



A distribuição desproporcional de lucros e o ITCMD

26/03/2025

No ambiente empresarial, o lucro é, sem dúvida, o principal objetivo que guia as ações das empresas. Entretanto, a forma como esse lucro é distribuído e os impactos fiscais resultantes têm sido foco de intensos debates entre contribuintes e autoridades fiscais. Recentes decisões do Poder Judiciário, especialmente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJ-SP), têm trazido à tona questões importantes sobre a distribuição **desproporcional** de lucros.

De acordo com o Código Civil, *“Salvo estipulação em contrário, o sócio participa dos lucros e das perdas, na proporção das respectivas quotas, mas aquele, cuja contribuição consiste em serviços, somente participa dos lucros na proporção da média do valor das quotas”* (artigo 1.007).

Isso significa que, em regra, os lucros devem ser repartidos de acordo com as quotas de cada sócio (isto é, proporcionalmente à participação societária detida por sócio). No entanto, a menção a “salvo estipulação em contrário” permite a possibilidade de distribuições desproporcionais de lucros.

Em suma, a distribuição desproporcional de lucros é aquela por meio da qual o resultado da entidade não é repartido entre os seus sócios, via lucros, proporcionalmente à participação societária detida por todos, operação extremamente comum na realidade empresarial das sociedades limitadas.

Em julgados recentes, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJ-SP) entendeu que as distribuições **desproporcionais** de lucros examinadas naquelas ocasiões corresponderiam a doações e, portanto, estariam sujeitas à incidência do ITCMD.

No entanto, conforme será detalhado abaixo, essas decisões analisaram situações fáticas com particularidades próprias e o seu raciocínio não pode ser aplicado a todo e qualquer caso de distribuição desproporcional de lucros.

Em 16/12/2024, nos autos da Apelação/Remessa Necessária nº 1089011-58.2023.8.26.0053, o TJ-SP examinou situação com o seguinte contexto fático:

- A sociedade em questão era dedicada às atividades de construção civil e incorporação imobiliária e seus sócios eram todos integrantes da mesma família, com 98% de sua participação societária sendo detida pelo pai e pela mãe (respectivamente, 70% e 28%) e os 2% restantes divididos entre os dois filhos do casal (1% cada um);
- No ano de 2017, essa entidade efetuou uma distribuição **desproporcional** de lucros acumulados, no valor de R\$ 53.646.552,19, sendo que os filhos do casal (que somente detinham um total de 2% da participação societária da empresa) receberam, cada um, 45% do montante dos lucros distribuídos e

- Na mesma data da distribuição, o pai e a mãe (que detinham, respectivamente, 70% e 28% da participação societária da empresa) doaram o restante das quotas da sociedade aos seus filhos (que ficaram, cada um, com 50% da empresa), com a ressalva de que os pais mantiverem um direito de usufruto vitalício sobre os direitos econômicos e políticos relativos às quotas doadas.

Propósito negocial

Após a lavratura de auto de infração pelo Fisco Municipal, o TJ-SP decidiu que, diante da ausência de comprovação de razão negocial para a distribuição desproporcional dos lucros, o caso envolve operação de doação sujeita ao ITCMD.

Segundo o tribunal, *“ainda que a legislação permita que os sócios definam no contrato a hipótese de distribuição desproporcional de dividendos/lucros, fato é que deve haver uma **razão negocial** para tanto, sob pena de se caracterizar como mera **liberalidade**, característica intrínseca da operação de doação”*.

Dessa maneira, apesar da possibilidade de realização de uma distribuição desproporcional de lucros, o TJ-SP entendeu que deve existir um motivo negocial para justificar a distribuição de forma desproporcional, caso contrário a transação será tratada como uma doação sujeita à incidência do ITCMD.

No caso sob análise, o TJ-SP afirmou que não houve uma razão negocial para respaldar a distribuição desproporcional de lucros para os filhos do casal, especialmente considerando que: (1) teria restado comprovado que a distribuição ocorreu dessa maneira por vontade dos pais da empresa (controladores), que cederam parte significativa dos lucros (cerca de R\$ 50 milhões) para os seus filhos, que sequer eram sócios-administradores à época, sem uma “atuação excepcional a ser recompensada com a distribuição atípica”; e (2) apesar de os filhos terem sido intimados a comprovar a “razão negocial” que teria motivado a distribuição desproporcional, estes indivíduos se limitaram a responder que essa seria uma forma de remunerar o fato de terem atuado como administradores da empresa, embora não ocupassem esse cargo à época (mas só depois) [1].

Assim, o entendimento do TJ-SP foi o de que deve existir um propósito negocial para justificar a prática da exceção relativa à distribuição desproporcional de lucros, sob pena de caracterização de operação de doação sujeita à tributação pelo ITCMD [2].

Ainda mais recentemente, em 12/2/2025, nos autos da Apelação nº 1087688-18.2023.8.26.0053, o TJ-SP voltou a examinar o tema, em caso semelhante ao descrito acima. Nessa ocasião, (A) a sociedade em questão, que tinha como objeto social o aluguel de imóveis próprios, era uma empresa familiar que tinha o respectivo pai como fundador e seus dois filhos como sócios



minoritários; **(B)** em 2018 e 2019, essa sociedade efetuou distribuição desproporcional de lucros, **que resultou no pagamento de valor equivalente a 50 vezes o montante a que os filhos teriam direito caso a distribuição tivesse sido feita de forma proporcional** à sua participação na empresa (0,13%) e **(C)** posteriormente, ainda em 2019, o fundador (pai) saiu da sociedade e redistribuiu a sua participação igualmente entre os seus filhos, em doação realizada a título de antecipação de legítima, permanecendo como diretor presidente vitalício da empresa.

Ao examinar essa estrutura, o TJ-SP decidiu pela manutenção da exigência de ITCMD, uma vez que não teria sido apresentada nenhuma razão negocial que justificasse a distribuição desproporcional do lucro [3].

No entendimento do TJ-SP, ainda que as normas aplicáveis e o contrato social da empresa autorizem a distribuição desproporcional de lucros [4], *“ainda assim deve haver motivos e critérios para a distribuição diferenciada, sob pena de má utilização do referido instituto”*. O Tribunal alegou que esse requisito não foi demonstrado no caso em questão, *“notadamente num contexto de uma empresa familiar em que o sócio fundador se retirou da sociedade e redistribuiu suas quotas entre seus filhos, no mesmo período da distribuição diferenciada do lucro entre estes, sem que os motivos para tanto tenham sido apresentados”*.

Esses julgamentos evidenciam que, embora a lei permita a distribuição desproporcional de lucros, as autoridades fiscais e judiciárias estão atentas à necessidade de uma justificativa negocial para a distribuição ser feita de forma proporcional. Se essa justificativa não existir, a transação poderá ser interpretada pelo Fisco e pelos Tribunais como uma doação, sujeita ao recolhimento do ITCMD.

Dessa maneira, mesmo no entendimento do TJ-SP, **não é toda e qualquer distribuição desproporcional de lucros que pode ser desconsiderada e equiparada a uma doação**, para fins de incidência de ITCMD. Os dois casos examinados pelo TJ-SP, mencionados acima, envolviam empresas familiares, nas quais houve uma distribuição desproporcional de lucros e transferência de quotas que revelaram uma proximidade significativa com uma estrutura de planejamento familiar, sem uma razão negocial por trás. Note-se que, em ambos os casos, a distribuição desproporcional foi sucedida (pouco tempo depois) da transferência das quotas dos pais aos filhos.

Utilizando-se dos exemplos de distribuições desproporcionais citadas como **legítimas** pelo TJ-SP nesse último acórdão, pode-se mencionar os casos do sócio *“que não possui o capital necessário para estruturar a atividade, mas que possui mais habilidade para desempenhar o objeto social, ou que tenha investido maior dedicação ou tenha desenvolvido novo produto ou captado maior número de clientes”*.

No entanto, em que pese as considerações feitas pelo TJ-SP sobre a suposta necessidade de as distribuições desproporcionais de lucros serem respaldadas por uma razão negocial (motivo pelo qual as autuações foram mantidas pelo tribunal), vale destacar que **esse requisito não se encontra previsto em lei**.

Em nenhum momento o Código Civil, ao autorizar a distribuição desproporcional de lucros em seu artigo 1.007, prevê que tal procedimento somente poderá ser adotado caso exista um motivo negocial que justifique a não realização da distribuição de forma proporcional. Da mesma forma, a legislação responsável por dispor sobre o ITCMD não determina que, caso não exista uma justificativa negocial por trás, distribuições desproporcionais de lucros serão equiparadas a doações.

Desse modo, o TJ-SP manteve a exigência de ITCMD sobre distribuições desproporcionais de lucros com base em critério **não** previsto em Lei, o que não encontra suporte na legislação fiscal brasileira, especialmente considerando que a Constituição estabelece expressamente que somente é possível exigir ou aumentar tributo com base em Lei (Princípio da Legalidade Estrita – Artigo 150, inciso I da Constituição).

A inexistência de previsão legal da necessidade de distribuições desproporcionais de lucros serem justificadas por uma razão negocial é reforçada pelo fato de que, no contexto da reforma tributária, uma das redações do PLP nº 108/24 (responsável por instituir o Comitê Gestor do IBS) chegou a prever a incidência de ITCMD sobre *“os atos societários que resultem em benefícios desproporcionais para sócio ou acionista praticados por liberalidade e sem justificativa negocial passível de comprovação, incluindo distribuição desproporcional de dividendos (...)”*, o que também destaca a crescente preocupação legislativa com o tema.

Caso o requisito de existência de justificativa negocial já fosse amparado pela legislação vigente, não seria necessária a edição de dispositivo legal nesse sentido (tal como se tentou em uma das redações do PLP nº 108/24).

Tendência

De toda maneira, apesar de a regra não ter sido aprovada na versão do PLP nº 108/24 aprovada pela Câmara dos Deputados, a intenção original de introdução dessa regra, alinhada ao entendimento empregado pelo TJ-SP nas decisões acima, reflete uma tendência de maior controle sobre distribuições desproporcionais de lucros e deve ser levada em consideração pelos contribuintes quando da análise da possibilidade de realização desse tipo de operação, especialmente no caso de empresas familiares.

Além disso, outro ponto que merece destaque é que, na decisão proferida pelo TJ-SP nos autos da Apelação Cível nº 1087688-18.2023.8.26.0053 (de 12/2/2025), a desembargadora relatora, inclusive, afirmou que a operação praticada pelo contribuinte (distribuição disfarçada de lucros) poderia ser desconsiderada com base no artigo 116, parágrafo único, do CTN [5].

Entretanto, é importante recordar que o ordenamento jurídico brasileiro não possui uma regra vigente, eficaz e apta a produzir os seus efeitos de modo a permitir a desconsideração de negócios jurídicos efetuados pelos contribuintes. Ocorre que, ainda não foi editada lei ordinária regulamentando os procedimentos que deverão ser observados para a desconsideração de atos e negócios jurídicos prevista no parágrafo único do artigo 116 do CTN, exigência feita por esse próprio dispositivo [6].

Essa necessidade de regulamentação antes do início de sua eficácia foi reconhecida pela própria ministra Cármen Lúcia (relatora), nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.446/DF, cujo julgamento pelo Supremo Tribunal Federal (STF) foi concluído em 11/4/2022 e teve como objetivo examinar a constitucionalidade do parágrafo único do art. 116 do CTN. Segundo a ministra, “A plena eficácia da norma depende de lei ordinária para estabelecer procedimentos a serem seguidos” e “o parágrafo único do artigo 116 do Código Tributário Nacional **pende, ainda hoje, de regulamentação**” (*não destacado no original*).

Dessa maneira, na ausência de lei ordinária regulamentando o parágrafo único do artigo 116 do CTN, o TJ-SP não poderia ter fundamentado a desconsideração da distribuição desproporcional de lucros feita pelo contribuinte com base nesse dispositivo legal.

A esse respeito, outros tribunais pátrios já reconheceram a possibilidade de uma empresa distribuir lucros de forma desproporcional, afastando a tentativa do Fisco Estadual de exigir o recolhimento de ITCMD nessa operação.

A título de exemplo, menciona-se o acórdão proferido pelo Tribunal do Estado de Santa Catarina (TJ-SC), Apelação Nº 5005960-13.2022.8.24.0008/SC [7], de 12/11/2024, no âmbito do qual este Tribunal estabeleceu que: **(A)** “A distribuição desproporcional dos lucros entre os sócios é uma possibilidade expressamente autorizada pelo Código Civil, por meio de uma cláusula que permite estipulação contratual da repartição dos lucros e das perdas” e **(B)** apesar da alegação da existência de um ato de liberalidade por parte do Fisco naquele caso, “Não há, contudo, essa liberalidade, pois se trata de um ato negocial, permitido pela lei, que nada dispõe sobre a ocorrência de uma renúncia de lucro por parte de um dos sócios em favor de outro, nem mesmo de uma doação”.

No entendimento do TJ-SC, “*mesmo que se cogitasse a existência de uma renúncia de lucro, esta deve ser interpretada estritamente [CC, art. 114], não sendo possível nem razoável que simplesmente seja interpretada como uma doação, ou mesmo interpretada como fato gerador de tributo, que também impede interpretações ampliativas*”.

Conclusão

A despeito das recentes manifestações do TJ-SP sobre o assunto, somos do entendimento de que não é possível equiparar distribuições desproporcionais de lucros a doações sujeitas ao ITCMD unicamente pela alegação de inexistência de razão negocial motivando esse ato de exceção. É necessário que as condutas perpetradas pelos contribuintes sejam classificadas como **simulação** para que as Autoridades Fiscais possam reclassificar eventual distribuição desproporcional como **doações** (artigo 149, VII, do CTN).

A legislação aplicável não prevê a existência de uma razão negocial como requisito para a realização da distribuição desproporcional. Na verdade, o único requisito previsto em lei (e, portanto, aplicável) é que o contrato social da entidade preveja a possibilidade de distribuição desproporcional de lucros.

Subsidiariamente, ainda que fosse possível adotar o entendimento dessas decisões (o que apenas se admite para fins argumentativos), a análise dos acórdãos revela que não é toda

distribuição desproporcional de lucros que pode ser considerada uma doação para fins de incidência do ITCMD, mas somente aquelas que não sejam baseadas em razões empresariais e que envolvam simulação. Tendo isso em vista, considerando as recentes manifestações do Judiciário sobre o tema, as empresas, em especial as familiares, devem ser cautelosas ao considerar tais distribuições, assegurando-se de que haja uma razão negocial subjacente que ampare suas decisões.

[1] “E, no caso em debate, de fato, restou caracterizada a liberalidade pelos seguintes aspectos: (i) restou comprovado documentalmente especialmente pelas sucessivas alterações contratuais e instrumento particular de doação integral das cotas pelos genitores que detinham 98% da sociedade – que a distribuição desproporcional de dividendos ocorreu por mera vontade dos genitores, que cederam substancial parte de seus dividendos para os seus filhos que, na época, sequer eram sócios-administradores para justificar uma atuação excepcional a ser recompensada com a distribuição atípica, haja vista que a alteração contratual ocorreu apenas em 04/10/2017 (fls. 132/145); e, (ii) intimados a comprovar a razão negocial, o impetrante e sua irmã limitaram-se a alegar que seria uma forma de compensar financeiramente o fato de terem atuado como administradores da empresa (fls. 41/42), embora não detivessem tal qualidade à época, a qual foi a eles conferida somente após a distribuição desproporcional.”

[2] “Em conclusão, inexistindo qualquer propósito negocial para a referida distribuição desproporcional de dividendos que o impetrante recebeu, restou caracterizada a liberalidade de seus genitores em doar quase 50 milhões de reais e a liberalidade do impetrante e de sua irmã em receber mais de 24 milhões de reais cada.”

[3] “Nesse contexto, diante da ausência de comprovação de substrato fático que justificasse a distribuição desproporcional de lucro, bem como consideradas as características da empresa em questão, não se verifica qualquer ilegalidade na atuação da autoridade tributária.” (não destacado no original)

[4] “Como se vê, referido dispositivo estatui, como regra geral, que a participação dos sócios nos lucros será proporcional ao percentual de suas quotas do capital social; entretanto, **ao ressalvar a possibilidade de disposição em contrário, a referida norma permite a distribuição desproporcional do lucro da empresa**, mediante a estipulação, pelos sócios, de outra divisão que não observe o percentual de quotas de cada qual no capital social.” (não destacado no original)

[5] “E não se pode ignorar que, nos termos do art. 116, do Código Tributário Nacional, a autoridade tributária pode desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador dos tributos a fim de que incida corretamente a tributação devida.”

[6] “Parágrafo único. A autoridade administrativa poderá desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária, observados os procedimentos a

serem estabelecidos em lei ordinária.” (não destacado no original)

[7] “Em relação ao Imposto sobre Transmissão Causa Mortis e Doação (ITCMD), emerge controvérsia quanto à possibilidade de enquadrar a distribuição desproporcional de lucros em sociedades empresárias como hipótese de incidência tributária. Argumenta-se a suposta ocorrência de doação dissimulada, fulcrada na premissa de que tal distribuição, por seu caráter desigual, mascararia uma liberalidade entre os sócios. **Contudo, imperioso se faz reconhecer a autonomia e a liberdade negocial que permeiam os atos empresariais. Os arranjos internos de uma sociedade, especialmente aqueles que concernem à distribuição de lucros, são regidos por uma lógica empresarial própria, não devendo, a priori, sofrer interferência ou interpretação restritiva pelo Fisco, salvo em casos de comprovada má-fé ou simulação.**” (não destacado no original)

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2025-mar-26/a-distribuicao-desproporcional-de-lucros-e-o-itcmd/>