, par. único, significa a situação geral de mútua dependência das transações, efetuadas em grande escala, mesmo porque "os casos de troca, isoladamente, não constituem mercado" (W. Heller - Dicionário de Economia). Sem a preexistência de negociações, devidamente registradas, no interesse da cotação de ações, não se legitima a autuação por distribuição disfarçada de lucro. Sendo indubioso que a venda das ações, no caso, não de adequava ao disposto no artigo 72, inciso b, da Lei 4.506/64, segue-se pela ilegibilidade das autuações" (DJU de 08.03.71).

18. Quando os sócios da Consulente negociaram com a senhora Mello Campos e seus filhos o preço de compra das quotas do "Colégio" não havia outras vendas das mesmas quotas que servissem de padrão de referência para determinar seu valor de mercado. O preço de compra resultou de livre negociação entre partes que conheciam o valor de um estabelecimento de ensino e não tinham outro interesse além de obter as condições de compra e venda que fossem as mais vantajosas.

Essa negociação estabeleceu, portanto, o valor de mercado das quotas em questão; e quando os sócios da Consulente venderam as quotas pelo mesmo preço contrataram com a Consulente exatamente pelo valor de mercado que a negociação anterior havia estabelecido.

O Decreto-lei nº 1.598/77, que disciplinou novamente toda a matéria de distribuição disfarçada de lucros, regula (art. 60, § 6º), nos seguintes termos, a determinação do valor de mercado de bens como as quotas do "Colégio":

"§ 6º - O valor dos bens para os quais não haja mercado ativo poderá ser determinado com base em negociações anteriores e recentes do mesmo bem, ou em negociações contemporâneas de bens semelhantes, entre pessoas não compelidas a comprar ou vender e que tenham conhecimento das circunstâncias que influam de modo relevante na determinação do preço".

Os sócios da Consulente, ao lhe venderem as quotas do "Colégio" pelo mesmo preço pelo qual haviam adquirido, contrataram com a Consulente pelo valor de mercado, o que exclui a possibilidade de se invocar, na hipótese, a presunção de distribuição disfarçada de lucros, que só tem cabimento em negócios contratados por valor notoriamente superior ao de mercado.

19. Outra questão da consulta diz respeito ao fato de a incorporação do "Colégio" na Consulente ter sido procedida com base no valor de patrimônio líquido contábil do "Colégio", sem reavaliação dos bens do seu ativo.

O negócio jurídico requer acordo de vontades das sociedades interessadas sobre os critérios de avaliação do patrimônio líquido da incorporada para efeito de integralização das ações ou quotas do aumento de capital da incorporadora, mas esses critérios podem ser livremente negociados e ajustados pelas sociedades que participam da operação. São aspectos dos negócios que só interessam às sociedades e aos sócios, porque somente para eles têm implicações patrimoniais.

A lei de sociedades por ações exige a avaliação do patrimônio líquido da incorporada pela necessidade de preservar a realidade do capital social. O que pretende evitar é que o patrimônio líquido da incorporada seja transferido para a incorporadora por valor superior ao real. Como a função dessa avaliação é proteger os credores da sociedade, as partes interessadas estão proibidas de atribuir ao patrimônio líquido valor superior ao real, mas podem convencionar a incorporação pelo valor contábil, se inferior ao real.

Esse objetivo consta hoje, expressamente, do artigo 226 da Lei nº 6.404/76:

"Art. 226 - As operações de incorporação, fusão e cisão somente poderão ser efetivadas nas condições aprovadas se os peritos nomeados determinarem que o valor de patrimônio ou patrimônios líquidos a serem vertidos para a formação de capital social é, ao menos, igual ao montante do capital a realizar".

A lei comercial permitia -- ao tempo da incorporação do "Colégio" na Consulente -- e continua a permitir a livre convenção dos critérios de avaliação do patrimônio líquido da sociedade incorporada, desde que respeitado o limite máximo do valor real. Não há, nem na lei comercial, nem na tributária, norma que imponha dever de adotar o critério do valor de mercado, ou proíba a adoção do valor de patrimônio líquido contábil.

20. Pelas razões acima, assim respondemos às questões formuladas:

1<sup>a</sup> - A incorporação do Colégio Dias e Moreira na Consulente nos termos do instrumento anexo à consulta, sem aumento do capital social da Consulente e sem avaliação do patrimônio líquido da incorporada, foi operação realizada de acordo com todas as normas legais em vigor, porque a Consulente já era titular da totalidade das quotas do capital da incorporada e tinha a forma de sociedade por quotas, de responsabilidade limitada: o patrimônio líquido do Colégio Dias e Moreira foi recebido pela Consulente em liquidação das quotas do capital social de que era titular, e não em integralização de aumento do seu capital social.

2<sup>a</sup> - A compra, pela Consulente, das quotas do capital social do "Colégio Dias e Moreira Ltda.", nas condições dos documentos anexos à consulta, não pode ser conceituada como distribuição disfarçada de lucros porque:

a) os sócios da Consulente venderam as quotas exatamente pelo valor de mercado, e não por valor notoriamente superior ao de mercado;

b) o valor de mercado dessas quotas foi exatamente quando os sócios da Consulente e a senhora Mello Campos e seus filhos, que negociaram sem estarem obrigados a comprar ou vender e no conhecimento

José Luiz Bulhões Pedreira  
*Advogado*

de todas as circunstâncias que influíam de modo relevante na determinação do preço, ajustaram a compra das quotas pelo preço pago pela Consulente;

c) a Consulente, ao comprar as quotas em questão, não transferiu nenhum centavo do seu patrimônio em benefício dos sócios; todo o preço por ela pago foi entregue, exclusivamente, à senhora Mello Campos e seus filhos, e não pode existir distribuição de lucros -- ostensiva ou disfarçada -- sem que os sócios da pessoa jurídica tenham seu patrimônio líquido aumentado pela transmissão de direitos do patrimônio desta pessoa jurídica.

3<sup>a</sup> - A incorporação do "Colégio" na Consulente pelo valor de patrimônio líquido contábil não infringiu nenhum preceito comercial nem da tributária.

4<sup>a</sup> - O tratamento dado pela Consulente à diferença entre o custo de aquisição das quotas e o valor de patrimônio líquido contábil recebido em substituição ajustou-se perfeitamente à substância econômica do negócio, observou os princípios de contabilidade geralmente aceitos e as normas da legislação tributária que vedam a dedução como despesas de inversões ou aplicações de capital na aquisição de contratos de locação e fundos de comércio.

5<sup>a</sup> - De acordo com a legislação tributária em vigor, a Consulente tem direito de amortizar a diferença entre o custo de aquisição das quotas e o valor de patrimônio líquido contábil do Colégio Dias e Moreira durante o prazo do contrato de locação do estabelecimento de ensino por ela adquirido.

É nosso parecer.

Rio de Janeiro, 27 de Março de 1979