



GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO  
SECRETARIA DA FAZENDA  
COORDENADORIA DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA  
TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS

DRT	Número	Ano	AIIM	Câmara
08	4129979-6	2019	4129979-6	CÂMARA SUPERIOR

Tipo de Impugnação:	RECURSO ESPECIAL (FAZENDA)
Recorrente:	FAZENDA PÚBLICA
Recorrido:	MARIA REGINA ERMIRIO DE MORAES WAIB
Responsáveis Solidários:	AEM PARTICIPAÇÕES SA
Relator:	CACILDA PEIXOTO
Sustentação Oral Requerida:	NÃO

VOTO INICIAL DO RELATOR - Juiz: CACILDA PEIXOTO

**Ementa:**

ITCMD. Deixou de pagar o ITCMD, por omissão, devido pela transmissão de "dividendos a receber", que eram devidos ao de cujus, Sr. ANTÔNIO ERMÍRIO DE MORAES, pela empresa AEM PARTICIPAÇÕES S/A; tais valores eram mantidos indevidamente em conta de "Reserva de Lucros". Nulidades não configuradas. RECURSO ESPECIAL DA FAZENDA PÚBLICA NÃO CONHECIDO.

**Relatório e Voto:**

RELATÓRIO

1. Trata-se de RECURSO ESPECIAL interposto pela Fazenda Pública (fls. 1201/1333) processado conforme fls. 1334/1335 - contra decisão prolatada pela Colenda 8ª Câmara Julgadora (fls. 1171/1196), que deu provimento ao Recurso Ordinário da Autuada, cancelando o AIIM e julgou prejudicado o Recurso do Responsável Solidário, em face do cancelamento do AIIM, assim ementada:

ITCMD - Causa Mortis. Deixou de Pagar ITCMD pela manutenção de valores de dividendos não distribuídos em conta de reservas e posterior incorporação ao capital social. Responsabilidade Subsidiária Companhia. Julgamento de Defesa: Julgou Procedente a Acusação. Recurso Ordinário da responsável: Provido. Recurso Ordinário da autuada. Provido. Impossibilidade de suprimento da vontade assemblear da companhia de capital fechado. Impossibilidade de incorporação de valores ao patrimônio do de cujus sem ato assemblear que destine os dividendos aos sócios. Inteligência do art. 205 da LSA. Inocorrência de fato gerador. Precedentes do TIT. Crédito Cancelado.

2. O AIIM trata da seguinte infração:

1. Deixou de pagar o ITCMD no montante de R\$ 6.281.685,35 (seis milhões, duzentos e oitenta e um mil, seiscentos e oitenta e cinco reais e trinta e cinco centavos), em 20/02/2015, por omissão, devido pela transmissão de "dividendos a receber", que eram devidos ao "de cujus", Sr. Antonio Ermínio de Moraes, pela empresa AEM Participações S.A. Tais valores foram mantidos indevidamente em conta de "Reserva de lucros". O detalhamento da ação, bem como dos valores constam do "RELATÓRIO DAS VERIFICAÇÕES FISCAIS REALIZADAS JUNTO À EMPRESA AEM PARTICIPAÇÕES SA" e do demonstrativo "DIVIDENDOS NÃO DISTRIBUÍDOS AEM PARTICIPAÇÕES SA".

3. Pugnando, em "preliminar, pela nulidade da r. decisão recorrida por vício de motivação, uma vez que se baseou em premissa falsa, apresenta contradição e não apreciou os relevantes argumentos postos pela parte, de sorte que não pode ser prestigiada.", a Fazenda Pública alega existir as seguintes nulidades, com as correspondentes indicações de paradigmas:

3.1 Quanto à nulidade por contradição:

Processos: DRT-14-1149249/11, Câmara Superior, 08/05/14 e DRT-15-158370/07, Câmara Superior, 12/07/11

3.2 Quanto à nulidade por uso de premissa equivocada:

Processos: DRT-14-649420/09, Câmara Superior, 20/10/11; DRT-06-281205/11, Câmara Superior, 30/04/12 e DRT-05-338467/09, Câmara Superior, 03/04/14

3.3 Quanto à nulidade por não enfrentamento de argumentos relevantes postos pela parte:

Processos DRTC-I-429706/11, Câmara Superior, 19/12/13; DRTC-II-1063333/11, Câmara Superior, 27/08/15 e DRTC-II-1097971/11, Câmara Superior, 26/08/14

3.4 Quanto à nulidade por vício de fundamentação:

Processos DRT-05-272930/06, Câmara Superior, 15/02/11 e DRT-05-402645/11, Câmara Superior, 25/10/12

4. Os recorridos apresentaram contrarrazões ao apelo fazendário e, reportando-se a outros AIIMs tratando da mesma matéria e que foram também cancelados por outras diferentes Câmaras Julgadoras, argumentam que "os acórdãos apontados como paradigmas além de não guardarem qualquer similaridade fática com o presente caso, não contemplam interpretação divergente da legislação analisada pela r. decisão recorrida e não se prestam ao cotejo pretendido pela d. Fazenda Pública.

5. Considerando que os Recorridos protestam por produção de sustentação oral de suas contrarrazões, interrompo o relatório, encaminhando o processo para colocação em pauta de julgamento, nos termos da Lei 13.457/09.

COMPLEMENTO DO RELATÓRIO

6. Ultrapassada a etapa de sustentação oral, encerro o relatório.

VOTO

7. A decisão recorrida está assim posta, conforme excerto abaixo:

19. Quanto ao mérito:

20. As questões de mérito enfrentadas a seguir são objeto dos recursos ordinários do autuado e do responsável.

21. A peça acusatória, os recursos e as contrarrazões da d. Representação Fiscal trazem extenso e minucioso debate doutrinário referente à legislação societária regente da companhia AEM Participações.

22. Todavia, por economia, deixo de abordar toda a matéria passando a estabelecer as questões controvertidas, essenciais ao deslinde do presente processo, quais sejam: a) a (im) possibilidade de não distribuição de dividendo mínimo obrigatório; b) (im) possibilidade de destinação de lucros para reservas de lucros além dos limites permitidos pela LSA e estatuto da Cia.; c) "decadência" ou prescrição da ação para cobrança do direito dos sócios minoritários de reclamarem a distribuição de dividendos; d) apropriação dos dividendos ao patrimônio do de cujus; e) (in)ocorrência de transmissão causa mortis.

23. Quanto à possibilidade ou impossibilidade de não distribuição do dividendo mínimo obrigatório, o Fisco afirma, com amparo na LSA e no Estatuto da AEM Participações, que a companhia não poderia suprimir de todo a distribuição de dividendos aos acionistas usufrutuários ou nu-proprietários.

24. Por seu turno, o autuado e o responsável alegam que a assembleia da companhia poderia deliberar pela não distribuição de dividendos, por unanimidade e assim o fez, trazendo atas e parecer do professor Nelson Eizirik neste sentido (fls. 621/653).

25. Após detida análise dos argumentos apresentados e do parecer, entendo que a razão está com o Fisco.

26. De fato, a LSA, em seu artigo 202, § 3º permite às Companhias de capital fechado deliberarem por unanimidade dos sócios a distribuição de dividendo inferior ao obrigatório, ou a retenção de todo o lucro líquido.

27. Contudo, esta prerrogativa não é ilimitada e deve observar as diretrizes dos artigos 193 a 203 da LSA.

28. Neste ponto, colaciono o entendimento do auditor atuante que em minucioso trabalho de Relatório Das Verificações Fiscais Realizadas Junto à Empresa AEM Participações S.A. (fls. 20/50), compilou as hipóteses de destinação dos dividendos não distribuídos (com destaques).

Os administradores devem apresentar à Assembleia Geral Ordinária, junto com as demonstrações financeiras do exercício, a proposta sobre a destinação do lucro líquido da companhia. No entanto, tal proposta não é livre. Ela deve obedecer aos ditames dos artigos 193 a 203 da Lei 6.404/76. As principais regras que devem ser obedecidas são:

1 – Constituição da Reserva Legal: 5% (cinco por cento) do lucro líquido do exercício deve ser aplicado, antes de qualquer destinação, na **constituição da reserva legal que é limitada a 20% do capital social**;

2 – Criação de reservas: o estatuto pode criar reservas desde que, para cada uma:

- Indique, de modo preciso e completo, a sua finalidade;
- Fixe os critérios para determinar a parcela anual dos lucros líquidos que serão destinados à sua constituição;
- Estabeleça o limite máximo da reserva.

3 – Criação de outras reservas: Podem ser criadas reservas para contingências, reserva de incentivos fiscais ou reserva de lucros a realizar.

A criação de reserva de contingências depende da previsão de uma perda julgada provável, a reserva de incentivos fiscais será constituída caso a entidade receba doações ou subvenções governamentais e a reserva de lucros a realizar somente é constituída quando o dividendo obrigatório ultrapassar a parcela realizada do lucro líquido do exercício, ainda assim, esta só pode ser utilizada para pagamento do dividendo obrigatório;

4 – Retenção de lucros: a assembleia poderá deliberar reter parcela do lucro líquido do exercício prevista em orçamento de capital por ela previamente aprovado.

Este ponto merece destaque especial. A legislação é sabia ao não estabelecer limite em função do capital (como faz o artigo 199 para as reservas estatutárias), para o montante desse tipo de retenção, uma vez que pretende valorizar os esforços das entidades no sentido de fazê-las crescer.

No entanto, esse tipo de retenção não está de todo livre de balizamentos legais que devem ser observados.

A primeira e óbvia limitação que pode existir é a deliberação da própria entidade, estabelecida em seu estatuto. Não há obrigatoriedade de o estatuto definir limite para o montante que a entidade possa verter para a constituição de retenção de lucros para atender a orçamento de capital, mas uma vez que o faça, passa a ser obrigatória a observância. A empresa AEM estipulou em seu estatuto o limite de 30% do valor do capital para retenção de lucros.

O segundo e mais importante limite é que a retenção de lucros, prevista no artigo 196 da Lei 6.404/76, não pode ser constituída a bel prazer da entidade.

Ela deve, necessariamente, ser precedida de uma deliberação da Assembleia Geral, aprovando um orçamento de capital que, segundo o §1º, deve apresentar todas as fontes de recursos e todas as aplicações capital, fixo ou circulante e terá prazo máximo de 5 anos, salvo prazo maior de projeto de investimento.

Ou seja, a empresa não pode, simplesmente, reter o lucro para decidir o que fazer depois. Ela tem que criar um plano de investimentos detalhado, levar à aprovação da Assembleia e, se aprovado, fazer a retenção.

Temos, portanto, que a retenção de lucros está vinculada à aprovação de orçamento de capital devidamente fundamentado. A Companhia não está obrigada a cumprir o orçamento integralmente, mas deve acompanhá-lo e revisá-lo anualmente, e não havendo necessidade de manter a retenção, estará obrigada a distribuir como dividendo, para não se configurar fraude aos acionistas.

5 – Limite das reservas: Além dos limites especialmente previstos para cada reserva (20% para a reserva legal e limites estabelecidos em estatuto para as reservas de lucros), a Lei 6.404/76 determina, ainda, que o saldo das reservas de lucros, de incentivos fiscais e de lucros a realizar, não pode ultrapassar o capital social.

Uma vez atingido esse limite, a assembleia deve deliberar sobre a aplicação do excesso na integralização ou aumento de capital ou distribuição de dividendos.

6 – Dividendo mínimo obrigatório: a lei das S.As. prevê que os acionistas têm o direito a receber como dividendo obrigatório, em cada exercício, a parcela dos lucros estabelecida no estatuto e, se este for omissão, a importância determinada de acordo com as seguintes normas:

a) Metade do lucro líquido do exercício, diminuído dos valores destinados à reserva legal e à reserva de contingência, acrescentado os valores de reversão da reserva de contingências constituídas em exercícios anteriores;

b) Quando S.A. de capital fechado, como é o presente caso, a assembleia pode deliberar a distribuição de dividendo inferior ao obrigatório ou até mesmo a retenção de todo o lucro líquido.

29. Restou demonstrado pela fiscalização que a legislação e o estatuto da companhia não foram obedecidos ao passo que não houve deliberação para constituição de outras reservas, as reservas constituídas atingiram o limite estabelecido em lei e no estatuto, e não há orçamento de capital previamente aprovado.

30. Com consequência, o lucro excedente deveria ter sido distribuído na forma de dividendos, nos termos do artigo 202, § 6º da LSA:

Art. 202.

...

§ 6º Os lucros não destinados nos termos dos arts. 193 a 197 deverão ser distribuídos como dividendos.

31. Os recorrentes argumentam que é notório que o Grupo Votorantim fez investimentos.

32. De fato, trata-se de um dos maiores grupos econômicos em atividade na economia nacional.

33. Todavia, observo que as diretrizes da LSA se aplicam individualmente a cada companhia e no caso da AEM, não há deliberação e plano de investimentos aprovados pela assembleia neste sentido, o que fragiliza seu argumento.

34. Observo que a AEM Participações aprovou em 30/10/2002 os limites para destinação dos lucros da companhia da seguinte forma: a) 5% para constituição da reserva legal, limitada a 20% do capital social; b) Possibilidade de destinação, pela Assembleia, para reservas para contingências e reservas para investimentos, desde que indicados os motivos de sua constituição e estimado o montante necessário. c) A reserva para contingências com 5% do lucro líquido, limitada a 20% do capital social. d) A reserva para investimentos com 10% do lucro líquido, salvo se os investimentos aprovados demandassem importância superior, limitada a 30% do capital social; e) Retenção de lucros, no valor de até 10% do lucro líquido, limitada a 30% do capital social; f) O dividendo mínimo obrigatório em 25% do lucro líquido do exercício; g) O restante do lucro seria destinado (a única possibilidade legal que restou foi para pagamento de dividendos adicionais ou retenção de lucros conforme orçamento de capital) conforme deliberação da Assembleia, ouvido o Conselho Fiscal, se em funcionamento. (Conforme Relatório de Verificações Fiscais).

35. Já em 2003, a AEM Participações constituiu "Reserva de Lucros para Deliberação Futura", sem obedecer aos ditames legais, quais sejam: orçamento de capital previamente aprovado pela Assembleia com justificativa da retenção de lucros proposta, compreendendo todas as fontes de recursos e aplicações de capital, fixo ou circulante, nos termos do artigo 196 da LSA para retenção de lucros para orçamento de capital. Igualmente, o limite estatutário de 30% do capital social não foi observado.

36. Nesta mesma linha, os limites para constituição da reserva estatutária prevista no artigo 194 não foram observados: 1 – o limite estatutário, de 30% do valor do capital social; 2 – o limite do artigo 199 da lei 6.404/76, de 100% do valor do capital social ao passo que a "reserva para deliberação futura" foi constituída com o percentual de 245% do capital social.

37. Quanto à necessidade de observância dos dispositivos da LSA para constituição de reservas, ensinam Modesto Carvalhosa e Nelson Eizirik (A Nova Lei das S.A. p. 363.) e Modesto Carvalhosa (Comentários à Lei de S/A. 3. Vol. p. 851.)

#### **Proibição da retenção injustificada de lucros**

...

Assim, o dispositivo ora em comento (art. 202, § 6º) veio consagrar o referido entendimento da CVM, obrigando as companhias a distribuírem, como dividendos, todo o lucro que exceder às retenções legalmente previstas.

Como se verifica, trata-se de norma que visa a reforçar o direito do acionista de receber dividendos, na medida em que toda e qualquer retenção de lucros terá de ser adequadamente justificada na assembleia geral ordinária.

Em vista disso, as sociedades que não pretendam se ver obrigadas a distribuir integralmente o lucro do exercício, o que, em muitos casos, pode levar a sua descapitalização, em detrimento dos próprios minoritários, terão de criar, em seus estatutos, reservas de lucros, na forma prevista no art. 194 da Lei das S/A, bem como elaborar, com mais regularidade, orçamentos de capital que permitam a retenção de lucros.

38. Por conseguinte, data máxima vênia ao entendimento exposto pelo professor Nelson Eizirik em seu parecer, entendo que a companhia não atendeu aos necessários regramentos da LSA para não distribuição do dividendo mínimo obrigatório ou para a constituição de reservas de lucros, estatutárias ou de contingências.

39. Não socorre o argumento econômico da crise nacional a partir de 2010 (notória em âmbito nacional), ao passo que a constituição da reserva para deliberação futura foi constituída desde 2003 sem observância dos requisitos e limites legais e estatutários.

40. Por conseguinte, assiste razão ao fisco nestes pontos, ao passo que era possível a deliberação de não distribuição de dividendos mínimos obrigatórios, porém, deveriam ter sido observados os requisitos e limites legais e estatutários, o que não ocorreu.

41. Quanto à terceira questão controversa, referente à "decadência" ou prescrição do direito dos sócios minoritários de reclamarem a distribuição de dividendos nos termos do artigo 287, II, "a" da LSA.

42. Os recorrentes afirmam que o direito de reclamar os dividendos não pagos por deliberação da Assembleia Geral "decairiam" em 3 anos, nos termos do artigo 287, II, "a" da LSA e, por

consequente, as destinações à reservas deliberadas desde 2003 estariam prescritas no momento da lavratura do AIIM.

43. A Fiscalização contradição o argumento afirmando que para que o prazo prescricional do artigo 287, II, "a" tenha início, é imprescindível a deliberação da Assembleia Geral colocando à disposição dos acionistas os dividendos, nos exatos termos do art. 287, II, "a" da LSA, in verbis:

Art. 287. Prescreve:

II - em 3 (três) anos:

a) a ação para haver dividendos, **contado o prazo da data em que tenham sido postos à disposição do acionista;**

44. A razão está com o Fisco neste ponto, na medida em que o dispositivo estabelece o dies a quo a partir do qual iniciará a contagem do prazo prescricional como a data em que tenham sido postos à disposição do acionista os dividendos.

45. Embora pareça de simples interpretação, é necessário perquirir o alcance da expressão "postos à disposição do acionista".

46. Dispõe a LSA em seus artigos 203 e 205:

Art. 202. Os acionistas têm direito de receber como dividendo obrigatório, em cada exercício, a parcela dos lucros estabelecida no estatuto ou, se este for omissivo, a importância determinada de acordo com as seguintes normas: (Redação dada pela Lei nº 10.303, de 2001)

...

§ 3º A **assembleia-geral** pode, desde que não haja oposição de qualquer acionista presente, **deliberar a distribuição de dividendo inferior ao obrigatório**, nos termos deste artigo, **ou a retenção de todo o lucro líquido**, nas seguintes sociedades: (Redação dada pela Lei nº 10.303, de 2001)

Art. 205. A companhia pagará o dividendo de ações nominativas à pessoa que, **na data do ato de declaração do dividendo**, estiver inscrita como proprietária ou usufrutuária da ação.

...

§ 3º O dividendo deverá ser pago, salvo deliberação em contrário da assembleia-geral, no prazo de 60 (sessenta) dias **da data em que for declarado** e, em qualquer caso, dentro do exercício social.

47. Observo que a lei instituiu momento próprio em que se considerarão **postos à disposição do acionista os dividendos**, qual seja, deliberação de declaração dos dividendos distribuídos ou não distribuídos.

48. Portanto, conta-se da data da deliberação da assembleia geral que deliberar a destinação dos dividendos o prazo de 3 anos para a ação de cobrança dos dividendos.

49. É neste sentido a lição de Modesto Carvalhosa, (Comentários à Lei das S/A. 3. Ed. 4. Vol. tomo II. P. 287.)

O prazo prescricional extintivo a que se refere o presente inciso II, "a", vincula-se ao preceito contido no art. 205, § 3º.

...

**Deliberada** a distribuição de dividendos, o acionista torna-se um terceiro credor que tem direito à cobrança de seu crédito.

50. Não se sustenta a alegação de que a deliberação da distribuição de dividendo inferior ao obrigatório ou a retenção de todo o lucro líquido poderiam iniciar o prazo prescricional do art. 287, na medida em que para este ato, há momento específico para oposição do acionista, qual seja, na própria assembleia, momento em que não exercido, sujeita-se à preclusão.

51. Não há prova de que tenha havido a necessária deliberação para distribuição dos lucros, salvo nos anos de 2003, 2008, sem notícia de oposição dos acionistas quanto a estas distribuições.

52. Portanto, considero que não prescreveu o direito de ação dos acionistas aos dividendos não distribuídos na forma da LSA e do estatuto da companhia ao passo que não houve deliberação da assembleia da AEM neste sentido, restando desatendido o requisito temporal do art. 287, II, "a" da LSA.

53. Neste sentido, não há que se falar em eventual decadência do direito do Fisco de cobrar os valores referentes à acusação de doação pela alegada trdestinação desses valores.

54. Quanto à quarta questão, referente à apropriação dos dividendos ao patrimônio do de cujus a, os recorrentes alegam que o direito a dividendos requer que haja lucros e, ademais, que estes tenham como destinação, após deliberação formal aprovando a distribuição (art. 205 da LSA), a distribuição aos acionistas e não outras destinações (e.g. §3º do art. 202 da LSA), sendo que somente após a distribuição aos acionistas se constitui a obrigação de pagar pela companhia e o direito de receber pelos acionistas ou usufrutuários e que não é correto pressupor que o usufrutuário tinha direito automático a receber dividendos sobre valores que nunca foram deliberados formalmente que fossem pagos como requer a lei, mesmo porque os lucros haviam previamente (por ato legítimo unânime da Assembleia Geral) sido incorporados ao capital nas hipóteses de aumento de capital, ou retidos nos termos do §3º do art. 202 da LSA, em vista das decisões estratégicas adotadas pela Assembleia Geral;

55. A fiscalização, e a d. Representação Fiscal, por outro lado, afirmam que a assertiva genérica de que o direito à percepção efetiva dos dividendos surge com a deliberação específica nesse sentido pela Assembleia Geral realmente não é questionada pelo Fisco ou pela DTJ mas sua aplicação ao presente caso exigiria que as deliberações tivessem ocorrido de forma legal, o que não ocorreu; que as determinações da Lei 6.404/76, que obrigam à distribuição dos dividendos (tanto os dividendos obrigatórios quanto os dividendos adicionais, previstos, ambos, no artigo 202 da lei das S.A.) existem, justamente, para defender os interesses de terceiros, principalmente acionistas minoritários dos possíveis arbitrios da maioria controladora do capital social.

56. A razão está com os recorrentes neste ponto.

57. Conforme abordei na questão controvertida anterior, a aquisição do direito à percepção de dividendos demanda deliberação própria da companhia em assembleia, momento a partir do qual inicia-se a contagem do prazo prescricional para a ação de cobrança.

58. A própria existência da ação de cobrança demonstra que o direito à percepção de dividendos não se opera de pleno, mas deve ser buscado junto ao Judiciário e em ação de conhecimento, a passo que sequer constam como títulos executivos extrajudiciais nos termos do art. 784 do CPC/15.

59. A deliberação assemblear é imprescindível não apenas para a definição do elemento temporal da aquisição do direito, mas também para o próprio elemento subjetivo, na medida em que nos termos do art. 205, terão direito ao recebimento de dividendos **na data do ato de declaração do dividendo**, a pessoa que estiver inscrita como proprietária ou usufrutuária da ação.

60. Neste sentido é a decisão do STJ em sede de RESP 1.595.775 — AP, Rel. Min. Ricardo Villa Bôas Cueva, citado pelo e. juiz da 7ª Câmara Julgadora dr. Inácio Kazuo Yokoyama em voto vencedor em AIIM 4.129.989-9, julgado em 23/06/2021 e no AIIM nº 4.129.987-5, julgado em 23/06/2021.

"A propósito, cite-se a fundamentação da sentença, que merece ser mantida incólume, quanto ao teor de acórdão do TJSP no sentido de que apenas os lucros efetivamente distribuídos durante a sociedade conjugal devem ser partilhados:

Basicamente, há duas possibilidades: distribuição de dividendos ao acionista ou a retenção de lucros (para constituir reservas ou compensar prejuízos anteriores.

Dessa forma, os lucros acumulados representam lucros obtidos pela companhia ou sociedade, não distribuídos como dividendos.

A retenção de lucros é uma decisão que as empresas tomam com o objetivo de financiar suas operações futuras.

Ao deixar de distribuir os lucros a seus acionistas, a empresa se capitaliza, ou seja, torna o seu capital próprio maior, melhora sua estrutura de capitais e financia seu crescimento com recursos próprios. Assim, o lucro apurado num determinado exercício deve ser distribuído aos sócios para representar um efetivo acréscimo patrimonial. Em consequência, esse acréscimo patrimonial será passível de comunicabilidade, passando a integrar o acervo comum do casal.

No entanto, **se o lucro for destinado a conta de reserva, não sendo distribuído aos sócios, não há que se falar em acréscimo patrimonial**. Ademais, se são reservas se prestam à garantia e reforço do capital social, bem como garantia dos credores, pertencendo à sociedade e não aos sócios.

**Daí por que o lucro não distribuído não deve integrar o acervo comum do casal, pois pertence à sociedade e não ao ócio (...)** Porém, se destinados a conta de reserva da sociedade, não haverá a **aludida comunicabilidade (...)**"

61. No mesmo sentido é o voto do e. juiz Flávio Nascimbem de Freitas, em sede AIIM 4.129.980-2, 4ª Câmara de Julgamento, decisão unânime em 27/05/2021:

...

Não há nos presentes autos, outros elementos que indiquem que os valores correspondentes a tais dividendos teriam transitado irregularmente pelas contas da atuada, tampouco qualquer indicação de que o direito a estes dividendos foi reclamado por qualquer dos acionistas da referida companhia fechada, pelo que não há motivação suficiente para atuação.

...

62. Como bem observado pela e. juiz dr. Flávio Nascimbem de Freitas, não há nos autos provas de que o "de cujus" teve livre disposição dos valores constituídos em reserva de deliberação futura, ou seja, não há provas de que tais valores se incorporaram ao seu patrimônio.

63. No meu sentir, ainda que para que se criasse uma expectativa de direito, passível de exigibilidade por terceiros interessados, seria imprescindível a deliberação assemblear colocando à disposição dos sócios os dividendos.

64. Trata-se de opção legislativa operada na LSA, contra a qual terceiros interessados podem se opor, porém, com intermédio do Poder Judiciário e não por descon sideração de atos, nos termos do art. 116, parágrafo único do CTN.

65. Ademais, para a aplicação da norma do referido artigo no presente caso, entendo que deveria estar presente, no mínimo, a prova da incorporação dos valores constituídos em reserva ao patrimônio do de cujus, para então se operar a descon sideração da destinação destes valores aumento de capital.

66. Nos moldes do que está posto e documentado no presente AIIM, seria preciso a descon sideração do ato assemblear de constituição da reserva para deliberação futura; a consideração de que

tais valores foram transmitidos aos sócios; inclusive o de cujus; e a desconsideração do ato assemblear de aumento do capital, o qual, no entendimento da fiscalização, constituiu trestinação do patrimônio do de cujus, que deveria ter sido inventariado.

67. A lógica Fiscal está correta, mas não encontra amparo nas provas acostadas nem, tampouco, no arcabouço normativo que regula o direito à percepção de dividendos.

68. No presente caso, importa mencionar essencial elemento que passou ao lado das decisões das egrégias 4ª e 7ª Câmaras deste tribunal, qual seja, o elemento volitivo.

69. Com o óbito do patriarca Antônio Ermírio de Moraes em 24/08/2014 a Sra. Maria Regina Costa de Moraes passou a exercer sozinha o direito ao usufruto e em 28/07/2015 resolveu reduzir o percentual do seu direito à participação nos frutos e utilidades das ações para 10%, na mesma oportunidade.

70. Anteriormente, o instituidor reservou que para si e para sua esposa o usufruto sobre todas as ações, determinando que ficaria com 50% dos frutos e utilidades e **100% do poder de voto das 684.720.099 ações ordinárias doadas**, além, da posse direta que lhe é garantida pelo instituto do usufruto.

71. Com seu óbito, a recorrente Sra. Maria Regina Costa de Moraes passou a possuir 100% das ações e do poder de voto da AEM Participações.

72. Some-se a este fato, o objeto da companhia AEM Participações, evidente desde sua constituição, qual seja, transmitir o patrimônio aos sucessores, o que foi feito desde o princípio com a doação de 684.720.099 ações ordinárias, no valor de R\$ 684.720.099 (seiscentos e oitenta e quatro milhões, setecentos e vinte mil, noventa e nove reais) aos seus sucessores, os Srs. Antonio Ermírio de Moraes Filho, CPF 033.973.968-16, Carlos Ermírio de Moraes, CPF 021.946.058-27, Mário Ermírio de Moraes, CPF 076.362.208-73, Luis Ermírio de Moraes, CPF 051.558.168-23, Rubens Ermírio de Moraes, CPF 154.303.818-29, Rosa Helena Costa Moraes Macedo, CPF 285.180.278-02, Vera Regina Costa Moraes, CPF 146.618.158-31, Maria Regina E de Moraes Waib, CPF 262.505.588-02, Maria Lúcia Costa Moraes Menezes, CPF 260.315.798-12.

73. Portanto, resta evidente que os sócios são interessados diretos no recebimento do patrimônio dos genitores.

74. Igualmente, todas as deliberações assembleares estavam e estão sob a inteira responsabilidade da Sra. Maria Regina Costa de Moraes detentora de 100% do poder de voto das 684.720.099 ações ordinárias doadas.

75. Seria ingenuidade esperar que sendo os sócios minoritários destinatários diretos das normas de proteção da LSA sobre a distribuição de dividendos, todos legítimos interessados no recebimento do patrimônio de seus genitores, que se voltassem contra as deliberações assembleares da AEM Participações e de sua genitora, acionando as garantias da LSA.

76. No mesmo sentido, me parece abusivo que todas as decisões assembleares, notadamente aquelas que eventualmente deliberassem sobre a destinação de dividendos, ficassem sob a responsabilidade da parte interessada na transmissão do patrimônio aos seus sucessores, obviamente, de forma menos onerosa possível, em prejuízo a terceiros interessados.

77. Não se discute o legítimo interesse da Fazenda Estadual em fiscalizar, na condição de terceiro não participante da sociedade, os atos de transmissão de bens por doação ou causa mortis, nos estritos termos da matriz constitucional que atribuiu aos Estados tal competência assim como o fez o art. 145, §1º da CF/88.

78. No caso, os atos de transmissão se deram em evidente prejuízo aos interesses público e fazendários, este último, zelador e fiscalizador do "dever fundamental de pagar tributos", reconhecido pelo STF em sede de Adin 1.055/2016 e Rext 603.191/2011, in verbis:

**É cediço que há o dever fundamental de pagar tributos**, entretanto os meios escolhidos pelo poder público devem estar jungidos à necessidade da medida, a adequação e a proporcionalidade em sentido estrito de restringir os meios de adimplemento em caso de cobrança judicial, as quais não se encontram presentes na apreciação da legislação ora questionada.

O Estado brasileiro baseia-se em receitas tributárias. Um texto constitucional como o nosso, pródigo na concessão de direitos sociais e na promessa de prestações estatais, deve oferecer ao Estado instrumentos suficientes para que possa fazer frente às inevitáveis despesas que a efetivação dos direitos sociais requer. O tributo é esse instrumento.

**Considera-se, portanto, a existência de um dever fundamental de pagar impostos**, tal como proposto por Nabais (NABAIS José Casalta, O dever fundamental de pagar impostos, Coimbra: Almedina, 1998).

No caso da Constituição Federal de 1988, tal dever viria expresso no § 1º do art. 145 da Constituição, em que se lê:

"§ 1º Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, **facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte**".

Sob esse marco constitucional, parece possível partir da colmatação da lacuna inicial relativa à explicitação de um óbvio dever fundamental de pagar impostos à superação da lacuna ainda mais grave consistente em haver-se obscurecido o imperativo de equidade e isonomia na distribuição dos ônus da tributação.

79. Por oportuno, reproduzo o questionamento de Jefferson Valentim (Holding. Estudo sobre a evasão fiscal do ITCMD no planejamento sucessório. Letras Jurídicas. 2001. p. 200.):

É de se esperar, no entanto, que o Judiciário enfrentará em breve a seguinte questão: até que ponto, no processo sucessório, a utilização formal de estruturas submetidas ao direito empresarial afasta o interesse público motivador da disciplina do Direito de Família e de Sucessões?

80. Acrescento à preocupação do autor a disciplina do Direito Tributário, que deve zelar pelo interesse público e pela isonomia tributária, flagrantemente ofendida em hipóteses como a aqui debatida, ao passo que exorbitante patrimônio foi transmitido sem que se recolhesse tributo, seja sobre transmissão, seja sobre a renda, ao passo que mesmo os dividendos eventualmente devidos gozariam de isenção no Brasil, a exemplo do que ocorre na Estônia.

81. Não vislumbro, salvo melhor juízo, no arcabouço normativo vigente, norma capaz de suprir a vontade assemblear, ainda que contrária ao estatuto, ainda que contrária às Leis das S/A e ainda que possivelmente viciada por conflito de interesses, motivo pelo qual considero que não há como desconsiderar os atos praticados pela AEM Participações para considerar os valores integrados ao patrimônio do de cujus no momento do óbito e sujeitos ao ITCMD causa mortis sem a necessária interferência do Poder Judiciário e/ou dos órgãos de controle e repressão de eventuais abusos praticados por Sociedades Anônimas de capital fechado como a AEM Participações contra interesses de terceiros.

82. Na medida em que a ninguém a dado transmitir aquilo que não possui, já resolvendo a última questão controvertida, não reconheço a ocorrência transmissão causa mortis sujeita a à incidência do ITCMD.

83. Por todo o exposto, julgo cancelado o crédito tributário.

#### **Quanto ao Recurso do Responsável:**

84. Quanto ao recurso do responsável, julgo prejudicada sua análise em decorrência do cancelamento do crédito tributário.

85. Por todo o exposto, sopesados os argumentos trazidos pelos recorrentes, em face da acusação fiscal, entendo que a razão está com aqueles, motivo pelo qual julgo cancelado o crédito tributário

#### **Parte dispositiva**

À vista do exposto, **CONHEÇO DO RECURSO ORDINÁRIO DO AUTUADO E DOU-LHE PROVIMENTO PARA JULGAR INSUBSISTENTE O AIIM, CONHEÇO DO RECURSO ORDINÁRIO DO RESPONSÁVEL E DOU-LHE PROVIMENTO, PARA JULGAR INSUBSISTENTE O AIIM**, excluindo a responsabilidade do recorrente em vista da insubsistência do crédito tributário.

8. No entendimento da Fazenda Pública, "a r. decisão recorrida deu provimento ao Recurso Ordinário da autuada e do responsável solidário, não obstante reconheça que houve prejuízo à Fazenda Pública e que o procedimento adotado pelo contribuinte não encontra guarida na legislação. Todavia, no entendimento do voto vencedor, não haveria disposição legal a autorizar a desconsideração dos atos praticados pela AEM Participações S. A pelo Fisco."

9. E, mais adiante, que: "A r. decisão recorrida deu provimento ao Recurso Ordinário por entender que, muito embora a lógica fiscal estivesse correta, não haveria prova de que a responsável solidária teve livre disposição dos valores indevidamente constituídos como reserva para deliberação futura e que não haveria norma "capaz de suprir a vontade assemblear, ainda que contrária ao estatuto, ainda que contrária às Leis das S/A e ainda que possivelmente viciada por conflito de interesses, motivo pelo qual considero que não há como desconsiderar os atos praticados pela AEM Participações para enquadrá-los como doação sem a necessária interferência do Poder Judiciário e/ou dos órgãos de controle e repressão de eventuais abusos praticados por Sociedades Anônimas de capital fechado como a AEM Participações"."

10. Conclui que o referido entendimento não é o mais adequado, visto ser **contraditório, estribado em premissa falsa e sem a necessária análise dos argumentos deduzidos pela Fazenda Pública**, vícios que maculam a r. decisão recorrida e impõem a declaração de nulidade.

11. Afirma a Representação Fiscal que em sua conclusão, o julgado afirma que não haveria prova de que "de cujus" e a Sra. Maria Regina Costa de Moraes poderiam dispor dos valores contidos na reserva para deliberação futura e nesse particular, seria **contraditória**, pois também afirma que "todas as deliberações assembleares estavam e estão sob a inteira responsabilidade da recorrente responsável solidária, Sra. Maria Regina Costa de Moraes detentora de 100% do poder de voto das 684.720.099 ações ordinárias doadas".

12. Seguindo essa linha de raciocínio, expõe a Fazenda Pública o entendimento de que "se instituidores tinham 100% do poder de voto, resta claro que todas as deliberações assembleares seguem suas determinações, isto é, inicialmente o Sr. Antônio Ermírio de Moraes e a Sra. Maria Regina Costa de Moraes tinham total controle sobre a destinação dos recursos da sociedade, e após o falecimento do Sr. Antônio Ermírio de Moraes, tal controle passou integralmente para sua viúva, como inclusive concluiu a r. decisão recorrida."

13. Por fim, seguindo esse entendimento diz que dessa forma, **parece contraditório** afirmar que não haveria prova de que os instituidores poderiam dispor dos valores.

14. Não verifico a alegada contradição, ademais de não ter sido esse o único fundamento para provimento dos Recursos Ordinários. Trata-se, antes, de questão interpretativa, com a qual pode a Recorrente não concordar, mas que, na verdade, não encerra qualquer contradição.

15. Por sua vez, no tocante à conclusão do julgado no sentido de que não haveria norma “capaz de suprir a vontade assemblear, ainda que contrária ao estatuto, ainda que contrária às Leis das S/A e ainda que possivelmente viciada por conflito de interesses, motivo pelo qual considero que não há como desconsiderar os atos praticados pela AEM Participações para enquadrá-los como doação sem a necessária interferência do Poder Judiciário e/ou dos órgãos de controle e repressão de eventuais abusos praticados por Sociedades Anônimas de capital fechado como a AEM Participações”, entende a Recorrente que essa conclusão parte da **falsa premissa** de que inexistiria dispositivo legal que possibilitasse a desconsideração dos atos praticados pela AEM Participações S. A., quando, na realidade, o Código Tributário Nacional prevê expressamente a possibilidade da desconsideração no parágrafo único, do artigo 116.

16. Entendo que não se trata de falsa premissa, mas, novamente, de questão interpretativa, adotada a partir da análise dos fatos ocorridos, da legislação pertinente à Lei das S/A, do disposto no próprio artigo 116 do CTN e das provas juntadas aos autos, conforme pode ser verificado a partir do trecho abaixo da decisão recorrida, que, apesar de reconhecer eventuais irregularidades praticadas, entende que “**contra a qual terceiros interessados podem se opor, porém, com intermédio do Poder Judiciário**”:

(...)

**64. Trata-se de opção legislativa operada na LSA, contra a qual terceiros interessados podem se opor, porém, com intermédio do Poder Judiciário e não por desconsideração de atos, nos termos do art. 116, parágrafo único do CTN.**

**65. Ademais, para a aplicação da norma do referido artigo no presente caso, entendo que deveria estar presente, no mínimo, a prova da incorporação dos valores constituídos em reserva ao patrimônio do de cujus, para então se operar a desconsideração da destinação destes valores aumento de capital.**

**66. Nos moldes do que está posto e documentado no presente AIIM, seria preciso a desconsideração do ato assemblear de constituição da reserva para deliberação futura; a consideração de que tais valores foram transmitidos aos sócios; inclusive o de cujus; e a desconsideração do ato assemblear de aumento do capital, o qual, no entendimento da fiscalização, constituiu predestinação do patrimônio do de cujus, que deveria ter sido inventariado.**

**67. A lógica Fiscal está correta, mas não encontra amparo nas provas acostadas nem, tampouco, no arcabouço normativo que regula o direito à percepção de dividendos.**  
(...)

**81. Não vislumbro, salvo melhor juízo, no arcabouço normativo vigente, norma capaz de suprir a vontade assemblear, ainda que contrária ao estatuto, ainda que contrária às **Leis das S/A** e ainda que possivelmente viciada por conflito de interesses, motivo pelo qual considero que não há como desconsiderar os atos praticados pela AEM Participações para considerar os valores integrados ao patrimônio do de cujus no momento do óbito e sujeitos ao ITCMD causa mortis sem a necessária interferência do Poder Judiciário e/ou dos órgãos de controle e repressão de eventuais abusos praticados por Sociedades Anônimas de capital fechado como a AEM Participações contra interesses de terceiros.**

**82. Na medida em que a ninguém a dado transmitir aquilo que não possui, já resolvendo a última questão controvertida, não reconheço a ocorrência transmissão causa mortis sujeita a à incidência do ITCMD.**  
(...)

17. Por fim, sustenta a Recorrente que a r. decisão recorrida também deixou de analisar pontos relevantes apresentados nas contrarrazões ao Recurso Ordinário e no Pedido de Vista da Representação Fiscal, de modo que presente também os vícios de ofensa ao contraditório e falta de fundamentação.

18. Essas alegações são feitas a partir do entendimento de que a existência de disposição legal que autoriza a desconsideração dos atos praticados com o intuito de dissimular o fato gerador (artigo 116 do CTN) foi destacada pela Fazenda Pública tanto em Contrarrazões ao Recurso Ordinário quanto em Pedido de Vista.

19. Afirma a Recorrente que “**não pode ser considerada adequadamente fundamentada a decisão que simplesmente afirma que determinada disposição legal válida, vigente, eficaz e julgada constitucional pelo Pretório Excelso não se aplica, sem que sejam expostas as razões jurídicas para o referido entendimento**”.

20. A partir dessa afirmação é possível verificar que se trata de mero inconformismo da Fazenda Pública com relação ao decidido, pois, na verdade, parte a Recorrente de uma suposta existência de fundamentação inadequada. Ora, se considera a fundamentação inadequada, novamente, a alegação resvala para discussão de matéria interpretativa.

21. O que se verifica é que a as alegações postas pela Representação Fiscal acerca do artigo 116 do CTN foram abordadas – conforme destacado alhures quando analisei a alegação de uso de premissa falsa – e afastadas com a devida fundamentação, não havendo de se falar em nulidade por não enfrentamento de argumentos relevantes postos pela parte, ou nulidade por vício de fundamentação.

22. Considerando, portanto, os fundamentos acima expostos, não obstante a indicação de paradigmas, **NÃO CONHEÇO DO RECURSO ESPECIAL DA FAZENDA PÚBLICA, POR NÃO RESTAREM CONFIGURADAS AS ALEGADAS NULIDADES.**

Sessão de Julgamento, em data digitalmente certificada

Cacilda Peixoto  
Juíza Relatora



**GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
**SECRETARIA DA FAZENDA**  
**COORDENADORIA DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA**  
**TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS**

DRT	Número	Ano	AIIM	Câmara
08	4129979-6	2019	4129979-6	CÂMARA SUPERIOR

Tipo de Impugnação:	RECURSO ESPECIAL (FAZENDA)
Recorrente:	FAZENDA PÚBLICA
Recorrido:	MARIA REGINA ERMIRIO DE MORAES WAIB
Responsáveis Solidários:	AEM PARTICIPAÇÕES SA
Relator:	CACILDA PEIXOTO
Sustentação Oral Requerida:	NÃO

**DESPACHOS DO PROCESSO**

Dr. Valério Pimenta de Moraes não votou neste processo por problemas técnicos.

Plenário Antônio Pinto da Silva, 21 de março de 2023  
ARGOS CAMPOS RIBEIRO SIMÕES  
Presidente da Câmara Superior

---



GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO  
SECRETARIA DA FAZENDA  
COORDENADORIA DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA  
TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS

DRT	Número	Ano	AIIM	Câmara
08	4129979-6	2019	4129979-6	CÂMARA SUPERIOR

Tipo de Impugnação:	RECURSO ESPECIAL (FAZENDA)
Recorrente:	FAZENDA PÚBLICA
Recorrido:	MARIA REGINA ERMIRIO DE MORAES WAIB
Responsáveis Solidários:	AEM PARTICIPAÇÕES SA
Relator:	CACILDA PEIXOTO
Sustentação Oral Requerida:	NÃO

**DECISÃO DA CÂMARA**

**RECURSO ESPECIAL (FAZENDA): NÃO CONHECIDO.**

**VOTO DO JUIZ RELATOR:** CACILDA PEIXOTO

**RECURSO ESPECIAL (FAZENDA):** Não Conhecido.

**JUIZES QUE ACOMPANHARAM O VOTO DO RELATOR:**

EDISON AURÉLIO CORAZZA

JOÃO CARLOS CSILLAG

MARCELO AMARAL GONÇALVES DE MENDONÇA

CARLOS AMERICO DOMENEGHETTI BADIA

MARIA DO ROSÁRIO PEREIRA ESTEVES

CARLOS AFONSO DELLA MONICA

MARIA AUGUSTA SANCHES

JULIANO DI PIETRO

PAULO SCHMIDT PIMENTEL

ALBERTO PODGAEC

FÁBIO HENRIQUE BORDINI CRUZ

FLAVIO NASCIBEM DE FREITAS

KLAYTON MUNEHIRO FURUGUEM

ARGOS CAMPOS RIBEIRO SIMÕES (Presidente)

**JUIZ(ES) AUSENTE(S) / IMPEDIDO(S):**

VALÉRIO PIMENTA DE MORAIS

São Paulo, 21 de março de 2023  
Tribunal de Impostos e Taxas



GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO  
SECRETARIA DA FAZENDA  
COORDENADORIA DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA  
TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS



**AUTUADO**  
MARIA REGINA ERMIRIO DE MORAES WAIB

**IE**  
000000000000

**CNPJ**  
26250558802

**LOCALIDADE**  
São Paulo - SP

**AIIM**  
4129979-6

**JULGAMENTO NA CÂMARA DO TIT COM CERTIFICADO DIGITAL**

Julgamento realizado na Câmara do Tribunal de Impostos e Taxas por meio do ePAT – Processo Administrativo Tributário Eletrônico, com a utilização do certificado digital dos juizes presentes na sessão de julgamento.

São Paulo, 21 de março de 2023  
Tribunal de Impostos e Taxas