

Revista de Estudos Tributários

139 – Maio-Jun/2021

Conselho Editorial

Heleno Taveira Tôrres
Hugo de Brito Machado
Humberto Bergmann Ávila
Ives Gandra da Silva Martins
José Mörschbacher
Kiyoshi Harada
Leandro Paulsen
Misabel Derzi
Paulo de Barros Carvalho
Paulo de Melo Aleixo
Renato Lopes Becho
Roberto Ferraz
Roque Carrazza
Walmir Luiz Becker

Análise e Críticas ao Novo Critério Utilizado pelo Estado do Rio Grande do Sul para Tributação pelo ITCMD das Ações, Quotas, Participações Ou Quaisquer Títulos Representativos do Capital Social de Empresas de Capital Fechado

Analysis and Criticism to the New Criterion Used by the State of Rio Grande do Sul to Levy Tax on Inheritance and Gift of Shares, Quotas, Shares Or any Representative Securities of Social Capital of Closed Capital Companies

MARCELO POHLMANN¹

Doutor e Mestre em Contabilidade pela Universidade de São Paulo (USP), Especialista em Integração Econômica e Direito Internacional Fiscal pela Escola de Administração Fazendária (ESAF)/Fundação Getúlio Vargas (FGV)/Universidade de Münster, Alemanha, Professor Adjunto da Escola de Negócios da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS), Coordenador do Curso de Especialização em Gestão de Tributos e Planejamento Tributário Estratégico da PUCRS, Procurador da Fazenda Nacional (de setembro de 1993 a fevereiro de 2020), Sócio do Instituto de Estudos Tributários (IET), Advogado Tributarista, Contador.

CLÁUDIO TESSARI²

Doutorando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS), Mestre em Direito pelo Centro Universitário Ritter dos Reis – UniRitter Laureate International Universities, Especialista em Gestão de Tributos e Planejamento Tributário Estratégico pela PUCRS, Professor Visitante de vários cursos de Pós-Graduação *Lato Sensu*, MBA e LL.M., Membro da Comissão Especial de Direito Tributário da OAB/RS, Sócio do Instituto de Estudos Tributários (IET), Advogado Tributarista.

ANA CAROLINA BALLESTEIROS PAGLIOLI³

Pós-Graduanda em Gestão de Tributos e Planejamento Tributário Estratégico pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS), Graduada em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), Advogada.

1 *E-mail:* pohlmann.tpadv@gmail.com.

2 *E-mail:* tessari.tpadv@gmail.com.

3 *E-mail:* ac.paglioli@gmail.com.

ÁREA DO DIREITO: Civil e Tributário.

RESUMO: O presente artigo busca analisar e criticar o novo critério utilizado pelo Estado do Rio Grande do Sul (IN RE/RS 76/2020) para tributação pelo ITCMD das ações, quotas, participações ou quaisquer títulos representativos do capital social de empresas de capital fechado, demonstrando que: a) instrução normativa não é o meio legislativo adequado para estabelecer base de cálculo de imposto; b) o “valor venal” para fins de tributação do ITCMD não pode ser o mesmo utilizado para fins de ITBI; c) o método do fluxo de caixa descontado, que autoriza a utilização de ajuste de registros contábeis, pode ensejar a aplicação de critérios subjetivos por parte do Fisco e dos contribuintes, ensejando avaliações muito discrepantes, tudo com base na análise de conteúdo de decisões proferidas pelos Tribunais pátrios.

PALAVRAS-CHAVE: ITCMD; participações societárias; fluxo de caixa descontado; ajuste de registros contábeis; ilegalidades e inconstitucionalidades.

ABSTRACT: The present paper aims to analyze and to criticize the new criterion utilized by the state of Rio Grande do Sul (IN RE/RS 76/2020) to levy tax on inheritance and gift of shareholdings, quotas, shares or any securities representing the share capital of private companies, demonstrating that: a) a normative instruction is not the appropriate legislative means to establish a tax calculation basis; b) the “venal value” for ITCMD taxation purposes may not be the same as that used for ITBI purposes; c) the method of cash flow, which authorizes the use of adjustment of accounting records, may lead to the application of subjective criteria by the revenue and taxpayers, leading to very discrepant evaluations, all based on the analysis of the content of decisions given by the National Courts.

KEYWORDS: Tax on inheritance and gift; shareholdings; discounted cash flow (DFC); adjustment of accounting records; illegalities and unconstitutionality.

SUMÁRIO: Introdução e delimitação do tema; 1 Da legislação federal e do regulamento do ITCMD no Rio Grande do Sul; 2 Da impossibilidade de norma infralegal estabelecer base de cálculo de imposto; 3 A análise da IN RE/RS 076/2020: da impossibilidade do “valor venal” para fins de tributação pelo ITCMD ser o mesmo utilizado para fins de incidência do ITBI e das críticas à utilização do método do fluxo de caixa descontado; Conclusões; Referências.

INTRODUÇÃO E DELIMITAÇÃO DO TEMA

Até outubro de 2020, o critério utilizado pelo Estado do Rio Grande do Sul para tributação pelo ITCMD – *causa mortis* e ou *doação* – das ações, quotas, participações ou quaisquer títulos representativos do capital social de empresas de capital fechado era “o patrimônio líquido atualizado acrescido de 50% da receita líquida média, anual e atualizada” (Instrução Normativa da Delegacia da Receita Pública/RS – IN DRP/RS nº 45/1998, item 6.4).

Tal critério foi muito criticado e sua ilegalidade e inconstitucionalidade foram reconhecidas, de modo que muito se discutiu nos âmbitos administrativo e judicial tributário qual seria o método adequado para tal fim. Em setembro de

2020, entretanto, foi publicada a IN RE/RS 076/2020, que alterou tal previsão com o objetivo de atribuir-lhe critério científico.

No presente artigo, analisamos e criticamos o novo critério utilizado pelo Estado do Rio Grande do Sul para tributação pelo ITCMD das ações, quotas, participações ou quaisquer títulos representativos do capital social de empresas de capital fechado, demonstrando que: a) instrução normativa não é o meio legislativo adequado para estabelecer base de cálculo de imposto; b) o “valor venal” para fins de tributação do ITCMD não pode ser o mesmo utilizado para fins de ITBI; c) o método do fluxo de caixa descontado, que autoriza a utilização de ajuste de registros contábeis, pode ensejar a aplicação de critérios subjetivos por parte do Fisco e dos contribuintes, ensejando avaliações muito discrepantes, tudo com base na análise de conteúdo de decisões proferidas pelos tribunais pátrios.

1 DA LEGISLAÇÃO FEDERAL E DO REGULAMENTO DO ITCMD NO RIO GRANDE DO SUL

A Constituição Federal de 1988 delegou aos estados e ao Distrito Federal a instituição do imposto sobre transmissão *causa mortis* e doação de bens ou direitos nos seguintes termos:

CF/1988:

Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

I – transmissão *causa mortis* e doação, de quaisquer bens ou direitos;

[...]

Verificam-se, ainda, no texto constitucional, certas disposições para definição da competência tributária das unidades da federação (estados e Distrito Federal), determinando basicamente duas regras de competência, de acordo com a natureza dos bens e direitos (se imóveis ou móveis): a) relativamente a bens imóveis e respectivos direitos, o ITCMD compete ao Estado da situação do bem, ou ao Distrito Federal (inciso I, § 1º, do art. 155 da CF/1988); e b) relativamente a bens móveis, títulos e créditos, o ITCMD compete ao estado onde se processar o inventário ou arrolamento, ou tiver domicílio o doador, ou ao Distrito Federal (inciso II, § 1º, do art. 155 da CF/1988)⁴.

O Código Tributário Nacional – CTN, por sua vez, legisla de forma geral e muito tímida sobre o ITCMD e, mesmo diante de tal realidade fática e jurídica

4 BIAVA JÚNIOR, Roberto. A incidência do ITCMD quando o doador tiver domicílio ou residência no exterior, ou quando o *de cuius* possuía bens, era residente ou domiciliado ou teve o seu inventário processado no exterior – Análise de constitucionalidade das leis estaduais que instituíram o ITCMD nestas hipóteses. *Revista de Direito Tributário Atual*, São Paulo: Dialética, n. 26, p. 316, 2011.

ca, não houve a edição de nenhuma lei complementar federal que tratasse, de forma completa, das regras gerais do referido imposto, nem tampouco que elege-se os critérios e os métodos que deveriam ser utilizados pelos estados e pelo Distrito Federal para proceder à avaliação das participações societárias para fins de tributação por esse imposto.

Diante dessa omissão, os estados redigiram suas próprias legislações, sendo que, no caso do Estado do Rio Grande do Sul, o Regulamento do ITCMD – que está no Decreto nº 33.156/1989 – delegou à instrução normativa da Receita Estadual a forma de avaliação em caso de transmissão via doação ou sucessão de quotas de sociedades empresárias de capital fechado.

Veja o que diz o decreto legislativo que regulamenta a Lei nº 8.821/1989 – *que instituiu o ITCMD* – no estado do Rio Grande do Sul:

Decreto nº 33.156, de 31 de março de 1989 – Regulamento do ITCD

Regulamenta o Imposto sobre a Transmissão *Causa Mortis* e Doação, de Quaisquer Bens ou Direitos.

Capítulo VII

Do Cálculo e do Pagamento

Seção I

Da Base de Cálculo

Art. 14. A base de cálculo do imposto é o valor venal dos bens, títulos, créditos, ações, quotas e valores, de qualquer natureza, bem como dos direitos a eles relativos, transmitidos, apurado mediante avaliação procedida pela Receita Estadual ou avaliação judicial, expresso em moeda corrente nacional e o seu equivalente em quantidade de UPF-RS, observando-se as normas técnicas de avaliação. (Redação dada pelo art. 1º (Alteração 108) do Decreto nº 52.824, de 22.12.2015. (DOE 23.12.2015) – Efeitos a partir de 23.12.2015.)

§ 1º Na transmissão de direitos, a base de cálculo é o valor venal dos respectivos bens, títulos, créditos, ações, quotas e valores apurados conforme *caput* deste artigo. (Redação dada pelo art. 1º (Alteração 108) do Decreto nº 52.824, de 22.12.2015. (DOE 23.12.2015) – Efeitos a partir de 23.12.2015).

[...]

§ 12. Nos casos em que a ação, quota, participação ou qualquer título representativo do capital social não for objeto de negociação em bolsa de valores ou não tiver sido negociado nos 180 (cento e oitenta) dias anteriores a data da avaliação, *será observado o disposto em instruções baixadas pela Receita Estadual*. (Acrescentado pelo art. 1º (Alteração 097) do Decreto nº 51.597, de 23.06.2014. (DOE 24.06.2014) – Efeitos a partir de DOE 24.06.2014).

§ 13. As empresas de capital fechado serão avaliadas na forma *prevista em instruções baixadas pela Receita Estadual*. (grifos nossos)

A partir da leitura do artigo supramencionado, percebemos que, no nosso estado, o decreto em questão estabeleceu algumas previsões acerca da tributação do ITCMD, como a *necessidade de serem observadas normas técnicas* para a apuração do *valor venal* dos bens e a necessidade de serem criadas *instruções normativas* para estabelecer os critérios para a aplicação do tributo. Ocorre que instrução normativa não é o instrumento legislativo adequado para dispor sobre base de cálculo de tributo, e, além disso, as instruções normativas que foram criadas para cumprir as previsões do Decreto nº 33.156/1989 não conseguiram estabelecer um critério objetivo e funcional para a avaliação das ações, quotas, participações ou quaisquer títulos representativos do capital social de empresas de capital fechado.

2 DA IMPOSSIBILIDADE DE NORMA INFRALEGAL ESTABELECEER BASE DE CÁLCULO DE IMPOSTO

Conforme já mencionado, o decreto gaúcho que institui o regulamento do ITCMD prevê que suas disposições sejam complementadas por meio de instrução normativa. Contudo, entendemos que as instruções normativas não podem tratar de base de cálculo de imposto.

O princípio da legalidade estrita no âmbito tributário exige que a base de cálculo dos tributos esteja prevista *em sua completude* por lei complementar do ente competente para a sua instituição. Esta é a dicção do art. 97, IV, do Código Tributário Nacional:

CTN:

Art. 97. Somente a lei pode estabelecer:

[...]

IV – a fixação de alíquota do tributo e da sua base de cálculo, ressalvado o disposto nos arts. 21, 26, 39, 57 e 65;

[...]

Com muita facilidade se identificam as razões para tanto. Ocorre que a base de cálculo, como demonstrado acima, exerce importantes funções na determinação da espécie tributária. É por meio dela que se estabelece o montante a pagar e a própria natureza da exação, de modo que a sua inserção em lei se torna *garantia dos contribuintes contra o arbítrio do Fisco*.

De fato, não é demasiado repetir-se que *a base de cálculo dimensiona o critério material, impactando diretamente na formação do quantum debeat*.

Por esse motivo, atentou-se o legislador infraconstitucional à necessidade de submeter as modificações da base de cálculo, que impliquem tornar mais oneroso o tributo, à legalidade, tratando de incluir a hipótese no § 1º do art. 97 do Código Tributário Nacional:

CTN:

Art. 97. Somente a lei pode estabelecer:

[...]

§ 1º Equipara-se à majoração do tributo a modificação da sua base de cálculo, que importe em torná-lo mais oneroso.

Isso se dá porque a simples manipulação da base de cálculo, incluindo em seu bojo elementos que antes não constavam, pode ocasionar um aumento do tributo a recolher. Como a operação que revela o montante devido pressupõe a multiplicação da alíquota pela base de cálculo, a modificação desta última permitiria aumentar discretamente o tributo exigido, sem, contudo, modificar-se aquela outra.

De acordo com o art. 146, III, a, da Constituição Federal, cabe à lei complementar estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, “especialmente sobre definição de tributos e de suas espécies, bem como, em relação aos impostos discriminados nesta Constituição, a dos respectivos fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes”:

CF/1988:

Art. 146. Cabe à *lei complementar*:

[...]

III – estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre:

a) definição de tributos e de suas espécies, bem como, em relação aos impostos discriminados nesta Constituição, a dos respectivos fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes;

[...]

Importante perceber que o art. 69 da CF/1988 impõe como critério para a aprovação de leis complementares a existência de maioria absoluta, ao passo que, para leis ordinárias, exige-se maioria simples. Nesse contexto, o constituinte originário previu que, para tratar de base de cálculo de tributos, é necessária lei complementar, não podendo, portanto, ser por meio de lei ordinária e *muito menos por meio de instrução normativa*, como determina e autoriza a legis-

lação de regência do ITCMD no estado do Rio Grande do Sul. Nesse sentido, Fernando Facury Scaff bem observa que

[...] existem apenas duas áreas do direito tributário brasileiro que estão vinculadas ao princípio da reserva legal, e que vedam comportamentos, quais sejam: para criar tributos e para aumentar tributos. Só para estas duas específicas e restritas matérias é necessária lei em sentido formal. Para todas as demais basta norma infralegal. Assim, se o órgão fiscal quiser mudar o formulário de arrecadação através de singela portaria, ou instrução normativa, ou qualquer outra norma infralegal, não haverá óbice, desde que não haja exigência (criação) ou aumento de tributos, uma vez que apenas estas duas áreas é que estão sujeitas às restrições da reserva legal.⁵

Dessa forma, resta demonstrado que tal instituto normativo não pode ser usado para dispor sobre base de cálculo de tributo, especialmente não podendo realizar disposição que possa acarretar majoração de tributo por meio de alteração de sua base de cálculo. Confirma-se, a propósito, a definição de instrução normativa constante do “Manual de Elaboração de Atos Normativos do Ministério da Justiça e da Segurança Pública”:

Instrução normativa consiste em ato normativo expedido por uma autoridade a seus subordinados, com base em competência estabelecida ou delegada, no sentido de disciplinar a execução de lei, decreto ou regulamento, sem, no entanto, transpor ou inovar em relação à norma que complementa. A instrução normativa tipicamente visa a orientar setoriais, seccionais ou unidades descentralizadas. Sob o ponto de vista da estrutura do ato, a instrução normativa se assemelha a uma portaria.⁶

Na análise do conteúdo de decisão de mérito proferida pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região, também restam evidenciadas as limitações impostas às instruções normativas não só pelo princípio da legalidade, mas, principalmente, pela própria natureza jurídica de tais instrumentos legislativos, *verbis*:

Tributário. Apelação em mandado de segurança. Creditamento de PIS e Cofins sobre produtos importados. IN SRF 457/2004. Lei nº 10.865/2004. Apelação e remessa oficial desprovidas.

[...]

IV – A aquisição, no exterior, de máquinas e equipamentos para a utilização na produção de bens destinados à venda ou prestação de serviços gera para

5 SCAFF, Fernando Facury. *O estatuto mínimo do contribuinte*. Porto Alegre: RPF, 2001.

6 Manual de elaboração de atos normativos no ministério da justiça e segurança pública. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/seus-direitos/elaboracao-legislativa/manual_elaboracao_atos_normativos_mjsp-portaria-gm-n-776-de-5-de-setem.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2020.

a empresa um crédito relativo ao PIS-importação e a Cofins-importação (Lei nº 10.865/2004).

V – No presente caso, aduz a impetrante que adquiriu o bem usado, ao qual foi incorporado ao seu ativo, para ser utilizado na produção de bens destinados à venda, fazendo jus ao referido crédito.

VI – Em nosso sistema jurídico, a natureza das instruções normativas é o de regulamento, tendo elas a função de aclarar os preceitos legais para a melhor aplicação da norma. Desta forma, revela-se *incompatível com o princípio da estrita legalidade a instrução normativa que além de aclarar o dispositivo legal, cria novas hipóteses de exação ou restringe direitos do contribuinte que a lei lhe conferiu*. Desta forma, entendo que a IN SRF 457/2004 extrapolou os limites a elas impostos.

VII – Apelação e remessa oficial não providas.

(Apelação/Remessa Necessária (1728) nº 5003323-15.2019.4.03.6119, TRF 3ª R., 3ª T., Rel. Des. Fed. Antonio Cedenho, J. 07.10.2020). (grifos nossos)

Assim, fica claro que o estado do Rio Grande do Sul agiu de forma contrária ao o princípio da legalidade estrita em matéria tributária, que impõe que certas matérias devem ser disciplinadas, exclusivamente, por lei, não podendo ser tratadas por normas infralegais⁷. Portanto, não há como vicejar a possibilidade de uma instrução normativa realizar previsão que sequer deveria ser feita por meio de lei ordinária, visto que o constituinte originário preocupou-se em especificar que o instrumento competente para tal fim é a lei complementar.

3 A ANÁLISE DA IN RE/RS 076/2020: DA IMPOSSIBILIDADE DO “VALOR VENAL” PARA FINS DE TRIBUTAÇÃO PELO ITCMD SER O MESMO UTILIZADO PARA FINS DE INCIDÊNCIA DO ITBI E DAS CRÍTICAS À UTILIZAÇÃO DO MÉTODO DO FLUXO DE CAIXA DESCONTADO

A legislação de regência do ITCMD no estado do Rio Grande do Sul expressa, claramente, que devem ser observadas “as normas técnicas de avaliação”, como podemos perceber por meio da leitura do art. 14 do Decreto Estadual nº 33.156/1989:

Art. 14. A base de cálculo do imposto é o valor venal dos bens, títulos, créditos, ações, quotas e valores, de qualquer natureza, bem como dos direitos a eles relativos, transmitidos, apurado mediante avaliação procedida pela Receita Estadual ou avaliação judicial, expresso em moeda corrente nacional e o seu equivalente

7 SCAFF, Fernando Facury. *O estatuto mínimo do contribuinte*. Porto Alegre: RPGE, 2001. p. 101.

em quantidade de UPF-RS, *observando-se as normas técnicas de avaliação*. (Redação dada pelo art. 1º (Alteração 108) do Decreto nº 52.824, de 22.12.2015. (DOE 23.12.2015) – Efeitos a partir de 23.12.2015). (grifos nossos)

Dessa forma, a Fazenda Pública Estadual não pode fazer uso de critérios e/ou métodos desprovidos de cientificidade, para fins de avaliação das ações, quotas, participações ou quaisquer títulos representativos do capital social de empresas de capital fechado, objetivando a tributação pelo ITCMD, sob pena de afronta direta ao princípio constitucional da legalidade, de alta relevância em matéria tributária.

Sob a égide da instrução normativa anterior, ou seja, da IN DRP/RS 45/1998, não havia nenhum critério científico, de modo que o Poder Judiciário gaúcho foi provocado a se manifestar sobre a legalidade e constitucionalidade de tal instrução normativa fixando a utilização do método do fluxo de caixa descontado, conforme será demonstrado a seguir.

Entretanto, avaliar ações, quotas, participações ou quaisquer títulos representativos do capital social de empresas de capital fechado é uma tarefa árdua, pois, diferentemente das quotas de empresas de capital aberto, não há um preço de comercialização estabelecido no mercado. Perez e Famá, corretamente, observam que os diversos métodos de avaliação de empresas “podem ser utilizados em conjunto ou separadamente, porém nenhum método isolado pode ser considerado o correto, inquestionável ou exato”⁸. Nesse sentido, os autores afirmam que os métodos são complementares entre si, de modo que, sempre que possível, devem ser usados em conjunto, visto que “cada um realiza um tipo de análise, fazendo uso de critérios diferentes”⁹.

Ao fazer uso de métodos de avaliação de empresas de forma isolada, entretanto, também não se consegue avaliar efetivamente o valor das ações, quotas, participações ou quaisquer títulos representativos do capital social de empresas de capital fechado.

O método do fluxo de caixa descontado, em especial, envolve a utilização de critérios muito subjetivos. Além disso, ao projetar fluxo de caixa, poderíamos admitir apenas a variação econômica para reduzir o valor de avaliação da empresa, pois é necessário levar em consideração que o valor contábil dela também está sujeito ao teste de recuperabilidade e, por força das normas con-

8 PEREZ, Marcelo; FAMÁ, Rubens. Métodos de avaliação de empresas e o balanço de determinação. *Revista Administração em Diálogo*, v. 6, p. 102, 2009.

9 *Ibidem*, p. 104.

tábeis, não se pode manter um ativo registrado por um valor superior ao valor recuperável.

Em suma, por força das normas contábeis, não poderia ser utilizado o fluxo de caixa para aumentar o valor da empresa, pois isso seria um reconhecimento de *goodwill*.

Buscando conferir a cientificidade que não estava presente da instrução normativa anterior, a IN da RE/RS 076, de 29.09.2020, que foi publicada no DOE em 01.10.2020, alterou o que estava disposto no item 6.4 do Título II, Capítulo II, da IN DRP/RS 45/1998 em relação à forma de estabelecer a avaliação das quotas sociais de empresas de capital fechado, passando a dispor que:

IN da RE/RS 076/2020:

6.4 – Nas hipóteses previstas no RITCD, art. 14, §§ 12 e 13, as empresas de capital fechado e as ações, quotas, participações ou quaisquer títulos representativos do capital social, que não forem objeto de negociação em bolsa de valores, ou não tiverem sido negociados nos 180 (cento e oitenta) dias anteriores à data da avaliação, *terão seu valor venal apurado de acordo com as normas técnicas que orientam a prática de avaliação de empresas, o qual poderá considerar, para efeitos de seu cálculo, o ajuste de registro contábil, quando estiver em desacordo com os valores praticados pelo mercado na data da avaliação.* (Redação dada pela IN RE 076/20, de 29.09.2020. (DOE 01.10.2020) – Efeitos a partir de 01.10.2020 – grifos nossos)

A nova instrução normativa, apesar de ter o objetivo de conferir cientificidade à base de cálculo do ITCMD, prevê que devam ser considerados os valores praticados pelo mercado, o que pode provocar majoração da base de cálculo e, decorrentemente, do montante a ser pago a título do referido imposto.

Essa discussão a respeito da utilização de valores praticados pelo mercado não é nova. Ela decorre do fato de a base de cálculo do ITCMD ser a prevista no art. 38 do Código Tributário Nacional, ou seja, o valor venal dos bens ou direitos transmitidos. O valor venal também é a base de cálculo para fins de ITBI e IPTU; entretanto, o Código Tributário Nacional não traz uma definição de valor venal, limitando-se a estabelecer que o “valor venal” deve ser a base de cálculo dos referidos impostos (arts. 33 e 38 do CTN).

O “valor venal” de imóvel e/ou participações societárias, para fins de IPTU e ITCMD, é uma avaliação – *feita pelo Poder Público* – de quanto vale determinada propriedade ou quanto valem determinadas ações. Contudo, muito se discute na doutrina e na jurisprudência se o conceito de valor venal deve ser o mesmo para os três impostos (IPTU, ITCMD e ITBI).

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo – TJSP já reconheceu que o conceito de valor venal aplicado ao IPTU e ao ITCMD é diferente do conceito de valor venal aplicado ao ITBI (valor de mercado); entretanto, no Rio Grande do Sul, esta ainda é uma questão muito polêmica.

A discussão ocorrida no estado de São Paulo é muito parecida com a que ocorre no Rio Grande do Sul. No estado de São Paulo, *por meio de decreto*, tentou-se definir que o valor venal aplicado ao ITCMD poderia levar em consideração o valor de mercado. Ocorre que, assim como instruções normativas, decretos também são instrumentos normativos infralegais. Nesse sentido, a jurisprudência TJSP tem afirmado que o valor venal a ser aplicado ao ITCMD não pode ser o mesmo do ITBI, ou seja, o valor de mercado, pois isso acarretaria majoração da base de cálculo do tributo, o que só pode ser feito por meio de lei complementar, e não por meio de decreto e muito menos por meio de instrução normativa, dando guarida ao que estamos defendendo no presente artigo. Vejamos:

Mandado de segurança. ITCMD. Base de cálculo. Ofício circular DEAT nº 27/2009 que reproduz a mesma base de cálculo prevista no Decreto Estadual nº 55.002/2009. Inaplicabilidade. Inteligência do art. 13 da Lei nº 10.705/2000. *Base de cálculo do ITCMD que deve obedecer ao valor venal do bem para fins de IPTU e não o valor venal de referência (valor de mercado)*. Decreto que não pode definir base de cálculo diversa de lei. Ofensa ao princípio da legalidade. Precedentes. Segurança concedida. Sentença mantida. Recursos não providos. (TJSP, Apelação/Reexame Necessário nº 1008041-81.2017.8.26.0053, 3ª CDPúbl., Rel. Des. Camargo Perieira, J. 10.04.2018 – grifos nossos)

Remessa necessária. Mandado de segurança. Base de cálculo do ITCMD. Utilização do valor venal de referência da legislação do ITBI. *Impossibilidade*. Recebimento de herança de imóvel urbano. Base de cálculo do ITCMD que corresponde ao valor fixado para lançamento do IPTU. Inteligência do art. 13, I, da Lei Estadual nº 10.705/2000. *Inaplicabilidade do Decreto Estadual nº 55.002/2009, que alterou o Decreto Estadual nº 46.665/2002, por ferir o princípio da legalidade tributária*. Sentença mantida. Recurso oficial não provido. (TJSP, Remessa Necessária nº 1022193-66.2019.8.26.0053, 3ª CDPúbl., Relª Desª Paola Lorena, J. 17.12.2019 – grifos nossos)

Já mencionamos que, até outubro de 2020, o critério de avaliação das ações, quotas, participações ou quaisquer títulos representativos do capital social de empresas de capital fechado era o estabelecido pela IN DRP/RS 45/1998, ou seja, “o patrimônio líquido atualizado acrescido de 50% da receita líquida média, anual e atualizada”. Tal critério, por ser desprovido de qualquer cientificidade, foi afastado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul – TJRS, nos autos da AC 7008.441.046-3, 21ª Câmara Cível, em 28.08.2020,

e substituído pelo fluxo de caixa descontado. Confira-se o asseverado no voto condutor do v. aresto:

Embora o Regulamento do ITCMD no Estado delegue à instrução normativa da Receita Estadual a forma de avaliação, ela não pode desbordar do conceito de valor venal, entendido como o preço alcançado em uma operação de compra e venda simples, em regime de mercado e em condições normais.

Ocorre que a avaliação realizada pelo Estado com base na Instrução Normativa nº 45/1998 não possui qualquer critério científico, ou, nas palavras da perita em seu laudo concluído nesses autos, *sem respaldo na bibliografia atinente a matéria, sendo imprestável para determinar o valor venal dos direitos de transmissão.*

Observo que *em momento algum explicou o Estado o porquê de atribuir valor intangível à empresa no correspondente a 50% da média da receita líquida anual dos três últimos exercícios.* Quais os dados de que se valeu para incluir fator nessa expressão para o cálculo do valor venal da empresa? De onde saiu esse percentual e essa base de cálculo? Qual o demonstrativo em que se fundou, genericamente (afinal, a previsão é genérica, contida em instrução normativa), para esse arbitramento? Arbitramento, ainda, que, porque genérico, previsto, assim, para ser aplicado em toda e qualquer situação, não levou em conta especificidade alguma da empresa cujas quotas foram objeto de doação. Seria, mais, a receita líquida anual elemento suficiente e único para a aferição do patrimônio intangível, de forma a autorizar sua adoção para o cálculo do valor venal de toda e qualquer empresa? [...]

Não se reveste de caráter científico (o que, aliás, o Estado não rebateu diretamente), de um lado (e aí já o suficiente para o seu afastamento), e, de outro, não se viu acompanhar de demonstrativo algum de que produziu resultado adequado à aferição do que haveria de ser tido como valor intangível de empresas, e, mais propriamente, daquela cuja doação de cotas ensejou a incidência do ITCD.

Do modo como se apresentou nestes autos, o critério adotado pelo Estado representou mero ato de arbítrio, desvinculado do propósito de efetiva avaliação – é o que determinam a lei (CTN (LGL\1966\26) e a lei estadual antes mencionada – do valor das quotas doadas. [...]

Assim, considerando-se que *o método do fluxo de caixa descontado é o mais apto a aferir aquilo que se entende como valor venal, procede em parte a pretensão da parte autora, sendo necessária a abertura de fase de liquidação de sentença por arbitramento para aferir o valor dos direitos transmitidos.* (TJRS, AC 7008.441.046-3, 21ª C.Cív., Rel. Des. Marcelo Bandeira Pereira, J. 28.08.2020 – grifos nossos)

Referido julgado do TJRS fulcrou-se em decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça – STJ, 3ª Turma, nos autos do REsp 1.335.619/SP, em 03.05.2015, Relatora Ministra Nancy Andrighi, em que foi analisada a questão

da valoração da quota social – *não para fins de tributação pelo ITCMD* –, mas para apuração de haveres de sócio dissidente. Em nossa opinião, essa questão – *que diferencia as hipóteses em julgamento* – é de grande relevância.

No referido caso analisado pelo STJ, havia um critério previsto no “contrato social da empresa” para avaliação da participação societária do sócio retirante, ou seja, a “realização de um balanço especial, ajustado a valores de mercado, levantado à época da exclusão do sócio” em relação ao qual o sócio retirante manifestou total concordância ao assinar o contrato social.

No entender no STJ, a saída do dissidente “não pode lhe acarretar resultado patrimonial pior do que se fosse promovida a dissolução total” da sociedade, na medida em que tem “por escopo preservar o *quantum* devido ao sócio retirante [...] evitando-se o locupletamento indevido da sociedade ou sócios remanescentes em detrimento dos retirantes”.

Assim, com base no *princípio da preservação da sociedade* e do montante devido ao sócio dissidente, “mesmo que o contrato social eleja critério para apuração de haveres, este somente prevalecerá caso haja concordância das partes com o resultado alcançado”.

Como defende o STJ, havendo “dissenso, faculta-se a adoção da via judicial, a fim de que seja determinada a melhor metodologia de liquidação, hipótese em que a cláusula contratual somente será aplicada em relação ao modo de pagamento”.

Contudo, essas questões para fins de tributação pelo ITCMD não são de observância obrigatória. Ora, não se trata de preservar o resultado patrimonial do sócio dissidente ou evitar o locupletamento indevido da sociedade ou sócios remanescentes em detrimento dos retirantes, mas, sim, tributar com base em “valor venal”.

Assim, as razões pelas quais, no referido precedente do STJ, foi eleito o método do fluxo de caixa descontado são completamente diversas daquelas que devem fundamentar a incidência da tributação pelo ITCMD, já que tal método, “além de avaliar a situação econômica da empresa, apura a capacidade que ela tem de gerar lucros”.

E, em nosso entender, justamente aí está o divisor de águas a ensejar a impossibilidade de aplicar-se esse precedente do STJ em um julgamento sobre ITCMD-doação e/ou *causa mortis*, como de fato ocorreu ao TJRS julgar AC 7008.441.046-3, referida anteriormente, na medida em que a “capacidade de geração de lucros”, submetida a ajustes de registros contábeis, quando estiver em desacordo com os valores praticados pelo mercado na data da avaliação,

pode ensejar a aplicação de critérios subjetivos (pró-contribuintes e ou pró-Fisco).

Contudo, não obstante entendermos que tal analogia entre um julgado e outro (TJRS e STJ) não foi estabelecida da melhor forma, o método do fluxo de caixa descontado para fins de avaliação de ações, quotas, participações ou quaisquer títulos representativos do capital social de empresas de capital fechado para fins de tributação pelo ITCMD-*doação e ou causa mortis* pode, sim, dar ensejo à aplicação de ajustes de valores contábeis, justamente quando o contribuinte conseguir demonstrar – *por meio de laudo técnico* – que há desacordo com os valores praticados pelo mercado na data da avaliação.

De acordo com a doutrina de Fábio Ulhoa Coelho¹⁰, “as participações societárias em sociedades limitadas têm valor nominal, resultante da divisão do capital social pelo número de quotas”, sendo que tais quotas possuem “valor de negociação” que corresponde “àquele que, de um lado, o cessionário (ou comprador) está disposto a pagar [...] e outro, o cedente (ou vendedor) concorda em receber para disponibilizar” e que está baseado exclusivamente na vontade das partes.

Já com base na mesma doutrina, a quota também pode ser avaliada por especialistas com o objetivo de mensurar o valor que seria “racional alguém pagar para tornar-se seu titular”, conhecido como *valor econômico*, que pode ser mensurado pelo método do *fluxo de caixa descontado*.

Ainda, há o valor patrimonial da quota social que é obtido por meio da divisão do patrimônio líquido da sociedade pelo número de quotas, sendo que esse patrimônio pode subdividir-se em: a) valor patrimonial (balanço periódico); b) valor patrimonial contábil em data presente (balanço especial); c) valor patrimonial real (balanço de determinação).

E a metodologia de “fluxo de caixa descontado” está associada à aferição do “valor econômico” da empresa, com o objetivo de orientar negociações, mensurando o *valor que seria racional alguém pagar para tornar-se seu titular*, sendo bastante útil e necessário para a perícia contábil quando busca *mensurar um lucro cessante, ou seja, o fruto econômico do estabelecimento empresarial, sua “lucratividade”, ou estimar o retorno econômico pelo uso de uma marca*.

Assim sendo, ao utilizar o método do fluxo de caixa descontado para fins de avaliação das ações, quotas, participações ou quaisquer títulos representativos do capital social de empresas de capital fechado, objetivando a tributação pelo ITCMD-*doação e/ou causa mortis*, o contribuinte e o ente tributante, no

10 COELHO, Fábio Ulhoa. O valor patrimonial das quotas da sociedade limitada. In: *Novos estudos de direito comercial em homenagem a Celso Barbi Filho*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 59-60.

estado do Rio Grande do Sul, desde 01.10.2020, poderão realizar “ajustes de registros contábeis” considerando em tal avaliação:

- a) os valores correspondentes a investimentos em ativos fixos (Capex) na apuração do fluxo de caixa disponível;
- b) os valores correspondentes aos investimentos em capital de giro;
- c) a adaptação dos percentuais das taxas livres de risco de crescimento da empresa à evolução do produto interno bruto com base no Relatório Focus;
- d) passivos futuros “prováveis” (realizáveis a longo prazo) decorrentes, por exemplo, de reclamações trabalhistas;
- e) ativos futuros “prováveis” (realizáveis a longo prazo) decorrentes, por exemplo, do ganho de demandas judiciais onde existem depósitos vinculados ao processo.

Tais ajustes *podem reduzir ou aumentar, substancialmente, o valor de uma empresa de capital fechado ou de suas participações societárias, para fins de tributação pelo ITCMD-doação e ou causa mortis, na medida em que servem para justificar – contábil e financeiramente – a negatividade de um patrimônio líquido* que, pelo critério anterior para referida tributação (IN DRP/RS 45/1998), poderia ser anulado e ou positivado, tendo-se em vista “o acréscimo de 50% da receita líquida média, anual e atualizada”.

Aqui está fundamentada a nossa crítica, ou seja, na subjetividade e na insegurança jurídica que tais parâmetros podem trazer para fins de tributação. É preciso asseverar que o patrimônio líquido de uma empresa é obtido subtraindo-se o valor do passivo do valor do ativo, sendo que, assim, podem-se obter três espécies de resultado:

- a) positivo (ativo maior que passivo exigível);
- b) nulo (ativo igual ao passivo exigível);
- c) negativo (ativo menor que passivo exigível).

Contudo, em 2005, a *Resolução do CFC nº 1.049* alterou a definição do termo *patrimônio líquido negativo* para *patrimônio líquido a descoberto*.

E as *normas técnicas* que orientam a prática de avaliação de empresas – em especial *ajuste de registro contábil* – referem-se, principalmente, aos *pronunciamentos exarados pelo Comitê de Pronunciamentos Contábeis – CPC* –, que, em nossa opinião, além de vincular e orientarem a conduta dos profissionais da área contábil, devem vincular o direito.

Um desses pronunciamentos, o de nº 46, determina que o “valor justo é o preço que seria recebido pela venda de um ativo ou que seria pago pela

transferência de um passivo em uma transação não forçada entre participantes do mercado na data da mensuração”.

Encontramos a definição jurídica de valor justo – por sinal, *muito semelhante à contábil* – nas disposições constantes do art. 183, § 1º, da Lei nº 6.404/1976, Lei das S.A., que o define como o valor que o bem poderia ser vendido – ou comprado – em um mercado.

Então, os *ajustes de registro contábil* – cuja aplicabilidade, agora, está prevista na IN RE/RS 076/2020 –, em nosso entender, são aqueles que podem e devem ser utilizados para que se apure, com maior exatidão, o valor justo pela venda de um ativo ou que seria pago pela transferência de um passivo em uma negociação não forçada.

Veja, por exemplo, que, no bojo do referido Pronunciamento nº 46 do CPC, que define o que é “valor justo”, é estabelecido que. “por ser uma mensuração baseada em mercado, o valor justo é mensurado utilizando-se premissas que os participantes do mercado utilizariam para precificar o ativo ou o passivo, incluindo premissas sobre o risco”.

Dessa forma, quando houver discordância em relação à avaliação das ações, quotas, participações ou quaisquer títulos representativos do capital social de empresas de capital fechado, para fins de ITCMD – doação ou *causa mortis* –, o contribuinte poderá, primeiramente, com fulcro nas disposições constantes do art. 17 do Decreto nº 33.156/1989, encaminhar o pedido de “avaliação contraditória”, o que deve ocorrer em 20 (vinte) dias, contatos da respectiva ciência da avaliação fornecida pelo Fiscal, sendo que esse pedido deve ser acompanhado de laudo assinado por técnico habilitado (art. 17, I). Por sua vez, o Auditor-Fiscal terá, também, 20 dias para processar nova avaliação que retifique a anterior, ou dar ciência ao sujeito passivo da confirmação da avaliação efetuada anteriormente.

Só, então, na hipótese “de a avaliação não ser totalmente retificada, o sujeito passivo, em grau de recurso poderá, no prazo de 20 (vinte) dias, contado da respectiva ciência, requerer a avaliação contraditória, por meio de requerimento direito ao Delegado da Receita Estadual da unidade da Receita Estadual onde foi entregue a DIT ou processada a avaliação” (art. 17, II, § 2º, do Decreto nº 33.156/1989).

Portanto, objetivando respeitar o princípio da legalidade estrita em matéria tributária, bem como evitar uma série de novas demandas administrativas e judiciais no âmbito tributário referentes aos critérios de avaliação das ações, quotas, participações ou quaisquer títulos representativos do capital social de empresas de capital fechado para fins de tributação pelo ITCMD, entendemos que o único critério possível é o valor patrimonial, isto é, o valor contábil da

sociedade, que deve ser obtido por meio da apuração do patrimônio líquido de acordo com as normas contábeis legais vigentes, dividido pelo total de participações societárias.

Cabe asseverar, ainda, que o acerto da utilização do referido critério está sendo corroborada por decisões proferidas pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo – TJSP:

Ação anulatória. ITCMD. Base de cálculo do tributo. Pretensão de nulidade de AIIIM lavrado em razão de diferença entre os valores declarados e a quantia destinada a um dos herdeiros em processo de inventário. Admissibilidade. *A base de cálculo do ITCMD nos casos de transmissão de quotas de capital social deve recair sobre o valor patrimonial verificado a partir do balanço patrimonial como procedeu a autora. Exegese do art. 14, § 3º, da Lei nº 10.705/2000. Observância ao princípio da legalidade.* Precedentes desta col. Câmara e Corte de Justiça. Sentença de procedência mantida. Honorários recursais ora fixados. Recurso não provido. (TJSP, AC 1061861-44.2019.8.26.0053, 9ª CDPúbl., Rel. Des. Rebouças de Carvalho, J. 11.11.2020 – grifos nossos)

Apelação anulatória. ITCMD. Doação de quotas de capital social. Base de cálculo do tributo. *A base de cálculo do ITCMD nos casos de doação de quotas de capital social que deve recair sobre o valor patrimonial das ações e não sobre o ativo que integra o patrimônio da empresa Exegese do art. 14, § 3º, da Lei nº 10.705/2000. Observância ao princípio da legalidade.* Precedentes deste egrégio Tribunal de Justiça. Sentença de procedência mantida. Honorários recursais ora fixados. Recurso não provido. (TJSP, AC 1055111-60.2018.8.26.0053, 9ª CDPúbl., Rel. Des. Rebouças de Carvalho, J. 04.07.2019 – grifos nossos)

Agravo de instrumento. Ação anulatória de débito fiscal. ITCMD. Indeferimento da tutela de urgência. Pretensão que busca a suspensão da exigibilidade do crédito tributário oriundo do AIIIM 4.108.194-8 e impedimento à inscrição da recorrente no Cadin Estadual. Possibilidade. *Se afigura correto o recolhimento do imposto calculado com base no valor patrimonial das quotas sociais transmitidas das empresas do falecido. Inteligência dos arts. 9º e 14, § 3º, da Lei nº 10.705/2000. Precedente desta col. Corte. R. decisão reformada. Recurso provido.* (TJSP, AI 2279277-86.2019.8.26.0000, 9ª CDPúbl., Rel. Des. Carlos Eduardo Pachi, J. 19.02.2020 – grifos nossos)

Em suma, o novo critério estabelecido pela IN RE/RS 076/2020 para fins de avaliação das ações, quotas, participações ou quaisquer títulos representativos do capital social de empresas de capital fechado objetivando a tributação pelo ITCMD acaba por permitir que tanto o ente tributante quanto o contribuinte façam uso de critérios muito subjetivos e pode levar à majoração da base de cálculo do tributo devido, contrariando o princípio da legalidade estrita em

matéria tributária, o que poderá acarretar diversas demandas – tanto na seara administrativa quanto judicial no âmbito tributário.

CONCLUSÕES

Não obstante a legislação de regência do ITCMD no estado do Rio Grande do Sul (art. 14 do Decreto Estadual nº 33.156/1989) determinar a *necessidade de serem observadas normas técnicas* para a apuração do *valor venal* dos bens e a necessidade de serem criadas *instruções normativas* para estabelecer os critérios para a aplicação do tributo, tais atos normativos não são instrumentos legislativos adequados para dispor sobre base de cálculo de tributo sob pena de infringência às disposições constantes dos arts. 97, IV, § 1º, do CTN c/c art. 69, *caput*, e 146, III, *a*, da CF/1988, hipótese confirmada no julgamento proferido pelo TRF da 3ª Região, 3ª Turma, nos autos da Apelação/Remessa Necessária nº 5003323-15.2019.4.03.6119.

No bojo da IN DRP/RS 45/1998 (item 6.4 do Título II, Capítulo II), não se identificava a utilização de normas/critérios científicos para se estabelecer o valor das ações, quotas, participações ou quaisquer títulos representativos do capital social de empresas de capital fechado, para fins de incidência do ITCMD, razão pela qual o TJRS, ao julgar a AC 7008.441.046-3, 21ª Câmara Cível, deferiu e determinou a aplicação do método do fluxo de caixa descontado para tal fim.

Contudo, tal acórdão utilizou-se de forma equivocada da fundamentação constante no julgamento proferido pelo STJ nos autos do REsp 1.335.619/SP, 3ª Turma, na medida em que o Tribunal Superior analisou a questão da valoração da quota social – *não para fins de tributação pelo ITCMD* –, mas para apuração de haveres de sócio dissidente.

É que, para fins de tributação pelo ITCMD, não há de se analisar a preservação do resultado patrimonial do sócio dissidente ou evitar o locupletamento indevido da sociedade ou sócios remanescentes em detrimento dos retirantes, mas, sim, tributar com base em “valor venal”.

Nesse sentido, o TJSP, 3ª Câmara de Direito Público – *Apelação/Reexame Necessário nº 1008041-81.2017.8.26.0053 e Remessa Necessária nº 1022193-66.2019.8.26.0053* –, já reconheceu que o conceito de “valor venal” aplicado ao IPTU e ao ITCMD dever ser diferente daquele aplicado ao ITBI, tendo em vista que não deve considerar o valor de mercado sob pena de majorar indevidamente a base de cálculo dos dois primeiros impostos.

O novo critério estabelecido pela IN RE/RS 076/2020 para fins de avaliação das ações, quotas, participações ou quaisquer títulos representativos do

capital social de empresas de capital fechado objetivando a tributação pelo ITCMD acaba por permitir que tanto o ente tributante quanto o contribuinte façam uso de critérios muito subjetivos e pode levar à majoração da base de cálculo do tributo devido, contrariando o princípio da legalidade estrita em matéria tributária, o que poderá acarretar diversas demandas – tanto na seara administrativa quanto judicial no âmbito tributário.

Objetivando respeitar o princípio da legalidade estrita em matéria tributária, bem como evitar uma série de novas demandas administrativas e judiciais no âmbito tributário referentes aos critérios de avaliação das ações, quotas, participações ou quaisquer títulos representativos do capital social de empresas de capital fechado para fins de tributação pelo ITCMD, entendemos que o único critério possível é o valor patrimonial, isto é, o valor contábil da sociedade, que deve ser obtido por meio da apuração do patrimônio líquido de acordo com as normas contábeis legais vigentes, dividido pelo total de participações societárias, como vem reconhecendo o TJSP, por meio de acórdãos proferidos pela 9ª Câmara de Direito Público, nos autos das Apelações Cíveis nºs 1061861-44.2019.8.26.0053 e 105.5111-60.2018.8.26.0053 e do Agravo de Instrumento nº 2279277-86.2019.8.26.0000.

REFERÊNCIAS

CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de direito constitucional tributário*. São Paulo: Malheiros, 2011.

COELHO, Fábio Ulhoa. O valor patrimonial das quotas da sociedade limitada. In: *Novos estudos de direito comercial em homenagem a Celso Barbi Filho*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

CORREIA, Rogério Dias; COSTA, Fábio Moraes da. A sistematização das normas contábeis no ordenamento jurídico brasileiro. *Revista de Contabilidade e Organizações*, v. 10, n. 27, p. 46-57, 2016.

BIAVA JÚNIOR, Roberto. A incidência do ITCMD quando o doador tiver domicílio ou residência no exterior, ou quando o de cujus possuía bens, era residente ou domiciliado ou teve seu inventário processado no exterior – Análise de constitucionalidade das leis estaduais que instituíram o ITCMD nestas hipóteses. *Revista de Direito Tributário Atual*, São Paulo: Dialética, n. 26, 2011.

PEREZ, Marcelo; FAMÁ, Rubens. Métodos de avaliação de empresas e o balanço de determinação. *Revista Administração em Diálogo*, v. 6, 2008.

ROTMANN, Gerd W. O princípio da legalidade tributária. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 67, p. 231-268, 1972.

SCAFF, Fernando Facury. *O estatuto mínimo do contribuinte*. Porto Alegre: RPGE, 2001.