

## DISCIPLINA TRIBUTÁRIA DA CISÃO

A primeira edição deste trabalho foi publicada em 1981, poucos anos após a cisão ter sido primeiramente introduzida pela LSA de 1977, e antes de sua absorção pelas leis tributárias subsequentes.

Tratou-se da dissertação de mestrado do autor na Universidade de São Paulo, em 1980.

Portanto, com mínimas conceituações doutrinária e jurisprudência ou posicionamento registrário ou fiscal.

Nesta segunda edição vamos tratar de um instituto societário plenamente absorvido pela lei tributária, que não só previu suas consequências fiscais como acabou por inibi-la em várias situações.

Nosso intuito é fotografar a cisão com a "objetiva tributária", dividindo os temas sob as perspectivas mais importantes.

Seguiremos o estilo de José Luís Bulhões Pedreira, em seu livro "Imposto de Renda", inserindo em cada capítulo tópicos de situações fáticas e respectivos tratamentos fiscais ou interpretações cabíveis, com apoio na doutrina e jurisprudência.

# DISCIPLINA TRIBUTÁRIA DA CISÃO

PLINIO J. MARAFON

## SUMÁRIO

<b>I – BREVE ABORDAGEM SOCIETÁRIA DA CISÃO</b> .....	3
<b>I.1 – Principais Características Societárias</b> .....	3
<b>I.2 – Livre Divisão Patrimonial</b> .....	4
<b>I.3 – Divisão do Capital e de Reservas</b> .....	7
<b>I.4 – Cisão Linear ou Seletiva</b> .....	8
<b>I.5 – Tipos de Sociedades</b> .....	8
<b>I.6 – Avaliação dos Ativos Cindidos</b> .....	9
<b>I.7 – Cisão em Direção à Sócia Pessoa Jurídica</b> .....	12
<b>II – OS EFEITOS TRIBUTÁRIOS ESPECÍFICOS DA CISÃO</b> .....	13
<b>II.1 – Tributos Sobre a Renda e Lucro Líquido</b> .....	13
<b>II.1.A – Fato Gerador de Tributos e Perda de Prejuízos Fiscais</b> .....	13
<b>II.1.B – Distribuição Disfarçada de Lucros</b> .....	14
<b>II.1.C – Cisão de Investimentos</b> .....	15
<b>II.1.D – Sucessão de Direitos Isencionaís</b> .....	17
<b>II.1.E – Resultado da Cisão para a Sócia Receptora</b> .....	17
<b>II.1.F – Resultado da Cisão para os Sócios Pessoas Físicas</b> .....	18
<b>II.1.G – Cisão de Ativos Fiscais</b> .....	19
<b>II.1.G.1 – Créditos Fiscais Federais</b> .....	19
<b>II.1.G.2 – Créditos Fiscais de ICMS</b> .....	23
<b>II.2 – Cisão e IPI e ICMS</b> .....	24
<b>III – RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA NA CISÃO</b> .....	29
<b>IV - ITBI</b> .....	35
<b>V - OUTROS ASPECTOS TRIBUTÁRIOS DA CISÃO</b> .....	39
<b>VI – A CISÃO COMO INSTRUMENTO DE PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO, SUCESSÓRIO OU PROTEÇÃO PATRIMONIAL</b> .....	43

# DISCIPLINA TRIBUTÁRIA DA CISÃO

PLINIO J. MARAFON

## I – BREVE ABORDAGEM SOCIETÁRIA DA CISÃO

### I.1 – Principais Características Societárias

A cisão não é deliberada pela sociedade cindida, mas por decisão exclusiva dos sócios. Eles são agentes ou sujeitos da operação, que se realiza em seus nomes e no seu interesse.

No dizer de Mauro Brandão Lopes, há o afastamento da personalidade jurídica da sociedade cujo patrimônio se cinde, mediante “retomada” ou “assunção” pelos sócios de seu poder de disposição sobre o patrimônio societário<sup>1</sup>.

A sociedade é objeto da cisão, cabendo aos sócios deliberar, basicamente, sobre duas questões: as parcelas do patrimônio a serem cindidas e a estrutura societária da beneficiária (quando se tratar de sociedade nova, porquanto cisão para sociedade existente obedece às disposições da incorporação).

Por expressa disposição legal, as ações<sup>2</sup> integralizadas com fragmentos patrimoniais da cindida serão atribuídas a seus acionistas, em substituição às ações extintas, na proporção das que possuíam.

Há uma mera troca de posição societária em relação ao patrimônio social, algo como “tirar de um bolso e passar para o outro”, dentro da esfera de titularidade dos sócios.

As sociedades beneficiárias da cisão entregam as ações novas diretamente aos sócios (atribuição direta), sem trânsito pela cindida, que é objeto da operação.

---

<sup>1</sup> “A Disciplina Brasileira de Cisão no Direito Societário”, 1978, pg. 21/22. No mesmo sentido, acrescentando tratar-se de contrato plurilateral celebrado pelos sócios e não pela sociedade cindida, Alfredo de Assis Gonçalves Neto, em “A Fusão, a Incorporação e a Cisão na LSA”, Revista de Direito Mercantil nº 23/76, pg. 80.

<sup>2</sup> Utilizamos genericamente os termos “ações” e “acionistas”, embora todos os tipos societários possam adotar a cisão.

# DISCIPLINA TRIBUTÁRIA DA CISÃO

PLINIO J. MARAFON

Destarte, a cindida não pratica uma alienação do fragmento patrimonial, porque não há ato voluntário envolvendo adquirente e alienante. O elemento “vontade” deriva da decisão dos sócios, atuando sobre o patrimônio da cindida, com o fim de transferi-lo, parcial ou totalmente, para a sociedade beneficiaria, nova ou já existente.

Por isso essa transmissão não é cessão, conferência, dação em pagamento e outros similares.<sup>3</sup>

Todavia, se torna possível decompor a cisão em dois passos distintos, concretizados em sequência e através de uma só operação: extinção de ações, por redução de capital ou extinção da cindida, seguida de conferência de acervo patrimonial nas sociedades beneficiarias.

Para tanto, o art. 229, § 5º, da LSA's utiliza as expressões “ações integralizadas” e “em substituição das ações extintas”, e o art. 226 exige para a cisão uma avaliação pericial que determine seja a parcela patrimonial cindida de valor “ao menos, igual ao montante do capital a realizar”.

Essa premissa é fundamental para determinar futuras consequências tributárias relacionadas a ganhos de capital e circulações econômicas.

## I.2 – Livre Divisão Patrimonial

O art. 229, II da LSA permite deduzir que os ativos e passivos a serem cindidos não necessitam de uma conexão entre si, podendo ser de naturezas totalmente diversas, tanto do ponto de vista econômico como jurídico.

---

<sup>3</sup> Mauro Brandão Lopes, ob.cit. pg 22 e 116; Waldirio Bulgarelli, “A Fusão, Incorporação e Cisão de Sociedades Anônimas, na Lei Nova das SA's”, Revista de Direito Mercantil nº 23/76, pg. 44. Alberto Xavier diz que “a originalidade da figura da cisão está em que, ao contrário da conferência de bens normal, efetuada para constituição ou aumento de capital, não é a pessoa jurídica conferente que recebe a contrapartida em ações ou quotas, mas diretamente os próprios sócios”, “Problemas Fiscais da Incorporação, Fusão ou Cisão de Sociedades”, in “Conferência sobre Temas Tributários”, 1979, pg. 54.

# DISCIPLINA TRIBUTÁRIA DA CISÃO

PLINIO J. MARAFON

Assim é possível cindir um imóvel rural, numa empresa que ainda tenha uma fábrica e uma loja, acompanhado de obrigações de fornecedores destes últimos estabelecimentos.

Essa característica da cisão brasileira de proporcionar uma fragmentação patrimonial desconexa, ao contrário do que ocorre no direito americano, belga, e no português, onde a cisão deve abranger um estabelecimento unitário, e seus passivos correspondentes, levou a doutrina à conclusão de que a fração cindida “não é categoria patrimonial, faltando-lhe a indispensável estrutura e coesão interna (...) e principalmente o nexó interno de garantia (...), designando simplesmente o aglomerado pulverizado de valores ativos e passivos que se vão transferir com a concretização do negócio”<sup>4</sup>.

A despeito da liberdade de escolha “patrimonial”, há que se cindir sempre um valor líquido positivo, fruto de mais valia entre ativos e passivos, consoante decorre do art. 226 cit., quando requer a avaliação para confirmar o valor de capital a integralizar na sociedade beneficiária<sup>5</sup>.

Não há valor mínimo, basta permitir o cancelamento de uma ação de um ou mais sócios. No ac. nº 101-88.678 o Carf aceitou uma cisão parcial de 1,5633% do patrimônio líquido.

Daí decorre que não é possível cindir patrimônio líquido negativo, ou seja, passivos maiores que ativos, ainda que em direção à sócia pessoa jurídica, sem redução de capital.

Nada obsta, contudo, que seja cindido um ativo dentre um patrimônio líquido negativo, desde que o capital social o suporte.

---

<sup>4</sup> Mauro Brandão Lopes, ob. cit., pg. 24/5 e 208/9.

<sup>5</sup> Vide ac. CARF nº 101-92.312

# DISCIPLINA TRIBUTÁRIA DA CISÃO

PLINIO J. MARAFON

Os credores que se sintam prejudicados poderão exercer seu direito de proteção de seus passivos, previsto na lei, enquanto que os sócios insatisfeitos poderão exercer a dissidência.

Embora uma cisão possa endereçar o acervo à própria sócia pessoa jurídica da cindida, sem aumento de capital, ainda assim o acervo deve ser positivo, porque a redução de capital da cindida é requisito da operação.

Não há limites imaginativos para compor os itens cindidos: ativos diferidos, parcelas de ágio da legislação antiga a serem amortizadas, direitos possessórios (usucapião) e investimentos em coligadas inclusive com patrimônio líquido negativo, dentre outros.

Também não carece que os ativos cindidos tenham valor contábil, basta avaliá-los por um valor mínimo (R\$ 1,00, por ex.).

A despeito da ampla liberdade de escolha dos itens ativos e passivos a serem cindidos, às vezes haverá uma conexão imperativa que deverá ser respeitada.

São exemplos ativos reavaliados devem ser acompanhados da respectiva reserva de reavaliação, direitos sobre bens locados (“luvas”) devem seguir os respectivos estabelecimentos.

Quanto aos créditos fiscais, oriundos de pagamentos a maior ou indevidos, podem ser cindidos, enquanto que créditos acumulados de tributos indiretos, como IPI e ICMS, normalmente são transferidos juntamente com os respectivos estabelecimentos geradores.

Os créditos de PIS/COFINS são considerados da empresa e não do estabelecimento e, portanto, podem ser cindidos livremente<sup>6</sup>.

---

<sup>6</sup> Vide comentário específico sobre esse tema à frente.

# DISCIPLINA TRIBUTÁRIA DA CISÃO

PLINIO J. MARAFON

## I.3 – Divisão do Capital e de Reservas

Outra particularidade da cisão se refere à divisão do capital, requerida pela lei.

Quando a parcela cindida excede o capital, há a alternativa imediata de capitalizar antes as reservas para se obter o número mínimo necessário à cisão.

Contudo, há situações em que esse procedimento não é recomendável, como por exemplo quando a sociedade beneficiária quer ou precisa de saldos de lucros ou reservas.

Daí surgiu a modalidade que se convencionou chamar “linha a linha”, ou seja, cisão de capital e de reservas, proporcional ou desproporcionalmente.

O CARF aceitou não só que a cisão seja de capital e reservas em separado, sem imposição de prévia capitalização destas, como também a posterior distribuição desses lucros pela cindenda<sup>7</sup>.

Há liberdade de escolha nas reservas a serem cindidas, a não ser em casos de conexão com os ativos cindidos, como a reserva de reavaliação que deve acompanhar o ativo correspondente.

Reservas de capital oriundas de isenções de tributos devem permanecer nas sociedades que têm a obrigação de capitalizá-las, porquanto esse descasamento pode redundar na perda do controle e resultar no inadimplemento da obrigação societária, decorrente da vedação da distribuição direta ou indireta do tributo desonerado pela isenção (através de aumento seguido de redução de capital).

---

<sup>7</sup> Acs. nº 2102-003.224 e nº 104-18929

# DISCIPLINA TRIBUTÁRIA DA CISÃO

PLINIO J. MARAFON

As reservas de contingências em princípio deveriam ficar com a empresa que mantém os respectivos riscos para os quais foram constituídas, a não ser que haja responsabilidade solidária ou sucessória.

Situação interessante se dá quando os lucros são cindidos e na sucessora há prejuízos acumulados: impõe-se nesse caso a previa compensação antes de poder distribuí-los.

## **I.4 – Cisão Linear ou Seletiva**

O art. 230 da LSA permite expressamente a cisão seletiva, desde que haja aprovação unânime dos sócios. Essa liberdade é atribuída a uma das principais funções que a cisão apresenta: dirimir conflitos societários.

Destarte, pode-se cindir uma sociedade para que somente um ou poucos sócios dela se retirem, transportando o acervo combinado para sociedades novas ou já existentes<sup>8</sup>.

Requer-se apenas que a participação societária estruturada após a cisão preserve para eles a antiga proporção, seja totalmente em novas ações, seja num misto de novas e anteriores, de forma que a somatória patrimonial se mantenha como dantes.

Se a cisão seletiva for desproporcional dever-se-á considerar como uma doação indireta, com as consequências fiscais decorrentes.

## **I.5 – Tipos de Sociedades**

Todas as sociedades podem ser objeto de cisão parcial ou total.

Esse já era o entendimento doutrinário antes do último C. Civil, que veio somente confirmá-lo.

---

<sup>8</sup> O Parecer Normativo CST 21/87 já tinha aceito a cisão seletiva.



# DISCIPLINA TRIBUTÁRIA DA CISÃO

PLINIO J. MARAFON

Por não terem personalidade jurídica não podem ser cindidas as sociedades em conta de participação, porém podem sê-lo as associações.

A Receita Federal opinou por essa impossibilidade, ao analisar a desmutualização das bolsas de valores<sup>9</sup>.

A fundamentação fiscal baseada no art. 61 do C. Civil como impeditiva da cisão dessas entidades não tem base legal, porque este dispositivo legal só cuida da sua dissolução.

Na verdade, é o art. 2.033 da mesma Lei que dá amparo à cisão e passou despercebido do fisco: as modificações dos atos constitutivos das pessoas jurídicas referidas no art. 44, onde estão também as associações, bem como sua transformação, incorporação cisão ou fusão, regem-se desde logo por este Código.

Nem poderia ser diferente.

A interpretação restritiva levaria à impossibilidade de cisões, fusões e incorporações entre associações, medidas que podem se tornar amplamente apropriadas em situações que as recomendam, em detrimento de assunção de ativos e passivos e outras similares, muito mais complicadas de serem implementadas.

Dentre outras, são exemplos dessas hipóteses as entidades religiosas, hospitais, clínicas, e entidades de ensino.

## **I.6 – Avaliação dos Ativos Cindidos**

Quando do surgimento da cisão na LSA's houve divergências doutrinárias sobre a imposição de avaliar o acervo cindido a mercado ou se bastaria o valor contábil.

---

<sup>9</sup> Solução de Consulta Disit nº 520/07.

# DISCIPLINA TRIBUTÁRIA DA CISÃO

PLINIO J. MARAFON

A lei societária não impõe uma forma específica, deixando aos sócios essa atribuição, através do laudo de peritos.

É uma situação similar àquela da avaliação de bens para integralização de capital, quando compete aos sócios aprovarem os critérios determinantes.

Eventual prejuízo do credor com uma avaliação inferior à de mercado pode ser oposto logo após a publicação dos atos. Findo o prazo, decairá do direito o credor que não o tiver exercido.

Bulhões Pedreira resumiu a questão dizendo que “as sociedades participantes da cisão podem, portanto, convencionar livremente os critérios de avaliação da parcela do patrimônio líquido da sociedade cindida que receberão em integralização de capital social. Não há, nem na lei comercial nem na tributária, norma que imponha dever de adotar o valor de mercado, enquanto que o interesse do fisco é protegido pelo art. 34, I, do Decreto-lei nº 1.598, sem limitar a liberdade das sociedades interessadas de ajustarem os critérios de avaliação”<sup>10</sup>.

Quando a reavaliação espontânea era permitida havia disposição legal expressa que a permitia para a cisão, mediante constituição da respectiva reserva, comprovando que o valor de mercado era exceção, e a regra era o valor contábil<sup>11</sup>.

Após a introdução dos conceitos contábeis de “valor presente”, “justo valor” ou “deemed cost” surgiram potenciais problemas de ordem fiscal.

Em Solução de Consulta a COSIT respondeu que a cisão é uma baixa de ativos e, se esses foram avaliados pelo justo valor antes da lei nº 12.973/14, essa mais valia deve ser tributada no lucro real<sup>12</sup>.

---

<sup>10</sup> “Imposto de Renda – Pessoas Jurídicas”, 1979, vol. II, pg. 645.

<sup>11</sup> RIR, art. 440.

<sup>12</sup> SC nº 659/17

# DISCIPLINA TRIBUTÁRIA DA CISÃO

PLINIO J. MARAFON

Não há conceito legal de baixa de ativo. Nos Pareceres Normativos CST nºs 455/70 e 146/75 a CST associou o conceito à obsolescência de bens do ativo imobilizado.

Em outra ocasião a mesma CST disse que “a simples pretensão da pessoa jurídica no sentido de alienar bens destinados a utilização na exploração do objeto social ou na manutenção das atividades da empresa não autoriza, para os efeitos fiscais, a exclusão dos elementos correspondentes registrados em contas do ativo permanente, devendo a cifra respectiva continuar integrando aquele agrupamento até a alienação, baixa ou liquidação do bem”<sup>13</sup>.

Nesse contexto fica difícil imaginar uma situação fática que se insira no conceito de baixa de ativos financeiros ou intangíveis.

A baixa tem conotação *física*, por saída do patrimônio da empresa, seja por imprestabilidade ou obsolescência.

Portanto, além de ser incompatível com a cisão, que requer existência e avaliação do bem, tanto a alienação como a baixa são atos de gestão da empresa, praticados por seus administradores, enquanto que a cisão é ato supra-gestional, deliberado pelos sócios como reestruturação societária, daí sua natureza sucessória e não operacional ou não operacional.

Assim como não há alienação na cisão, tampouco pode haver baixa ou liquidação de ativos. Há apenas transferência de titularidade por deliberação dos sócios, às vezes até contra a vontade dos dirigentes, que a ela não podem se opor<sup>14</sup>.

No Parecer Normativo nº 6/85 a CST afirmou que “na cisão não há, a rigor, baixa de bens e direitos de um patrimônio e ingresso em outro, mas, sim, a transposição de patrimônio de uma para outra pessoa jurídica, que sucede a primeira nos direitos e obrigações”<sup>15</sup>.

---

<sup>13</sup> Solução de Consulta nº 80/2007

<sup>14</sup> No ac. nº 101-83.395 o CARF afirmou que a cisão não implica liquidação dos bens vertidos.

<sup>15</sup> Veja-se detalhado estudo desse tema no artigo de Matheus Rocca dos Santos, em *Fiscosoft, Decisões*, 2017/3621.

# DISCIPLINA TRIBUTÁRIA DA CISÃO

PLINIO J. MARAFON

E o CARF concordou que a cisão não é alienação, disponibilização nem emprego de lucros de controladas no exterior<sup>16</sup>.

A COSIT deveria pesquisar os Pareceres Normativos já editados antes de responder suas consultas, para evitar soluções contraditórias.

A partir da Lei nº 12.973/14 a tributação do justo valor se dará na forma explicitada pela IN nº 1700/17, art. 105 e 110, pelos quais a alienação ou baixa do ativo de títulos e valores mobiliários será tributada, considerando-se alienação qualquer forma de transmissão da propriedade, bem como a liquidação, o resgate, a cessão ou a repactuação do título ou da aplicação.

Enquanto que o ganho decorrente de avaliação com base no valor justo de bem do ativo incorporado ao patrimônio de outra pessoa jurídica, na subscrição em bens de capital social, ou de valores mobiliários emitidos por companhia, não será computado na determinação do lucro real e do resultado ajustado, desde que o aumento no valor do bem do ativo seja evidenciado contabilmente em subconta vinculada à participação societária ou aos valores mobiliários, com discriminação do bem objeto de avaliação com base no valor justo, em condições de permitir a determinação da parcela realizada em cada período.

Deve-se prever uma situação de conflito se as autoridades fiscais entenderem que uma cisão de títulos ou valores mobiliários tenha seu justo valor tributado.

## **I.7 – Cisão em Direção à Sócia Pessoa Jurídica**

Houve controvérsias se esse tipo de cisão se confundiria com uma mera redução de capital.

Na verdade, o tema só foi provocado pelo fisco federal e o CARF decidiu que não desqualifica a cisão e incorre redução de capital nos casos em que a cindida verte

---

<sup>16</sup> Acs. Nºs 105-16.712, 101-95.232 e 9101-01.644

# DISCIPLINA TRIBUTÁRIA DA CISÃO

PLINIO J. MARAFON

parcelas de seu patrimônio e a percipiente tem a sua participação de capital reduzida<sup>17</sup>.

## II – OS EFEITOS TRIBUTÁRIOS ESPECÍFICOS DA CISÃO

### II.1 – Tributos Sobre a Renda e Lucro Líquido

#### II.1.A – Fato Gerador de Tributos e Perda de Prejuízos Fiscais

A lei fiscal vigente considera a cisão fato gerador de IR e CSLL.

Trata-se de norma com finalidade exclusiva de dificultar planejamentos fiscais, porquanto a cisão não deveria produzir esse efeito, na medida em que é apenas um ato sucessório.

O mesmo se diga da perda proporcional de prejuízos fiscais e bases negativas, em relação ao patrimônio cindido.

Depois que o STF definiu que os prejuízos fiscais não são um direito do contribuinte, mas apenas um favor fiscal, resta apenas o inconformismo da previsão legal.

Para minimizar essa perda basta cindir um valor mínimo.

Há uma tese de que na incorporação a sociedade extinta tem direito de compensar integralmente suas perdas fiscais, sem a trava de 30% prevista em lei<sup>18</sup>.

A extensão dessa tese na cisão teria como consequência o direito de aproveitar os prejuízos fiscais/bases negativas perdidos sem a trava, como já decidiu o CARF<sup>19</sup>.

---

<sup>17</sup> Ac. nºs 102-25.364, 104-12.414 e 104-18.929.

<sup>18</sup> Ac. nºs 107-09243, 108-06682, 1103-001.058 e CSRF 01-04448. TRF-3 AC nº 0002725-21.2016.4.03.6130.

<sup>19</sup> Ac. nºs 101-94515 e 107-09447

# DISCIPLINA TRIBUTÁRIA DA CISÃO

PLINIO J. MARAFON

O CARF admitiu que a classificação contábil de um ativo após a cisão deva permanecer, na sucessora, idêntica àquela que a cindida registrava<sup>20</sup>.

Em Solução de Consulta a SRFB respondeu, sem base legal, que a cindida tem que manter seu regime de tributação anterior de IR e CSLL após a cisão<sup>21</sup>.

## II.1.B – Distribuição Disfarçada de Lucros

Um Parecer Normativo<sup>22</sup> e posteriores julgados do CARF<sup>23</sup> consideraram haver distribuição disfarçada de lucros (DDL) se na cisão houver a transferência de ativo a valor inferior de mercado para algum sócio retirante da cindida, relativamente à parcela do patrimônio líquido a ele atribuída na operação.

Contraditoriamente, em outro acórdão afirmou-se que *não houve alienação, tampouco liquidação da cindida, porque a versão por cisão não implica, necessariamente, em nova aquisição de patrimônio pelos sócios, assim sendo, não houve fato gerador de imposto de renda na cindida pela transferência da parcela de seu patrimônio para empresa que nela detinha participação societária*<sup>24</sup>.

Resta saber se visaram a avaliação de bem por valor inferior ao de mercado, permitida pela lei, como visto acima, ou eventual desproporção entre o valor da parcela cindida e a redução do capital/reservas, gerando uma maior ou menor valia na cindida.

Em qualquer das duas hipóteses não há que cogitar em DDL, porque a cisão não comporta uma alienação, requisito essencial para essa figura.

Cogitamos da alienação, porque somente nessa hipótese o sócio poderia ter uma vantagem, ao receber o bem cindido por valor notoriamente inferior ao de mercado e podendo realizar um ganho posteriormente, dentro de sua esfera patrimonial.

---

<sup>20</sup> Ac. nº 3403-001734

<sup>21</sup> SC nº 287/10

<sup>22</sup> P.N. CST n.º 21/87.

<sup>23</sup> Ac. Nº 101-83.905 e 105-8.774

<sup>24</sup> Ac. Nº 101-83.395

# DISCIPLINA TRIBUTÁRIA DA CISÃO

PLINIO J. MARAFON

Além dos argumentos acima já expendidos em prol da inexistência de alienação na cisão, importa destacar que o STJ decidiu que a cisão *é uma forma sem onerosidade de sucessão entre pessoas jurídicas, em que o patrimônio da sucedida ou cindida é vertido, total ou parcialmente, para uma ou mais sucessoras, sem contraprestação destas para aquela, não sendo devido o laudêmio na cisão da sociedade*<sup>25</sup>.

Quanto à mais ou menos valia na hipótese aventada, ela pode suceder numa cisão seletiva, quando o bem cindido não corresponde exatamente à parcela detida pelo sócio retirante, seja somente com o capital ou com as reservas que lhe cabem.

Não há que se falar em tributação ou dedução desse valor, pois é mera variação patrimonial, verificada num ato societário, sem contraprestação, na linguagem do STJ.

O sócio deverá manter seu custo da participação societária e realizará o ganho subsequente quando alienar o bem objeto da cisão.

## II.1.C – Cisão de Investimentos

Em virtude da natureza da cisão, não se pode cindir um investimento societário e destiná-lo diretamente a uma pessoa física, beneficiária da cisão, pois equivaleria a uma redução de capital. A destinatária da parcela cindida deve ser, sempre, uma pessoa jurídica, ainda que a própria sócia da investida.

Quando o investimento cindido está sujeito à avaliação pelo método de equivalência patrimonial esta deve preceder a cisão, para que haja contemporaneidade do valor cindido.

A rigor, a cisão de um investimento não deveria ter implicações fiscais, na medida em que se trata de ato de natureza sucessória.

---

<sup>25</sup> REsp nº 208.351.

# DISCIPLINA TRIBUTÁRIA DA CISÃO

PLINIO J. MARAFON

Exemplo disso é a jurisprudência do CARF no sentido de que não há fato gerador de IR na cisão de investida no exterior, porque essa situação não se equipara a disponibilização ou emprego do lucro do exterior<sup>26</sup>.

Há peculiaridades na cisão de ágio sob a égide da Lei nº 9.532/97.

A lei permite expressamente que a sociedade adquirente do investimento com ágio, tenha ou não a natureza de *veículo*, pode ser cindida para a transferência dessa participação societária, incluído o ágio (RIR, art. 386, § 6º).

O intuito é possibilitar-lhe transferi-lo a outra empresa mais rentável, que possa futuramente deduzi-lo pela confusão existente entre este e a sociedade detentora dos ativos, mediante incorporação.

Há decisão do CARF que, apropriadamente, deu conotação bastante flexível ao direito dessa reestruturação:

Ac. nº 105-16.774:

*“AGIO NA AQUISIÇÃO DE AÇÕES - AMORTIZAÇÃO - A pessoa jurídica que, por opção, avaliar investimento em sociedade coligada ou controlada pelo valor de patrimônio líquido e absorver patrimônio da investida, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, pode amortizar o valor do ágio com fundamento econômico com base em previsão de resultados nos exercícios futuros, contabilizados por ocasião da aquisição do investimento. A amortização poderá ser feita a razão de um sessenta avos, mensais, a partir da primeira apuração do lucro real subsequente ao evento da absorção. No caso de deságio deverá amortizar na apuração do lucro real levantado a partir do primeiro ano-calendário seguinte ao evento. O ágio também poderá ser amortizado por terceira pessoa jurídica que incorporar a investidora que pagou o ágio e incorporou sua investida. O legislador não estabeleceu ordem de seqüência dos atos que de incorporação, fusão ou cisão, não cabendo ao interprete vedar aquilo que a não proibiu” (g.n.).*

---

<sup>26</sup> CSRF, ac. nº 9101-001.644.



# DISCIPLINA TRIBUTÁRIA DA CISÃO

PLINIO J. MARAFON

Porém, para que o ágio seja dedutível é imperativo que a empresa detentora dos ativos operacionais seja incorporada ou cindida e incorporada naquela que detém o ágio, não havendo realização deste se uma holding incorpora outra num *degrau societário* acima dela<sup>27</sup>.

## II.1.D – Sucessão de Direitos Isencionalis

Na medida em que a cisão representa uma sucessão na esfera patrimonial dos sócios, se estes detêm algum favor fiscal relacionado a esse capital cindido, ele se transfere automaticamente aos novos títulos societários criados em virtude da cisão.

Exemplo é a isenção quinquenal de ações ou quotas de capital detidas até 1988, oriundas do Decreto-lei nº 1.510/78 e ainda vigente<sup>28</sup>.

O Parecer Normativo CST nº 39/81 reconheceu esse fenômeno sucessório, outorgando-o aos sócios da empresa sucessora de qualquer parcela cindida.

## II.1.E – Resultado da Cisão para a Sócia Receptora

Quando a cisão implica em devolução de acervo à sócia, sob a égide da incorporação, pode haver ganho ou perda de capital se a investidora não avalia o investimento pela equivalência patrimonial, ou se o acervo cindido foi superior ou inferior à parcela patrimonial detida pela incorporadora.

Exceto nos casos de modificação de percentual de participação, onde não há tributação ou dedução, porque se trata de mera mutação patrimonial, nos demais casos há ganho tributável ou perda dedutível, neste último caso se a avaliação foi a mercado<sup>29</sup>.

---

<sup>27</sup> Ac. CARF nº 108-06084

<sup>28</sup> Ac. n. os CSRF 01-03725 e 102-134080; CARF nº 2102-002.967; STJ: AgRg REsp 1164768, REsp 's n. os 1136122, 1133032, 656 222 e 723508. Através do Parecer SEI nº 74/2018/CRJ/PGACET/PGFNMF a PGFN desistiu de recorrer sobre essa tese.

<sup>29</sup> No ac. nº 16-12.132/07 a DRJ aceitou a dedutibilidade de perda de capital em cisão em direção à investidora porque os ativos foram avaliados a mercado.

# DISCIPLINA TRIBUTÁRIA DA CISÃO

PLINIO J. MARAFON

A DRJ recusou, adequadamente, dar efeitos de cisão a uma constituição de controlada com integralização de capital com bens, seguida da permuta desta participação em ações da controladora pelos sócios desta, ainda que a situação patrimonial final tenha resultado idêntica<sup>30</sup>.

## II.1.F – Resultado da Cisão para os Sócios Pessoas Físicas

Se houver mera redução de capital na cisão, as pessoas físicas deverão transferir ao novo investimento uma proporção da cisão sobre o custo declarado, sem alteração de valor, de forma que a somatória de ambos coincida com o valor anteriormente declarado.

Mas se a cisão contemplou um aumento de capital com reservas, prévio ou posterior, os beneficiários deverão registrar as bonificações como acréscimos de custo.

Pode haver reserva de reavaliação antiga que venha a ser capitalizada no processo da cisão.

A lei estabeleceu que a capitalização da reavaliação não é tributável enquanto o bem reavaliado não é realizado.

A rigor, a pessoa física só deveria acrescer a bonificação da reavaliação quando esta fosse realizada pela sociedade detentora do bem reavaliado. Porém, há casos em que a pessoa física não tem controle da realização pela pessoa jurídica, especialmente quando detém parcela pouco expressiva do capital e não tem influência sobre a administração.

O CARF aceitou que a bonificação fosse registrada na capitalização, independentemente da realização do bem<sup>31</sup>.

---

<sup>30</sup> Dec. nº 10-344/99 de Porto Alegre

<sup>31</sup> Ac. nº 106-13093

# DISCIPLINA TRIBUTÁRIA DA CISÃO

PLINIO J. MARAFON

Numa cisão seletiva a pessoa física não deve modificar seu custo de aquisição da participação do capital, ainda que o acervo cindido tenha valor diferente, eis que não há realização da renda na esfera patrimonial do sócio, a não ser que haja capitalização de reservas.

A Receita Federal da Itália (Agenzia delle Entrate) analisou os efeitos fiscais de uma cisão parcial seguida de alienação da participação societária e, num país que tem o abuso de direito legislado, considerou válido o planejamento tributário<sup>32</sup>.

## II.1.G – Cisão de Ativos Fiscais

### II.1.G.1 – Créditos Fiscais Federais

A despeito do inconveniente de ser fato gerador e poder perder prejuízos fiscais, a cisão se presta como medida de planejamento fiscal quando a cindida não tem rentabilidade ou faturamento para absorver créditos fiscais de tributos que não sejam oriundos de conta corrente fiscal, como IPI ou ICMS.

A transferência entre empresas do mesmo grupo econômico é mais eficaz, porquanto a cessão a terceiros não tem sido aceita pela legislação.

Desde há tempos houve uma aceitação generalizada pelas autoridades fiscais na liberdade de escolha de ativos fiscais a serem cindidos, ou outros ativos com posteriores consequências fiscais.

São exemplos os pagamentos a maior ou indevidos e saldos negativos de IR e CSLL<sup>33</sup>, ágios decorrentes de aquisições de investimentos<sup>34</sup>, direitos creditórios

---

<sup>32</sup> Risoluzione nº 97/E, de 25.7.2017.

<sup>33</sup> Soluções de Consultas nº 61/02, 102/12 e 166/13, dentre outras.

<sup>34</sup> Solução de Consulta nº 79/07. O CARF recusou a dedução de ágio cindido isoladamente no ac. nº 103-21923.

# DISCIPLINA TRIBUTÁRIA DA CISÃO

PLINIO J. MARAFON

oriundos de decisões judiciais<sup>35</sup>, adições temporárias de IR<sup>36</sup> e outros créditos fiscais derivados de alguns tributos pagos a maior ou indevidamente<sup>37</sup>.

No caso específico de IRF decorrente de receitas da cindida (ex.: faturamento ou financeiras) há precedente que exigiu a prova da tributação anterior na sucedida para que o crédito tributário pudesse ser cindido<sup>38</sup>.

Contundo, importa destacar uma Solução de Consulta COSIT nº 321/17, que introduziu restrições ilegais a essa sucessão indiscutível.

Afirmou ela em suas conclusões:

“a) a operação societária de cisão parcial sem fim econômico deve ser desconsiderada quando tenha por objetivo o reconhecimento de crédito fiscal de qualquer espécie para fins de desconto, restituição, ressarcimento ou compensação, motivo pelo qual será considerado como de terceiro se utilizado pela cindenda ou por quem incorporá-la posteriormente;

b) a cisão parcial, desde que possua fim econômico, é uma hipótese legal de sucessão dos direitos previstos nos atos de formalização societária, entre os quais os créditos decorrentes de indébitos tributários, inclusive os judiciais com trânsito em julgado, que passam a ter natureza de créditos próprios da sucessora, se assim determinarem os atos de cisão sendo, desse modo, válidos para a solicitação de restituição e compensação com débitos desta para com a Fazenda Nacional”.

A SC despreza comezinhos princípios de Direito, inclusive previstos na própria legislação.

Como visto acima, é na natureza da cisão brasileira que haja total liberdade de escolha de ativos cindidos, com ou sem conexão com eventuais passivos.

---

<sup>35</sup> Soluções de Consulta nº 85/01, 244 e 378/09

<sup>36</sup> Ac. CARF nº 101-96700

<sup>37</sup> Ac. CARF nº 103-21.750

<sup>38</sup> Ac. CARF nº 103-09.981

# DISCIPLINA TRIBUTÁRIA DA CISÃO

PLINIO J. MARAFON

Também não se requer para validade do ato que ele contemple um estabelecimento empresarial completo.

A partir daí é irrelevante que a cisão tenha escolhido um ativo fiscal a ser aproveitado pelas sucessoras, novas ou já existentes (incorporação).

A justificativa dessa escolha já deverá constar no Protocolo-Justificação, que é ato obrigatório da operação, aparentemente esquecido pela SC acima, porquanto por si só ele já supre o fim econômico requerido pelo fisco.

É ilegal a seguinte posição da COSIT nessa SC:

“De fato, quando puder ser descaracterizada a operação de cisão parcial, por não implicar transferência de acervo patrimonial, mas apenas de elementos patrimoniais específicos, ou não existir o propósito negocial para a reorganização societária, configurada estará a simulação, devendo ser negados os efeitos inerentes às operações de cisão parcial, principalmente o que diz respeito à sucessão de titularidade de créditos fiscais, para fins de compensação tributária”.

É a própria LSA que permite a escolha de elementos patrimoniais específicos na cisão, donde não poder uma SC ignorar essa previsão legal!

Também não lhe socorre o art. 109 do CTN, porque não há lei tributária específica que disciplinou efeitos fiscais restritos para a definição de ativos cindidos, não podendo fazê-lo ato normativo inferior da SRFB.

Além disso, não está em vigor a norma antielisiva do parágrafo único do art. 116 do CTN, que permitiria a exigência de válidas razões econômicas para efeitos fiscais de uma cisão.

Em julgados isolados o CARF adotou essa norma, mesmo sem a lei ordinária, como se ela fosse autoaplicável, sob o esdruxulo argumento de que “dentre as duas interpretações juridicamente possíveis deve ser adotada aquela que afirma a eficácia

# DISCIPLINA TRIBUTÁRIA DA CISÃO

PLINIO J. MARAFON

imediate da norma geral antielisiva, pois esta interpretação é a que melhor se harmoniza com a nova ordem constitucional, em especial com o dever fundamental de pagar tributos, com o princípio da capacidade contributiva e com o valor de repúdio a práticas abusivas”<sup>39</sup>.

Contudo, importa destacar que o Estado do Rio de Janeiro introduziu essa previsão em sua lei estadual<sup>40</sup>, com a disciplina que ela requer, instando o fisco a questionar o contribuinte sobre as razões do planejamento adotado, antes de concluir pela cobrança de tributo.

Após essa providência do RJ fica difícil para as autoridades fiscais federais insistirem na aplicação da norma antielisiva sem a necessária regulamentação.

O CARF admitiu a cisão de créditos tributários com fundamentos opostos aos da SC 321/17:

Ac. nº 1101-001276 e 1201-001.892:

“Na forma do artigo 229, da Lei nº 6.404/1976, cisão é a operação pela qual uma pessoa jurídica transfere parcelas do seu patrimônio para uma ou mais sociedades, constituídas para esse fim ou já existentes, extinguindo-se a companhia cindida, se houver versão de todo o seu patrimônio, ou dividindo-se o seu capital, se parcial a versão.

Com o evento, os bens, direitos e obrigações, incluídos os de natureza tributária, passam a ter natureza de créditos próprios da pessoa jurídica cindida e assim válidos, desde que confirmados, para compensação com débitos desta para com a Fazenda Nacional”.

Contudo, no ac. nº 1.801-0002 vetou a cisão exclusiva de créditos fiscais porque burlou a vedação de transferência de créditos entre empresas.

---

<sup>39</sup> Ac. nº 1201-001.136. Em sentido da invalidade da norma antielisiva os acs. nºs 3401-005.228 e 101-94216.

<sup>40</sup> Lei n. 7.988/2018.

# DISCIPLINA TRIBUTÁRIA DA CISÃO

PLINIO J. MARAFON

A cisão dos saldos credores de PIS e COFINS, diversamente do IPI/ICMS, pode se dar sem depender da transferência do estabelecimento gerador, porquanto são créditos da empresa<sup>41</sup>.

## II.1.G.2 – Créditos Fiscais de ICMS

Em princípio, a cisão de um estabelecimento completo tem como consequência natural a transferência de seu saldo credor.

Nas cisões em que o crédito fiscal de ICMS não foi acompanhado do estabelecimento, o fisco paulista recusou a sucessão, sob o argumento de se tratar de *abuso de forma*.

Novamente tem-se aqui a resistência do fisco em dar liberdade ao contribuinte de se estruturar da forma que lhe permita melhor administrar sua carga fiscal.

A rigor, além da ilegal acusação de abuso de formas ou de direito, fraude, simulação, etc. falta moralidade à administração tributária para obstar esse direito, porquanto os saldos credores existem porque a legislação é perversa, ao estabelecer tratamentos tributários iníquos, como entradas com alíquotas desproporcionais às saídas ou exportações isentas sem uma política de devolução rápida dos créditos.

Sensível a essa incongruência, que requer reestruturações societárias para manter a saúde financeira da empresa, assim decidiu o TIT-SP:

“ICMS – recebimento de crédito em transferência em virtude de incorporação de estabelecimento. operação societária. desconsiderada e descrita como fraude a lei pelo fisco. Alterações societárias que têm efeitos jurídicos de várias ordens e que ultrapassam a simples transferência de créditos de ICMS. Viabilidade do procedimento, ainda que entre os fins visados estivesse a incorporação de créditos tributários. Recurso conhecido e provido para cancelar o aiim” (Processo nº DRT5-609971-09).

---

<sup>41</sup> A SC nº 26/10 confirma esse direito na cisão e incorporação, e a SC nº 244/09 o nega se a sucessora estiver na cumulatividade.

# DISCIPLINA TRIBUTÁRIA DA CISÃO

PLINIO J. MARAFON

## II.2 – Cisão e IPI e ICMS

O artigo 3º, inciso VI, da LC nº 87/96, prevê que o ICMS não incide sobre operações de qualquer natureza de que decorra a transferência de propriedade de estabelecimento industrial, comercial ou de outra espécie.

Quando a cisão abranger a integralidade do estabelecimento estará protegida por essa isenção, podendo-se manter a escrituração fiscal sucedida.

Na Resposta à Consulta nº 1.195/2013, a Consultoria Tributária da SFESP esclareceu que:

- a) É vedada a emissão de notas fiscais para essa transferência de titularidade, por falta de movimentação física;
- b) Não é necessário alterar a inscrição estadual do estabelecimento cindido, contudo, em virtude dos procedimentos decorrentes do cadastro sincronizado de contribuintes da SFESP e da SRFB a serem realizados eletronicamente, quando se altera o CNPJ também é necessário alterar a Inscrição Estadual correspondente;
- c) As transações efetuadas anteriormente à reestruturação da sociedade, que ainda não foram concluídas ou que terão efeitos após a criação da nova empresa (ex.: importação, devolução de mercadorias), serão assumidas automaticamente pela nova empresa, sem a necessidade de qualquer procedimento específico, e
- d) Se o estabelecimento transferido possui créditos em sua escrita fiscal, estes ficam vinculados ao próprio estabelecimento, sendo sucedidos pela incorporadora ou cindenda.



# DISCIPLINA TRIBUTÁRIA DA CISÃO

PLINIO J. MARAFON

Uma hipotética cisão de mercadorias avulsas, destacadas de um estabelecimento, com ou sem saída física, do ponto de vista fiscal seria submetida ao ICMS, porque elas não compõem um estabelecimento completo.

Quanto ao IPI o Regulamento trata assim a cisão de estabelecimento:

“Artigo 452. Nos casos de fusão, incorporação, transformação ou aquisição, o novo contribuinte deverá transferir para o seu nome, por intermédio da repartição competente do Fisco estadual, no prazo de trinta dias contados da data da ocorrência, os livros fiscais em uso, assumindo a responsabilidade pela sua guarda, conservação e exibição ao Fisco.

Parágrafo único. A repartição poderá autorizar a adoção de livros novos em substituição aos usados anteriormente.

Artigo 453. O contribuinte do imposto deverá substituir a escrituração e a impressão dos livros fiscais de que tratam os incisos I, II, VII e VIII do art. 444 pela escrituração fiscal digital - EFD, em arquivo digital, na forma da legislação específica.

Parágrafo 1º No caso de fusão, incorporação ou cisão, a obrigatoriedade de que trata o **caput** se estende à empresa incorporada, cindida ou resultante da cisão ou fusão”.

À semelhança do ICMS, o imposto federal também não incide na cisão de estabelecimento completo, havendo sucessão integral nos registros e débitos/créditos decorrentes.

E poderá ser exigido o tributo na cisão de produtos industrializados separados do estabelecimento, desde que haja saída física na via pública, pois os Pareceres Normativos CST nºs 24/70 e 571/71 interpretaram que na incorporação não há saída ficta, quando os produtos permanecem no estabelecimento.

Tanto num como noutro tributo poder-se-ia arguir a tese de que não há fato gerador, porque a circulação econômica não é desencadeada pelo contribuinte, mas pelos sócios, num ato societário.

# DISCIPLINA TRIBUTÁRIA DA CISÃO

PLINIO J. MARAFON

Isso porque o pressuposto dos tributos sobre circulação é um ato jurídico praticado pelo titular dos bens, através dos corriqueiros negócios que caracterizam a alienação.

Ora, a cisão não é alienação, os gestores da entidade cindida não deliberam a operação, daí não ser um ato negocial de circulação econômica de bens.

O STJ e o STF já enfrentaram essa questão, concluindo pela não incidência do ICMS e, por extensão, do IPI:

Resp nº 242.721, 1ª turma do STJ

“TRIBUTÁRIO - ICMS - COMERCIAL - SOCIEDADE COMERCIAL – TRANSFORMAÇÃO - INCORPORAÇÃO - FUSÃO - CISÃO - FATO GERADOR - INEXISTÊNCIA.

I - Transformação, incorporação, fusão e cisão constituem várias facetas de um só instituto: a transformação das sociedades. Todos eles são fenômenos de natureza civil, envolvendo apenas as sociedades objeto da metamorfose e os respectivos donos de cotas ou ações. Em todo o encadeamento da transformação não ocorre qualquer operação comercial.

II - A sociedade comercial - pessoa jurídica corporativa pode ser considerada um condomínio de patrimônios ao qual a ordem jurídica confere direitos e obrigações diferentes daqueles relativos aos condôminos (Kelsen).

III - Os cotistas de sociedade comercial não são, necessariamente, comerciantes. Por igual, o relacionamento entre a sociedade e seus cotistas é de natureza civil.

IV - A transformação em qualquer de suas facetas das sociedades não é fato gerador de ICMS.”

Do voto vencedor do ministro Humberto Gomes de Barros destacamos:

“As sociedades comerciais podem sofrer várias metamorfoses, a saber: a) transformação strictu sensu - em que a sociedade passa de um tipo a outro (L. 6.404/76, Art. 220); b) incorporação - operação pela qual a sociedade é

# DISCIPLINA TRIBUTÁRIA DA CISÃO

PLINIO J. MARAFON

absorvida por outra, desaparecendo como pessoa jurídica (Art. 227); c) fusão - união com outra sociedade, com o aparecimento de uma nova pessoa jurídica (Art. 228); d) cisão - transferência, total ou parcial do patrimônio para outra pessoa jurídica. Em sendo total, a cisão faz desaparecer a sociedade cindida (Art. 229). Estes quatro fenômenos constituem várias facetas de um só instituto: a transformação das sociedades comerciais. Todos eles guardam um atributo comum: a natureza civil. Todos eles se consumam envolvendo as sociedades objeto da metamorfose e os titulares (pessoas físicas ou jurídicas) das respectivas cotas ou ações. Em todo o encadeamento de negócios não ocorre qualquer operação comercial. Os bens permanecem no círculo patrimonial da corporação.

Tudo se aclara quando lembramos o conceito jurídico de pessoa jurídica de natureza corporativa (como são as sociedades comerciais). Neste passo, é luminosa a precisão de Hans Kelsen, ao dissertar sobre a pessoa jurídica formada por várias pessoas: "Uma tal corporação é, em regra, definida como uma comunidade de indivíduos a que a ordem jurídica impõe deveres e confere direitos subjetivos que não podem ser vistos como deveres ou direitos dos indivíduos que formam esta corporação como seus membros, mas competem a esta mesma corporação. Precisamente porque estes deveres e direitos por qualquer forma afetam os interesses dos indivíduos que formam a corporação, sem que, no entanto, sejam direitos e deveres destes - como presume a teoria tradicional - são considerados deveres e direitos da corporação e, conseqüentemente, esta é concebida como pessoa." (Teoria Pura do Direito. Ed. Armênio Amado - 3ª Ed. - Trad. J. Baptista Machado - págs. 244/5)

A grosso modo, a pessoa jurídica corporativa (diferentemente daquela fundacional) pode ser considerada um condomínio de patrimônios. Tal como ocorre na propriedade imóvel, vários direitos de propriedade acumulam-se em um só objeto. Em tal situação, considera-se que cada um dos condôminos é dono de um quinhão, cuja identificação é impossível. Na impossibilidade de individualizar a fração de um determinado condômino, dizemos que este é dono de fração ideal. Com as pessoas jurídicas corporativas (sociedades) ocorre algo semelhante: diversas pessoas concorrem com bens patrimoniais, para um empreendimento comum.

A confluência de tais bens - tal como acontece no condomínio imobiliário - transforma-se em universalidade. Vale dizer: por efeito de síntese, os bens ajuntados perdem individualidade. A propriedade que sobre eles incidia

# DISCIPLINA TRIBUTÁRIA DA CISÃO

PLINIO J. MARAFON

desloca-se para uma entidade inefável: a fração ideal. Quando o ajuntamento de bens visa a realização de negócios, o condomínio transcende as características da simples universalidade e ganha novo status. Transforma-se em pessoa jurídica, inconfundível com os indivíduos que formaram seu patrimônio (Código Civil, Art. 20). Se o empreendimento é de natureza comercial, a corporação é tratada como sociedade comercial. Seus sócios, entretanto, não se tornam comerciantes. Por igual, o relacionamento entre sociedade e seus cotistas continua a manter natureza civil.

Tudo se passou à semelhança do que acontece na constituição de condomínio envolvendo dois imóveis contínuos (fenômeno chamado "remembramento", no jargão cartorário): os proprietários de duas glebas pequenas por simples escritura pública transformam-nos em um terreno maior. Os dois remembradores tornam-se donos do imóvel resultante da anexação daqueles menores. Com o remembramento, não houve transferência de propriedade. Aconteceu, simplesmente, confusão entre dois direitos autônomos. Na situação que estamos a examinar, ocorreram várias transformações sucessivas, a saber: incorporação de uma sociedade por outra e, após cisão da pessoa jurídica resultante deste último fenômeno. Na primeira metamorfose, os patrimônios de duas pessoas jurídicas confundiram-se em um só. Na segunda mudança, o patrimônio ajuntado foi separado em lotes afetados a grupos de sócios da sociedade cindida. Não houve transferência de patrimônio.

Ora, se não houve circulação, impossível cogitar em fato gerador de ICMS".

No Agravo de Instrumento nº 82.867, o ministro Moreira Alves, do STF, reproduziu trecho do julgado do TIT-SP<sup>42</sup> para fundamentar sua rejeição ao ICMS numa incorporação de empresas sob o argumento de que se trata de sucessão a título universal: "a incorporadora nada compra e a incorporada nada vende. Não há que se falar em circulação de mercadorias, o que se transaciona são as quotas ou ações da sociedade, os bens são conferidos ao capital da incorporadora, quando for o caso".

Em outras duas ocasiões o STF já tinha confirmado essa tese na incorporação de empresas: RE´s nºs 68.890 e 101.299.

---

<sup>42</sup> Proc. DRT-1 nº 31.138/77.

# DISCIPLINA TRIBUTÁRIA DA CISÃO

PLINIO J. MARAFON

A oportunidade do enfrentamento da questão deve levar em conta o fator da maior ou menor rapidez do uso do crédito pela receptora da parcela cindida. Às vezes convém tributar a cisão, para que a sucessora se credite imediatamente desse valor, ao invés de questionar a incidência e deixar a cindenda sem esse crédito.

## III – RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA NA CISÃO

A responsabilidade tributária na cisão envolve algumas questões peculiares, que merecem abordagens distintas.

A primeira, e mais importante, respeita à própria existência da responsabilidade, que foi resolvida pelo STJ de forma inconstitucional.

Decidiu essa Corte que, apesar de a cisão não estar elencada expressamente no art. 132 do CTN, deve seguir as regras das demais figuras societárias afins: fusão e incorporação<sup>43</sup>.

Aceita-se essa tese quando há cisão para empresa existente, que por lei segue as regras da incorporação.

Contudo, a analogia não pode ser aceita quando há cisão para empresa nova.

A Constituição prevê que a responsabilidade tributária é matéria privativa de lei complementar, no caso, o CTN (art. 146, inciso 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).

Há um consenso doutrinário de que essa previsão constitucional inclui a responsabilidade tributária, nas suas mais variadas acepções.

---

<sup>43</sup> REsp 's nºs 852.972, 970.585 e 1.682.792.

# DISCIPLINA TRIBUTÁRIA DA CISÃO

PLINIO J. MARAFON

O CTN não poderia ter previsto a responsabilidade na cisão, porque esta lhe foi superveniente.

Portanto, era imperativo inclui-la no CTN para que tivesse a necessária legalidade.

Por mais meritória que tenha sido a intenção do STJ, não lhe cabia suprir uma lacuna da lei complementar. O STF sempre pautou sua interpretação no sentido de que o Judiciário não pode ser legislador positivo.

A pretensão de equiparar a cisão com a transformação, para inseri-la no art. 132 do CTN, é imprópria, pois transformação é a mudança de um tipo societário por outro, não tendo nenhuma identidade com a cisão.

Tampouco serve para tanto o art. 121 do CTN, eis que a cisão é sucessão na obrigação tributária consumada, enquanto que esse artigo cuida da responsabilidade em produzir o fato gerador.

Por esse mesmo motivo também não se presta a esse desiderato o art. 128 do CTN, que também cuida da participação no fato gerador.

Há que distinguir o nascimento da obrigação e a responsabilidade no pagamento. A cisão só pode ser vista na responsabilidade por sucessão, nunca na obrigação, pois a cindenda não participou do ato jurídico criador da obrigação tributária<sup>44</sup>.

Donde se conclui que a cisão não poderá ter a responsabilidade tributária regulada pelo art. 132 do CTN, enquanto este não a previr expressamente.

Nesse interim, prevaleceriam as regras da LSA's, notadamente o art. 233 e seu parágrafo único, devendo a Fazenda Pública proteger seu crédito tributário notificando

---

<sup>44</sup> Em sentido contrário Maria Rita Ferragut, Responsabilidade Tributária e o Código Civil de 2002, pg. 81; Dalton Luiz Dallazem atribui ao Decreto-lei nº 1.598/77 a função de lei ordinária federal supridora válida dessa falta de lei complementar: Cisão e Responsabilidade Tributária, pg. 99 e segs.

# DISCIPLINA TRIBUTÁRIA DA CISÃO

PLINIO J. MARAFON

a sociedade cindida, caso este não seja sucedido nos atos societários, ou promover a anulação do ato, na forma do art. 1122 do Código Civil, desde que se julgue prejudicada.

Contudo, diante da majoritária posição doutrinária em favor da interpretação do STJ<sup>45</sup>, só nos resta analisar alguns aspectos peculiares ao instituto.

A responsabilidade das sucedidas não pode superar os ativos líquidos de passivos recebidos em transferência da cindida, ou seja, as sucessoras não podem arcar com seus próprios bens, anteriores à operação, para pagar débitos da sucedida, caso contrário tratar-se-á de solidariedade e não de sucessão<sup>46</sup>.

Não concordamos com a possibilidade das sucessoras, ainda que em cisão total, virem a responder pelas dívidas da sucedida em montante superior ao acervo recebido, independentemente de continuarem ou não na mesma atividade, porque a cisão é um ato societário caracterizado pela sucessão em ativos e passivos, e isso se traduz pela sub-rogação na posição do devedor anterior na capacidade de pagar os compromissos, nos limites deste<sup>47</sup>.

Em singela comparação, é similar à posição do herdeiro que não se obriga com bens próprios a suprir dívidas do espólio, porquanto também se trata de sucessão.

Quanto à abrangência de multas pecuniárias impostas à cindida antes da cisão, o STJ assim decidiu no Resp nº 923.012, em caráter repetitivo:

“A responsabilidade tributária do sucessor abrange, além dos tributos devidos pelo sucedido, as multas moratórias ou punitivas, que, por representarem dívida de valor, acompanham o passivo do patrimônio adquirido pelo sucessor, desde que seu fato gerador tenha ocorrido até a data da sucessão.

---

<sup>45</sup> Dentre outros, Luiz Alberto Gurgel de Faria, “CTN Comentado, pg. 713; Diogo Jovetta, Rev. Dialética nº 213/31; Maria Rita Ferragut, ob. Cit.; Sacha Calmon, Curso de Direito Tributário, p. 660).

<sup>46</sup> Alberto de Oliveira Jr., Rev. Dialética nº 201/28, Ricardo Mariz de Oliveira, Direito Tributário Atual, vol.6; Luís Eduardo Schoueri, Direito Tributário, pg.501, e Edeli Pereira Bessa, Responsabilidade Tributária, pg. 94.

<sup>47</sup> A própria CST admitiu a natureza sub-rogação da cisão no PN nº 39/81.

# DISCIPLINA TRIBUTÁRIA DA CISÃO

PLINIO J. MARAFON

(Precedentes: REsp 1085071/SP, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21/05/2009, DJe 08/06/2009; REsp 959.389/RS, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/05/2009, DJe 21/05/2009; AgRg no REsp 1056302/SC, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 23/04/2009, DJe 13/05/2009; REsp 3.097/RS, Rel. Ministro GARCIA VIEIRA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 24/10/1990, DJ 19/11/1990”).

Em todos os julgados o STJ adverte que a tese aceita depende da multa, moratória ou punitiva, ter sido lançada previamente contra a sucedida.

O STF acusa antigos julgados onde recusou a sucessão de multas punitivas, especialmente se posteriores ao evento: vide RE 's nos 83.514, 85.435 e 90.834.

Contrariando o STF, o CARF assim se posicionou na Súmula nº 113:

“A responsabilidade tributária do sucessor abrange, além dos tributos devidos pelo sucedido, as multas moratórias ou punitivas, desde que seu fato gerador tenha ocorrido até a data da sucessão, independentemente de esse crédito ser formalizado, por meio de lançamento de ofício, antes ou depois do evento sucessório”.

A rigor, não parece aceitável que o fisco possa autuar tanto a cindida como a sucessora em fato gerador ocorrido antes da cisão, no pressuposto de haver essa sucessão, dado que esta abrange tributos *devidos até* a data do ato societário, e para tanto há que se praticar o lançamento tributário previamente, caso contrário o tributo não será “devido”.

Importante interpretação foi adotada pelo STJ na Súmula nº 392/STJ, com o seguinte teor:

“A Fazenda Pública pode substituir a certidão de dívida ativa (CDA) até a prolação da sentença de embargos, quando se tratar de correção de erro material ou formal, vedada a modificação do sujeito passivo da execução”.



# DISCIPLINA TRIBUTÁRIA DA CISÃO

PLINIO J. MARAFON

Em consequência, e por coerência, no Resp nº 1.689.791/SP a mesma Corte recusou a mudança do polo passivo em direção à sucessora após iniciada a execução fiscal:

“PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. NULIDADE DA CDA. SUCESSÃO EMPRESARIAL POR INCORPORAÇÃO. EXECUÇÃO FISCAL PROPOSTA CONTRA A EMPRESA SUCEDIDA, APÓS SUA EXTINÇÃO. CORREÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 392/STJ. 1. “O entendimento firmado na jurisprudência do STJ é no sentido da impossibilidade de alteração do polo passivo da imputação tributária, após o início da execução fiscal, mediante emenda ou substituição da CDA, mesmo no caso de sucessão tributária” (REsp 1.690.407/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, segunda turma, DJe 19/12/2017) 2. Reconhecida a existência de sucessão empresarial e tributária, não se poderia dar prosseguimento ao executivo fiscal ajuizado em oposição à sucessora tributária, haja vista a impossibilidade de emenda ou substituição da CDA, consoante a Súmula 392/STJ: “A Fazenda Pública pode substituir a certidão de dívida ativa (CDA) até a prolação da sentença de embargos, quando se tratar de correção de erro material ou formal, vedada a modificação do sujeito passivo da execução.” 3. Não se concebe a substituição do sujeito passivo no título executivo constituído, pois tal alteração corresponderia a um novo lançamento tributário, sem que fosse conferida ao novo devedor a oportunidade de exercer sua impugnação na via administrativa, ou mesmo do pagamento do débito antes do ajuizamento da ação de cobrança”.

Se a cindida não tiver patrimônio para quitar os débitos, somente na execução poder-se-á convocar as sucessoras para honrar os débitos, na proporção dos bens a elas cindidos.

Nesse caso, qual seria o prazo para a Fazenda Pública redirecionar a cobrança contra sucessora não incluída na autuação ou na CDA, em virtude de não ser identificada de plano a cisão ocorrida?

A tendência dos tribunais federais é considerar a sucessão processual da posição da sociedade responsabilizada pelos tributos devidos pela cindida semelhante à da sucedida, diferentemente do redirecionamento a dirigentes.

# DISCIPLINA TRIBUTÁRIA DA CISÃO

PLINIO J. MARAFON

Vejam-se estes precedentes:

“A responsabilidade decorrente de sucessão de estabelecimento comercial não origina pretensão distinta, sujeita a prazo de exigibilidade próprio. A relação jurídica é a mesma, com o ingresso do sucessor no estado em que ela se encontra. A interrupção operada do período prescricional atinge automaticamente o novo devedor. A única prescrição cabível corresponde à modalidade intercorrente genérica, que consta do artigo 40 da Lei nº 6.830/1980 e do artigo 924, V, do CPC.

Diversamente da inclusão de sócio - na qual a contagem desde a citação da pessoa jurídica não é afetada pela atuação em geral do exequente, por medida de segurança jurídica -, o redirecionamento contra o sucessor tributário se submete a um limite de exigibilidade que demanda inércia do credor”<sup>48</sup>.

“A operação empresarial faz com que todo o patrimônio da pessoa jurídica seja transferido. As entidades sucessoras recebem o ativo e o passivo no estado em que se encontram (artigo 132 do CTN e artigo 229, §1º, da Lei nº 6.404/1976); se o devedor original já foi citado, a interrupção do prazo prescricional também as vincula. Não há necessidade de nova citação; ocorre simplesmente sucessão processual, que leva à incorporação da situação em vigor”<sup>49</sup>.

“Da mesma forma, encontra-se consolidada a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e desta Turma, firme no sentido de que a prescrição, para o redirecionamento da execução fiscal, não pode ser contada, necessariamente, a partir da citação da executada originária, mas somente quando verificada a lesão a direito do credor capaz de legitimar a invocação da responsabilidade de outrem, terceiro ou sucessor na relação processual até então formada, mesmo porque não pode correr a prescrição sem a inércia culposa do titular do direito na respectiva defesa”<sup>50</sup>

“Ao instituto da cisão aplica-se a responsabilidade tributária por solidariedade disposta no art. 132 do CTN, pois, embora não conste expressamente do referido artigo, a cisão da sociedade é modalidade de mutação empresarial, sujeita, para efeito de responsabilidade tributária, ao mesmo tratamento

---

<sup>48</sup> TRF-3, AI nº 593804

<sup>49</sup> TRF-3 AI nº 570979

<sup>50</sup> TRF-3 AI nº 521345

# DISCIPLINA TRIBUTÁRIA DA CISÃO

PLINIO J. MARAFON

jurídico conferido às demais espécies de sucessão (REsp 970.585/RS, 1ª Turma, Min. José Delgado, DJe de 07/04/2008). Não há possibilidade de se afastar a obrigação tributária que decorre da lei por meio de eventuais convenções firmadas entre os particulares, nos termos do disposto no art. 123 do CTN. O art. 146, III, b da CF/88, dispõe que cabe à lei complementar estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre obrigação, lançamento, crédito prescrição e decadência tributários, o que sinaliza a inaptidão da Lei 6404/76 em operar modificação do responsável tributário. O art. 125, III do CTN prevê que os efeitos da interrupção da prescrição em relação a um dos devedores solidários atingem todos os outros codevedores. In casu, houve diversas interrupções da prescrição, com as citações dos responsáveis, antes de ocorrer a citação da ora recorrente, o que impediu o transcurso do prescricional para a União exercer sua pretensão em face da agravante”<sup>51</sup>

“Nas hipóteses em que há o redirecionamento da execução, os devedores solidários seguem a mesma sorte do devedor principal. Dessa forma, se houve causa interruptiva da prescrição em relação a este, tal hipótese também alcança o responsável tributário”<sup>52</sup>

“A prescrição, quando interrompida em desfavor da pessoa jurídica, também atinge os responsáveis solidários, não se podendo falar que apenas quando citado o sócio é que se conta a prescrição - Interpretação dos arts. 125, III, 135, III, e 174 do CTN”<sup>53</sup>.

Esse tema ganhou significância especial depois que o STJ uniformizou sua interpretação sobre os eventos que desencadeiam a prescrição intercorrente, sob a égide de recurso repetitivo: Resp nº 1.340.553.

## IV - ITBI

O art. 156, § 2º, I da CF prevê que o ITBI não incide sobre a transmissão de bens ou direitos incorporados ao patrimônio de pessoa jurídica em realização de capital, nem sobre a transmissão de bens ou direitos decorrente de fusão, incorporação, cisão ou

---

<sup>51</sup> TRF-2 AI nº 82435220114020000

<sup>52</sup>TRF- 4 AG nº 200404010450974

<sup>53</sup> Resp nº 505.638. Idem Resp nº 649.975

# DISCIPLINA TRIBUTÁRIA DA CISÃO

PLINIO J. MARAFON

extinção de pessoa jurídica, salvo se, nesses casos, a atividade preponderante do adquirente for a compra e venda desses bens ou direitos, locação de bens imóveis ou arrendamento mercantil.

Essa imunidade tinha sido reproduzida no CTN com base na CF anterior, que não previa a cisão, porque inexistente.

Daí porque os arts. 36 e 37 do CTN não mencionam esse ato societário superveniente, exigindo do interprete uma integração das duas normas para que a imunidade possa prevalecer plenamente.

As principais situações fáticas decorrentes da cisão podem ser assim consideradas:

- a) Cisão parcial de imóvel pertencente a sociedade do ramo imobiliário: é irrelevante para determinar a incidência ou não da imunidade, porque esta se refere à atividade preponderante da *adquirente*;
- b) Cisão parcial de imóvel com incorporação ou conferência de capital em sociedade imobiliária: o ITBI incide normalmente;
- c) Cisão parcial de imóvel de sociedade não imobiliária para sociedade não imobiliária: o ITBI será devido se caracterizada a atividade preponderante da adquirente, que se dá quando mais de 50% (cinquenta por cento) da sua receita operacional, nos dois anos anteriores e nos dois anos subsequentes à aquisição, decorrer de transações imobiliárias.

E se a pessoa jurídica adquirente iniciar suas atividades em função da cisão, ou menos de dois anos antes dela, apurar-se-á essa preponderância levando em conta os três primeiros anos seguintes à data da aquisição.

# DISCIPLINA TRIBUTÁRIA DA CISÃO

PLINIO J. MARAFON

Instado a interpretar esse dispositivo do CTN para empresas pré-existentes, o STJ assim decidiu:

“Resp nº 11.941. TRIBUTÁRIO - ITBI: ISENÇÃO - ART. 37, § 1º DO CTN: INTERPRETAÇÃO. 1. O dispositivo indicado, ao exigir que, durante dois anos antes ou depois da aquisição, não haja atividade com venda de imóveis, não ordenou que fosse examinada a situação fática concomitante: dois anos antes e dois anos depois. 2. Interpretação errônea da Lei (art. 37, § 1º do CTN).”

d) Em qualquer caso, se a cisão abranger todo o patrimônio imobiliário da cindida, não será devido o ITBI, independentemente da atividade preponderante da cindenda, tendo em vista o § 4º do art. 37 do CTN: o disposto neste artigo (incidência do imposto) não se aplica à transmissão de bens ou direitos, quando realizada em conjunto com a da totalidade do patrimônio da pessoa jurídica alienante.

Há conflitos com municípios que pretendem cobrar o ITBI retroativo com juros e multas, quando a preponderância ocorre *a posteriori*.

O § 3º do art. 37 do CTN prevê que, verificada a preponderância referida neste artigo, tornar-se-á devido o imposto, nos termos da lei vigente à data da aquisição, sobre o valor do bem ou direito nessa data.

Fixa-se, portanto a lei de regência sobre o fato gerador pretérito, porém se omite sobre os acréscimos.

Durante o período de apuração da preponderância vige uma condição suspensiva da incidência do ITBI, que pode se implementar em favor do município, retroagindo seus efeitos à data da cisão.

# DISCIPLINA TRIBUTÁRIA DA CISÃO

PLINIO J. MARAFON

O art. 161 do CTN prevê que o crédito não integralmente pago no vencimento é acrescido de juros de mora, seja qual for o motivo determinante da falta, dando apoio à pretensão municipal.

Neste caso deve-se aplicar o disposto no art. 138 do CTN: a responsabilidade é excluída pela denúncia espontânea da infração, acompanhada, se for o caso, do pagamento do tributo devido e dos juros de mora (Súmula nº 360 do STJ, a contrário senso).

Mas se o contribuinte não se antecipa e é autuado, ficará sujeito à multa de ofício cabível.

Se houver incidência do tributo, seja pela preponderância imobiliária imediata ou futura, há a controvérsia sobre a base de cálculo do ITBI.

O valor atribuído aos imóveis no protocolo de cisão deve ser determinante para a incidência do imposto, pois há uma presunção de que este é seu valor venal (CTN, art. 38).

O valor venal do IPTU não se presta a suprir eventual ausência de valor para ITBI, conforme reiteradamente decidiu o STJ:

“Resp nº 1.202.007 - TRIBUTÁRIO - RECURSO ESPECIAL - ITBI x IPTU - APURAÇÃO VINCULADA DOS VALORES DESSES IMPOSTOS - DESCABIMENTO - PRECEDENTES. 1. Esta Corte firmou o entendimento de que a forma de apuração da base de cálculo e a modalidade de lançamento do IPTU e do ITBI são diversas, razão que justifica a não vinculação dos valores desses impostos. Precedentes. (AgRg no REsp 1.226.872/SP, Rel. Min. CASTRO MEIRA, Segunda Turma, DJe 23/4/12)”

E tampouco pode o fisco usar um pretense “valor venal de referência”, existente em alguns municípios para o IPTU, em detrimento do valor atribuído no ato societário, conforme tem decidido o TJSP<sup>54</sup>.

---

<sup>54</sup> AC nºs 1003803-87.2015.8.26.0053 e 1000061-85.2015.8.26.0269

# DISCIPLINA TRIBUTÁRIA DA CISÃO

PLINIO J. MARAFON

Contudo, o STJ aceitou o arbitramento do valor venal, base de cálculo do ITBI, quando o preço se revelou vil, com base no art. 148 do CTN, admitido o contraditório, administrativo ou judicial<sup>55</sup>.

Em caso de integralização de imóvel em capital de empresa, com imunidade do ITBI, e subsequente cessão das quotas, o Judiciário considerou haver simulação e o STJ se recusou a enfrentar a questão pela Sumula nº7<sup>56</sup>.

## V - OUTROS ASPECTOS TRIBUTÁRIOS DA CISÃO

A SRFB aceitou a não incidência de IRF na cisão de fundos de investimentos para outros fundos, sem disponibilização dos rendimentos aos titulares, e permitindo a compensação de prejuízos anteriores da cindida<sup>57</sup>.

Entretanto, através do ADI nº 13/07 entendeu que na cisão parcial as transferências realizadas por instituição financeira se sujeitam à CPMF, IRF e IOF, estes últimos sobre as aplicações financeiras.

Se não bastasse, também na SC nº 14/10 a mesma autoridade fiscal exigiu IOF na incorporação, sob o bizarro argumento de que se trata de “novação de obrigações pela incorporadora”.

Difícil entender essa tributação, pois na SC nº 22/07 o fisco disse que na operação de crédito em que não haja substituição de devedor, a base de cálculo do IOF será o valor não liquidado da operação anteriormente tributada, sendo essa tributação considerada complementar à anteriormente feita, aplicando-se a alíquota em vigor à época da operação inicial. Na medida em que a incorporação é uma sucessão, não haverá valor tributável porque, além do devedor ser o mesmo, não se alterará o quantum da dívida.

---

<sup>55</sup> Dentre outros, Resp nº 1.673.866

<sup>56</sup> AgRg no Ag 1375264

<sup>57</sup> SC nº 2/02

# DISCIPLINA TRIBUTÁRIA DA CISÃO

PLINIO J. MARAFON

A interpretação é altamente questionável quanto ao IRF e IOF, porquanto a cisão parcial não é alienação ou liquidação de investimento, é mera sucessão por sub-rogação, como já visto e aceito pelo mesmo Fisco anteriormente.

A cindida pode ter sido beneficiada de uma coisa julgada tributária cujos efeitos se projetam no tempo.

Na Solução de Consulta nº 307/2007 a SRFB respondeu que a coisa julgada prevalece quando a superveniente alteração legal traz o mesmo conteúdo da lei que lhe é anterior.

Se a cisão é parcial, entende-se que a coisa julgada não é um ativo passível de ser cindido, devendo permanecer na cindida.

Contudo, numa cisão total com incorporação a sucessão se impõe, e uma ou várias sucedidas devem permanecer com o direito adquirido pela coisa julgada, dependendo da sua característica: se for uma decisão que concedeu uma classificação fiscal favorável de IPI para os produtos da cindida, por ex., as vendas subsequentes das cindidas devem ser beneficiadas.

O CARF tem julgados contrários, sob o pressuposto de que na incorporação de empresas a coisa julgada da incorporada perece, porque não há identidade de partes ou mudança do polo ativo<sup>58</sup>.

O tema merecia uma avaliação mais aprofundada do tribunal administrativo, pois a sucessão na incorporação é universal, ou seja, abrange todos os direitos do contribuinte, sem exceção, inclusive aqueles derivados da coisa julgada. Alteração no polo ativo é impossível, pois a incorporada – detentora do direito adquirido - não tem mais personalidade jurídica e não faz sentido reclamar da incorporadora que mude o polo ativo em seu próprio nome!

---

<sup>58</sup> Ac. nº 2301-005.052 e 3802-001.206



# DISCIPLINA TRIBUTÁRIA DA CISÃO

PLINIO J. MARAFON

E a identidade processual de partes tem que ser interpretada integradamente com a sucessão, que tem o condão de conferir à sucessora a mesma posição jurídica da sucedida.

A se admitir a tese fiscal uma pessoa física que tivesse logrado uma decisão administrativa ou judicial cujos efeitos continuassem no tempo, por exemplo uma isenção fiscal de renda, e viesse a falecer, seus herdeiros não poderiam usufruir dos benefícios desse julgamento, a permanecer o fluxo de renda equivalente, devendo rediscutir o tema porque não houve “identidade de partes” ...

A doutrina não diverge nesse ponto:

“Naturalmente, a autoridade da coisa julgada se impõe aos sucessores das partes, a título universal ou singular. Isto não constitui exceção à regra, mas o resultado da operação normal da sucessão, pelo qual o sucessor toma a lugar do sucedido, assumindo os direitos e obrigações atinentes à posição ou relação jurídica em que se encontrava”<sup>59</sup>.

A posição do STJ no Resp nº 775.841 foi favorável à sucessão na coisa julgada:

“Nos termos do art. 472 do CPC, a regra é que a imutabilidade dos efeitos da sentença só alcance as partes. Contudo, em determinadas circunstâncias, diante da posição do terceiro na relação de direito material, bem como pela natureza desta, a coisa julgada pode atingir quem não foi parte no processo. Entre essas hipóteses está a sucessão, pois o sucessor assume a posição do sucedido na relação jurídica deduzida no processo, impedindo nova discussão sobre o que já foi decidido”.

Seguem-se as justificativas do voto da relatora., Min. Nancy Andrighi:

“Entre essas hipóteses está a sucessão, cujo efeito material é a transmissão total ou parcial de um patrimônio. O objeto e o conteúdo das relações jurídicas que cercam o patrimônio permanecem inalterados, mas há modificação de

---

<sup>59</sup> Comentários ao Cód. de Processo Civil, vol. IV, arts 332 a 475, pg.318. idem José Maria Tesheiner, Autoridade e eficácia da sentença e Carlos Alberto de Oliveira, Alienação da Coisa Litigiosa, pg. 223-4.

# DISCIPLINA TRIBUTÁRIA DA CISÃO

PLINIO J. MARAFON

sujeitos. Do ponto de vista processual, o sucessor da parte fica sujeito à autoridade da coisa julgada, pois assume a posição do sucedido na relação jurídica deduzida no processo, impedindo nova discussão sobre o que já foi decidido.

Como bem observa Cândido Rangel Dinamarco, tal situação não implica “qualquer mitigação ou mesmo ressalva à regra da limitação subjetiva da autoridade do julgado às partes, mas mera especificação” (Instituições de direito processual civil, vol. 03. São Paulo: Malheiros, 2005, 5ª ed. p. 319), na medida em que é do próprio sucessor o interesse substancial em jogo, bem como porque, por meios que a lei considera idôneos, seus interesses foram defendidos no processo pelo sucedido, então titular do direito” (g.n.).

Quando a cindida é beneficiária de incentivos fiscais há que examinar se estes se referem a tributos diretos ou indiretos.

Uma redução de alíquotas de IPI, ICMS ou PIS/COFINS pode ser aproveitada pelas sucessoras, enquanto venderem os mesmos produtos beneficiados, independentemente de pedido formal de extensão dos efeitos.

Já um incentivo regional de redução de IR só se transmite na cisão parcial se os ativos cindidos se referirem ao estabelecimento beneficiado e localizado na região incentivada.

O Carf já decidiu que a incorporadora que adquire empresa sediada na SUDAM e detentora de benefícios fiscais assume os direitos a esses benefícios desde a data da protocolização do pedido (Ac. nº 101-93.553).

Através da Solução de Consulta nº 87/06 a SRFB respondeu que a opção pelo REFIS deve permanecer na cindida, não se comunicando com a sucessoras, embora essas se tornem corresponsáveis pelos pagamentos.

As entidades imunes ou isentas podem ser objeto de cisão, mas o patrimônio transferido tem que ser destinado a receptoras com o mesmo benefício fiscal, sob pena de perdimento da isenção ou imunidade (RIR, arts. 170, § 3º, VII, e 174, § 5º).

# DISCIPLINA TRIBUTÁRIA DA CISÃO

PLINIO J. MARAFON

## VI – A CISÃO COMO INSTRUMENTO DE PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO, SUCESSÓRIO OU PROTEÇÃO PATRIMONIAL

A cisão se presta como alternativa para alguns planejamentos tributários, sucessórios ou blindagens patrimoniais, seja como fase intermediária ou única, sem prejuízo de outras estruturas societárias ou atos jurídicos também terem a mesma qualificação.

Vejamos algumas situações em que a cisão foi adotada, com ou sem questionamentos fiscais.

A mera separação de bens de uma empresa tem sido feita via cisão parcial. É exemplo a transferência de imóveis de uma empresa industrial ou comercial, para sucessiva locação para a própria cindida ou terceiros.

A própria lei confirmou indiretamente a validade da operação quando vetou o crédito de PIS e COFINS de bens tomados em locação, quando estes tiverem pertencido à locatária<sup>60</sup>.

A mesma estrutura pode ser usada para a venda de certos ativos de uma empresa, quando a tributação pelos sócios será menos onerosa do que na atual titular (pj x pfi).

Também foi testada fiscalmente a cisão de empresa para divisão de atividades e aproveitamento do lucro presumido.

Nesse caso houve soluções diversas para situações fáticas díspares.

Tratava-se de caso de instalação das duas empresas na mesma área geográfica e após alterações dos seus objetivos sociais, reservou-se a uma a fabricação do casco e à outra os serviços de montagem da embarcação, como desdobramento da atividade antes exercida por uma só delas, objetivando racionalizar as operações e minorar a carga tributária (aproveitar o lucro presumido).

---

<sup>60</sup> Vide ac. Carf nº 101-77837

# DISCIPLINA TRIBUTÁRIA DA CISÃO

PLINIO J. MARAFON

Aceitou-se o planejamento, com a ressalva de que a conclusão diversa se chegaria se a fiscalização comprovasse que a empresa desqualificada não mantinha registros e inscrições fiscais próprias, que não possuía quadro próprio de empregados, que não celebrava negócios, que não emitia documentação, que não mantinha escrituração fiscal relativa a seus negócios<sup>61</sup>.

Em outro julgado prevaleceu interpretação diversa, desta feita porque a situação fática ensejou justificada resistência fiscal: uma empresa foi originária de cisão de outra, porém não possuía qualquer estrutura física ou mão-de-obra apta a desenvolver as atividades objeto de seu contrato social, a sede da nova empresa situava-se nos fundos do terreno da cindida, o telefone de ambas ser ao mesmo, idem o “endereço eletrônico”, inexistência de empregado para uma empresa com expressiva receita bruta<sup>62</sup>.

A desmutualização da BOVESPA/BMF foi objeto de controvertida cisão que desencadeou várias implicações fiscais para as instituições financeiras.

Interessa destacar, para os propósitos deste estudo, os questionamentos específicos levantados pelas autoridades fiscais:

- a) O Carf decidiu que ações recebidas a título de pagamento de parte do patrimônio vertido para sociedade nova ou existente proveniente de cisão configura uma troca de ativos e, permanecendo contabilizados em grupo de investimento do ativo permanente, sua alienação não configura receita operacional, razão pela qual deixam de incidir contribuições para o PIS/Pasep e Cofins (acs. nº 3403-001.734, 3302-001.850 e 9303-004.183). Porém, também se entendeu diversamente porque a venda foi em curto prazo após a reestruturação (ac. Carf nº 9303-005.974 e TRF-3 AI nº 590434, 583772);

---

<sup>61</sup> Carf, ac. nº 103-23.357

<sup>62</sup> Carf, ac. nº 9101-002.429

# DISCIPLINA TRIBUTÁRIA DA CISÃO

PLINIO J. MARAFON

- b) Na operação de desmutualização em que ocorre a transformação de títulos patrimoniais em ações, há acréscimo patrimonial e não permuta, posto que é vedado pela legislação em vigência que associações pratiquem reestruturações societárias mediante fusão, cisão ou incorporação (dentre outros, acs. nº 1402-002.954, 130200.879 e 9101-003.016; em sentido favorável às corretoras ac. nº 3403001.757), e
- c) A anterior avaliação dos títulos da BOVESPA pelo método de equivalência patrimonial foi tributada com apoio na tese de que não incide, *in casu*, a Portaria nº 785/77, bem assim os atos normativos correlatos, dentre os quais se incluem o Parecer Normativo nº 78/78 e Ato Declaratório Normativo nº 9/81, na medida em que anteriores ao advento da Lei nº 9.532/97, norma aplicável à espécie (TRF-3, AC nº 308575, 308575, 1794299 e outros citados na AC nº 321569, e TRF-2 AC nº 00065592320084025101) <sup>63</sup>.

O tema carece de ser reexaminado nas instâncias superiores, porque a premissa de que uma associação civil não pode ser cindida é ilegal, como vimos acima<sup>64</sup>.

E tampouco é viável anular os efeitos contábeis e fiscais da equivalência patrimonial das corretoras sobre as Bolsas, porque derivaram de uma norma fazendária (Port. MF nº 785/77), e tiveram o beneplácito da Cosit, que nos Pareceres Normativos n.os 78 e 107, de 1978, reconheceu as regras impositivas de equivalência patrimonial derivadas de normas oriundas de órgãos disciplinares específicos, como CVM e BACEN.

Nas desmutualizações só é tributável o ganho obtido pelas corretoras na venda posterior das ações das bolsas, cotejada com o custo dos títulos acrescido da equivalência patrimonial. Antes disso não há renda realizada.

---

<sup>63</sup> Contra a cisão vide artigo de Miquerlam Chaves Cavalcante, *Dialética* nº 119. Em favor da legalidade da atualização pela equivalência patrimonial Guilherme Cezaroti, *Dialética* nº 158/45.

<sup>64</sup> No Ac. nº 12-33508, de 29 de setembro de 2010, a DRJ entendeu que as Bolsas poderiam ser cindidas, porem perderam a isenção fiscal porque passaram a ter fins lucrativos.

# DISCIPLINA TRIBUTÁRIA DA CISÃO

PLINIO J. MARAFON

Nesse ponto, convém lembrar a sempre atualizada lição de J. L. Bulhões Pedreira:

“Em regra, a renda consiste em moeda, quem auferir renda adquire dinheiro, que é domínio de moeda, e o fato que caracteriza aquisição da disponibilidade econômica da renda é a aquisição da posse da moeda.

Há, todavia, diversos direitos que circulam no mercado e desempenham a função de moeda, ou *quasi*-moeda. Esses direitos têm alto grau de liquidez, no sentido de que podem, mediante trocas no mercado, ser convertidos com facilidade em dinheiro sem diferença relevante em relação a seu valor nominal. Quem adquire a posse de títulos dessa natureza, que equivalem (em termos de liquidez) a moeda, adquire a disponibilidade econômica da renda.

Para que o lucro se torne efetivo no patrimônio da pessoa jurídica é necessário que o lucro potencial tome a forma de direitos que acresçam ao patrimônio da pessoa jurídica. Lucro não aumenta de valor de elementos do ativo dentro do patrimônio, mas direitos que fluem para esse patrimônio. Enquanto o bem que contém o lucro potencial não é trocado no mercado, esse lucro não se converte em direitos recebidos pela pessoa jurídica e, portanto, não é real.

São suficientemente líquidos para caracterizar a realização do lucro, além do dinheiro, os títulos e valores mobiliários que podem ser convertidos em dinheiro mediante troca nos mercados financeiros e que sejam considerados equivalentes a dinheiro para efeito de caracterizar a aquisição da disponibilidade econômica da renda.

A contabilidade admite que a pessoa jurídica considere o lucro realizado quando recebe valores mobiliários com mercado bem estabelecido. No caso em que o bem recebido em permuta é classificado no ativo permanente torna mais remota a conversão em direitos líquidos.”<sup>65</sup>

Em resumo, dizia ele que a renda só pode ser considerada realizada e tributada se houver uma alteração de menor para maior liquidez, a ponto de o contribuinte ter caixa ou ativos equivalentes para pagar o tributo.

---

<sup>65</sup> IR das Pessoas Jurídicas, para adaptação ao DL nº 1598

# DISCIPLINA TRIBUTÁRIA DA CISÃO

PLINIO J. MARAFON

Não fosse assim, se o ativo transferido em mutação patrimonial tiver sido o único que o contribuinte possui, como pagará o IR? Deverá pedir emprestado? Qual credor emprestará com garantia ilíquida? Se a Fazenda penhorar esse único bem para receber o tributo quem arrematará esse ativo? Ou o contribuinte deverá alienar o ativo para pagar o tributo? Mas se o ativo não tem a liquidez desejável (quotas, por exemplo)?

Em outras palavras, a lei não pode obrigar alguém a alienar um ativo ilíquido para pagar tributo oriundo de uma mutação que não gerou liquidez.

Outra cisão que provocou muitas discussões e julgados controvertidos derivou da famosa operação “casa-e-separa”, pela qual uma sociedade estranha ao quadro social subscrevia capital com ágio e quase simultaneamente os antigos sócios saíam da sociedade através de uma cisão seletiva, transferindo à cindenda os ativos subscritos pelo novo sócio, logrando um expressivo diferimento de tributação.

Semelhante estrutura também foi procedida por empresas interligadas, sem a saída de sócios, nesse caso visando apenas produzir um ágio *interno*, que pudesse ser posteriormente amortizado.

O tema teve origem alguns anos antes, quando do posicionamento da COSIT no Parecer Normativo nº 46/87, considerando simulada uma engenharia societária consistente em cisão parcial de uma controlada brasileira por sociedade estrangeira, constituindo-se nova empresa com recursos financeiros, para que esta, em seguida, adquirisse a participação do exterior na cindida sem o IRF-Suplementar.

Houve muita resistência doutrinária contra esse PN, pois à época não havia norma antielisiva, e se tratava de negócio jurídico indireto e não simulação, porquanto todas as partes envolvidas praticaram os atos jurídicos conforme suas formalidades e essência econômica, certamente com exclusivo intuito de economia de imposto<sup>66</sup>.

---

<sup>66</sup> Sidney S. Apocalipse analisou esse PN 46/87 sob a ótica do negócio jurídico indireto e da simulação, concluindo por sua ilegalidade: Revista de Direito Tributário nº 59, págs. 195/200.

# DISCIPLINA TRIBUTÁRIA DA CISÃO

PLINIO J. MARAFON

Posteriormente essa estruturação foi aperfeiçoada para a alienação de participações societárias.

O julgado abaixo, do CARF, dá bem ideia das razões que militaram em favor da resistência fiscal:

“Ac. nº 107-08837, de 6.12.06

SUBSCRIÇÃO DE AÇÕES COM ÁGIO E SUBSEQUENTE CISÃO – ALIENAÇÃO DE PARTICIPAÇÃO SOCIETÁRIA – SIMULAÇÃO. Os negócios jurídicos envolvendo as reorganizações societárias de que tratam os fatos, com subscrição de ações com ágio, seguida de imediata cisão e entrega dos valores monetários referentes ao aumento de capital, precedida de pacto simulatório, e sem vivência dos riscos do negócio jurídico, revelam uma verdadeira alienação de participação societária e caracterizam a simulação, nos termos do art. 102, e seu inciso II, do Código Civil de 1916, uma vez que os atos formais são apenas aparentes e diferem do negócio efetivamente praticado. Tais atos não são oponíveis ao fisco, e nessa situação é devido o tributo incidente sobre o ganho de capital obtido com a alienação do investimento.”

O CARF revela expressiva jurisprudência sobre esse planejamento, com algumas variáveis casuísticas:

- a) A multa básica de 75% prevaleceu em alguns julgados porque não houve fraude, na medida em que os atos societários foram explícitos<sup>67</sup>. Contudo, há decisões que agravaram a multa<sup>68</sup>;
- b) Quando houve um certo interregno de tempo de convivência entre os partícipes, optando os antigos sócios em saírem da sociedade dentro do prazo

---

<sup>67</sup> Dentre outros, ac. n.os 101-95.537, 107-08837 e 1401-000.582

<sup>68</sup> Ac. nº 1302-001.331



# DISCIPLINA TRIBUTÁRIA DA CISÃO

PLINIO J. MARAFON

contratualmente previsto, a simulação foi recusada e a operação foi aceita pelo fisco: ac. nº 101-94.340 do CARF e nº 01-06.015 da CSRF;

- c) Foi considerado irrelevante o lapso temporal entre o início e o final das operações ter sido superior a um ano, se todas as etapas estavam previamente acordadas entre as partes<sup>69</sup>;
- d) Em alguns casos a cisão posterior foi substituída por um resgate de ações, mas com a mesma recusa fiscal<sup>70</sup>, e
- e) A perda de capital resultante de conversões de mútuos em capital e subsequente incorporação foi aceita como dedutível, sob o manto do negócio jurídico indireto: ac. nº 101-93.704.

Ives Gandra da Silva Martins publicou parecer sobre esse planejamento fiscal concluindo que:

- a) Não se aplica o art. 51 da Lei nº 7.450/85, porque veicula norma que prevê tributação por equivalência de resultados econômicos e, portanto, com elevado grau de indeterminação, o que afronta o princípio da tipicidade<sup>71</sup>;
- b) A norma antielisiva da LC nº 104/01 não tem efeitos retroativos, e
- c) As operações foram legítimas, implicaram em planejamento com objetivos negociais nítidos e não podem ser, agora, desconsideradas por delas também ter decorrido tributação mais reduzida, à falta de legislação específica para a hipótese<sup>72</sup>.

---

<sup>69</sup> Ac. nº 1301-001.331 e 101-96.087

<sup>70</sup> Ac. nº 1401-000.582

<sup>71</sup> No ac. nº 101-86.383 o CARF decidiu que a aplicação desse art. 51 requer a presença de simulação

<sup>72</sup> Revista Tributária e de Finanças Públicas nº 38, pg.205 e segtes.

# DISCIPLINA TRIBUTÁRIA DA CISÃO

PLINIO J. MARAFON

A particularidade que tem sido decisiva em favor do posicionamento fiscal é a formalização das cláusulas e condições que respeitam à cessão da participação societária, como as contingências e *escrows*. O Protocolo-Justificação da cisão não tem essa finalidade e tampouco teria o efeito coativo que se requer para essas previsões contratuais.

Resulta daí que as partes são forçadas a formalizarem essas regras em documentos apartados, que acabam revelando o caráter simulatório da estrutura casa-e-separa, mascarando a alienação<sup>73</sup>.

O mesmo modelo foi utilizado para criação do chamado *ágio interno*, que também redundou em recusa fiscal sistemática, desta feita sob os frágeis argumentos de que o ágio interno tem a resistência da CVM e do IBRACON e só é dedutível se resultar de efetivo pagamento por compra ou subscrição societária de terceiros<sup>74</sup>.

Na prática, é uma tentativa de dar efeitos retroativos à regra que veda o ágio criado por partes relacionadas, somente estabelecido posteriormente na Lei nº 12.973/14.

Esse argumento foi decisivo na sentença do juiz Tiago Scherer, da 16ª Vara Federal de Porto Alegre:

“Como se vê, com o advento da Lei nº 12.973/2014, as premissas que escoram o lançamento tributário no caso dos autos passaram a dispor de fundamentação na legislação tributária. Ou seja, apesar de amparadas em ensinamentos contábeis já existentes, somente com a vigência da Lei nº 12.973/2014 houve a aproximação expressa entre o conceito de ágio na contabilidade e no direito tributário.

Assim, não é possível aplicar (retroativamente) o que dispõe a Lei nº 12.973/2014 – ou os princípios contábeis que lhe fundamentaram – por afronta aos artigos 106 e 109 do CTN<sup>75</sup>”.

---

<sup>73</sup> Houve autuação onde esse fator foi decisivo porque o fisco detectou uma *side letter* nesse contexto, registrada em cartório.

<sup>74</sup> Dentre outros, os acs. N°s 1301-001.434 e 9101-002449

<sup>75</sup> Embargos à Execução Fiscal nº 5058075-42.2017.4.04.7100

# DISCIPLINA TRIBUTÁRIA DA CISÃO

PLINIO J. MARAFON

E a sentença reproduz conclusões doutrinárias de Sacha Calmon Navarro Coêlho e Eduardo Junqueira Coelho:

“As mudanças contábeis perpetradas pela Lei nº 11.938/2007 e sua regulamentação infralegal no que tange ao ágio, especialmente pelos CPC nº 15 e 18, não alteraram em nada o aproveitamento fiscal do ágio, porque desde o Decreto-Lei 1.598/77, repassando pela Lei nº 9.532/97, o tratamento tributário distingue-se do tratamento contábil do ágio, de sorte que, mesmo sendo homônimos os institutos, o conceito tributário não se identifica com o conceito contábil, não sendo passível de alteração, senão por norma de natureza tributária.

Tampouco poderia ser afastado o aproveitamento fiscal do ágio gerado entre partes dependentes, por absoluta falta de previsão legal ou infralegal nesse sentido, violando a legalidade, a segurança jurídica, a proteção da confiança e a boa fé objetiva, entre outros princípios, a mudança de enfoque sobre a matéria dos julgadores administrativos e da própria RFB. As multas qualificadas fundadas na suposta impossibilidade do aproveitamento fiscal do ágio interno ou em decorrência do uso de empresa veículo não encontram espaço e matéria de ágio e traem a confiança do contribuinte na Lei nº 9.532/97”.<sup>76</sup>

---

<sup>76</sup> O conceito tributário de ágio previsto no Decreto-Lei 1.598/77 e os requisitos para sua amortização com base no Art. 7º da Lei 9.532/1997, in: O ágio no direito tributário e societário: Questões atuais. São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 79.