

D
Instituto Mackenzie
Biblioteca George Alexander
Direito

REVISTA DE DIREITO MERCANTIL INDUSTRIAL, ECONÔMICO E FINANCEIRO

Publicação do
Instituto Brasileiro de Direito Comercial Comparado
e Biblioteca Tullio Ascarelli
e do Instituto de Direito Econômico e Financeiro,
respectivamente anexos aos
Departamentos de Direito Comercial e de
Direito Econômico e Financeiro da
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Edição da
Editora Revista dos Tribunais Ltda.

REVISTA DE DIREITO MERCANTIL INDUSTRIAL, ECONÔMICO E FINANCEIRO

Fundador:

WALDEMAR FERREIRA

Diretor:

PHILOMENO J. DA COSTA

Diretor Executivo:

FÁBIO KONDER COMPARATO

Coordenador:

WALDIRIO BULGARELLI

Redatores:

ANTONIO MARTIN, CARLOS ALBERTO SENATORE, HAROLDO M. VERÇOSA, JOSÉ ALEXANDRE TAVARES GUERREIRO, MAURO DELPHIM DE MORAES, MAURO RODRIGUES PENTEADO, NEWTON DE LUCCA, NEWTON SILVEIRA, PAULO SALVADOR FRONTINI, RACHEL SZTAJN, VERA HELENA DE MELLO FRANCO.

Edição e distribuição da

EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS LTDA.

Rua Conde do Pinhal, 80 — Caixa Postal 678 — Fax (011) 607-5802
CEP 01501-060 - São Paulo, SP, Brasil

Diretor Presidente:

CARLOS HENRIQUE DE CARVALHO FILHO

Diretor Superintendente:

ANTONIO BELLINELLO

Diretor Editorial:

JOSÉ ALAYON

Coordenadora Editorial:

MARIÂNGELA PASSARELLI

Diretor de Produção:

ENYL XAVIER DE MENDONÇA

MARKETING E COMERCIALIZAÇÃO

Diretor:

ROBERTO GALVANE

Gerente de Marketing: MELISSA TREVIZAN CHIBANE

Gerente de Administração de Vendas: KUNJI TANAKA

CENTRO DE ATENDIMENTO AO LEITOR: Tel. (011) 607-2433

Digitização e diagramação eletrônica: CHC INFORMÁTICA S/C LTDA., Rua Tabatinguera, 140, Térreo, Loja 2 — Tel. (011) 607-2297 — Fax (011) 606-3772 — CEP 01020-901 - São Paulo, SP, Brasil. — *Impressão:* EDITORA PARMA LTDA., Av. Antonio Bardella, 280 — Tel. (011) 912-7822 — CEP 07220-020 - Guarulhos, SP, Brasil.

SUMÁRIO

DOCTRINA

- Les groupements dans la vie économique — Arnaldo Wald 5
- Conversão de ações e relação de substituição diferenciada - Luiz Gastão Paes de Barros Leães 18
- Empréstimos ou adiantamentos a pessoas ligadas. Emissão de carta de crédito a favor de exportador estrangeiro, relacionada com importação feita por empresa de *Leasing* ligada — Renato A. Gomes de Souza 24
- As sociedades limitadas e o Projeto do Código Civil — Egberto Lacerda Teixeira .. 67
- A fraude no negócio jurídico subjacente e seus efeitos quanto ao crédito documentário — Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa 75
- Inexistência de “participação recíproca indireta” entre sociedades coligadas — Nelson Eizirik 83
- O moderno direito concursal — Jorge Lobo 87
- Aspectos constitucionais do sigilo bancário — Régis de Oliveira 98

ATUALIDADES

- Algumas considerações a respeito da utilização do “Trust” no direito brasileiro — Arnaldo Wald 105
- Cédula de procutu rural — CPR — Novo título circulatório (Lei 8.929/94) — Paulo Salvador Frontini 121

JURISPRUDÊNCIA

- Arguição de inconstitucionalidade — Tributário — Imposto de Renda — Lei 7.713/88 — Art. 35 — Acionista — Lucro não distribuído — Inconstitucionalidade — Eduardo Salomão Neto 127

NOTA BIBLIOGRÁFICA

- A sociedade unipessoal — Waldfrío Bulgarelli 142

NOTICIÁRIO

- Instituto Brasileiro de Direito Comercial Comparado e Biblioteca Tullio Ascarelli ... 143

- ÍNDICE ALFABÉTICO REMISSIVO 144

CURRICULUM DOS COLABORADORES DESTE NÚMERO

ARNOLDO WALD

Advogado em São Paulo e Paris; Professor Catedrático de Direito Civil da UERJ; Presidente do grupo brasileiro da Association Henri Capitant; Ex-Presidente da Comissão de Valores Mobiliários — CVM; Ex-Membro do Conselho Monetário Nacional

EDUARDO SALOMÃO NETO

Advogado em São Paulo; Doutor em Direito Comercial pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

EGBERTO LACERDA TEIXEIRA

Advogado em São Paulo

HAROLDO MALHEIROS DUCLERC VERÇOSA

Prof. Doutor do Departamento de Direito Comercial da Faculdade de Direito da USP

JORGE LOBO

Mestre em Direito Econômico pela UFRJ; Doutor e Livre Docente em Direito Comercial pela UERJ; Procurador de Justiça (aposentado) do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro; Professor de Direito Comercial da Escola da Magistratura — EMERJ e da Escola Superior do Ministério Público do Rio de Janeiro — FEMPERJ e advogado

LUIZ GASTÃO PAES DE BARROS LEÃES

Professor de Direito Comercial da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

NELSON EIZIRIK

Advogado no Rio de Janeiro

PAULO SALVADOR FRONTINI

Advogado em São Paulo; Professor de Direito Comercial da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo; Membro do Instituto Jurídico da Associação Comercial de São Paulo

RÉGIS DE OLIVEIRA

Professor Titular da Faculdade de Direito da USP

RENATO A. GOMES DE SOUZA

Advogado em São Paulo

WALDIRIO BULGARELLI

Professor Titular de Direito Comercial da Faculdade de Direito da USP; Professor dos cursos de graduação e pós-graduação da Faculdade de Direito da USP; Membro do Instituto Brasileiro de Direito Comercial Comparado e "Biblioteca Tulio Ascarelli"; Instituto Paulista de Direito Agrário; Instituto dos Advogados de São Paulo e Instituto dos Advogados Brasileiros e da Academia Paulista de Direito

JURISPRUDÊNCIA

ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE — TRIBUTÁRIO — IMPOSTO DE RENDA — LEI 7.713/88 — ART. 35 — ACIONISTA — LUCRO NÃO DISTRIBUÍDO — INCONSTITUCIONALIDADE DECLARADA

EDUARDO SALOMÃO NETO

Doutor em Direito Comercial pela Fac. de Direito da USP.
Advogado em São Paulo

(COLABORAÇÃO DO TRF)

ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE — Tributário — Imposto de Renda — Lei 7.713/88 — Art. 35 — Acionista — Lucro não Distribuído — Inconstitucionalidade Declarada — Se lucro realizado pela empresa, a ser distribuído aos sócios, é nova hipótese de incidência, estamos diante de imposto de competência residual da União, reclamando, pois, a edição de Lei Complementar, nos termos do art. 154, I, da CR. A sociedade é pessoa diversa de seus sócios. Ao encerrar seu balanço, o lucro realizado será ou não distribuído aos acionistas, dependendo do que for decidido em assembléia, não existindo, assim, para o acionista, disponibilidade econômica ou jurídica imediata, não tipificando renda para a pessoa física. A hipótese de incidência criada, lucro líquido apurado, não se compadece da sistemática da Lei das Sociedades Anônimas. A Lei 7.713/88, em seu art. 35, ao pretender tributar o lucro líquido apurado, ainda não distribuído aos acionistas, entra em testilha com o Texto Constitucional de 1988, especialmente com o art. 153, III. Não há, ainda, nos termos em que postulado pelo Código Tributário Nacional (art. 43), aquisição de disponibilidade, quer jurídica quer

econômica. Reconhecida e declarada a inconstitucionalidade da expressão “o acionista”, contida no art. 35, da Lei 7.713, de 22.12.88 (TRF — 3.ª Região; Arg. de Inc. em AMS n. 50.900-0-SP; Rel. Juíza Lucia Figueiredo; j. 1.2.95; maioria de votos).

ACÓRDÃO — Vistos, relatados e discutidos estes autos em que são partes as acima indicadas, decidiu o Tribunal Regional Federal da 3.ª Região, em Sessão Plenária, por maioria e pelo quórum qualificado, declarar a inconstitucionalidade da expressão “o acionista”, do art. 35, da Lei 7.713/88, nos termos do voto da Sra. Juíza-Relatora, com quem votaram os Srs. Juízes Diva Malerbi, Aricê Amaral, Pedro Rotta, Peixoto Júnior, Andrade Martins, Salette Nascimento, Roberto Haddad, Ramza Tartuce, Homar Cais, Annamaria Pimentel e Silveira Bueno, vencidos os Srs. Juízes Theotônio Costa, Oliveira Lima, Souza Pires, Jorge Scartezzini e Márcio Moraes, que rejeitavam a inconstitucionalidade argüida, nos termos da ata de julgamento que fica fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 1 de fevereiro de 1995
(data do julgamento) — Juiz OLIVEI-

RA LIMA, pres. da sessão — Juíza LUCIA FIGUEIREDO, relatora.

O Sr. Juiz-Presidente: O presente Mandado de Segurança funda-se basicamente na inconstitucionalidade do art. 35, da Lei 7.713, de 22.12.88, assim redigido:

“Art. 35. O sócio-quotista, o acionista ou o titular da empresa individual ficará sujeito ao Imposto sobre a Renda na fonte, à alíquota de 8% (oito por cento), calculado com base no lucro líquido apurado pelas pessoas jurídicas na data do encerramento do período-base.”

Diz a impetrante que referido artigo acaba por tributar lucro ainda não distribuído aos acionistas, baseando-se, portanto, em mera ficção de disponibilidade de renda. Entende que essa renda somente estará disponível ao sócio na medida em que a sociedade distribuí-la, pagando ou creditando à disposição de cada sócio. Caso assim não fosse, afrontar-se-ia o princípio da autonomia patrimonial, onde há distinção do patrimônio e a vontade dos sócios e da sociedade.

Assim, conclui a impetrante que o art. 35, da Lei 7.713/88 afronta o art. 145, § 1.º da CF, pois não observa a capacidade contributiva dos sócios.

No julgamento encerrado em 12.5.93, considerando que o lucro realizado da pessoa jurídica não tipifica renda para a pessoa física, pois não entra na disponibilidade jurídica imediata dos sócios (art. 202, da Lei 6.404/76), a Turma, por maioria, reconheceu a inconstitucionalidade da palavra “acionista” contida no art. 35, da Lei 7.713/88, por afronta especialmente do art. 153, III do Texto Básico, determinando o encaminhamento do processo para apreciação do Plenário desta Corte, nos termos do art. 441, do CPC e art. 174 do RI, em acórdão desta forma ementado, *verbis*:

“Tributário — Imposto de Renda — Lei 7.713/88. Art. 35 — Inconstitucionalidade — Preliminar de ilegitimidade de parte no que se refere à pessoa jurídica, a empresa, fonte retentora, rejeitada. Pretende-se tributar lucro realizado pela pessoa jurídica e, ainda, não auferido pelo sócio. Legitimidade, pois, da pessoa jurídica, vez que estabelecida relação jurídica entre esta e o Fisco. O conceito de ‘renda’ não pode ser aleatoriamente fixado pelo legislador ordinário, pena de infligir maus-tratos à Constituição. O fato imponível acontecido para pessoa jurídica não pode se estender à pessoa física.

O lucro, realizado pela pessoa jurídica, não significa, necessariamente, renda da pessoa física, quer econômica ou jurídica. Não se concebe tributação de fato futuro e incerto. Inconstitucionalidade do art. 35 da Lei 7.713, de 22.12.88, reconhecida pela maioria, com determinação de encaminhamento ao Plenário nos termos do art. 441 do CPC e 174 do RI desta Corte”.

O Ministério Público Federal, às fls. 174/180, em parecer da lavra do Dr. Coriolano de Góes Neto, opinou pelo acolhimento da presente Arguição de Inconstitucionalidade.

Desta forma, encaminhado os autos à V. Exa. para que seja determinada a inclusão em pauta, nos termos do § 1.º, 1.ª parte, do art. 171, do RI deste Tribunal, solicitando a distribuição do presente relatório entre os Juízes componentes da Corte (art. 171, § 1.º, 2.ª parte, do RI/TRF da 3.ª Região), remetendo-se, outrossim, cópia do parecer ministerial.

VOTO — A Exma. Sra. Juíza Lucia Figueiredo (relatora): O fulcro desta arguição é o art. 35 da Lei 7.713/88, que dispõe:

“O sócio-quotista, o acionista ou o titular da empresa individual ficará sujeito

ao Imposto sobre a Renda na fonte, à alíquota de 8% (oito por cento), calculado com base no lucro líquido apurado pelas pessoas jurídicas na data do encerramento do período-base.”

Discute-se, pois, se o lucro não distribuído aos sócios e tão-somente apurado na pessoa jurídica poderia ser objeto de tributação na fonte “na data de encerramento do período-base”.

O MM. Juiz *a quo*, em sua sentença, fl. 08, entendeu:

“O lucro distribuído aos sócios, sob forma de dividendos, sofre tributação na fonte, a título de antecipação, ou é tributado exclusivamente na fonte (art. 544 do RIR) e, ainda, o valor recebido pelo sócio ou acionista é tributado na cédula ‘F’, na declaração da pessoa física (art. 34). Entretanto, o art. 35 da Lei 7.713/88 traz uma nova hipótese de incidência do IR, que tem com fato gerador, tão-somente, a realização do lucro.”

Começo, pois, por verificar a possibilidade de haver nova hipótese de incidência do Imposto de Renda.

Traga-se à colação para esse mister o magistério de Roque Antônio Carrazza e, ainda, do Min. Luiz Gallotti, também citado por Carrazza.

Começemos com a lição de Roque Carrazza (nota 140, de seu livro *Curso de Direito Constitucional Tributário*, 4.ª ed., Malheiros, 1993, pp. 341-344):

“(…) Equivocam-se, portanto, os juristas que sustentam que renda, para fins de tributação por via de ‘imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza’ (IR), é tudo aquilo que a lei considera renda, não sendo dado ao aplicador desta mesma lei discutir os critérios por ela levados em conta, ao cuidar do assunto. Em suma, não haveria, para estes estudiosos — que perfilham a chamada teoria da ‘conceituação legalista de renda’ — uma noção constitucional de renda e proventos de qualquer natureza. A matéria gravitaria em torno do prudente arbítrio do legis-

lador federal. A ele, sim, caberia, com total liberdade, definir a hipótese de incidência deste tributo. (...)”

E, ainda:

“A nosso pensar, o conceito de ‘renda e proventos de qualquer natureza’, constitucionalmente abonado, pressupõe ações humanas que revelem mais-valias, isto é, acréscimos na capacidade contributiva (que a doutrina tradicional chama de ‘acréscimos patrimoniais’). Só quando há uma realidade econômica nova, que se incorpora ao patrimônio individual preexistente, traduzindo nova disponibilidade de riqueza, é que podemos falar em ‘renda e proventos de qualquer natureza. (...)”

O Min. Luiz Gallotti, sempre tão citado no voto proferido no Rec. Esp. n. 71.758, também (*apud Carrazza*) observou:

“Se a lei pudesse chamar de compra o que não é compra, de importação o que não é importação, de exportação o que não é exportação, de renda o que não é renda, ruiria todo o sistema tributário” (RT 66/165).

Por isso mesmo, creio, entendeu S. Exa., o juiz *a quo*, encontrar-se diante de nova hipótese de incidência.

É dizer: lucro realizado pela empresa a ser distribuído pelos sócios.

Ora, se assim fosse, estaríamos diante de imposto de competência residual da União e, para este, haveria necessidade de lei complementar, nos termos do art. 154, I. Somente por isso já verificamos a impossibilidade de a Lei 7.713/88 estar criando nova hipótese de incidência. Destarte, deixamos de examinar mais detidamente este aspecto.

Prosseguimos, em conseqüência, na verificação da constitucionalidade do já referido art. 35.

Hugo de Brito Machado, com sua proficiência costumeira e referindo-se especificamente à Lei em comento, afirma:

“É razoável considerar-se desprovida de validade jurídica a exigência de imposto de renda de pessoa física dos sócios de empresa relativamente ao lucro destas que não foi distribuído. O art. 35 da Lei 7.713/88, no que tributa como renda da pessoa física o que não é disponibilidade econômica, nem jurídica, ultrapassa o âmbito desse imposto, pelo que é inconstitucional. (...)”

A questão essencial, neste caso, reside em saber se os sócios adquirem, ou não, a disponibilidade jurídica dos lucros, logo sejam estes apurados pela Sociedade. Em um sistema jurídico que atribui relevância tributária à distinção entre pessoa física, ou natural, e pessoa jurídica, a resposta negativa se impõe” (*Curso de Direito Tributário*, 5.ª ed., Forense, 1992).

Se incursionarmos, ainda, um pouco pelo direito comercial, veremos que razão assiste ao i. tributarista.

A sociedade é pessoa diversa de seus sócios. Ao encerrar seu balanço, o lucro realizado será ou não distribuído aos acionistas, dependendo do que for decidido em assembléia.

Tem-se, ainda, que deixar esclarecido que as participações nos resultados, pagas ou creditadas, podem ser tributadas.

Na primeira hipótese, estar-se-ia dentro do exato conceito do Código Tributário Nacional, do que é renda, disponibilidade econômica do contribuinte, que teve seu patrimônio acrescido. E na segunda, creditados, na esfera da disponibilidade jurídica.

Ocorre que o lucro realizado da pessoa jurídica não tipifica renda para pessoa física. Renda somente existirá na hipótese de existência de disponibilidade econômica ou jurídica.

Não há a falar de disponibilidade jurídica do acionista por força do art. 202 da Lei 6.404/76, que dispõe sobre o dividendo obrigatório.

Deveras, dispõe o *caput* do art. 202:

“Art. 202. Os acionistas têm direito de receber como dividendo obrigatório,

em cada exercício, a parcela dos lucros estabelecida no estatuto, ou, se este for omissivo, metade do lucro líquido do exercício, diminuído ou acrescido dos seguintes valores: (...)”.

Todavia, se há de atentar aos §§ 3.º, 4.º e 5.º, também transcritos:

“(...) § 3.º Nas companhias fechadas, a assembléia-geral pode, desde que não haja oposição de qualquer acionista presente, deliberar a distribuição de dividendo inferior ao obrigatório nos termos deste artigo, ou a retenção de todo o lucro.

§ 4.º O dividendo previsto neste artigo não será obrigatório no exercício social em que os órgãos da administração informarem à assembléia-geral ordinária ser ele incompatível com a situação financeira da companhia. O Conselho Fiscal, se em funcionamento, deverá dar parecer sobre essa informação e, na companhia aberta, seus administradores encaminharão à Comissão de Valores Mobiliários, dentro de 5 dias da realização da assembléia-geral, exposição justificativa da informação transmitida à assembléia.

§ 5.º Os lucros que deixarem de ser distribuídos nos termos do § 4.º serão registrados como reserva especial e, se não absorvidos por prejuízos em exercícios subsequentes, deverão ser pagos como dividendo, assim que o permitir a situação financeira da companhia.”

Quero, pois, enfatizar que o lucro realizado pela pessoa jurídica, mesmo diante da figura do art. 202 da Lei 6.404/76, não entra na disponibilidade jurídica imediata dos sócios.

O mestre Waldírio Bulgarelli, em seus *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*, 1978, p. 52 e ss., averba:

“(...) A doutrina dominante considera o direito aos lucros sociais (direito patrimonial, essencial) como um direito a participar dos resultados positivos e

não especificamente o de ver distribuídos os lucros, portanto, ao dividendo (...).

Trata-se, portanto, de um direito que se apresenta com duas facetas básicas: uma abstrata, ou seja, o direito aos lucros sociais; uma concreta, ou seja, o direito ao dividendo deliberado.

Dáí que se aponta a sua sujeição a duas condições: uma suspensiva, que é a efetiva existência dos lucros, decorrente da sua apuração em balanço aprovado; e outra resolutiva, ou seja, que a assembléia não distribua esse lucro de maneira diversa, remetendo-o para reservas (...).

Trata-se, portanto, de um direito condicionado a dois fatores: 1) a existência efetiva de lucros, de acordo com balanço aprovado; 2) a deliberação da assembléia-geral decidindo a sua distribuição, ou o mandamento estatutário nesse sentido (...).

Tem-se, portanto, assim, de um lado a apuração dos lucros, e de outro, a disciplina da destinação desses lucros.

A Lei 6.404 não fugiu a essa tendência, disciplinando o balanço (com as demonstrações necessárias — arts. 176 e ss.), as reservas (arts. 193 e ss.) e fixando a competência da assembléia-geral ordinária (art. 132), para deliberar sobre a destinação do lucro líquido do exercício e a distribuição de dividendos (...).

Além, portanto, dos casos em que a assembléia-geral pode deliberar a não-distribuição de dividendos (companhias fechadas, desde que não haja oposição de qualquer acionista presente, art. 202, § 3.º, ou em todas as companhias, desde que, no exercício social, os órgãos de administração informem à assembléia-geral ser incompatível com a situação da companhia, art. 202, § 4.º), pode-se verificar a hipótese prevista acima de a assembléia-geral destinar os lucros a reservas para contingências ou lucros a realizar, ou reter os lucros, ou então não

serem distribuídos, pela sua absorção pelas reservas estatutárias."

Rubens Requião, citado em nota de rodapé por Bulgarelli (p. 57), assevera:

"Só assim poderíamos compreender a afirmação de que a sociedade anônima é uma instituição que, uma vez criada, se deve reger não mais por regras contratuais personalistas, mas por regras éticas de superior comportamento moral. Pode-se, assim, compreender melhor, posta a questão nesses termos, teorias modernas, sustentadas por alguns autores, entusiasticamente acolhidas por executivos, dos conselhos de direção, de que a empresa, atividade exercitada pela sociedade, deve atender primeiro aos seus próprios interesses de preservação e desenvolvimento, a serviço da coletividade, para só depois se preocupar com os interesses egoísticos de seus acionistas" (*A Sociedade Anônima como Instituição*, in *Rev. Dir. Mercantil*, Nova Fase, n. 18, 1975, p. 28).

Comentando Luiz Gastão Paes de Barros Leães, afirma que este:

"adere (...) à concepção de Pontes de Miranda, dos direitos expectativos, ou seja, o direito a adquirir direito. Considera assim, o direito do acionista ao dividendo como 'direito expectativo (*spes debitum ire*): em havendo lucro, fixado pelo balanço de exercício, e determinados a assembléia-geral, o *quantum* e a maneira de sua distribuição (caso os estatutos já o não tenham feito), deixa de haver direito expectativo para nascer o direito expectado ao dividendo".

Entretanto, consta do acórdão lavrado pelo em. Juiz José Delgado, do Tribunal Regional Federal da 5.ª Região, a seguinte assertiva que se repete na inteireza do voto:

"O lucro, uma vez apurado, encontra-se na esfera de disponibilidade jurídica dos sócios, que lhe definirão o destino, portanto, a tributação neste instante não ofende a regra do art. 43 do CTN."

Ora, a assertiva feita seria de prevalecer se o art. 202 já referido obrigasse à distribuição de todo lucro como dividendo obrigatório. De conseguinte, a hipótese de incidência criada, lucro líquido apurado, não se compadece da sistemática da lei das sociedades anônimas.

O lucro realizado pela pessoa jurídica não se encontra, na hipótese, na disponibilidade jurídica do acionista.

A propósito do tema, citamos os seguintes arestos, ora dando pela inconstitucionalidade do dispositivo em testilha, ora pela constitucionalidade, como o acórdão já citado acima:

Pela constitucionalidade:

“Tributário — Imposto de Renda — Pessoa jurídica — Lucro sócio-quotista — Retenção na fonte — Lei 7.713/88, art. 35 — Constitucionalidade.

Sendo o fato gerador do imposto de renda a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica de renda ou de proventos, inclusive os acréscimos patrimoniais (CTN, art. 43), o mesmo se configura na hipótese de apuração de lucro líquido pela pessoa jurídica, no tocante aos seus sócios-quotistas ou acionistas.

Para efeito de tributação do imposto de renda, bem como a sua retenção na fonte, na forma prevista no art. 35 da Lei 7.713/88, é irrelevante o fato de ser o lucro líquido distribuído aos sócios ou reinvestido na empresa. Precedentes. Improvimento do Recurso de Apelação” (TRF da 1.ª Região, 4.ª Turma, AC n. 93.01.08059-1-MG, Rel. Juiz Leite Soares, j. 25.4.94, unânime, DJ 2, de 9.5.94, p. 21.439).

“Tributário — Imposto de Renda — Art. 35 — Lei 7.713/88.

A sujeição do sócio ao imposto de renda, na fonte, à alíquota de 8% (oito por cento), calculado com base no lucro líquido apurado pela pessoa jurídica, sobre

não ofender o princípio constitucional da capacidade contributiva, é compatível com o CTN — art. 43. Apelação improvida” (TRF da 1.ª Região, 3.ª Turma, AMS n. 92.01.28484-5-MG, Rel. Juiz Fernando Gonçalves, j. 28.3.94, unânime, DJ 2, de 9.5.94, p. 21.435).

“Tributário — Imposto de Renda — Retenção quando da apuração do lucro líquido (Lei 7.713/88).

Validade. Uso do permissivo do parágrafo único do art. 45 do CTN. Apelo improvido” (TRF da 5.ª Região, 3.ª Turma, AC n. 94.05.15018-9-RN, Rel. Juiz Lázaro Guimarães, j. 16.6.94, por maioria, DJ 2, de 5.8.94, p. 4.180).

Pela inconstitucionalidade:

“Tributário e constitucional — IR — Sócios, acionistas ou titulares de empresa individual — Lucro líquido não distribuído — Lei 7.713/88, art. 35 — Inconstitucionalidade.

O Plenário desta Corte reconheceu a inconstitucionalidade do art. 35 da Lei 7.713/88 (AIAMS 91.04.04947-0-RS). Apelação e remessa improvidas” (TRF da 4.ª Região, 3.ª Turma, AMS n. 94.04.17018-6-RS, Rela. Juíza Tânia Escobar, j. 31.5.94, unânime, DJ 2, de 20.7.94, p. 38.557).

“Tributário — Imposto de Renda — Tributação do sócio-quotista pelo lucro líquido da pessoa jurídica independentemente de sua distribuição — Lei 7.713/88, de 1988 (art. 35).

O fato gerador do imposto de renda é o acréscimo patrimonial mais a respectiva disponibilidade, de modo que o quotista não está sujeito a pagar esse tributo pelo lucro da sociedade antes da distribuição deste. Precedente do Plenário. Apelação e Remessa ‘Ex-Offício’ improvidas” (TRF da 4.ª Região, 1.ª Turma, AS n. 94.04.16342-2-RS, Rel. Juiz Ari Pargendler, j. 28.6.94, unânime, DJ 2, de 20.7.94, p. 38.501).

“Constitucional — Tributário — Imposto de Renda sobre lucro líquido não distribuído ao sócio ou acionista.

É inconstitucional o art. 35 da Lei 7.713, de 22.12.88 (Incidente de Inconstitucionalidade na AMS n. 91.04.04947-0). Sentença mantida" (TRF da 4.ª Região, 2.ª Turma, AMS n. 93.04.11057, Rel. Juiz Teori Albino Zavascki, j. 13.5.93, unânime, DJ de 21.7.93, p. 28.667).

"Tributário — Imposto de Renda sobre o lucro líquido — Lei 7.713/88, art. 35 — CTN, art. 43.

O art. 35, da Lei 7.713/88, é desprovido de validade jurídica porque contraria o art. 43, do CTN, posto que do fato de apurar a pessoa jurídica o seu lucro não decorre aquisição de disponibilidade econômica, nem jurídica, para seus sócios. Apelação provida" (TRF da 5.ª Região, 1.ª Turma, AMS n. 94.05.03720-0-CE, Rel. Juiz Hugo Machado, j. 17.3.94, unânime, DJ 2, de 15.7.94, p. 37.938).

"Tributário — Imposto de Renda — Pessoa jurídica — Adicional de 8% sobre o lucro não distribuído — Lei 7.713/88.

A Lei 7.713/88, ao tributar a pessoa física sobre lucro que ainda não se encontra na sua esfera de disponibilidade, viola frontalmente o CTN.

A tributação incidente sobre a pessoa física decorre necessariamente de um acréscimo patrimonial do sócio, o que não ocorre antes da distribuição dos lucros. Inexistindo acréscimo patrimonial, incorre o fato gerador do IR, impossibilitando, em consequência, a cobrança da exação. Provimento do Recurso" (TRF da 5.ª Região, 1.ª Turma, AMS n. 93.05.21702-AI, Rel. Juiz Rivalvo Costa, j. 4.3.93, DJ de 7.5.93, p. 16.820).

Posto isso, pelo meu voto, reconheço a inconstitucionalidade do art. 35, da Lei n. 7.713, de 22.12.88, no que tange aos "acionistas", única matéria examinada, pois não se compadece com a Constituição de 1988, especialmente com o art. 153, III do texto básico, por

inexistir renda disponível para pessoa física, nem econômica nem juridicamente.

Deve ser suprimido, portanto, do mencionado art. 35, o vocábulo "acionistas".

É o voto.

RETI-RATIFICAÇÃO DE VOTO —

Em virtude de erro material, reti-ratifico meu voto para que, onde se lê "acionistas", leia-se "o acionista".

Desta forma, a parte dispositiva de meu voto fica assim redigida:

"Posto isso, pelo meu voto, reconheço a inconstitucionalidade do art. 35, da Lei 7.713, de 22.12.88, no que tange ao acionista, única matéria examinada, pois não se compadece com a Constituição de 1988, especialmente com o art. 153, III do texto básico, por inexistir renda disponível para pessoa física, nem econômica nem juridicamente.

Deve ser suprimido, portanto, do mencionado art. 35, a expressão 'o acionista'." Lúcia Figueiredo.

COMENTÁRIO

1. A decisão e seus fundamentos

A decisão do Tribunal Federal Regional da 3.ª Região transcrita acima versa sobre a tributação sobre o lucro líquido das pessoas jurídicas criada pelo art. 35 da Lei 7.713, de 22.12.88, nos seguintes termos:

"Art. 35. O sócio quotista, o acionista ou o titular de empresa individual ficará sujeito ao Imposto de Renda na fonte, à alíquota de 8% (oito por cento), calculado com base no lucro líquido apurado pelas pessoas jurídicas na data de encerramento do período-base."

Esse tributo era impropriamente declarado como incidente na fonte, embora incidisse independentemente de distribuição efetiva de lucros aos contribuin-

tes descritos no artigo anteriormente referido. O tributo deixou de ser cobrado em relação a lucros apurados a partir de 1.º.1.93, por força do art. 75 da Lei 8.383, de 20.12.91, sendo que a decisão aqui versada se refere a lucros anteriores a tal termo.

No Acórdão em questão, discutiu-se a possibilidade de cobrança do tributo em relação a sociedades anônimas, concluindo-se por sua inconstitucionalidade em relação aos acionistas delas.

Para perfeita compreensão da decisão é preciso entender que o legislador procurou tributar não a sociedade geradora do lucro, mas seu acionista, ao qual era imputado porcentual do lucro líquido igual ao porcentual de sua participação na sociedade, independentemente de efetiva distribuição dos resultados. Em virtude da possibilidade de não ter havido distribuição do lucro ao acionista, e eventualmente de não dispor este de capacidade patrimonial para arcar com o tributo, o mecanismo de arrecadação escolhido era exigir o tributo da própria sociedade distribuidora. Para explicar e justificar isso, o legislador classificou o tributo criado como incidente na fonte, o que constitui em termos estritos um erro: de fato, não há tributação na fonte pagadora porque o Imposto sobre o Lucro Líquido (ILL), como passou a ser chamado, era cobrado mesmo em relação à parte do lucro líquido da sociedade não paga aos acionistas, mas retida para absorção de prejuízos ou constituição de reservas.

O voto da relatora, Exma. Sra. Juíza Lucia Figueiredo, partiu do pressuposto de que o Código Tributário Nacional, com apoio na Constituição Federal, permite em seu art. 43 a incidência de Imposto de Renda apenas em caso de “aquisição de disponibilidade econômica ou jurídica de renda e proventos de qualquer natureza”, como mais abaixo discutiremos pormenorizadamente. Em

vista disso, a relatora mostrou que o lucro declarado por companhia no balanço de encerramento do exercício social, nos termos do art. 202 da Lei 6.404, de 15.12.76 (Lei das S/A), não é posto à disposição dos sócios, total ou parcialmente, citando para fundamentar sua interpretação longo extrato doutrinário extraído dos *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas* de Waldírio Bulgarelli.¹

Com base em tais fundamentos, bem como em outras citações doutrinárias de menor impacto, conclui a relatora pela inconstitucionalidade do art. 35 da Lei 7.713/88, na parte em que sujeita a tributação o acionista de sociedade anônima, no que foi acompanhada pela maioria dos integrantes do Tribunal Regional Federal da 3.ª Região reunidos em sessão plenária.

A decisão tomada é a nosso ver inteiramente acertada, consagrando em sede jurisprudencial a conclusão que derivaria necessariamente de estudo aprofundado da doutrina tributária. No campo societário, consagra princípio de separação patrimonial da maior importância, cuja abrangência verdadeira deve ser analisada com base na teoria institucionalista da empresa. Acreditamos que esses dois pontos merecem desenvolvimento mais pormenorizado, e passaremos a isso nos itens que seguem.

Cumpramos frisar que essa decisão foi ratificada no Recurso Extraordinário n. 172.058-2 pelo Supremo Tribunal Federal reunido em sessão plenária na data de 30.6.95.²

1. Waldírio Bulgarelli, *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*, 1978. pp. 52 e ss.

2. Conforme relatório do escritório brasileiro Advocacia Guerra de Andrade S/C, datado de 30.6.95, não se encontrando o resultado do julgamento publicado e o acórdão respectivo redigido quando da redação destes comentários.

2. Impossibilidade legal de tributação de rendimentos não realizados

A decisão analisada impediu que recaísse tributação para o acionista sobre lucros retidos pela sociedade. A perfeita compreensão do acerto de tal posicionamento pressupõe que nos aprofundemos sobre os pressupostos da tributação pelo Imposto de Renda.

Nos termos do art. 153, inc. III da Constituição Brasileira fica a União intitulada a instituir imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza.

Dois teorias se põem para precisar o exato conceito de renda: a teoria do fluxo e a do acréscimo patrimonial.

A teoria da renda como fluxo corresponde ao conceito clássico e à noção geralmente aceita. Segundo tal teoria, constitui renda o valor dos bens e serviços que fluem para determinada pessoa num dado período de tempo, podendo-se computar em tais valores os serviços que um indivíduo presta diretamente a si mesmo em decorrência de sua atividade. Um destacado defensor dessa teoria foi o célebre economista americano Irving Fischer³ para quem renda é “o valor monetário do fluxo de serviços percebidos pelo indivíduo durante um certo período de tempo”. O termo serviços é usado por Fischer em seu sentido antes econômico do que jurídico, já que abrange segundo o autor não só prestações pessoais de terceiros como vantagens decorrentes de direitos reais sobre móveis e imóveis. Também Hewett⁴ teve percepção semelhante sobre a natureza da renda, definindo-a como o “fluxo de bens ou serviços percebidos por qualquer indivíduo du-

rante um período de tempo e disponível para utilização depois da dedução dos custos necessários da aquisição”.

Em oposição à teoria acima, surgiu simultaneamente a ela corrente que encara a renda como o acréscimo patrimonial de uma dada pessoa em determinado período, independentemente de fluxo de recursos. O cerne de tal concepção é refletido com precisão nas palavras de Henry Simons:⁵

“A renda pessoal pode ser definida como a soma algébrica de 1) o valor de mercado dos direitos exercidos para consumo, e 2) a modificação do valor do estoque de direitos de propriedade entre o princípio e o fim do período em questão”.

Do trecho acima citado fica claro o principal traço diferenciador entre as duas teorias. A teoria da renda como fluxo exclui do conceito o aumento de valor patrimonial de ações e participações societárias em geral em virtude da retenção de lucros não distribuídos, enquanto não realizado seu valor por falta de alienação, já que até esse momento inexistirá fluxo. Já a corrente que equipara a renda ao acréscimo patrimonial incluiria na noção de renda os ganhos não realizados com a valorização das ações e participações societárias.

O conceito teórico da renda como fluxo é na verdade o único aceitável, representando a concepção clássica e a aceção comum e econômica da palavra. A tentativa de sua ampliação de forma a abranger os acréscimos patrimoniais não realizados é que determinou o surgimento de teorias alternativas (como a do acréscimo patrimonial). Isso é bem demonstrado por José Luis Bulhões Pedreira,⁶ para quem o conceito da

3. “The nature of Capital and Income”, New York, 1906, “Encyclopaedia of Social Sciences”, no verbete “Income”.

4. “The Definition of Income and its Application in Federal Taxation”, 1925, pp. 22-23.

5. “Personal Income Taxation”, Chicago, 4.ª ed., 1962.

6. “Imposto de Renda”, Justec Editora Ltda., 1971, item 2.11 (14).

renda como acréscimo patrimonial é artificioso, partindo seus defensores “de posição preconcebida sobre quais os itens que devem ser incluídos na renda pessoa tributável, e depois procuram formular posição que compreenda esses itens e, ao mesmo tempo, exclua aqueles que no seu modo de entender não devem ser computados na determinação da renda pessoal”.

O repúdio econômico à teoria da renda como acréscimo patrimonial é seguido por idêntico repúdio na legislação brasileira. Nesses termos dispõe o art. 43 do Código Tributário Nacional que o fato gerador do imposto de renda é a aquisição de disponibilidade jurídica sobre renda, definida como o produto do capital, do trabalho ou de ambos, bem como sobre proventos, abrangendo outros acréscimos não compreendidos no conceito de renda. É óbvio inexistir disponibilidade, quer econômica, quer jurídica, de renda ou proventos em relação a ganhos não realizados, pois seu valor definitivo não é conhecido até o momento da obtenção de eventual lucro na alienação, na medida em que sujeito às variações do mercado. Além disso, o ganho não pode ser tido como realizado por não ser ainda passível de qualquer utilização pelo contribuinte, como lembra Alcides Jorge Costa.⁷

7. “Imposto sobre a Renda — A aquisição da disponibilidade jurídica ou econômica como seu fato gerador. Limite de sua incidência”, in *Revista de Direito Tributário*, n. 40, p. 105:

“Cabe, portanto, indagar o que é disponibilidade antes de perguntar-se o que significa “econômica” e “jurídica”. Disponibilidade é a qualidade do que é disponível. Disponibilidade é aquilo de que se pode dispor. E entre as diversas acepções de dispor, as que podem aplicar-se à renda são: empregar, aproveitar, servir-se, utilizar-se, lançar mão de, usar. Assim, quando se fala em aquisição de disponibilidade de renda deve entender-se aquisição de renda que pode ser empregada, aproveitada, utilizada etc.

Em vista disso, fica patente que o objetivo do Código Tributário Nacional foi excluir o conceito de renda baseado no simples acréscimo patrimonial, que tributaria o ganho não realizado sobre o qual não se tem disponibilidade, para esposar a teoria da renda como fluxo. Essa teoria, como já foi visto, repudia que seja considerado renda o simples aumento do valor de mercado de determinados bens como ações ou participações em sociedades que retiverem lucros, antes de sua realização, até porque nesses casos inexistirá transferência (fluxo de recursos) em favor do titular do patrimônio valorizado, como aliás afirma José Luiz Bulhões Pedreira.⁸ Isso entretanto é o que o art. 35 da Lei 7.713/88 pretendeu fazer em relação a lucros societários não sujeitos a distribuição efetiva, mas apenas apurados em balanço. Nesse caso, os referidos dispositivos optaram por tributar o ganho ainda não

Parece importante essa conceituação inicial pois ela afasta, desde logo, a tributação da renda virtual ou ainda não realizada. Assim, a valorização de imóveis não pode ser tributada senão quando a renda dela decorrente possa ser utilizada, empregada etc., o que só acontece quando ela deixar de ser virtual e se torna efetiva, como numa alienação de imóvel. Ou, em se tratando de sociedade, através de uma reavaliação, em que a disponibilidade ocorre indiretamente, através das ações que o acionista recebe gratuitamente.”

8. Op. cit., item 12.11 (20):

“Pelos mesmas razões, acreditamos que não se ajusta ao conceito constitucional de renda o aumento de valor de patrimônio resultante da compra de bem por preço inferior ao seu valor. O aumento de valor do patrimônio, nesta hipótese, não tem origem em renda percebida e poupada, mas decorre de nova avaliação do bem adquirido. Enquanto o ganho de capital não for realizado pela disposição da coisa, essa diferença de valor não constitui parte da renda do contribuinte. Sem a alienação do bem, que causa a transferência de renda do adquirente para o alienante, não há renda sobre a qual possa recair o tributo.”

realizado, meramente potencial e ainda incerto, em flagrante violação ao conceito teórico de renda adotado pelo art. 43 do Código Tributário Nacional.

A impossibilidade de tributação de ganhos não realizados tem também sido afirmada pela doutrina estrangeira, principalmente italiana, a partir de outro prisma. O destaque da riqueza de sua fonte produtiva (ou seja, sua realização) é considerado um pressuposto da própria formação da renda. Nos termos em que a questão foi colocada por Luigi Nascimento,⁹ a realização faz parte da produção da renda, que não se pode considerar produzida se não é realizada. Isso implica afirmar que só pode existir renda ao final de uma operação produtiva completa, e não ao final de cada uma das fases parciais de que ela compõe.¹⁰ Tal princípio é reconhecido igualmente pela doutrina e jurisprudência, tendo uma sentença da Comissão Central, em sessão conjunta, determinado que para que haja renda realizada e tributável deve-se verificar a existência de uma dada operação produtora de riqueza em fase terminal e conclusiva.¹¹ Confrontando-se tais princípios com a modalidade de tributação de lucros vigente nos termos do art. 35 da Lei n. 7.713/88, pode-se concluir que as disposições legais visam a tributar o ganho do sócio ou acionista antes que ele se destaque da fonte que o produziu, no caso a sociedade que apurou os lucros. Isso implica surpreender no meio a operação que pode produzir a renda. Tal operação é de natureza complexa e deve

ser entendida em sua inteireza, iniciando-se com o investimento societário e terminando somente quando cada parcela de lucros respectiva ao investimento é paga ao acionista ou sócio. Por causa disso, não tem nenhum sentido e interrompe no meio uma operação produtiva a pretensão do fisco de tributar “na fonte” rendimentos não distribuídos aos sócios.

Cumpra ainda chamar a atenção para o princípio da capacidade contributiva, enunciado pelo art. 145, § 1.º, da Constituição Federal nos seguintes termos:

“Art. 145 (...).

§ 1.º Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade do contribuinte...”.

A doutrina é unânime em julgar que o qualificativo “sempre que possível” refere-se ao caráter pessoal dos impostos, sendo que o respeito ao princípio da capacidade contributiva é devido de forma incondicionada.¹²

No mais, a importância do princípio da tributação segundo a capacidade contributiva é igualmente ressaltado no Direito Comparado. Nesse sentido, é encarada por autores como Dino Jarach e Griziotti como a própria causa justificadora da tributação,¹³ no sentido de que representa a razão por que determinado fato material foi escolhido pela

9. “Il Reddito nella Scienza delle Finanze e nel Diritto Tributario Italiano”, Milão, 1953, p. 159.

10. Princípio reconhecido por L. V. Berliri em seu artigo “Appunti sul Concetto di Reddito”, in “Riv. It. di Diritto Finanz.,” 1939, I, 9.

11. Dec. de 9.11.46, n. 85.001, seguido de extensa linha no mesmo sentido.

12. Veja-se nesse sentido Ives Gandra da Silva Martins, *Sistema Tributário na Constituição de 1988*, São Paulo, 1989, pp. 76-78 e Hugo de Brito Machado, *Os Princípios Jurídicos da Tributação na Constituição de 1988*, São Paulo, 1989, pp. 52-54.

13. Veja-se nesse sentido Dino Jarach, *O Fato Imponível*, trad. de Dejalma de Campos, São Paulo, 1989, pp. 99 e ss. e B. Griziotti, *Riflessioni di Diritto Internazionale, Politica, Economia e Finanze*, Pavia Treves, 1936, pp. 17-18.

legislação tributária como passível de desencadear a obrigação tributária. No caso do Imposto de Renda, o respeito à capacidade contributiva se traduz na regra do art. 43 do Código Tributário Nacional de que só pode ser tributada a aquisição de disponibilidade econômica ou jurídica, já que só tal disponibilidade revela a existência de capacidade contributiva.

A tributação dos lucros não distribuídos, entretanto, desprezou completamente o princípio, na medida em que passa a determinar a tributação sobre meras expectativas de ganho futuro, que de forma alguma revelam capacidade contributiva. Prova disso é que a pretensão do fisco recairá sobre contribuinte que ainda não adquiriu disponibilidade dos meios financeiros que lhe permitiriam pagar o tributo, podendo-se chegar ao absurdo de ser ele obrigado a alienar em momento desfavorável suas ações ou participação societária para quitar suas obrigações tributárias, apurando prejuízo ao invés de lucro, como ressalta Klaus Tipke.¹⁴ Por mais esta razão ainda fica demonstrado ser a tributação pelo ILL dos lucros não distribuídos totalmente inconstitucional.

3. Acionista, lucro e institucionalização da empresa

O não-preenchimento dos requisitos de tributação discutidos no item 2 fica claro em vista do liame algo tênue que liga o dividendo declarado e o acionista que seria pretensamente seu titular, assunto que o acórdão desenvolve pormenorizadamente, a partir do art. 202 e respectivos parágrafos da Lei das S/A.

Nos termos do referido dispositivo, impõe-se dividendo mínimo obrigatório

de 50% do lucro líquido da companhia em caso de omissão do estatuto. Quanto ao estatuto, poderá diminuir esse limite, chegando mesmo a valor ínfimo, de acordo com a doutrina,¹⁵ desde que o faça em caráter originário, pois em caso de alteração estatutária em relação a estatuto omissivo, o dividendo mínimo não será inferior a 25%. Mais do que isso, na companhia fechada a assembléia geral poderá, não havendo oposição dos acionistas presentes, deliberar a distribuição de dividendo inferior ao obrigatório ou mesmo a retenção de todo o lucro. Mais ainda, a distribuição de dividendos em companhias aberta e fechada não é obrigatória sempre que os órgãos de administração informarem à assembléia geral ordinária a incompatibilidade de tal procedimento com a situação financeira da companhia.

Todas essas regras mostram claramente que a simples apuração do lucro societário pela sociedade anônima não implica disponibilidade dos recursos para o acionista, pois normalmente apenas o dividendo mínimo estaria a eles assegurado, o qual pode estar estatutariamente fixado em bases ínfimas. Mesmo o referido dividendo mínimo pode ser subtraído à disponibilidade dos acionistas, em caso de ser seu pagamento incompatível com a situação financeira da sociedade distribuidora.

É essa realidade que é muito bem traduzida pelo extrato da obra de

15. Nesse sentido veja-se Modesto Carvalhosa e Nilton Latorraca, *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*, v. 5, São Paulo, Saraiva, 1977, p. 120; e Egberto Lacerda Teixeira e José Alexandre Tavares Guerreiro, *Das Sociedades Anônimas no Direito Brasileiro*, v. 2, São Paulo, José Buschatsky, Editor, 1979, pp. 591-592. Em nosso entender, não há qualquer impedimento a que o estatuto preveja expressamente a inexistência de dividendo mínimo.

14. "Steuerecht", Colônia, 1987, 11.ª ed., pp. 268 e ss.

Waldírio Bulgarelli trazida à colação pela relatora, dividindo em duas facetas o direito do acionista aos lucros sociais: a primeira abrange o direito de beneficiar-se de lucros que venham a ser gerados, a segunda o direito eventual aos dividendos declarados. Cada uma dessas facetas sujeita-se a diferentes condições, no primeiro caso “a existência efetiva de lucros, de acordo com o balanço aprovado”, e no segundo “a deliberação da assembléia geral decidindo a sua distribuição”, no dizer de Bulgarelli.

Assim sendo, fica claro que só a existência de lucro nada atribui ao contribuinte em termos concretos quanto a disponibilidade de renda tributável, pendente ainda a deliberação assemblear, raciocínio este que serviu de supedâneo ao Acórdão comentado.

A possibilidade de retenção de lucros gerados, que é reconhecida na lei acionária, deve ser vista como parte da visão institucionalista da empresa, que considera a empresa como estrutura básica da sociedade cujos interesses são dignos de proteção em certa medida independente dos direitos dos sócios. De fato, admitir a possibilidade de retenção de lucros excedentes ao dividendo mínimo, bem como impedir distribuições em caso de isso atender à situação financeira da companhia, são normas tipicamente inspiradas pela concepção institucionalista, que aconselha a preservação da atividade produtiva mesmo com algum sacrifício dos sócios do empreendimento. Nesse ponto, faz sentido coligir as observações sobre o assunto do mesmo Waldírio Bulgarelli cuja doutrina inspirou o Acórdão:

“Tem sido no âmbito das sociedades anônimas que o problema dos interesses convergentes na empresa e a sua responsabilidade social têm merecido maior realce e por essa via se abriu o caminho

para uma tomada de consciência sobre o tema geral da responsabilidade da empresa.

É consabido que a questão do aparecimento da empresa, na economia moderna, se apresenta com aspecto correlato, diretamente aparentado ao fenômeno idêntico ocorrido, em geral, com as sociedades por ações; estas, as criadoras e mantenedoras daquela, mercê do seu regime jurídico, consideradas verdadeiras máquinas jurídicas, no dizer de Ripert, de captação de recursos no mercado, a tal ponto que a problemática de ambas, não raro tem sido confundida.

Foi de tal maneira espantoso o crescimento das companhias neste século que, sobretudo, no campo das empresas de maior porte, verdadeiros gigantes, chamadas por isso mesmo de macroempresas, acabou por se verificar uma separação entre a propriedade e o controle, conforme puseram em evidência, pioneiramente, Berle e Means, gerando entre outros problemas, o da proteção dos interesses dos acionistas minoritários.

A) A importância que assumiram essas empresas geradoras de produção, tributos e empregos, implicou na cogitação da existência de um interesse superior, seu, próprio, em relação ao interesse dos acionistas e dos credores, de que se fizeram intérpretes as teorias institucionalistas, principalmente, as alemãs, de W. Rathenau (*Unternehmen an sich*), de O. V. Gierke (*Person in sich*) e de Hausmann, cuja essência, apesar das divergências entre elas, está na admissão de um interesse superior da empresa.

O momento culminante do aparecimento dos interesses da empresa perante o interesse dos acionistas, surge, na prática, entre outras, por ocasião da distribuição dos lucros da companhia, apresentando-se então a opção de destiná-

los ao pagamento dos dividendos ou para as reservas, em função das necessidades da empresa.

Foram, na época imediata que precedeu à Primeira Guerra Mundial, muito comentadas as posições tomadas em relação ao dilema do autofinanciamento ou da distribuição dos lucros. Lembremos de que a Walther Rathenau é atribuída a paternidade da posição do privilegiamento da empresa, em detrimento até mesmo dos interesses dos acionistas, no que teve uma série de seguidores. Fez fortuna, nessa linha, a afirmação atribuída a um administrador da Norddentsschen Lloyde, de que: “a finalidade da sua empresa não era distribuir lucro aos acionistas, mas, de fazer os barcos navegarem no Reno”, a qual deu ensejo até a uma formosa polêmica, na qual se sobressaiu o agudíssimo estudo de A. Asquini, *I batteli del Reno*.

Essas doutrinas acabaram por perder, com o tempo, muito do seu vigor, e hoje não se exageraria afirmando que acabou por se verificar uma espécie de ajustamento, de um lado, reconhecendo-se o mérito das correntes institucionalistas quando põem em destaque o fato de as companhias constituírem um verdadeiro núcleo social sobre o qual incidem diversos tipos de interesses a que é preciso atender, e que devem sobreviver à vidas dos seus membros, e por outro, reconhecendo-se também o postulado da tese contratualista de que é preciso atender os interesses dos acionistas na busca do lucro.

As discussões sobre o chamado interesse da empresa em si, o interesse da sociedade e o interesse egoístico dos acionistas, foram superadas pela identificação de um interesse social, que certamente não é superior ou independente aos dos acionistas nem representa a mera somatória dos seus interesses egoísticos, mas que diz respeito a um

interesse geral e que sem dúvida desborda para a conservação e desenvolvimento da empresa.

Nessa linha é que caminhou a nossa Lei das Companhias (6.404, de 15.12.76), procurando conciliar os interesses dos acionistas com o interesse social, na área da distribuição de dividendos (art. 202), no campo das reservas (arts. 193 e ss.), assim como no exercício do direito de voto (art. 115), sem descuidar de prever uma série de medidas de proteção aos minoritários”.¹⁶

Nesse ponto, poder-se-ia cogitar da legitimidade de aplicação do ILL a sociedades outras que não as anônimas. Aqui é útil a reflexão de que a teoria institucionalista é proposta em relação a quaisquer empresas, conduzidas por sociedades anônimas ou por quaisquer outros tipos de sociedades. Isso recomendaria a aplicação a todas estas da consideração de que o lucro apurado não gera disponibilidade para o sócio antes de distribuído, pois de fato em todas estas sociedades seria plenamente legítima a retenção de resultados para atender, por exemplo, a peculiaridades da situação financeira do negócio. Tais peculiaridades poderiam ser a necessidade de retenção de lucros para fazer frente a novos investimentos, para prevenção contra despesas ou contingências futuras etc. A retenção de lucros seria nessas hipóteses, e muitas vezes de fato é, decidida pelos sócios com vistas a preservação da empresa. Mais ainda poder-se-ia mesmo admitir a hipótese de um deles impor sua vontade aos demais, valendo-se para tanto da Justiça, com base na teoria institucionalista. Argumentos para tanto não faltariam, entre os quais o fato de que o art. 116 da Lei das S/A estabelece para o acionista

16. Waldírio Bulgarelli, *A Teoria Jurídica da Empresa*, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1985, pp. 276-281.

controlador a obrigação de atender os interesses da totalidade dos acionistas, da comunidade em que atua e dos trabalhadores. Tais princípios de base institucionalista são aplicáveis às sociedades por quotas de responsabilidade limitadas por força do art. 18 do Decreto 3.708, de 10.1.1919, e por analogia às demais sociedades.¹⁷

17. A decisão do plenário do Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário n. 172.058-2 (ver nota 2 acima) parece reconhecer isso estendendo a inconstitucionalidade do ILL em tese a sociedades por quotas que, no plano dos fatos, retenham efetivamente por disposição contratual parte dos lucros.

4. Conclusão

A decisão comentada tem fundamentos sólidos e promove a justiça fiscal no sentido de impedir a tributação de lucros não realizados pelos contribuintes. Sua importância ultrapassa entretanto o plano estritamente fiscal, constituindo análise jurisprudencial baseada em doutrina sólida a respeito do liame jurídico que liga o acionista ao lucro da companhia. Não menos importante, trata-se ainda de uma tradução jurisprudencial da visão institucionalista da empresa, que considera a sociedade dotada de interesses distintos dos de seus sócios, os quais podem mesmo justificar a retenção de lucros.