

INSPER
LL.M EM DIREITO TRIBUTÁRIO E SOCIETÁRIO

JÚLIO LINDNER BARBIERI

ÁGIO NA SUBSCRIÇÃO DE QUOTAS

SÃO PAULO
2017

JÚLIO LINDNER BARBIERI

ÁGIO NA SUBSCRIÇÃO DE QUOTAS

Monografia escrita pelo aluno Júlio Lindner Barbieri com o objetivo de obtenção de certificação da Dupla Titulação dos cursos de LL.M. em Direito Tributário e LL.M em Direito Societário, a fim de obter o título de Especialista; apresentado ao núcleo de Direito INSPER.

Orientador: Profa. MSc. Ana Cristina von Gusseck Kleindienst

Coordenador: Prof. Dr. André Antunes Soares de Camargo

SÃO PAULO
2017

JÚLIO LINDNER BARBIERI

ÁGIO NA SUBSCRIÇÃO DE QUOTAS

Monografia do programa em Dupla Titulação dos cursos LL.M. em Direito Tributário e LL.M em Direito Societário do aluno **JÚLIO LINDNER BARBIERI**, apresentado ao núcleo de Direito do INSPER, como requisito parcial para obtenção do grau de Especialista em Direito Tributário e Direito Societário.

Aprovado em de de .

COMISSÃO EXAMINADORA:

MSc. Ana Cristina von Gusseck Kleindienst
INSPER
Orientador

INSPER
Examinador

INSPER
Examinador

*Ao meu pai, Angelito.
Dedico-lhe esta obra,
com amor,
como forma de retribuição mínima por sempre acreditares em mim e,
por seres minha primordial inspiração à advocacia.*

AGRADECIMENTOS

Agradeço, de coração, à minha noiva, Vanessa, pela sua paciência, compreensão e apoio incondicional, e simplesmente por fazer os meus dias mais felizes.

Aos meus pais e irmãos por sempre acreditarem em mim e por serem minha base fundamental para vida.

Aos grandes profissionais aos quais tive oportunidade de conhecer de perto e acabaram por me inspirar, cada um com suas particularidades, para toda uma vida profissional,: Maurício Braga Chapinoti, por sua amizade, seu trato com as pessoas e a naturalidade com que conduz o seu trabalho; Ana Cláudia Akie Utumi, por sua devoção ao trabalho e à academia e seu conhecimento pleno nas mais variadas áreas do direito e; Marcos André Vinhas Catão, pelo amor com que conduz seu trabalho, contagiando seus colegas e exercendo a advocacia de forma plena.

À minha orientadora, Ana Cristina von Gusseck Kleindienst, que desde o início acreditou neste trabalho, sempre esteve à disposição para auxiliar e se mostrou prestativa a compreender e orientar parte do trabalho não tão familiar à sua vivência acadêmico, qual seja o Direito Tributário.

Ao Prof. Régis Fernando de Ribeiro Braga, que mesmo não sendo formalmente meu Orientador, acreditou desde o início em mim e sempre se dispôs a orientar e recomendar pontos-chaves do trabalho, especialmente em matéria tributária.

RESUMO

As Sociedades de Responsabilidade Limitada sempre foram vítimas de um vazio normativo em nosso ordenamento jurídico. Desde a edição do Decreto nº 3.708/1919 o conteúdo normativo dedicado à esta espécie societária é escasso. A introdução do Código Civil de 2002 não mudou este cenário. Isso ocasionou uma dependência secular deste tipo às normas dedicadas às Sociedades por Ações. Em contrapartida, a legislação tributária sempre acompanhou as alterações na lei comercial dedicadas às Sociedades por Ações, de forma que os institutos jurídico-tributário previstos, ainda que potencialmente aplicáveis às Sociedades Limitadas, eram confeccionados aos nuances das Sociedades por Ações. O “Ágio decorrente da emissão de quotas por valor superior ao nominal” é figura que representa acertadamente este cenário. Este trabalho busca resgatar a intenção dos legisladores das normas societárias e tributárias, elucidando a natureza e o conceito dos institutos introduzidos, principalmente pela Lei nº 6.404/76 e pelo Decreto-lei nº 1.598/77, a fim de, através de uma análise interdisciplinar, incluindo também a ciência contábil, examinar a validade da norma tributária e sua (in)aplicabilidade à Sociedade de Responsabilidade Limitada. Conceitos intermediários de outras áreas do direito serão estudadas sob a égide tributária, respeitando os contornos e limites desta, a fim de, acostada na doutrina tradicional, alcançar conclusão justa e compatível com o atual ordenamento jurídico-tributário. Isto, para caracterizar, ou não, a sujeição do Ágio mencionado ao Imposto de Renda de Pessoa Jurídica.

Palavras-chave: Direito Tributário. Direito Societário. Contabilidade. Sociedade por Quotas. Sociedade de Responsabilidade Limitada. Sociedade por Ações. Sociedade Anônima. Companhia. Capital Social. Aumento de Capital. Ágio. Emissão de Ações. Emissão de Quotas. Subscrição de Ações. Subscrição de Quotas. Ágio. Reservas de Capital. Imposto de Renda.

ABSTRACT

The Limited Liability Companies has always been victim of the normative vacuum in our legal order. Since the enactment of the Decree n. 3.708/1919, the normative content is scarce regarding to this corporate type. The enactment of the Civil Code in 2002 has not changed this scenario. This panorama has occasioned a secular dependence of this corporate type to the legislation dedicated to the stock companies. Thus, the tax legislation has always followed the modifications brought in the corporate law dedicated for the stock companies. On this way, the legal-tax institutes provided, event though can be potentially applied for the Limited Liability Companies, were originally designed for the subtleties of the stock companies. The “Goodwill derived from the subscription of shares for price higher than the book value” is a symbol that represents sharply this scenario. This dissertation aims to redeem the legislator intention in the corporate and tax legislation, enlightening the nature and concept of the institutes brought, mainly through out the Law n. 6.404/76 and the Decree-law n. 1.598/77, in order to, by means of an interdisciplinary approach, including accountancy, examine the validity of the tax law and it’s applicability or not, to the Limited Liability Company. Intermediate concepts from other law areas will be explored through the tax perspective, respecting the it’s boundaries and limits, so that, backed up by the traditional doctrine, reach conclusion fair and compatible within the actual tax-law order. This, aiming to characterize, or not, the mentioned Goodwill’s subjection of the Corporate Income Tax.

Keyword: Tax Law. Corporate Law. Accountancy. Limited Liability Company. Stock Company. Corporation. Capital Stock. Capital Increase. Stock Issuance. Subscription of Shares. Goodwill. Shares Issuance. Capital Reserve. Commercial Law. Income Tax.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ABNT	Associação Brasileira de Normas Técnicas
AKTG	<i>Aktiengesetz</i>
CARF	Conselho Administrativo de Recursos Fiscais
CC/02	Código Civil de 2002
COSIT	Coordenação-Geral de Tributação
CSLL	Contribuição Social sobre o Lucro Líquido
CSRF	Conselho Superior de Recursos Fiscais
CTN	Código Tributário Nacional
GMBH	<i>Gesellschaft mit beschränkter Haftung</i>
IBDT	Instituto Brasileiro de Direito Tributário
IRPJ	Imposto de Renda Pessoa Jurídica
JFSP	Justiça Federal do Estado de São Paulo
LSA	Lei da Sociedade por Ações
RIR/99	Regulamento do Imposto de Renda de 1999
RTT	Regime Tributário de Transição
SA	Sociedade Anônima ou Sociedade por Ações
SC	Solução de Consulta
SRRF	Superintendência Regional da Receita Federal
TRF3	Tribunal Regional Federal da 3ª Região

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	10
2	ASPECTOS SOCIETÁRIOS E CONTÁBEIS	14
2.1	Aspectos das Sociedade por Ações	14
2.1.1	Antecedentes	14
2.1.2	Decreto-Lei nº 2.627 de 26 de setembro de 1940.	16
2.1.2.1	Aumento de Capital.....	16
2.1.2.2	Direito de Preferência.....	17
2.1.2.3	Discussões sobre o Ágio.....	17
2.1.2.4	Considerações Finais	18
2.1.3	Lei das S.A. (“LSA”) – Lei 6.404 de 15 de dezembro de 1976.....	19
2.1.3.1	Antecedentes	19
2.1.3.2	Intenção do Legislador/Objetivo da Norma	20
2.1.3.3	Anteprojeto da LSA.....	21
2.1.3.4	Tramitação Legislativa	23
2.1.3.5	Regime do Ágio na emissão de Ações na Lei nº 6.404/76.....	26
2.1.3.5.1	Art. 13, § 2º	26
2.1.3.5.2	At. 170, § 1º, e incisos	27
2.1.3.5.3	Art. 182, § 1º, alínea “a”.....	29
2.1.3.5.4	Art. 200 e incisos.....	31
2.1.3.5.5	Considerações finais.....	33
2.2	Aspectos das Sociedades por Quotas	34
2.2.1	Antecedentes	34
2.2.2	Decreto nº 3.708 de 10 de janeiro de 1919.....	35
2.2.2.1	Capital Social	36
2.2.2.2	Inspiração do Legislador – Direito Alemão	37
2.2.2.2.1	Evolução da norma alemã	38
2.2.2.3	Regência Supletiva	39
2.2.3	Código Civil de 2002	41
2.2.4	Considerações finais.....	44

3 ASPECTOS TRIBUTÁRIOS E CONTÁBEIS.....	46
3.1 Decreto-Lei nº 1.598 de 26 de dezembro de 1977.	46
3.1.1 Antecedentes Históricos e Objetivo da Norma	46
3.1.2 Elementos Introduzidos	48
3.1.3 Críticas à Norma.....	49
3.1.4 Art. 38, inciso I do Decreto-lei nº 1.598/77	51
3.1.5 Comparação com Normas Anteriores	52
3.2 Aspectos Tributários e Contábeis	55
3.2.1 Conceito de Renda.....	56
3.2.2 Direito Tributário e Justaposição	59
3.2.2.1 IRPJ e Justaposição	60
3.2.3 Análise prática.....	62
3.2.4 Direito Tributário e Justaposição	63
3.2.4.1 Conceitos Intermediários.....	64
3.2.5 Ágio no Direito Tributário	67
3.2.6 Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL).....	69
4 ANÁLISE INTERDISCIPLINAR, DECISÕES ADMINISTRATIVAS E JUDICIAIS E CORREÇÃO LEGISLATIVA.....	70
4.1 Ágio na Subscrição de Quotas.....	70
4.1.1.1 Exemplo prático	70
4.1.1.2 Análise do exemplo prático e reflexão sobre o art. 38, inciso I do Decreto-lei nº 1.598/77.....	72
4.1.1.3 Hipótese comparativa	74
4.1.1.4 Caracterização como renda.....	75
4.2 CARF.....	77
4.3 Judiciário	78
4.4 Correção Legislativa.....	79
4.5 Direito comparado	79
5 CONCLUSÕES.....	80
6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	81
APÊNDICE A.....	84

1 INTRODUÇÃO

Com caráter teórico e pragmático, o presente estudo tem por escopo trazer reflexões e alguma forma de contribuição para a discussão sobre tema pouco abordado em nossa doutrina.

O tema será desenvolvido em três capítulos, no qual o primeiro dele será tratado a natureza societária que envolve o tema, resgatando a intenção do legislador, explorando os institutos jurídicos, a correlação das espécies societárias no que tangem suas normas e, é claro, a evolução da ciência contábil neste panorama.

No segundo capítulo, após evidenciada a visão societária e contábil do assunto, o tema será avaliado na perspectiva tributária, de forma independente, mas também de forma utilizar conceitos intermediários de outras áreas.

No terceiro e último capítulo se avançará ao universo prático, de modo a estabelecer uma conclusão sobre o tema, revisitando os principais elementos explorados ao longo do trabalho, trazendo decisões administrativas e judiciais sobre a matéria, e propondo eventual correção legislativa.

Conforme o título sugere, o tema central engloba os diferentes aspectos do “Ágio na Subscrição de Quotas com valor superior ao nominal”. Aspectos estes que se inserem no campo societário, através da regência adequada das normas e o procedimento contábil a ser adotado pela Sociedade Limitada.

No âmbito tributário, o cerne será a tributação ou não do referido “Ágio” pelo Imposto de Renda. O debate que se insurge deriva da dicção do art. 38, inciso I do Decreto-lei nº 1.598/77¹ que garante a “isenção” ou “não incidência” do gravame, aos contribuintes com a forma de “Companhia que receberem tal rendimento e o dedicar às Reservas de Capital.

O art. 442, inciso I do Regulamento do Imposto de Renda (RIR/99)² recepcionou a disposição do Decreto, reforçando sua validade na contemporaneidade. Tais dispositivos

¹ Decreto-lei nº 1.598/77

Art. 38 - Não serão computadas na determinação do lucro real as importâncias, creditadas a reservas de capital, que o contribuinte com a forma de companhia receber dos subscritores de valores mobiliários de sua emissão a título de:

I - ágio na emissão de ações por preço superior ao valor nominal, ou a parte do preço de emissão de ações sem valor nominal destinadas à formação de reservas de capital;

² RIR/99

garantem a pacificidade da não tributação de tais valores para as Sociedades por Ações. Contudo, deixa a Sociedade Limitada num limbo jurídico, que causa incerteza e enfraquece este formato de sociedade.

A norma tributária foi redigida tendo por base os atos previstos em lei comercial. O art. 6^o do Decreto mencionado disciplina que a base do Imposto de Renda das Pessoas Jurídicas (IRPJ), é o lucro real. Por sua vez, o lucro real é o lucro líquido do exercício ajustado pelas exclusões e adições autorizadas pela legislação tributária.

Ou seja, cabe analisar na lei comercial, a qual faz as vezes a Lei nº 6.404/76 (LSA), se determinada cifra compõe ou não o lucro líquido do exercício, a fim de analisar eventual tributação pelo IRPJ. Afinal, se organicamente o rendimento não compuser o lucro líquido, este somente poderá compor o lucro real se existir norma tributária que expressamente o adicione.

A norma comercial, introduzida pela LSA, constitui o diploma responsável por estabelecer os ditames contábeis e, conseqüentemente, jurídicos das sociedades no Brasil, não somente das Sociedades por Ações. As formas de demonstrações financeiras e modificação de capital das sociedades, devem perquirir o caminho traçado nesta lei comercial, salvo, no caso das Sociedades Limitadas, de matéria que o Código Comercial não seja “omisso”.

Nessa etapa, será primordial resgatar a intenção do legislador e o real objetivo do diploma legal, para fins de garantir, ao final do trabalho, conclusão certa e fundamentada em linhas com o desejo legislativo.

Especificamente sobre o Ágio na Subscrição de Ações/Quotas, a LSA dedica alguns de seus artigos ao tratamento a ser dispensado a este rendimento. São eles⁴ (i) art. 13^o, § 2^o -

Art. 442. Não serão computadas na determinação do lucro real as importâncias, creditadas a reservas de capital, que o contribuinte com a forma de companhia receber dos subscritores de valores mobiliários de sua emissão a título de (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 38):

I - ágio na emissão de ações por preço superior ao valor nominal, ou a parte do preço de emissão de ações sem valor nominal destinadas à formação de reservas de capital;

³ Decreto-lei nº 1.598/77

Art 6^o - Lucro real é o lucro líquido do exercício ajustado pelas adições, exclusões ou compensações prescritas ou autorizadas pela legislação tributária.

§ 1^o - O lucro líquido do exercício é a soma algébrica de lucro operacional (art. 11), dos resultados não operacionais, do saldo da conta de correção monetária (art. 51) e das participações, e deverá ser determinado com observância dos preceitos da lei comercial.

⁴ Lei nº 6.404/76

Art. 13. É vedada a emissão de ações por preço inferior ao seu valor nominal.

§ 2^o A contribuição do subscritor que ultrapassar o valor nominal constituirá reserva de capital (artigo 182, § 1^o).

Art. 170. Depois de realizados 3/4 (três quartos), no mínimo, do capital social, a companhia pode aumentá-lo mediante subscrição pública ou particular de ações.

§ 1^o O preço de emissão deverá ser fixado, sem diluição injustificada da participação dos antigos acionistas, ainda que tenham direito de preferência para subscrevê-las, tendo em vista, alternativa ou conjuntamente:

introduz a hipótese de emissão de ações com valor superior ao nominal; (ii) art. 170, § 1º e incisos - apresenta os critérios para definição do preço de emissão da ação; (iii) art. 182, § 1, alínea “a” - classifica e dá destinação do ágio decorrente da subscrição das ações e; (iv) art. 200 e incisos - dispõe as opções de utilização da Reserva de Capital.

A análise profunda dessa disposição legal, permitirá estabelecer elementos consistentes e rígidos em seu sentido “intermediário”, para então correlacioná-los com o direito tributário.

Quanto ao tratamento dispensado às Sociedades Limitadas e a incidência do Imposto de Renda neste caso, o Fisco federal é patente ao reconhecer a norma tributária em desfavor do contribuinte. Tal postura é expressa pela Solução de Consulta nº 195, aonde se expressa:

Ementa: **ÁGIO NA EMISSÃO DE QUOTAS.** Serão computadas na determinação do lucro real as importâncias creditadas a reservas de capital, que o contribuinte com a forma de sociedade por quotas de responsabilidade limitada receber, dos subscritores de quotas de sua emissão, a título de ágio, quando emitidas por preço superior ao valor nominal. (Solução de Consulta nº 195. Superintendência Regional da Receita Federal (SRRF) da 8ª Região Fiscal. Em 23/06/1997.)

A simples leitura da supracitada Solução de Consulta evidencia a superficialidade da postura adotada pela autoridade fiscal. Além disso, ainda que afinal deste trabalho se conclua que o caminho a ser seguido seja esse indicado pela SRRF, é forçoso reconhecer que a interpretação fiscal se dá pela leitura crua e desassociada da norma. Ademais, todo o contexto

I - a perspectiva de rentabilidade da companhia;

II - o valor do patrimônio líquido da ação;

III - a cotação de suas ações em Bolsa de Valores ou no mercado de balcão organizado, admitido ágio ou deságio em função das condições do mercado.

Art. 182. A conta do capital social discriminará o montante subscrito e, por dedução, a parcela ainda não realizada.

§ 1º Serão classificadas como reservas de capital as contas que registrarem:

a) a contribuição do subscritor de ações que ultrapassar o valor nominal e a parte do preço de emissão das ações sem valor nominal que ultrapassar a importância destinada à formação do capital social, inclusive nos casos de conversão em ações de debêntures ou partes beneficiárias;

Art. 200. As reservas de capital somente poderão ser utilizadas para:

I - absorção de prejuízos que ultrapassarem os lucros acumulados e as reservas de lucros (artigo 189, parágrafo único);

II - resgate, reembolso ou compra de ações;

III - resgate de partes beneficiárias;

IV - incorporação ao capital social;

V - pagamento de dividendo a ações preferenciais, quando essa vantagem lhes for assegurada (artigo 17, § 5º).

Parágrafo único. A reserva constituída com o produto da venda de partes beneficiárias poderá ser destinada ao resgate desses títulos.

jurídico societário e tributário parece demonstrar a razoabilidade da não tributação nestes casos.

Há ainda que se considerar, paralelamente, a conceituação do rendimento como “renda”. Renda esta, prevista no art. 43 do Código Tributário Nacional (CTN) e que perfaz o campo de incidência do IRPJ. Afinal, a inexistência de natureza de renda da cifra, incita o legislador tributário a editar norma que a exclua do lucro líquido, isto, é claro, se organicamente a lei comercial assim destina-la.

Conforme é de se presumir, a discussão já foi levada aos tribunais, tomando contornos e resultados significativos, tanto na esfera administrativa, através do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF), quando na esfera judicial.

De fácil presunção também é o fato de que qualquer contribuinte na forma de Sociedade Limitada que prospecte aumento de capital com emissão de quotas por valor superior ao nominal, face ao tamanho imbróglia jurídico em que a matéria se encontra, acabar por ser transformada em Sociedade Anônima a fim de evitar qualquer risco de questionamento por parte das autoridades fiscais.

Este é justamente o motivo de que este tema ganha pouca repercussão na doutrina e, a discussão judicial ainda é embrionária. Entretanto, a Academia não “engole” a saturação de um tema pelo simples fato dele não ser corriqueiro na vida cotidiana, sobretudo em caso que o tema é simplesmente contornado por conta da sua controvérsia atípica.

Por fim, como forma de munir o leitor com a sensação mais próxima possível de esgotamento do tema, ainda que não exista aqui pretensão pelo esgotamento integral, ao final do trabalho, caso se concluir pela invalidade da norma fiscal, será proposta correção legislativa capaz de clarear o instituto jurídico e proporcionar segurança jurídica a transações da espécie.

2 ASPECTOS SOCIETÁRIOS E CONTÁBEIS

2.1 Aspectos das Sociedade por Ações

2.1.1 Antecedentes

O histórico normativo das Sociedades por Ações no Brasil tem início com o Código Comercial de 1850. Esta norma foi responsável por introduzir a referida espécie societária no ordenamento jurídico brasileiro, ainda que à época a nomenclatura empregada era “Companhia Comercial” ou “Sociedade Anônima”.

Sobre os aspectos mais íntimos ao objeto do presente trabalho, Teixeira (2006, p. 20), leciona:

O Código Comercial brasileiro, de 1850, Capítulo I, Título XV, artigos 287 e seguintes, tratando das *companhias e sociedades comerciais*, diz que é da essência delas “que o objeto e fim a que se propõem seja lícito, e que cada um dos sócios contribua para o seu capital com alguma quota, ou esta consista em dinheiro ou efeitos e qualquer sorte de bens, ou em trabalho ou indústria”.

E prossegue, o mesmo autor (*ibid.*), acerca das espécies societárias introduzidas ou formalizadas pelo referido Código:

Só eram reconhecidas pelo Código, então, as companhias ou sociedades anônimas (artigos 295 a 299); as sociedades em comandita (artigos 11-314); em nome coletivo ou com firma (artigos 315-316); de capital e indústria (artigos 317 a 324); em conta de participação (artigos 325 a 328).

É preciso ter em conta, o ambiente econômico, quase que exclusivamente agrícola, bem como à recente independência do País, fatores que, naturalmente, impediram que aquele diploma legal portasse ferramentas societárias avançadas, ou mesmo que tratasse de forma detalhada sobre modificação de capital ou outras hipóteses.

A inaplicabilidade da norma na atualidade, entretanto, não afasta sua relevância histórica, haja vista que figura como marco na história legislativa do País, constituindo projeto

exaustivamente debatido entre personalidades que estavam de alguma forma vinculados a atividades comerciais - banqueiros, comerciantes, diplomatas; até que, finalmente, em 1850 foi promulgado através da Lei nº 556 de 25 de junho de 1850 (SABA, 2010, p. 1).

Outro fato expressivo é que o Código Comercial é obra genuinamente brasileira. Não se trata de cópia de diploma legal antecedente, ainda que tenha se baseado, em parte, no Código Português de 1833 e, de forma subsidiária, ao Código Francês de 1807 e o Espanhol de 1829 (MENDONÇA, 2000, p. 13).

Ainda que as legislações que serviram como base para o Código Comercial de 1850 tenham garantido avanço inédito, tal sistema de autorização era extremamente burocrático e dificultava a difusão das sociedades na atividade econômica. Segundo Tomazette (2016, p. 52), Uma vez que a Sociedade Anônima foi finalmente concebida como “divisor de águas” na economia, seu regime de constituição foi modificado a fim de se tornar menos complexo e dificultoso.

O regime de liberdade plena de constituição que já tinha iniciado em 1867, acabou por surtir efeitos no Brasil somente em 1882 com a edição da Lei nº 3.150. Nesse cenário, tão logo fossem cumpridas as formalidades previstas em Lei, a Sociedade se constituiria e usufruiria dos privilégios concedidos as sociedades anônimas.

Pois bem, de forma bastante sintetizada – visto que o tema não cumpre o escopo do presente trabalho, após o advento do Código Comercial, as Sociedades Anônimas tiveram como inovação, a desvinculação das Sociedades anônimas do controle estatal em 1882 e o Decreto nº 2.044 de 1908 que adapta o Direito Cambiário à nova fase do País, criando o instituto da concordata (BULGARELLI, 2001, p. 45).

Por fim, outro diploma que deve ser mencionado, ainda que de forma superficial, é o Decreto nº 434, de quatro de julho de 1891, já que se trata da primeira norma dedicada exclusivamente às Sociedades Anônimas, conquanto refletia, como não poderia deixar de ser, uma realidade de bases rurais, industrialização incipiente e comércio ativo (BORBA, 1997, p. 202).

No que se refere a nomenclatura utilizada, Lamy Filho e Pedreira (2009, p. 26), arrematam:

A LSA, seguindo a tradição do direito brasileiro desde o Código Comercial, considera sinônimas as expressões “companhia” e “sociedade anônima”. Na redação dos dispositivos a ela pertinentes o Código Comercial empregou a expressão “companhia”; a Lei nº 3.150 de 4 de novembro de 1882 e o Decreto nº 434, de 4 de julho de 1891 alternaram as duas designações; o

Decreto-lei nº 2.627, de 26 de setembro de 1940 preferiu “sociedade anônima”, embora às vezes usasse ambas; e a LSA optou por “companhia”

Para o escopo deste trabalho, se empregará o termo *Sociedade por Ações*, isto porque a expressão Sociedade Anônima demonstra imprecisão, visto que a sociedade em si não é anônima (VAMPRE *apud* TOMAZETTE, 2016, p. 10). Quanto ao vocábulo *Companhia*, este já não é mais tão frequente quanto quando da promulgação da Lei nº 6.404/76, talvez por conta da generalidade excessiva que conota, podendo, inclusive, sugerir alguma dubiedade ao leitor.

2.1.2 Decreto-Lei nº 2.627 de 26 de setembro de 1940.

Inicialmente, para compreender o objetivo do rico conteúdo normativo apresentado pelo Decreto-Lei nº 2.627 de 1940 – bem como pontuais fragilidades, é importante se sensibilizar com a economia à época da promulgação do mencionado diploma. Nesta feita, torna-se bastante elucidativo o fato de que se tratava de período de significativo desenvolvimento industrial, mas ainda, marcado por bases eminentemente familiares (*ibid*).

Tal cenário foi capaz motivar o legislador a editar norma clara e muito bem organizada, haja vista que a organização e divisão dos capítulos fora mantida pela Lei nº 6.404/76.

A vontade do legislador em esclarecer dogmas antigos, bem como a necessidade de atualizar a legislação até então vigente, pode ser demonstrada, por exemplo, já em seu primeiro artigo: “A Sociedade Anônima ou Companhia (...)”, o que, segundo MARCONDES, (*apud* TEIXEIRA, 2006, p. 69), estabeleceu a sinonímia legal entre sociedade anônima e companhia pondo assim termo à discussão.

2.1.2.1 Aumento de Capital

Em relação direta com o tema deste trabalho, o Decreto-Lei nº 2.627 de 1940 introduziu através do seu artigo 108⁵, permissão para assembleia geral aumentar o capital, ainda que somente após realização integral do o capital.

⁵ Decreto-Lei nº 2.627 de 1940

Art. 108. Depois de integralmente realizado o capital social, é lícito à assembleia geral aumentá-lo.

Trata-se de instituto completamente inovador vez que até então não existia regulação para o aumento de capital das Sociedades por Ações.

2.1.2.2 Direito de Preferência

A fim de proteger os direitos dos acionistas, o mencionado diploma trouxe o conceito de direito de preferência⁶ de forma discreta, definindo-o entre os chamados *direitos individuais*, dos quais nem os estatutos nem a assembleia geral poderão priva-los (TEIXEIRA, 1971, p. 305).

Quanto a justificativa para tal instituto legal, o Autor explica (*ibid.*):

A justificação teórica e prática do direito de preferência é de universal aceitação. Visa ele a garantir aos antigos acionistas a oportunidade de continuar participando dos lucros sociais na proporção em que o vinham fazendo e, ao mesmo tempo, impedir que parte das reservas, aparentes ou ocultas, acumuladas no passado, venham a ser distribuídas indiretamente aos novos acionistas em detrimento dos acionistas primitivos.

Pois bem, considerando que o instituto visava, sobretudo, evitar a diluição injustificada dos acionistas *primitivos* e; impedir que *partes das reservas*, fossem indiretamente distribuídas a novos acionistas; há de se cogitar então a hipótese de ágio na subscrição dessas novas ações.

2.1.2.3 Discussões sobre o Ágio

Como mencionado, já se percebia que o Ágio na subscrição de novas ações se faz instrumento necessário a fim de preservar os direitos do acionista primitivo. Imagina-se a hipótese de que o acionista primitivo não exercer seu direito de preferência. Neste cenário, as ações emitidas pelo valor nominal não refletirão eventual valorização do patrimônio líquido da Sociedade. Ou seja, o novo acionista terá enriquecido - vez que pagou preço menor do que o valor patrimonial das ações, às custas do acionista primitivo, que de fato contribuiu e esteve exposto a riscos para valorização do determinado bem.

⁶Decreto-Lei nº 2.627 de 1940

Art. 78. Nem os estatutos sociais, nem a assembleia geral poderão privar qualquer acionista:

(...)

d) do direito de preferência para a subscrição de ações, no caso de aumento do capital;

Ainda que tal posição sustente coerência, era intenso o debate acerca da possibilidade, ou até da conveniência, da instituição do Ágio no aumento de capital após a promulgação do Decreto-Lei nº 2.627/40, haja vista esta norma ser silente quanto ao tema⁷.

Valverde cita indiretamente Royer (1959, p. 146), aonde consigna que “é possível, permitindo os estatutos, que o sejam por quantia acima do seu valor nominal, por esse meio se conseguindo uma soma complementar, destinada, em regra, a formar um fundo de reserva.”.

Finalmente, a opinião que acabou prevalecendo, foi aquela defendida por Tullio Ascarelli (*apud* TEIXEIRA, 2006, p. 218), segundo o qual reforça-se defesa do direito de preferência com a instituição do ágio cabível aos novos subscritores do capital social.

2.1.2.4 Considerações Finais

⁷ Sobre o tema, de acordo com Rosman (2009, p. 1410):

VALVERDE (1959, v. II, n. 569) opinava que o ágio não tinha razão de ser quando o direito de preferência era contemplado por lei, cujo prêmio poderia ser obtido com a cessão do próprio direito de preferência:

“[...] como já se observou, e não há argumento sério em contrário, o ágio ou prêmio não tem razão de ser quando a lei assegura aos acionistas o direito de preferência para a subscrição de novas ações. Mais ainda: a lei lhes dá a faculdade de ceder ou transferir esse direito de subscrição a terceiro, acionista ou não. O ágio ou prêmio é, portanto, do acionista que, não dispondo de recursos para subscrever sua parte no aumento, lucra, transferindo a terceiro, acionista ou não, o seu direito de subscrição”

CUNHA PEIXOTO (1973, v. 3, p.234) não admitia a emissão de ações acima do par anteriormente ao término do prazo para o exercício do direito de preferência, considerando que inutilizaria não só tal direito amparado pela lei, como o direito de cessão de opção:

“O direito de preferência e, consequentemente, o de cessão, destinam-se a conseguir um ganho necessário ao equilíbrio entre o valor antigo da ação e o novo. Ora, se se estabelecesse o ágio, no período de opção, este ganho será revertido em benefício da sociedade, não só acarretando prejuízos aos antigos acionistas, como em favorecendo os novos, que se vêem em igualdade de condições com aqueles, sem terem tido os riscos iniciais do empreendimento.”

Na posição oposta, FRANCISCO CAMPOS (1944, p. 328), após destacar que as leis suíça e alemã permitem a emissão de ações com ágio não obstante também contemplarem o direito de preferência para o acionista, afirmou que:

“Não há, em suma, nenhuma razão que se oponha à emissão de aumento de capital com ágio ou prêmio; nem o interesse público, pois o ágio fortalece as reservas da companhia e aumenta, portanto, a sua capacidade para responder pelas operações sociais, nem o interesse dos antigos acionistas, pois o ágio se destina, igualmente, a não diminuir as cotas que cabem teoricamente a cada um deles sobre as reservas sociais, deixando, por conseguinte, de ser gratuita ou graciosa a participação dos novos acionistas nas vantagens ou benefícios representados pelas reservas acumuladas”.

“Se, ao contrário, os acionistas não podem exercitar o direito de preferência a não ser com ágio, aqueles – entre eles – que não podem exercitar o direito, não são prejudicados pela existência do ágio; o ágio pago em relação às novas subscrições vai, com efeito, constituir uma nova reserva; o acionista encontra, assim, indiretamente, em virtude do aumento do patrimônio social, uma compensação pela diminuição proporcional de sua participação. Por seu turno, aqueles – entre os acionistas – que, exercitando o direito de preferência, subscrevem novas ações com ágio, encontram no aumento do patrimônio social e na continuação da sua participação proporcional neste, o equivalente do ágio pago. Portanto, caso as ações sejam emitidas com ágio, cada acionista pode escolher o que achar mais conveniente, sem correr o risco de ser defraudado das reservas sociais. O ágio conserva, por isso, sempre a sua razão de ser, e falta qualquer justificativa para a proibição da emissão de ações com ágio no aumento de capital.”

Conforme demonstrado, o Decreto-Lei nº 2.628/40 foi de extrema serventia à época de sua promulgação. Tendo em vista a economia baseada quase que exclusivamente de empresas familiares, em contraposição a um mercado de capitais até então embrionário; afora a recente industrialização do País, o referido diploma foi capaz de estabelecer novo padrão normativo e perpetuar institutos vigentes até os dias de hoje – Capítulo dedicado às Sociedades cujo funcionamento dependam de autorização do Governo.

Há, contudo, de se mencionar a frágil previsão do diploma em matérias pertinentes ao mercado de capitais. Ainda que tenha sido de caráter inovador à época, as ferramentas disponibilizadas pelo diploma, bem como a regulação de demonstrações financeiras ou modificações em seu capital social, são de modo geral, são superficiais quicá inexistentes.

2.1.3 Lei das S.A. (“LSA”) – Lei 6.404 de 15 de dezembro de 1976

A Lei nº 6.404/76 foi um divisor de águas no ordenamento jurídico brasileiro. Introduzindo variados institutos jurídicos não conhecidos ou ao menos não apresentados formalmente, foi responsável por garantir, num cenário de insegurança jurídica, padrões de organização e transparência utilizados mundialmente.

Servindo o escopo deste trabalho, considerando que o ágio na emissão de ações por valor superior ao nominal decorre de dispositivo introduzido por este diploma e, partindo da premissa que o direito tributário parte de conceitos intermediários, neste caso societário-jurídico, para trazer determinadas hipóteses para seu campo de incidência, é fundamental compreender a finalidade da norma, o ambiente jurídico-econômico em que se inserira e a intenção do legislador.

2.1.3.1 Antecedentes

O cenário socioeconômico em que o país se encontrava quando da promulgação da Lei nº 6.404/76 já era bem diferente daquele no início da década de 40 do recém vigente Decreto-lei nº 2.628/40. A economia tinha mudado de forma substancial. Para referendar tal evolução, ninguém mais apto do que os idealizadores e redatores da Lei das S.A., Lamy Filho e Pedreira (1997, p. 128):

No início da década de 1970 tornava-se evidente que o Decreto-lei nº 2.627/40, elaborado em outra conjuntura, e tendo como modelo a sociedade

anônima fechada, não mais correspondia aos reclamos da época, e não oferecia ao empresário o quadro institucional básico de que necessitava para desempenhar seu papel na nova dimensão da economia brasileira.

Nos 30 anos de vigência da lei das sociedades por ações de 1940, a população aumentara de 41,2 milhões para 93,2 milhões (126%); o Produto Interno Bruto crescera 8 vezes, e o País se urbanizara (a população urbana e suburbana crescera de 31% para 57% do total) e industrializara (entre 1947 a 1970 o produto real aumentara de 6,3 vezes na indústria e nos transportes e comunicações, enquanto que apenas 2,7 vezes na agricultura).

Com a nova dimensão da economia, baseada no recente progresso tecnológico, aumento da capacidade produtiva, projetos de escala maiores, o capital de risco passou a exceder em muito a capacidade dos grupos empresariais. Tendo como limite o reinvestimento dos lucros de suas empresas e, a inexistência de um mercado primário para fornecer capital que permitisse risco adicional, os empresários nacionais estavam ficando de fora de setores básicos da economia do país. Nessa monta, a execução de grandes projetos de investimento estavam destinadas ao Estado ou às empresas estrangeiras (*ibid.*, p. 129).

O modelo de sistema de economia misto que se fazia necessário, com relevante participação da iniciativa privada, requeria: “o desenvolvimento do mercado primário de ações, onde o empresário privado pudesse encontrar o volume de capital de risco necessário para promover projetos com a dimensão reclamada pela nova escala da economia brasileira” (*ibid.*).

2.1.3.2 Intenção do Legislador/Objetivo da Norma

Conforme demonstrado, o cenário que o empresário se inseria já era muito diverso da década de 40. É natural que o Decreto-lei nº 2.628/40 não tivesse a mesma serventia 30 anos depois. Afinal, este tinha sido concebido para companhias pequenas e médias. A macroempresa moderna, por sua vez, tinha capital formado por milhares de investidores e apresentava outras características no que resguarda “distribuição do poder na companhia, dos papéis desempenhados pelos acionistas e administradores, e da responsabilidade social da companhia e dos seus controladores e administradores” (*ibid.*)

A persecução do “Objetivo Maior”⁸ do diploma, além de regular matérias mencionadas, ainda era acompanhada de alguns ideais que serviam de norte para redação dos

⁸ Segundo consta em um dos artigos publicados pelos autores do anteprojeto no “Jornal do Brasil” a fim de apresentar os objetivos da reforma – (*ibid.*, p. 148):

“O OBJETIVO MAIOR DO ANTEPROJETO

O Anteprojeto não foi elaborado como um exercício de técnica jurídica, mas com o fim prático de modificar determinados padrões de comportamento e estruturas sociais. Por isso, na apreciação do seu sistema, assim como de cada um de seus dispositivos e soluções, um dos principais critérios de julgamento há de ser sua

diversos dispositivos introduzidos. Um deles era a proteção do acionista minoritário, prisma mencionado de forma recorrente na elaboração do anteprojeto e nos debates que se sucederam.

2.1.3.3 Anteprojeto da LSA

Em 18 de abril de 1975 o anteprojeto da Lei, redigido pelos saudosos Alfredo Lamy Filho e José Luiz Bulhões Pedreira, foi entregue por meio de ofício ao Ministro da Fazenda que assim definiu sua orientação geral:

O Anteprojeto, como orientação geral, teve presentes os seguintes objetivos e diretrizes:

- a) criar modelo de companhia adequado à organização e ao funcionamento da grande empresa privada, requerida pelo estágio atual da economia brasileira;
- b) definir o regime das companhias que participam do mercado – ‘as companhias abertas’ do Anteprojeto – que contribua para aumentar a confiança e o interesse do público investidor nas aplicações em valores mobiliários e, conseqüentemente, para reconstruir o nosso mercado de ações;
- c) aperfeiçoar o modelo de sociedade anônima utilizado pelas pequenas e médias empresas, e dar-lhe flexibilidade que permita sua adoção por sociedades que se associem em empreendimentos comuns (‘joint ventures’)
- d) preservar, sempre que possível, o sistema legal em vigor desde 1940, ao qual já estão adaptados empresários e investidores;
- e) colocar à disposição do empresário o maior número de opções na emissão de títulos e valores mobiliários como instrumentos de captação da empresa, e assegurar liberdade – até o limite compatível com a necessidade de proteger credores, acionistas minoritários e investidores do mercado – na organização e estruturação financeira da companhia;⁹

funcionalidade, no quadro da realidade brasileira atual, como instrumento para atingir se objetivo maior – de criar um mercado primários de ações.

O primeiro artigo desta série buscou destacar a significação econômica e política da criação da empresa privada nacional, como única via para desacelerar e sustar o processo de estatização da economia que se acha institucionalizado no País.

O segundo explicou as características da estrutura jurídica da companhia que tem por objetivo a empresa de grande escala, contrastando-a com o modelo original da S.A., a serviço do empresário-proprietário. E destacou que o objetivo do Anteprojeto é colocar à disposição do empresário-empendedor (ao lado e sem prejuízo do modelo tradicional da companhia fechada, que é mantido e aperfeiçoado), o instrumental jurídico-financeiro adequado para que possa promover a grande empresa privada nacional.

A existência de um mercado primário de ações constitui, todavia, requisito necessário da grande empresa privada nacional, e por isso o objetivo maior do Anteprojeto é a criação desse mercado.”

⁹ Trazendo para o objetivo deste trabalho, é pertinente examinar a nomenclatura que o redator utiliza para cada “orientação”.

O termo *Companhia* utilizado na alínea “a” parece servir para Companhia Fechada. Isto porque, na alínea “b”, o redator menciona *Companhia* “aberta” como aquela que participa do mercado. Isso demonstra que a pauta até então era de Companhia Fechada e não aberta.

Na alínea “c” se dá tratamento específico para as Sociedades Anônimas, tratando-a como se fosse uma terceira espécie.

Cumpram mencionar que a discussão do anteprojeto foi pública e largamente participativa – haja vista o longo período de tramitação no congresso nacional. Lamy Filho e Bulhões Pedreira, relembram que publicaram no “Jornal do Brasil”, entre 31 de agosto a 21 de setembro de 1975, diversos artigos divulgando os objetivos da reforma, por conterem elementos úteis ao entendimento do texto proposto (*ibid.*, p. 135).

Acerca do tema ora abordado, os artigos que se oportunizam são os seguintes:

VALOR DA AÇÃO E EXPECTATIVA DE RENDIMENTOS FUTUROS

Mas não é possível imaginar a existência de um mercado primário de ações que funcione regularmente, auxiliado pelo mercado secundário, na sua função de proporcionar liquidez aos investidores no mercado primário, se as cotações das ações forem inteiramente dissociadas das expectativas sobre a rentabilidade futura das companhias emissoras, mas dependerem, basicamente, da distribuição de *filhotes*.

Além disso, é impossível pretender que exista mercado primário de ações se estas não distribuem dividendos, a fim de que os agentes da poupança, individuais ou institucionais, possam considerá-las como alternativas válidas de investimento, na sua verdadeira natureza de título de renda variável. Ações que apenas distribuem “filhotes” somente podem ser títulos de especulação, em mercado secundário, como ocorre entre nós.

DIFUSÃO DO CONCEITO DE ÁGIO COMO TÍTULO DE RENDA VARIÁVEL

Para corrigir essas idéias e reorientar o comportamento dos participantes do mercado é que o Anteprojeto adota entre outros preceitos:

- a) A correção monetária anual do capital social, efetuada obrigatoriamente através do aumento do valor nominal, sem emissão de “filhotes”;
- b) A criação da ação sem valor nominal;
- c) A possibilidade da capitalização de reservas mediante aumento do valor nominal, sem emissão de filhotes; e
- d) A obrigação de distribuir como dividendo ao menos metade dos lucros do exercício.

As três primeiras normas têm por objetivo eliminar a ‘enxurrada’ de ações bonificadas no mercado, acabar com a uniformidade do valor nominal das ações e forçar os intermediários do mercado assim como os investidores, a determinarem o verdadeiro valor econômico de cada ação, com base nas perspectivas econômico-financeiras da companhia emissora. (*Id.*, P. 163)

Tais artigos são eficientes em demonstrar a preocupação real do legislador com a regulação do ágio na emissão de ações. Resta claro que recorrente a emissão de ações com

Finalmente, na alínea “e”, quando justamente fala em emissão de títulos, o redator emprega o termo “empresário”, não fazendo qualquer menção direta à nenhuma espécie societária.

valores dissociados do mercado. Tal cenário poderia ser previsto, já que, como se expôs, o Decreto-lei nº 2.628/40 não previu a emissão de ações com ágio.

Esta abordagem é útil para compreender a problemática enfrentada pelo legislador e seu objetivo primário ao redigir a norma. Indo além, demonstra qual o grau de importância de dado dispositivo dentro do contexto da Lei.

No que concerne o ágio decorrente da emissão de ações com valor superior ao nominal – introduzido pelo art. 182, § 1º do diploma, resta evidente que representa parcela significativa do objetivo proposto pelo legislador e comporta elementos minuciosamente projetados a fim de fornecer solução a problema íntimo das sociedades nos 30 anos que se anteviram.

2.1.3.4 Tramitação Legislativa

No congresso nacional, o Projeto de Lei nº 2.559/76 ganhou a relatoria do então Deputado Tancredo Neves. Diversas foram as emendas propostas na casa. A Exposição Justificativa que acompanhou o projeto de lei, redigida pelos mesmos autores, perfaz ferramenta útil para compreender a intenção do legislador até os dias de hoje e, provavelmente, tenha sensibilizado os congressistas a preservarem o objetivo original da norma.

A despeito deste trabalho, algumas considerações da Exposição Justificativa¹⁰ se fazem pertinentes:

Preço de Emissão

No sistema do Projeto, ao contrário do que ocorre nas práticas atuais no nosso mercado, a emissão de ações por preço superior ao valor nominal (ou seja, com ágio) deverá ser a regra, e não a exceção, para maior proteção aos acionistas minoritários (art. 171, § 1º).

O artigo 13 mantém a norma da lei em vigor que veda a emissão de ações por preço inferior ao valor nominal, fundamental à preservação da realidade do capital social.

Tal como nas ações com valor nominal, o preço de emissão das ações sem valor nominal pode ser dividido entre contribuição para a formação do capital social e para as reservas de capital (art. 14). Para proteger o interesse dos demais acionistas, o parágrafo único do artigo 14 veda contribuição para o capital social em montante inferior ao valor de reembolso assegurado prioritariamente a ações preferenciais.

¹⁰ Exposição de Motivos da Lei nº 6.404/76, p. 3. Acesso em 20/08/2017. Disponível em: <http://www.cvm.gov.br/export/sites/cvm/legislacao/leis-decretos/anexos/EM196-Lei6404.pdf>

O desafio que o legislador enfrentava era tremendo. Não só se buscava introduzir a possibilidade da emissão de ações com ágio, como a intenção era de que tal prática visasse regra e não a exceção. Não só o legislador obteve êxito em tal tarefa, como projetou disposição legal resistente a evolução da matéria contábil e eficaz até os dias atuais.

Quanto ao aumento de capital propriamente dito, as mudanças em relação ao Decreto-lei nº 2.628/40 não atingiram a hipótese de emissão de ações sem valor nominal (*ibid.*, p. 21):

Aumento de capital

O artigo 170 mantém regime da lei atual sobre aumento de capital mediante capitalização de lucros e reservas, prevendo a hipótese de ações sem valor nominal (§ 1º), e regulando – para preservar os direitos dos acionistas – o modo de disposição das frações de ações.

O artigo 171 disciplina o aumento de capital mediante subscrição de ações, com as seguintes inovações:

a) (...)

b) Para proteção dos acionistas minoritários, o § 1º estabelece que as novas ações devem ser emitidas por preço compatível com o valor econômico da ação (de troca, de patrimônio líquido, ou de rentabilidade), e não pelo valor nominal. A emissão de ações pelo valor nominal, quando a companhia pode colocá-las por preço superior, conduz à diluição desnecessária e injustificada dos acionistas que não tem condições de acompanhar o aumento, ou simplesmente desatentos à publicação de atos societários. A existência do direito de preferência nem sempre oferece proteção adequada a todos os acionistas. A emissão de ações pelo valor econômico é a solução que melhor protege os interesses de todos os acionistas, inclusive daqueles que não subscrevem o aumento, e por isso deve ser adotada pelos órgãos competentes para deliberar sobre o aumento de capital.

Houve contudo, a introdução de rico dispositivo munido de instrumentos eficazes a definir de forma justa o preço de emissão das ações. A proteção dos acionistas minoritários, portanto, era preocupação real para o legislador. A importância desta era tamanha, que optou-se por iniciar o citado parágrafo priorizando a premissa: “Para proteção dos acionistas

minoritários [...]”. A impressão que passa é que essa premissa, senão o único objetivo do dispositivo, era suprema em relação aos demais.

Por fim, naquilo que concerne a destinação das Reservas de Capital, a máxima levantada na Exposição Justificativa merece destaque (*ibid.*, p. 25):

Utilização da Reserva de Capital

O artigo 201 regula a utilização das reservas de capital, que não tem origem em lucros, e que por isso não devem servir para a distribuição de dividendos, a não ser como vantagem excepcional atribuída a ações preferenciais.

Veja-se que inicialmente intitulado artigo 201, tomou forma de artigo 200 na promulgação da lei. O que salta os olhos é a justificativa para a destinação restrita das verbas “que não tem origem em lucro e que por isso não devem servir para a distribuição de dividendos”. Trata-se de pronunciamento de vasta aplicação e atende a abordagem do presente trabalho de forma contundente.

Por fim, conforme mencionado, várias foram as emendas propostas no Congresso Nacional. Tais emendas foram justificadas pelo seu Relator – Deputado Tancredo Neves¹¹:

Com efeito, o problema se põe, na plenitude, em conseguir-se o ponto ótimo de equilíbrio entre os vários interesses do jogo: o interesse do empresário na constituição de sua empresa, na obtenção de recursos necessários à expansão e sobrevivência do negócio, e que, se desprezado, ou submetido a regras por demais rígidas e carregadas de sanções, levam ao desânimo e à esterilidade da iniciativa privada [...].

Há que se destacar que, embora grande parte do anteprojeto tenha sido modificada, os artigos que diretamente dizem respeito a matéria de emissão de ações com ágio¹² não foram objetos de emendas no congresso nacional. Tal fato demonstra a mestria dos autores do anteprojeto, bem como a eficiência das normas propostas, aplicáveis até os dias atuais.

¹¹Diário do Congresso Nacional de agosto de 1976. Acesso em: 20/08/2017. Disponível em: <http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/D24AGO1976.pdf#page=27>

¹² Art. 13, § 2º; Art. 170, § 1º, incisos I, II, e III; Art. 182, § 1º, alínea “a”; Art. 200.

2.1.3.5 Regime do Ágio na emissão de Ações na Lei nº 6.404/76

2.1.3.5.1 Art. 13, § 2º

O art. 13, § 2º da Lei nº 6.404/76 inovou ao prever tratamento específico à “contribuição do Subscritor que ultrapassar o valor nominal”. Trata-se do dispositivo legal inédito que formalmente reconheceu a prática do ágio na emissão de ações, encerrando discussões decanas resultantes da omissão do Decreto-lei nº 2.628/40 sobre a matéria.

Quanto a esta forma de emissão, não há qualquer divergência, desde que o valor referente ao ágio reverta em benefício da Sociedade (CARVALHOSA, 2010, p. 227).

Ponto que merece reflexão é a possibilidade de emissão de ações com ágio na constituição da sociedade. De fato a leitura autônoma do dispositivo permite tal interpretação. Contudo, uma hipótese de tamanha importância faria *jus* a uma permissão expressa, haja vista a robustez da Lei promulgada.

A inexistência de proibição expressa na Lei, motivou parte da doutrina a defender tal possibilidade (LAZARESCHI NETO, 2012, P. 59). Ou seja, que na ocasião da constituição da sociedade, seria possível emitir ações com ágio superior ao valor nominal. Já Carvalhosa (*op. cit.*, p. 229), defende que esta possibilidade deriva do “regime de ações sem valor nominal (art. 14) e ainda da possibilidade de a companhia negociar com suas próprias ações, desde que sem ofensa ao capital social, ou seja, utilizando reservas de capital (art. 200) [...]”.

Sobre o mesmo aspecto, Eizirik (2015, p. 397), também entende que as ações podem ser emitidas por valor superior ao nominal na subscrição inicial, mas justifica a hipótese no art. 84, inciso III. E complementa: “O ágio aumenta as reservas da sociedade e contribui para o aumento de valor do seu patrimônio; assim, constitui uma garantia adicional para as atividades sociais.”.

Pois bem, reconhecida a factibilidade de tal hipótese, surgem-se algumas considerações. A primeira delas é que na ocasião de sua constituição, a Sociedade está em fase pré-operacional. Afinal, tendo por base que a constituição da sociedade se perfectibiliza com o arquivamento de seu Estatuto/Contrato Social na Junta Comercial, é impraticável que a Sociedade já esteja no pleno exercício de suas atividades. Sendo assim, esta etapa de desenvolvimento da empresa não contempla a realização de receitas de qualquer espécie. Fato que por si só impede que seja tributada pelo Imposto de Renda.

O raciocínio adotado no parágrafo anterior demonstra que o tratamento dedicado ao tema pela LSA, o isenta de tal modo de qualquer hipótese de incidência do Imposto de Renda,

que permite o mesmíssimo tratamento contábil – destinação à reserva de capital (Art. 182, § 1º), em fase que sequer a Sociedade sofria qualquer tributação, qual seja a ocasião de sua constituição.

2.1.3.5.2 At. 170, § 1º, e incisos

Primeiramente, é forçoso reconhecer que, ainda que o § 1º do art. 13 acima explorado, tenha apresentado a possibilidade de se emitir ações com ágio, a disposição contida no § 1º do art. 170 foi a responsável por acabar com a polêmica até então existente (ROSMAN, 2009, p. 1410):

A norma do § 1º do artigo 170 da LSA encerrou polemica, que ocorreu na vigência da lei antiga, sobre a legalidade de companhia emitir ações por preço superior ao valor nominal, especialmente sobre a compatibilidade da emissão de ação com ágio com o direito de preferência para subscrevê-las. Alguns autores entendiam que as situações eram excludentes, enquanto outros sustentavam que deveriam se conjugar, com o propósito de melhor proteger o interesse dos antigos acionistas.

De mais a mais, a introdução do § 1º do artigo 13 explorado no subcapítulo anterior, demandou que a norma trouxesse fórmula para criação do preço da emissão. Tal objetivo restou cumprido através do At. 170, § 1º, e incisos.

Cumpre apontar que, conforme praxe, o legislador buscou a proteção ao acionista minoritário. Os parâmetros¹³ inseridos no dispositivo sob análise, visam impedir a diluição

¹³ Por “parâmetros”, devem-se entender os critérios que o legislador elencou para definir o preço de emissão das ações. Neste ponto cabe nota acerca da modificação trazida da Lei nº 9.457/97, que introduziu a expressão “alternativa” ou “conjuntamente” para análise dos critérios, garantindo maior eficiência na definição do preço de emissão das ações. Ainda que tal alteração tenha sido significativa, sua contribuição não é relevante para o fim deste trabalho, afinal, o critério utilizado para formação do ágio é indiferente no que se refere o seu tratamento contábil, societário ou fiscal. Sobre o tema, com mestria define Carvalhosa (*op. cit.*, p. 726):

“Justifica o autor do Projeto de 1997 a sua iniciativa nos seguintes termos: ‘m) no art. 170, explicita-se que os critérios estabelecidos nos incisos, para fixação do preço de emissão da ação, podem ser utilizados alternativa ou conjuntamente, a fim de dirimir dúvidas sobre a interpretação do artigo e evitando litígios judiciais. Acrescenta, ainda, parágrafo exigindo que os critérios adotados sejam devidamente justificados aos acionistas.’”

[...]

“Esse trecho da Exposição de Motivos do Projeto de 1997 (Lei Kandir) não revela o real objetivo do legislador, que é o de franquear às companhias a adoção isolada do critério de valor econômico, desprezando, assim, o valor do patrimônio líquido que sempre era levado em conta na fixação do preço de emissão.

O legislador de 1997, aproveitando a redação defeituosa do § 1º do art. 170 da Lei de 1976, dispõe que as companhias podem adotar um dos três critérios isoladamente, para a fixação do preço de emissão de ações em aumento de capital.

Embora previsto, pouco se utilizava na vigência da Lei de 1976 o critério de valor econômico, traduzido pelo legislador de 1976 como de ‘perspectivas de rentabilidade’.

injustificada dos antigos acionistas. Até porque, se assembleia gozasse de liberdade para estabelecer o preço do ágio de forma irrestrita, os acionistas não controladores poderiam ter suas participações diluídas, isto por conta de eventual emissão de ações com valor em excesso (CARVALHOSA, 2014, p. 232). Em adição, outra justificativa para o dispositivo, é evitar o enriquecimento sem causa dos subscritores de novas ações (LAZARESCHI NETO, 2012, p. 567.).

Carvalhosa (*op. cit.*, p. 725) resgata aquele objetivo original do Autor do Anteprojeto da Lei – de que a emissão de ações com ágio deveria ser a regra, indicando que o valor nominal só poderá ser aplicado por “motivos mercadológicos plenamente justificados”. Trata-se da chamada diluição “justificada”, afinal, se o diploma veda a diluição “injustificada”, resta claro que a primeira hipótese é válida (LAZARESCHI NETO, 2012, p. 567.).

Em outras palavras, o direito impede “a fixação do preço de emissão em valor inferior ao valor nominal da ação, quando existente” e “que com a emissão de ações a participação do antigo acionário seja diluída ‘injustificadamente’” (*ibid.*).

Fator relacionado com o dispositivo sob análise, que costuma gerar discussões, é o denominado Adiantamento para Futuro Aumento de Capital (AFAC). Segundo LAZARESCHI NETO, (*ibid.*, p. 564), tais adiantamentos são comuns em companhias fechadas e, salvo se existir cláusula que vede a devolução, podem ser considerados como mútuos. O Autor relaciona julgado da CVM¹⁴ que refendera sua posição:

Assim, ou o AFAC é um mútuo que pode ser utilizado, de acordo com a faculdade do mutuante, para aumento de capital (hipótese em que a análise que será feita inclui uma análise de crédito como outra qualquer), ou o AFAC não permite alternativa de pagamento em dinheiro. Ele, portanto, é uma faculdade de integralização de futuro aumento de capital

Esta interpretação põe termo a grande parte das discussões e reforça a não tributação da movimentação financeira haja vista que o mútuo também não é objeto de tributação pelo – a par do ágio na emissão de ações dedicado a reserva de capital.

E o legislador de 1997 manteve esse termo, tradução literal de ‘*forecast profit*’ da prática de avaliação de empresas do sistema norte-americano. Não se justifica essa repetição terminológica. E menos ainda se pode admiti-la ao se verificar que o legislador de 1997 claramente referiu-se ao art. 45 a “valor econômico” como alternativa para a avaliação do preço das ações objeto do pedido de recesso (art. 178).

O que o legislador de 1997 desejou foi induzir as companhias a emitir as novas ações com base no seu valor econômico, desprezando o valor do patrimônio líquido. A norma impede arguição de diluição injustificada ao adotar a administração o valor econômico que, via de regra, é significativamente menor do que aquele representativo do patrimônio líquido (art. 178).”

¹⁴ Colegiado da CVM, PAS 21/04, voto do Presidente Marcelo Trindade, j. 15.5.2007.

2.1.3.5.3 Art. 182, § 1º, alínea “a”

Conforme foi repassado, o art. 13, § 2º indica a possibilidade de emissão de ações com valor superior ao nominal e, de forma sucinta menciona sua destinação à Reserva de Capital. O Art. 170, § 1º e incisos é responsável por definir o preço de emissão das referidas ações. Finalmente, o Art. 182, § 1º, alínea “a”, é o dispositivo capaz de dar o tratamento detalhado do ágio gerado por ocasião da emissão de ações por valor superior ao nominal.

Em primeiro plano, cabe salientar a restrição que o legislador impõe à sociedade, não a facultando opção acerca da destinação da cifra mencionada. Ademais, conforme leciona Carvalhosa (2014, p. 228) “Todo o valor do ágio deve ser alocado na conta de reserva de capital”. O mesmo Autor arremata (*ibidem*, p. 948):

As reservas de capital, que a Lei distingue claramente das reservas de lucros, são formadas pela contribuição dos subscritores de valor mobiliários da companhia, quando, ou enquanto, tais contribuições não forem destinadas a integrar o capital social. A forma de utilização das reservas de capital encontra-se prevista no art. 200 da Lei n. 6.404 de 1976.

No que tange à utilização dos valores presentes na Reserva de Capital, esta será abordada no próximo subcapítulo.

Lazareschi Neto (2012, p. 617) colaciona julgado da CVM¹⁵ que evidencia de forma prática o tratamento que a Lei dá e o modo que a Sociedade deve atuar:

Além disso, a destinação de reserva de ágio na incorporação, que só poderá ser feita exclusivamente para aumento de capital, está condicionada à realização econômica do ágio que lhe deu origem, que se dará por redução de carga tributária (Instrução CVM n. 319/99, art. 6º, § 2º), ao passo que a destinação da reserva de ágio na emissão de ações não está condicionada a nenhum evento, posto que economicamente o seu fato gerador foi realizado (subscrição e/ou integralização de ações, em aumento de capital, acima do valor de emissão, mediante aporte de ativos monetários e; ou não monetários).

Sobre o referido julgado cabe elucidar a cristalinidade com que o jurista visualiza a redução da carga tributária. Tendo-a como certa e líquida na realização econômica do ágio

¹⁵ Colegiado da CVM, Proc. RJ2003/2367, Reg. 4052/03, Rel. Diretor Luiz Antonio de Sampaio Campos, j. 4.11.2003.

através da incorporação ao capital. Ademais, pelo conteúdo até aqui exposto, esta é a interpretação que o legislador quis depositar.

No que se refere as alterações que o texto original sofreu, cumpre explorar a modificação trazida pela Lei nº 11.638/07, pelas quais, se excluíram as alíneas “c” e “d” do dispositivo, impedindo que as cifras referentes a doações e subvenções para investimentos pudessem ser destinadas à Reserva de Capital.

Carvalhosa (2014, p. 948) esclarece que, “ao revogar as alíneas c e d do § 1º deste art. 182, [...] passou a exigir que tais saldos passem obrigatoriamente pelas contas de resultado do exercício em que forem recebidos.”.

Neste ponto cabe comentar que o legislador dispôs de oportunidade para revogar também a alínea “a”, obrigando o ágio decorrente da emissão de ações a passar pela conta de resultado. O projeto de lei nº 3.741/00 não continha qualquer disposição neste sentido e nem sequer se cogitou tal hipótese no congresso nacional¹⁶.

Vale mencionar, entretanto, que diante da revogação proposta no Projeto de Lei para as alíneas “c” e “d”, criaram-se emendas a fim de introduzir dispositivo que ao menos diferisse o transito de tais valores na conta de resultados e, conseqüentemente, diferisse sua tributação. Tal tentativa resultou na temporária nova redação do art. 181 – revogado no Projeto de Lei, que assim dispunha:

Art. 181. Serão classificados como resultados de exercícios futuros os resultados não realizados decorrentes de operações efetuadas entre as sociedades controladora, controladas ou sob controle comum; as receitas não realizadas decorrentes de doações e subvenções para investimentos; e as demais receitas recebidas que, em obediência ao regime de competência, somente no futuro integrarão o resultado da companhia.

Esta emenda acabou por ser vetada pela Presidência de República, embasada em parecer do Ministério da Fazenda¹⁷. Esta reflexão é oportuna pois demonstra que tratamento idêntico poderia ter sido dedicado ao ágio decorrente da emissão de ações com valor superior ao nominal, entretanto, optou o legislador por manter a disposição original da Lei nº 6.404/76.

16 Conforme se extrai do “Dossiê digitalizado do Projeto de Lei nº 3.741/00”. Acesso em: 10/09/2017. Disponível em:

http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=61F5247CE71F0B7B2BD602B5F85EF59B.proposicoesWebExterno2?codteor=1118734&filename=Dossie+-PL+3741/2000

17 Veto da Presidência da República. Acesso em: 10/09/2017. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/Msg/VEP-1045-07.htm

Por fim, outra alteração sofrida pela disposição original do art. 182, foi trazida pela Lei nº 11.941/09. Basicamente a modificação promovida trocou o vocábulo “valor de mercado” por “valor justo” a parte que trata sobre os ajustes de avaliação patrimonial (§ 3º). Tal adaptação teve por fim a fim de adaptar a LSA aos padrões internacionais de contabilidade – IFRS, e demonstra a preocupação do legislador em aproximar os padrões internos aos padrões internacionais¹⁸. Cumpre suscitar, sobretudo, que as subclassificações do patrimônio líquido decorrem exclusivamente da LSA, não sendo previstas na IFRS, ainda que tal registro não viole as referidas normas (EIZIRIK, 2015, p. 398).

2.1.3.5.4 Art. 200 e incisos

Assim, vislumbrada: (i) a hipótese de emissão de ações com valor superior ao nominal (art. 13º, § 2º); (ii) os critérios para definição do preço de emissão (art. 170, § 1º e incisos); (iii) a classificação e destinação do ágio decorrente da subscrição das ações (art. 182, § 1, alínea “a”); resta, finalmente, a análise das opções de utilização da referida cifra, a qual é disposta através do art. 200 e incisos.

Preliminarmente insta citar a inovação trazida pelo diploma de 1976. A Lei nº 4.728/65, em seu art. 58, conforme será explorado em subcapítulo à parte, destinava as importâncias recebidas a título de ágio, dos subscritores, à constituição obrigatória de reserva específica, cujo valor deveria necessariamente ser dedicado à incorporação ao capital (CARVALHOSA, 2014, p. 228). Tal reserva era denominada “capital excedente”.

Assim, em sua concepção a Reserva de Capital introduzida pela LSA dispunha como principal função a incorporação de suas cifras ao capital social. Em outras palavras, tem como destinação *natural*, na inexistência de prejuízos que se absorvam, a incorporação de tais cifras ao seu capital social (*op. cit.*, 2015, p. 524)¹⁹.

¹⁸ Sobre o tema (Carvalhosa, 2014, p. 177):

“A fim de tornar o presente art. 182 compatível com as práticas contábeis adotadas internacionalmente, a Lei n. 11.941, de 2009, alterou a redação do seu § 3º, substituindo a referência ao “valor de mercado” pelo “valor justo”, fazendo também referência expressa aos demais casos previstos na Lei Societária e nas normas porventura editadas pela CVM no uso da sua competência, prevista no § 3º do art. 177.”

¹⁹ De forma mais completa Eizirik ensina (2015, p. 525).: “As reservas de capital também podem ser utilizadas para incorporação ao capital social. As reservas, uma vez constituídas pela companhia, representam fundos próprios, valores que lhe pertencem; consistem assim, em ‘quase capital’, ou ‘capital potencial’, na medida em que, inexistindo prejuízos que as absorvam, sua destinação natural é a incorporação ao capital social. A transformação das reservas, enquanto “quase capital”, em capital social é judicialmente instrumentalizada pela técnica de aumento de capital, que permite a absorção das reservas. A utilidade básica de tal operação reside em proporcionar uma melhor adequação do capital ao patrimônio social.

Sobre o novo diploma, segundo Carvalhosa (2014, p. 228) esclarece “a ‘reserva de capital’ estabelecida no art. 200 da Lei n. 6.404, de 1976, vincula o seu valor a diversas destinações, podendo ou não o seu valor ser parcial ou totalmente incorporado ao capital social.”.

Conforme visto, a Sociedade não poderá dispor livremente dos montantes dedicados à Reserva de Capital. A destinação prevista no art. 200 é exaustiva e não cumulativa (LAZARESCHI NETO, 2012, p. 59) e, contempla: absorção de prejuízos, reembolso ou compra de ações, resgate de partes beneficiárias, incorporação ao capital social, ou pagamento de dividendo às ações preferenciais; de modo que o valor do ágio não poderá ser utilizado para qualquer outra destinação que não às expressamente previstas no artigo mencionado (EIZIRIK, 2015, p. 228).

A doutrina é clara ao estabelecer que os valores destinados à Reserva de Capital não têm origem nos lucros. Por conta disso, só podem ser utilizados para distribuição de dividendo se “o estatuto conferir às ações preferenciais dividendo cumulativo com direito de recebe-lo à conta dessa reserva no exercício em que o lucro for insuficiente” (CARVALHOSA, 2014, p. 1.079).

Na mesma linha, Lazareschi Neto (*op. cit.*, p. 647), adverte para a singularidade da Reserva de Capital e do tratamento especial que o instituto demanda:

E é justamente pela razão de que a reserva de capital não decorre da atividade da companhia, que não está sujeita ao regime das demais reservas, que são formadas essencialmente por lucros, principalmente à regra mandatária que exige que as reservas decorrentes de lucros sejam compensadas com os prejuízos apurados pela companhia, nos termos do art. 189. Do mesmo modo, não está ela sujeita aos limites do art. 199 da Lei nº 6.404/76.

Daí porque se pode dizer, com convicção e desassombro, que a reserva de capital não tem correlação direta nem com o capital social nem com os lucros ou prejuízos oriundos da atividade da companhia e por isso pode ser utilizada livremente dentre as hipóteses do art. 200, mesmo que haja prejuízos acumulados e que a companhia não ostente lucros. Como ela não deriva de lucros não está a eles vinculada e a prova mais eloqüente disso é a previsão de sua utilização - sem prévia redução de capital inclusive - para pagamento de dividendo prioritário cumulativo, que pressupõe necessariamente a inexistência de lucros ou a insuficiência destes; seria ocioso prosseguir com explicações com tão fulgurante exemplo. Evidentemente, se a companhia assim o desejar pode utilizar a reserva de capital tanto para aumentar o capital social como para absorver prejuízos, mas frise-se é faculdade e estamos no campo da liberdade e não da obrigatoriedade, como nas demais reservas. (Grifo nosso)

A capitalização não constitui uma operação dupla, na qual inicialmente distribui-se a cada acionista a sua parte nas reservas e depois, numa segunda etapa, o acionista subscreve as novas ações. Trata-se de uma única e incindível operação, um procedimento contábil imposto mediante deliberação do órgão competente, uma vez que em nenhum momento as reservas saem do patrimônio da companhia.”.

Lazareschi Neto (2012, p. 648), portanto, dá ainda mais liberdade à Sociedade para utilização da Reserva de Capital, ainda que dentro do art. 200. Ressalta-se que no entendimento do Autor, mesmo havendo prejuízos acumulados, a Sociedade não está obrigada a utilizar a Reserva de Capital para absorve-lo, ao contrário do que sugere Eizirik (2015, p. 228).

2.1.3.5.5 Considerações finais

A Lei nº 6.404/76 recepcionou formalmente a emissão de ações com valor superior ao nominal, a qual, conforme explorado, era prática do mercado e defendida por grande parte da doutrina. Os dispositivos trazidos pelo diploma, que dizem respeito ao Ágio, ainda hoje vigem, são eles:

- (i) art. 13º, § 2º: introduz a hipótese de emissão de ações com valor superior ao nominal;
- (ii) art. 170, § 1º e incisos: apresenta os critérios para definição do preço de emissão da ação;
- (iii) art. 182, § 1, alínea “a”: classifica e dá destinação do ágio decorrente da subscrição das ações;
- (iv) art. 200 e incisos: dispõe as opções de utilização da Reserva de Capital

Tendo analisado minuciosamente cada dispositivo, tem-se claro o tratamento jurídico-societário e, conseqüentemente o contábil, dedicado ao Ágio decorrente da subscrição de Ações. Tal narrativa é fundamental para compreender o conceito intermediário desta espécie e projetar a incidência ou não incidência do imposto de renda. Naturalmente, como o diploma rege supletivamente as Sociedades Limitadas, o instituto do ágio ora previsto, serve de supedâneo para qualquer transação correlacionada envolvendo esta última espécie societária.

Por fim, face ao grande conteúdo explorado, a fim de garantir maior familiaridade ao leitor, repassa-se o Regime do Ágio na Lei nº 6.404/76, nas palavras do insuperável Carvalhosa, (2014, p. 746):

A Lei n. 6.404, de 1976, determina que as ações sejam emitidas por valor, real do que pode ou não resultar a verificação de ágio. Conceitua-se legalmente o ágio como a contribuição que ultrapassar o valor nominal ou a parte do preço de emissão das ações sem valor nominal que ultrapassar a importância destinada à formação do capital social (art. 182). O montante do ágio reverte em favor da sociedade, constituindo o seu valor reserva de capital (art. 182). Essa reserva somente pode ser destinada a absorção de prejuízos que ultrapassarem os lucros acumulados e a reserva de

lucros; resgate, reembolso ou compra de ações; resgate de parte beneficiárias (companhias fechadas); incorporação ao capital social; ou pagamento de dividendos às ações preferenciais (art. 200).

Essa destinação é exaustiva, não podendo os administradores utilizar o valor do ágio para qualquer outra destinação que não as expressamente previstas no art. 200.

A principal vocação, portanto, do valor do ágio será a sua incorporação ao capital social, pois as outras hipóteses previstas no citado art. 200 são de mais difícil aplicação ou esporádica aplicação.

A emissão de ações, em regra, é feita pelo seu valor real. No caso de terem valor nominal, este não prevalece. Em se tratando de ações sem valor nominal, o valor da antiga emissão não vincula o da nova.

A interpretação que deve ser aplicada é do caráter cogente da norma, ademais, a Lei nº 6.404/76 “[...] não apenas admite legitimidade de emissão com ágio, como o exige nos casos de companhia próspera. [...] Trata-se de princípio de ordem pública, de caráter cogente, não podendo as companhias furtar-se à sua estrita observância.”. (*Ibidem.*, p. 747).

2.2 Aspectos das Sociedades por Quotas

2.2.1 Antecedentes

Tal qual a Sociedade por Ações, a Sociedade de Responsabilidade Limitada (doravante denominada Sociedade Limitada) tem sua origem no Código Comercial de 1850. Ainda que nominalmente a espécie societária ainda não existisse (TEIXEIRA, 2006, p. 20), suas antecessoras criaram a base legal para sua introdução, e desbravaram o panorama jurídico econômico da segunda metade do século XIX, tudo a partir do Código Comercial.

Tais práticas permitiram a projeção do tipo societário ideal para os padrões econômicos da época, elementos pelos quais, grandes juristas buscaram a introdução da Sociedade Limitada pela primeira vez.

Já em 1865 teve a primeira iniciativa de inserir algum tipo social de responsabilidade limitada. O projeto teve lavra do então conselheiro José Thomas Nabuco de Araújo, mas acabou sendo rejeitado pelo imperador através da Resolução de 24 de abril de 1867 (SIMÃO FILHO, 2004, p. 8). Tal fato evidencia a carência do ambiente econômico, de um tipo societário menos burocrático, que cumprisse os anseios do empresário à época, a qual viria somente através do Decreto nº 3.708/19.

Entretanto, este primeiro esforço histórico para criação de novo tipo social não deve ser confundido com o texto que resultou no Decreto nº 3.708/19. De acordo com Sylvio

Marcondes Machado em sua tese escrita em 1940 (DE LUCCA, Newton. *In*: SIMÃO FILHO, 2004. Prefácio), a sociedade preconizada por Nabuco era uma sociedade anônima livre, enquanto a sociedade criada pelo decreto introduzia espécie autônoma e com características próprias (SIMÃO FILHO, 2004, p. 8).

Dessa forma, o legislador teria se inspirado na norma alemã para introduzir o referido Decreto, mais especificamente na *Gesellschaft mit beschrankter Haftung* (DE LUCCA, *In*: SIMÃO FILHO, 2004. Prefácio), inspiração esta que culminou na elaboração do projeto de revisão do Código Comercial de 1912, formulado pelo professor Herculano Inglês de Sousa (SIMÃO FILHO, 2004, p. 8).

Etapa subsequente, os dispositivos que tratavam deste novo tipo social contido no projeto de Código Comercial, de inspiração alemã e portuguesa, serviram de inspiração ao projeto apresentado pelo deputado Joaquim Luís Osório, em 20 de setembro de 1918, objetivando inserir no ordenamento jurídico, a espécie “Sociedade por quotas de responsabilidade limitada” (*ibidem*).

O desfecho do referido projeto foi, nas palavras de Simão Filho (*ibidem*):

Assim, após uma rápida tramitação no Congresso, foi o projeto aprovado e sancionado como Decreto n. 3.708, de 10 de janeiro de 1919. Cumpre notar que esse decreto possuía tão-só dezoito artigos, muito embora claramente inspirado na lei alemã de 20 de abril de 1892 que possuía 82 artigos e na lei portuguesa de 11 de abril de 1901 que possuía 65 artigos. P.8
A escassez de previsão legislativa da lei brasileira não impediu que a sociedade por quotas de responsabilidade limitada tivesse uma notável recepção pro parte daqueles que resolveram operar mediante este tipo social, representando, atualmente, quase a totalidade das empresas registradas nos órgãos registrários no País.

Conclui-se que a maior influência do legislador à época foi o modelo alemão - *Gesellschaft mit beschrankter Haftung*, razão pela qual eventuais reflexões que tenham por base o direito entre estes dois institutos são de grande conveniência.

2.2.2 Decreto nº 3.708 de 10 de janeiro de 1919

Compreendido o contexto jurídico econômico que o Decreto se inseriu, faz-se oportuna análise sobre sua natureza. Primeiramente insta mencionar que a doutrina diverge quanto a conceituação do tipo societário introduzido. Segundo Waldemar Ferreira: “Ele se integrou entre os demais tipos societários previstos no Código, nele entrosando-se e ao seu

regime submetido”. Já Teixeira (2006, p. 34), defende o “particularismo” da sociedade por quotas. “Criada, embora, como mais uma das espécies de sociedades admitidas pelo Código Comercial de 1850, a sociedade por quotas tem, em si mesma, elementos distintivos que a extremam das demais e que justificam plenamente ser tratada como espécie à parte”.

Diante desta particularidade, cabe análise das principais disposições do Decreto que se relacionem com o tema principal abordado neste trabalho.

2.2.2.1 Capital Social

Fato é que o legislador pouco dispôs sobre o capital social neste diploma. A consideração feita se restringe a dizer que a responsabilidade dos sócios é limitada ao capital social; que não haverá sócios de indústria na Sociedades por quotas, e que no caso de mora de um dos subscritores poderão os outros preferir a exclusão do sócio remisso (TEIXEIRA, 2006, p. 85).

Quanto ao tema, o Decreto nº 3.708/19 nasceu defasado, deixando por parte do Código Comercial e à legislação das Sociedades Anônimas e, a resultante sistematização elaborada pela doutrina, para proporcionar as bases para a discussão e explanação do assunto (*ibidem.*).

Nessa linha, o diploma foi igualmente inerte no que diz respeito ao aumento de capital. O descontentamento do empresário é referendado através de TEIXEIRA (2006, p. 210):

Desse lamentável silêncio do legislador, agravado quase sempre pela omissão estatutária, resulta, para as partes interessadas e para os interpretes e aplicadores da lei, dificuldades de ordem pratica quase insuperáveis. O recurso extremo à lei das sociedades anônimas nem sempre produz os efeitos desejados, porque é precisamente neste capítulo da vida social que se manifestam, em sua profundidade, os antagonismos, ou, pelo menos, as diferenciações substancias entre um ou outro tipo societário.

Inicia-se assim a dependência à legislação societária, a qual, com a promulgação do Decreto-lei nº 2.628/40, regulou procedimentos inéditos, afetando de imediato as Sociedades por Quotas. O art. 108 do Decreto-lei nº 2.627 estabeleceu que, após integralmente realizado o capital social, é lícito a assembleia geral aumenta-lo. Segundo TEIXEIRA (2006, p. 213), “a regra, por analogia, deve aplicar-se às sociedades por quotas, visto não ser curial elevar-se o capital se o primitivo ainda não foi inteiramente realizado pelos sócios.”.

Percebe-se a facilidade com que o doutrinador trazia a regência das Sociedades por Ações à Sociedade por Quotas, instituto este que será analisado no próximo subcapítulo.

2.2.2.2 Inspiração do Legislador – Direito Alemão

Conforme mencionou-se, o Decreto nº 3.708/19 teve forte influência do modelo alemão. O modelo germânico²⁰ - *Gesellschaft mit beschränkter Haftung*, ou abreviadamente “GmbH”, foi pioneiro em matéria de sociedade com responsabilidade limitada, atendendo aos anseios dos comerciantes à época (LUCENA, 2005, p. 4).

Franco (*apud* SIMÃO FILHO, 2004, p. 6) delimita as principais características que o tipo societário alemão detinha, trazendo “[...] maleabilidade das sociedades de pessoas, na sua administração mais personalizada, a maior ênfase na autonomia da vontade, a restrição à circulação dos quinhões societários e consequentemente estabilidade do quadro societário”, além é claro, de portar a tradicional limitação da responsabilidade própria da sociedade anônima.

Segundo Simão Filho (*ibidem*, p. 7) esse modelo para a formação de um tipo social específico foi reproduzido em diversos países. Sendo adotado pela lei portuguesa de 1901, lei austríaca de 1906, lei inglesa de 1907, lei francesa de 7 de março de 1925, lei argentina de 1932, lei italiana de 194 e lei espanhola de 1956.

²⁰ Sobre o desenvolvimento e criação deste modelo (LUCENA, 2005, p.5):

“De fato, na segunda metade do século XIX, sentia-se na Alemanha que os tipos societários existentes não atendiam aos anseios e preocupações de grande faixa de comerciantes, que não sendo portadores de vultosos capitais, nem querendo correr os riscos da responsabilidade ilimitada, não podiam, ou não lhes convinha, adotar uma forma de sociedade anônima, de constituição difícil, dependente de autorização, dispendiosa e extremamente burocratizada. O ideal seria então um tipo social que, embora limitando a responsabilidade dos sócios, tal como na anônima, desta diferiria, no entanto, na vedação da cessibilidade das quotas sociais a estranhos, na forma de constituição mais simplificada e na direção pessoal dos negócios sociais.

Como explicitou o Prof. Fran Martins, em excelente monografia, “o incentivador desse movimento foi o deputado Oechelhaeuser, por ocasião da reforma do direito alemão das sociedades, nos fins do século passado. Ouvindo as Câmaras de Comércio sobre o assunto, declarando-se estas favoráveis à criação de um novo tipo de sociedade para atender àquele problema econômico, Oechelhaeuser debateu a questão no parlamento. E sua ação foi tão decisiva que o Governo formulou um projeto de lei instituindo as ‘sociedades de responsabilidade limitada’ (*Gesellschaft mit beschränkter Haftung*), que, amplamente discutido, foi, finalmente, transformado em lei, promulgada em 20 de abril de 1892.”.

2.2.2.2.1 Evolução da norma alemã

O fato de a norma brasileira ter se inspirado na GmbH alemã, permite que eventual entrave encontrado no ordenamento nacional possa ter a solução inspirada, mais uma vez, no desfecho dado pelo legislador alemão.

Conforme exposto, o Decreto nº 3.708/19 pouco, ou nada contribui em matéria de aumento de capital, quiçá acerca de eventual ágio na emissão de suas quotas. Pois então como teria se desenvolvido o modelo alemão?

Franco (1988, p. 90) comenta a grande lacuna existente entre a “AktG” (Sociedade por Ações) e a “GmbH” (Sociedade Limitada) causada pelas sucessivas reformas envolvendo o primeiro tipo societário. Assim, em determinado momento o recurso supletivo às normas do direito acionário se tornaram inviável às GmbH.

O resultado foi a inadequação do modelo das Sociedades por Ações como forma de suplementar a espécie Limitada, resultando na reforma desta, tornando-a mais compatível com a realidade negocial, entre outros (*ibidem*).

Vera Helena de Mello Franco (*ibidem*), assevera que tentou-se diminuir a distância entre as duas espécies, sobretudo com a promulgação de leis de aplicação comum das quais são exemplos, entre outras, a *Umwandlungsgesetz* (lei de transformação) de 06 de novembro de 1969; a *Kapitalerhöhungsgesetz* (lei que regulamente o aumento de capital e a fusão das sociedades) de 23 de dezembro de 1959 e a *Publizitätsgesetz* (lei que regulamenta a publicidade das demonstrações financeiras para determinadas empresas de grupo), de 15 de agosto de 1969. Porém, de acordo com a Autora, “Estas leis, todavia, regulamentaram apenas situações jurídicas isoladas, mantendo a “GmbH” conforme o seu perfil original, o que não solucionou a inadequação daquele modelo legislativo perante a realidade negocial.”.

O resultado foi a reforma ocorrida na década de 80, a qual introduziu medidas significativas suprir a deficiência normativa das GmbH.

Tais considerações são interessantes e mostram que o legislador já na década de 50 criou norma própria para tratar do aumento de capital e, visou dedicar o diploma a ambas as espécies societárias. Ou seja, o distanciamento entre as duas espécies é comum em outras jurisdições e, igualmente, deixam lacunas normativas que desafiam o legislador a introduzir diploma eficaz e universal.

A regência supletiva pode ser instrumento hábil a contornar as lacunas entre os tipos societários, contudo, como se verá a seguir, no ordenamento jurídico brasileiro, tal instituto é de controversa aplicação e porta incerteza aos negócios jurídicos que dele dependam.

2.2.2.3 Regência Supletiva

Ainda que o conteúdo normativo para as Sociedades Anônimas, quando da edição do Decreto nº 3.708/19 fosse bastante raso, em comparação com o ambiente jurídico criado pela Lei nº 6.404/76 ou até mesmo o Decreto-lei nº 2.628/40, aquele dedicou um dos seus 19 artigos à regência supletiva.

O art. 18 do referido Decreto²¹ permite a aplicação suplementar da legislação das Sociedades Anônimas quando o estatuto da sociedade ou a Lei for silente²².

Em realidade, a classificação das sociedades comerciais fundadas na extensão da responsabilidade subsidiária de seus componentes, que aproxima as Sociedades por Quotas às Sociedades Anônimas é recorrentemente adotada. De acordo com TEIXEIRA (2006, p. 27): “[...] todos os sócios ou todos os acionistas têm a sua responsabilidade limitada a uma certa cifra, que na sociedade por quotas é, em casos de falência, o montante do capital social não realizado, e nas sociedades anônimas, [...], o valor da subscrição de cada qual.”.

Pois bem isto significa dizer que estas espécies societárias devem reger-se pelos mesmo princípios cardiais? TEIXEIRA (2006, p. 28) é categórico: “Evidentemente que não”; e esclarece:

²¹ Decreto nº 3.708/19

Art. 18. Serão observadas quanto às sociedades por quotas, de responsabilidade limitada, no que não for regulado no estatuto social, e na parte *applicavel*, as disposições da lei das sociedades *anonymas*.

²² Quanto a regência suplementar indicada no art. 18, Simão Filho (2005, p. 82) alerta que existiriam 2 correntes. A primeira delas defendia por Waldemar Ferreira, sustentava que “*As disposições da lei das sociedades anônimas, em suma, são subsidiárias, não da lei que institui as sociedades por quotas, mas do estatuto ou contrato social destas. Assim, se o contrato houver dotado a sociedade de assembleia geral e de conselho fiscal, omitindo, no entanto, o modo de constituição e de função destes órgãos, aplicar-se-lhes-ão, por sem dúvida, as disposições da lei de sociedades anônimas, relativas tanto à assembleia geral, como ao conselho fiscal*”. Tal corrente diminuía a importância do art. 18 e permitia a extensão das normas das Sociedades Anônimas, somente em casos pontuais.

A segunda corrente, defendida pelo Autor (Simão Filho, 2005, p. 82) propunha que, “[...] a lei de sociedades anônimas somente incidiria quando, em se tratando de *ius dispositivum* dos sócios, estes não o disciplinaram no contrato social, nem o previra o Decreto nº 3.708, dando-se assim aquela incidência de tal arte a não ferir o princípios que regiam a sociedade por quotas [...]”

A segunda corrente se mostra mais coerente haja vista que o próprio art. 18 menciona a potencial omissão do Decreto nº 3.708/19, afinal de acordo com Simão Filho (2005, p. 93): a hipótese defendida por Waldemar Ferreira: “*Tal postura, ‘contra legem’, derogava o artigo 18, aniquilava-o. E os argumentos, para tantos inutilizados, não eram convincentes.*”.

Embora ligadas pela afinidade da limitação da responsabilidade dos sócios ou acionistas a uma importância previamente fixada, é certo que essas sociedades apresentam características próprias que as extremam uma da outra, como em seu devido lugar acentuaremos. Cumpre, todavia, ressaltar que da circunstância de, em ambas, e somente nelas, encontrarmos bem definida a limitação da responsabilidade pessoal de todos os sócios ou acionistas, seremos forçados a prestigiar a opinião daqueles que defendem, em casos omissos, uma maior aproximação entre as sociedades por quotas e as sociedades anônimas. Aliás, nada mais fazemos que respeitar o espírito e a letra da lei, quando em seu art. 18, afirma o Decreto nº 3.708, de 10 de janeiro de 1919: “Serão observadas quanto às sociedades por quotas, de responsabilidade limitada, no que não for regulado no estatuto social, e na parte aplicável, as disposições da lei das sociedades anônimas”. (Grifo nosso)

A interpretação do grande jurista é certa, ainda que existam várias características comuns entre os tipos societários, o regramento deveria sempre ser individualizado, devendo-se comunicar somente em casos omissos.

Fato é que a remissão às Sociedades Anônimas permitiu o a Sociedade por Quotas recorrer ao regramento daquele tipo nos mais variados temas²³, mostrando a eficiência do dispositivo legal, ao menos no conjunto de normas objeto de remissão²⁴.

²³ Direito de preferência (TEIXEIRA, 2006, p. 219): “O Decreto 3.708, de 1919, nada disse a respeito, porquanto era inteiramente desconhecido em nosso direito, até 1940, o instituto da preferência. Serão de aplicar-se às sociedades por quotas, por força do artigo 18 daquele decreto, as normas do anonimato?”

Formulada, assim, em termos amplos, no plano teórico, a questão é realmente embaraçosa. Não se pode afirmar, por um lado, que a lei das sociedades anônimas seja sempre fonte subsidiária da lei das sociedades por quotas, pois que o próprio artigo 18 restringe a eficácia desse socorro hermenêutico. Não é possível, por outro lado, ignorar que adicionando-se ao silêncio da lei possível omissão das partes, ao redigir os estatutos, ficariam os sócios minoritários em condições extremamente penosas, não tivessem eles o amparo do direito de preferência. Enterreirada a discussão dentro desses limites extremos, pensamos que o direito de preferência vige nas sociedades por quotas do direito brasileiro.

Em primeiro lugar, nada existe no Decreto nº 3.708, ou no Código Comercial ou na legislação mercantil brasileira, que regule o direito de preferência.

Em segundo lugar, e como decorrência da premissa inicial, combinada com o artigo 18 do Decreto nº 3.708, resulta que as partes contratantes podem, livremente, nos estatutos das sociedades por quotas, disciplinar, com maior ou menor rigor, o exercício do direito de preferência, quiçá mesmo eliminá-lo.”

²⁴ LUCENA, 2005, p. 5): “Em compêndio, o regime jurídico da anterior sociedade por quotas, de responsabilidade limitada, indicava ao exegeta, pela ordem, as seguintes etapas: 1º) o Decreto nº 3.708, de janeiro de 1919, e os artigos 300 a 302, do Código Comercial; 2º) a *lex privata* consubstanciada no instrumento contratual; 3º) a lei de sociedades anônimas (atual Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976); 4º) o Código de Comércio, as leis, os usos e os costumes comerciais; 5º) o Código Civil; 6º) os princípios gerais de direito e o direito comparado. P. 92

Cumpre, outrossim, ao propósito da remissão pelo indigitado artigo 18 às “disposições da lei das sociedades anônimas”, registrar ter sido das mais inteligentes. Houvesse se reportado expressamente ao Decreto nº 434, de 4 de julho de 1981, que regia as sociedades anônimas quando da vigência, em 1919, do Decreto nº 3.708, novas disceptações teriam surgido quando foi aquele revogado e substituído pelo Decreto-Lei nº 2.627, de 26 de setembro de 1940, hoje também substituído pela Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976. Da forma como foi feita a remissão, sem indicação expressa de uma determinada lei, continuou ela sempre atual, mesmo que

2.2.3 Código Civil de 2002

O diploma que rege atualmente a Sociedade Limitada é o aquele introduzido pela Lei nº 10.406/02 (Código Civil de 2002). Em primeiro plano cumpre mencionar a nova nomenclatura introduzida pelo art. 1.052²⁵ deixando de lado o termo Sociedade por Quotas, passando a denominar Sociedade Limitada.

O recente diploma trouxe garantiu nova fase à espécie societária, derogando, quase que por inteiro, o Decreto nº 3.704/19. Reconheceu-se a natureza contratual da sociedade, bem como a importância da vontade manifestada pelos sócios em seu contrato de constituição – o qual será o indicador de suas características principais, principalmente no que se refere a adoção do sistema de sociedade empresária ou simples, como à classificação da sociedade com personalística ou capitalística (SIMÃO FILHO, 2004, p. 20).

Referente ao conteúdo dedicado às Sociedades Simples, e sua extensão às Sociedades Limitadas em caso de omissão da Lei (art. 1.096²⁶), se fazem necessárias algumas considerações.

O Código Civil de 2002 introduziu duas hipóteses de regência²⁷. Sob este aspecto nota-se que, diferentemente do Diploma de 1919, a Lei atual não fala em omissão do contrato para justificar a regência, mas sim omissão da Lei (TEIXEIRA, 2006, p.31).

Referente à a duplicidade de regência, Lucena (2005, p. 99) considera que a norma vigente atende parcialmente as críticas que lhe eram feitas e o legislador pretendeu, sem abandonar a idéia original, possibilitar aos sócios a opção de supletividade a ser escolhida segundo seus interesses e conveniência, na forma que segue:

- a) a adoção de um modelo supletivo mais simples, quando reportado às pequenas e médias empresas (estas quando de poucos sócios), reservando-lhes então o tipo sociedade simples ('caput');

houvesse sido a lei das anônimas substituída por outra, como de fato ocorreu. E, ademais, a remissão ainda alcançava toda a legislação que, de qualquer modo, dizia respeito às sociedades por ações.”

²⁵ Código Civil de 2002

Art. 1.052. Na sociedade limitada, a responsabilidade de cada sócio é restrita ao valor de suas quotas, mas todos respondem solidariamente pela integralização do capital social.

Parágrafo único. O contrato social poderá prever a regência supletiva da sociedade limitada pelas normas da sociedade anônima.

²⁶Art. 1.096. No que a lei for omissa, aplicam-se as disposições referentes à sociedade simples, resguardadas as características estabelecidas no art. 1.094.

²⁷ Introduzidas pelos art. 1.052, Parágrafo Único e pelo art. 1.096, mencionados acima.

b) a adoção de um modelo supletivo mais complexo, quando referido às médias empresas (estas quando de muitos sócios) e às grandes empresas, reservando-lhes então o tipo da sociedade anônima (parágrafo único)

Ou seja, silente o contrato social, as normas da Sociedades Simples aplicar-se-ão às Sociedades Limitadas, sendo esta regência afastada, para incidir a supletividade das normas das Sociedades Anônimas, se e quando o contrato social assim o estipular (*ibidem*).

Este sistema de dupla regência é alvo de críticas da doutrina, sendo que a maior parte defende que a regência deveria ter se dado somente pela norma das Sociedades por Ações, a exemplo do que acontece na maior parte das jurisdições²⁸.

Sem embargo, conquanto que a Sociedade tenha em seu contrato de constituição a opção pela regência suplementar das normas da Sociedade Anônima, em tese não há obstáculo para esta extensão normativa, observadas as restrições do diploma.

A matéria que realmente traz discussão diz respeito à extensão do termo “omissão” trazido pelo legislador. Sob este prisma, importa definir se dada matéria foi ou não inteiramente regulada no capítulo das Sociedades Limitadas pelo Código Civil de 2002 (TEIXEIRA, 2006, p. 33). Segundo este Autor, “Isso não depende do número de artigos ou extensão da regulamentação, mas sim da existência ou não de um regime jurídico que tenha funcionalidade própria e independente” e, conclui:

²⁸ (LUCENA, 2005, p. 100): “Condenável, a nosso juízo, essa duplicidade de regência. Como já se disse acima, todos os países que reformularam sua legislação societária optaram para que a supletividade normativa das limitadas se faça mediante a lei de sociedades por ações.

E na Itália, cujo Código nitidamente inspirou no campo societário, os projetistas do novo Código Civil Brasileiro, a colmatagem é feita segundo diversos dispositivos, a cada passo citados, que disciplinam as sociedades por ações, não as sociedades simples, o que, ainda assim, tem merecido crítica de ponderável parcela da doutrina, que, tendo tal colmatagem por insuficiente, lamenta, como o fez com veemência Francesco Gennari, a “falta de uma remissão genérica à disciplina das sociedades por ações, enquanto compatível”²⁸, exatamente como constava do art. 18 do revogado Decreto nº 3.708.

[...]

Pena, como já enfatizado, tenha sido adotada uma supletividade dupla e, pior ainda, tenha a incidência supletiva das normas das sociedades anônimas, relegada a uma posição subalterna, sido condicionada a que haja expressa previsão no contrato social. P. 101

O Projeto de alteração do Código Civil, do Deputado Ricardo Fiúza, propõe a volta ao regime anterior, ou seja que a supletividade normativa se faça somente pela Lei que rege as sociedades anônimas, *verbis*: “Art. 1.053. A sociedade limitada rege-se, nas omissões deste Capítulo, pelas normas da sociedade anônima.”

(TEIXEIRA, 2006, p. 33): “Em consonância com a observação original do autor, parece bem mais adequado que as omissões nas limitadas sejam supridas pela Lei das S.A. do que com a sociedades simples. Vários institutos e estruturas aparecem igualmente nas limitadas e nas anônimas, como por exemplo assembleia de sócios e conselho fiscal, inclusive com regras similares. Somente o fato de que a responsabilidade dos sócios nas sociedades simples é ilimitada, enquanto que nas sociedades limitadas e nas sociedades anônimas tal responsabilidade é limitada, já torna nítida a aproximação dessas duas últimas, outro ponto já levantado pelo autor em 1956.”

A noção de sistema encaixa-se bem no caso. Se o CC/2002 funcionar como sistema suficiente para regular a matéria, não há que se falar em omissão a ser suprida. De outro lado, se a operacionalidade de algum aspecto societário das limitadas comportar complementação, aí sim caberá a aplicação legal supletiva.

Para testar tais preceitos e a extensão da regência supletiva, se faz oportuna a simulação envolvendo o tema deste trabalho – Ágio na emissão de quotas. O Código Civil de 2002 pouco dispôs sobre o aumento de capital para a espécie analisada. A matéria que dialoga com o tema é aquela prevista no art. 1.081²⁹, já que os demais artigos da seção dispõem sobre “Redução de Capital”.

O art. 1.081 basicamente deixa claro que é preciso integralizar a totalidade do capital social para se cogitar aumento e, seus parágrafos ditam o Direito de Preferência, diga-se, muito mais restritos que aqueles previstos na LSA.

Fazendo um paralelo, alguns Autores (SIMÃO FILHO, 2004, p. 100 e ABRÃO *apud* LUCENA, 2005, p. 289) defendem a possibilidade de aumento de capital com reservas decorrentes do final do exercício contábil, sendo que a disposição do Código não contempla expressamente esta modalidade de aumento. Pois bem, neste caso deve-se recorrer à norma das Sociedades por Ações, mas, no que tange ao direito de preferência, é preservado a disposição dada pelo Código Civil: “[...] e não se observará a possibilidade do exercício do direito de preferência nem tampouco da cessão do direito de preferência, salvo se conjuntamente se delibere por um aumento de capital misto, ou seja, com reservas e com aporte efetivo.” (*op. cit.*, p. 100).

Ou seja, em se tratando de utilização da Reserva de Capital para aumento de capital, tendo em vista que o Código Civil nada dispõe sobre o assunto, a Sociedade Limitada deve recorrer ao art. 200 da LSA, o qual prevê em seu inciso “IV”, a possibilidade de utilização da reserva para incorporação ao capital social.

²⁹ Art. 1.081. Ressalvado o disposto em lei especial, integralizadas as quotas, pode ser o capital aumentado, com a correspondente modificação do contrato.

§ 1º Até trinta dias após a deliberação, terão os sócios preferência para participar do aumento, na proporção das quotas de que sejam titulares.

§ 2º À cessão do direito de preferência, aplica-se o disposto no *caput* do art. 1.057.

§ 3º Decorrido o prazo da preferência, e assumida pelos sócios, ou por terceiros, a totalidade do aumento, haverá reunião ou as

Afinal, a natureza do capital social é a mesma em ambas as espécies, assim como o vocábulo “Quota” corresponde ao termo “Ações” conforme disciplina Carvalho de Mendonça (*apud* SIMÃO FILHO, 2005, p. 289).

Ainda que não notado pelo legislador, a matéria de aumento de capital para as Sociedades Limitadas é de extrema serventia no atual cenário econômico, conforme menciona Nelson Abrão (LUCENA, 2005, p. 289): “mais que uma necessidade de ampliar os seus recursos financeiros, o periódico aumento de capital pelas sociedades por quotas tornou-se um imperativo de adaptação à realidade inflacionária em que vivemos”. Na sequência, se referindo à perspectiva prática das Sociedades Limitadas, o grande comercialista conclui que: “o meio mais frequente de aumento de capital é pelas novas contribuições dos próprios sócios, podendo ocorrer também pela capitalização de reservas estatutárias e voluntárias; pela reavaliação do ativo; pela incorporação de outra sociedade; e pela admissão de novos sócios”.

2.2.4 Considerações finais

Ainda que o Código Civil de 2002 tenha introduzido elementos, há muito, aguardados pela Sociedades Limitadas, as disposições relativas à modificação do capital social, demonstrações financeiras, entre outras, são bastante simplórias.

Segundo Lucena (2005, p. 37), o legislador brasileiro estaria em harmonia com o a reflexão atual, em tempos de globalização, se tivesse retirado do novo Código Civil todo o Direito Societário ali disciplinado, e que passaria a ser objeto de um corpo legislativo em separado, isto é, de um microssistema à parte, integrado pela Lei de Sociedade Anônima, que o próprio Código já excluiu, e pela disciplina de todos os demais tipos societários, qualquer que seja seu objeto, seja empresarial (comercial), seja não-empresarial (civil), contanto que tenha uma finalidade econômica.

Esta perspectiva ganha força, quando se verifica que, de acordo com o mesmo Autor (*ibidem*), com exceção da Lei das Sociedades por Ações, o Direito Societário brasileira era regido por leis antigas: “um Código Comercial sesquicentenário, um Decreto sobre as sociedades limitadas com mais de oitenta anos, e um Código Civil centenário, haja vista que, embora promulgado em 1916, a sua “data mental é bem 1899”. Em outras palavras, um diploma independente para tratar o Direito Societário, reuniria todo o direito vigente e o organizaria de forma eficaz, afastando grande parte das questões polêmicas ora existentes.

No que diz respeito a Lei nº 6.404/76, parece fugir à esta narrativa. Afinal, graças aos Ilustres autores de seu anteprojeto, Alfredo Lamy Filho e José Luis de Bulhões Pedreira, nas palavras de Lucena (2005, p. 35):

[...]em que pese tenha preambularmente destacado em epígrafe destinar-se a “dispor sobre as sociedades por ações”, ao tratar de diversos institutos societários, fê-lo como vero código ou autentica lei de sociedades, haja vista que, não se restringindo às sociedades por ações, entrou a estabelecer regras que alcançam todos os tipos de sociedades de fins econômicos existentes no ordenamento jurídico brasileiro.

Como exemplo prático, Lucena (*ibidem*) menciona os institutos da transformação, da incorporação, da fusão, da cisão, do consórcio, do grupo societário. Compreendendo estas, os artigos 220 a 234, deixam claro em sua redação, ao reportar-se a “sócios ou acionistas”, “estatuto ou contrato social”, “ações ou quotas do capital”; demonstrando que abrangem todos os tipos societários. O Autor prossegue indicando que mesmo há de se inferir da redação das normas que disciplinam o Grupo de Sociedades (Capítulo XXI – arts. 265 a 277) e o Consórcio de Sociedades (Capítulo XXII – arts. 278 e 279), que não deixam qualquer entredúvida de se referirem a sociedades outras que não as anônimas (v.g. ‘sócios ou acionistas’, ‘as companhias e quaisquer outras sociedades’, etc.).

Tal reflexão alça a LSA a diploma referência e modelo a ser adotado por novas regulações dos mais variados tipos societários.

3 ASPECTOS TRIBUTÁRIOS E CONTÁBEIS

3.1 Decreto-Lei nº 1.598 de 26 de dezembro de 1977.

É de conhecimento geral que, historicamente, o Direito Tributário sempre acompanhou o Direito Societário. Conforme se verá a seguir, não são raros os momentos em que se editou norma tributária ao apagar das luzes da publicação de algum diploma societário. Ainda assim, cabe examinar de forma especial o vazio normativo tributário ocasionado com a publicação da Lei nº 6.404/76. A tamanha diversidade de institutos jurídicos nascidos através da referida Lei, garantiu desafio sem precedentes ao redator da Lei tributária, bem como rotulou o subsequente Decreto-Lei nº 1.598 de 1977 de imensurável importância no ordenamento jurídico-tributário nacional.

3.1.1 Antecedentes Históricos e Objetivo da Norma

Conforme mencionado, “A história demonstra que as mais relevantes mudanças nas regras contábeis ditadas pela legislação societária são sempre seguidas de normativos fiscais visando a amoldar a incidência tributária à nova realidade comercial vigente.” (SANTOS *in* MOSQUERA, 2010, p. 192).

A fim de provar esta máxima, o mencionado Autor é exemplificativo (*ibidem*):

- DL nº 2.627/40 - Primeira Lei Comercial com normas para elaboração de demonstrações financeiras para Sociedades Anônimas;
- Lei nº 6.404/76 - Revoga parcialmente o texto legislativo do DL nº 2.627/40 e traz “plexo normativo mais pormenorizado” acerca das regras contábeis a serem observadas pelas Sociedades anônimas.
- DL nº 1.597/77 - Necessidade de adaptar a legislação do imposto sobre a renda às inovações da lei de sociedade por ações. (Apuração do Lucro Líquido previsto na LSA não caracterizava efetivamente renda jurídica da companhia – Por tal razão, o DL 1.598 ajusta por adições e exclusões para se cogitar sobre uma renda efetiva.
- Lei nº 11.638/07 – altera a LSA e modifica o Direito Societário Contábil vigente. Exposição: “modernizar e harmonizar as disposições da lei

societária em vigor com os princípios fundamentais e melhores práticas contábeis internacionais”.

- Lei nº 11.941/09 – Introdução do RTT para “neutralizar os efeitos tributários e remover a insegurança jurídica”.

Exposição de Motivos Interministerial nº 161:

“9. O processo de harmonização das normas contábeis nacionais com os padrões internacionais de contabilidade – objetivo maior da Lei nº 11.638/07 – deve prolongar-se pelos próximos anos, razão pela qual, há necessidade de que o RTT não seja aplicável apenas no ano de 2008, mas também no ano de 2009, e, se necessário, nos anos subsequentes, *quando, então, ao se descortinar o novo padrão da contabilidade empresarial a ser adotado no País, possa-se regular definitivamente o modo e a intensidade de integração da legislação tributária com os novos métodos e critérios internacionais de contabilidade.*” (Idem, p. 192)

A Lei nº 6.404 de 1976 criou múltiplas transações que, sob o aspecto fiscal, configuram hipóteses de incidência para fins de tributação, principalmente, pelo Imposto de Renda. Neste campo, cabe transcrever parte da Exposição de Motivos do Decreto-Lei nº 1.598/77, assinada pelo então Ministro da Fazenda, Mário Henrique Simonsen:

A Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, contém diversas inovações em matéria de escrituração comercial, demonstrações financeiras, critérios de avaliação do patrimônio e correção monetária do balanço e cria novos valores mobiliários e institutos (como o grupo de sociedades), cuja aplicação prática requer a adaptação da legislação do imposto de renda³⁰.

Não bastasse a tarefa Herculeana de se editar norma tributária que recepcionasse e dedicasse tratamento fiscal ao arcabouço legal depositado pela Lei nº 6.404/76, o legislador dispôs de brevíssimo período para preparar tal diploma. A exiguidade do prazo e o desejo de elaborar norma mais abrangente e organizada é registrada pelo Ministro da Fazenda na Exposição de Motivos do Decreto-Lei nº 1.598/77:

Era intenção deste Ministério aproveitar a oportunidade para consolidar, por ato legislativo toda a legislação do imposto sobre lucro das pessoas jurídicas, a fim de tornar mais acessível aos contribuintes o conhecimento do sistema de legislação, que resulta de alterações esparsas introduzidas, nos últimos 34 anos, no Decreto-lei nº 5.844, de 1943. Com esse objetivo foi elaborado anteprojeto, divulgado para receber sugestões. O prazo exíguo concedido para análise do anteprojeto, assim como a quantidade de sugestões recebidas para a modificação da legislação em vigor, recomendam o adiamento da consolidação legislativa para o próximo ano. O exame das sugestões recebidas requer revisão mais profunda da legislação, e não apenas a consolidação dos preceitos cuja modificação não é exigida pela lei das S.A. (Idem).

³⁰ Diário Oficial da União de 22/03/78. Ano XXXIII. Nº 013. Brasília, DF. P. 252.

É bem verdade que o mencionado diploma não tinha como único objetivo regular os efeitos da Lei nº 6.404/76 para as Sociedades por Ações. Afinal, qualquer pessoa jurídica, independentemente da espécie societária adotada, que se enquadrasse em uma das hipóteses previstas na Lei nº 6.404/76, seria igualmente tributada por força do Decreto-Lei nº 1.598/77. Tal percepção, por óbvio, já se deu no primeiro ano de vigência do Decreto, segundo Ramos (1978, p. 2):

Sob a inspiração da Lei nº 6.404/76, o Decreto-lei regula não apenas a apuração do lucro das companhias, mas o de todas as pessoas jurídicas sujeitas ao pagamento do imposto de renda, independentemente da forma jurídica de que se revistam. Generaliza-se, desse modo, o tratamento tributário das sociedades por ações para todas as pessoas jurídicas, as quais terão que se valer dos mecanismos e procedimentos da Lei nº 6.404/76, sob pena de não poderem atender às normas de caráter tributário.

3.1.2 Elementos Introduzidos

Seguindo a tendência de outros países, o legislador teve como norte para edição do Decreto-Lei nº 1.598/77, a separação da escritura fiscal da escritura contábil, garantindo independência e eficiência nas demonstrações financeiras da sociedade. Tal fato é evidenciado por diversos autores como se verá na sequência, e também foi mencionado em sua Exposição de Motivos:

A lei de sociedades por ações seguiu orientação de manter separação nítida entre a escrituração comercial e a fiscal, porque as informações sobre a posição e os resultados financeiros das sociedades são reguladas na lei comercial com objetivos diversos dos que orientam a legislação tributária, e a apuração de resultados e as demonstrações financeiras exigidas pela lei comercial não devem ser distorcidas em razão de conveniências da legislação tributária.

O projeto assegura essa distinção mediante criação do livro auxiliar (art. 8º, item I) de apuração do lucro real. A determinação do lucro real continua a basear-se na escrituração comercial regulada pela legislação em vigor e pelos dispositivos do artigo 7º, mas os ajustes do lucro líquido do exercício que forem necessários para determinar o lucro real, assim como os registros contábeis para efeito exclusivamente fiscal não modificarão a escrituração comercial, pois serão feitos no livro de apuração do lucro real. Complementada a ocorrência do fato gerador do imposto, o contribuinte deverá elaborar – a partir do lucro líquido do exercício – a demonstração do lucro real, e transcrevê-lo no livro fiscal. (*op. cit*)

Assim, em consonância com o art. 6º, tem-se clara a separação das escriturações descrita por Mário Henrique Simonsen. Tais movimentos conotam a intenção do legislador em fornecer independência da norma tributária e diminuir a influência da contabilidade nos ditames fiscais.

A evolução e a aplicação da legislação mencionada, contudo, tomou rumo diverso daquele idealizado em sua origem. Como se sabe, a sobreposição da norma tributária aos preceitos da contabilidade se perduraram, pelo menos, até que se editaram as Leis nºs 11.638/07 e 11.941/09.

Já ao tempo da promulgação do Decreto-Lei nº 1.598/77 surgiam críticas e alertas por parte da doutrina. Em um dos ciclos de debates sobre o Imposto de Renda recém regulado, o saudoso Geraldo Ataliba alertava (*apud* MELO, 1978, p. 76):

Outro caráter interessante da nova lei é que, de certa maneira, se restringiu o que seria de alguma forma o caráter sacral atribuído à contabilização. Esse caráter é reivindicado no Decreto-lei 1.598 (art. 6º, §§ 4º e 5º), mas ainda há reminiscências, aliás muito fortes, da necessidade fundamental de contabilizar, por exemplo, despesas, para fins tributários, como se verifica não só do fato de o lucro real ser calculado a partir de ajustes do lucro líquido – que é um lucro contabilizado pela empresa – como também de regras específicas, com as dos arts. 36 e 38, § 2º do Decreto-lei 1.598:

Art 36 - A contrapartida do aumento do valor de bens do ativo incorporados ao patrimônio de outra pessoa jurídica, na subscrição em bens de capital social, ou de valores mobiliários emitidos por companhia, não será computada na determinação do lucro real enquanto mantida em conta de reserva de reavaliação.

Portanto, o lucro real é afetado, especificamente, por um ato contábil, o qual, evidentemente, tem relevância jurídica, porque as próprias reservas são submetidas a uma disciplina específica, na Lei das S/A. Está claro que o legislador, nesse particular, não visou tanto, nem principalmente, criar uma norma jurídica de administração de impostos, mas procurou dar a essa reserva a disciplina específica da Lei das S/A.

Talvez a contribuição de maior relevância pelo Decreto-Lei nº 1.598/77 tenha sido a introdução do Lucro Real. O legislador foi certo ao defini-lo como o lucro líquido, apurado de acordo com a norma comercial – portanto a Lei nº 6.404/76, aplicadas as adições e exclusões previstas na norma tributária. Tal máxima será abordada outras vezes no presente trabalho, evidenciando sua importância.

3.1.3 Críticas à Norma

O vazio jurídico, mormente, o fiscal, que o Decreto-Lei nº 1.598/77 objetivou preencher, como não poderia deixar de ser, porta consigo algumas fragilidades, sejam elas decorrentes de inconsistências jurídicas ou apenas de confusões geradas em sua interpretação. A frustração do Ministro da Fazenda à época é prova contundente da fragilidade do diploma: “Era intenção deste Ministério aproveitar a oportunidade para consolidar, por ato legislativo toda a legislação do imposto sobre lucro das pessoas jurídicas, a fim de tornar mais acessível aos contribuintes o conhecimento do sistema de legislação [...]”.³¹

Alguns doutrinadores, como Batalha, (*in*: SCHOUERI, 2012, p. 14), reconheciam que o Decreto-lei nº 1.598/77 havia sido editado com caráter provisório até que surgisse nova lei para regular toda a matéria do imposto de renda das pessoas jurídicas.

O Decreto 3.000 de 1999 foi a norma capaz de organizar todo o conteúdo normativo referente ao Imposto de Renda. Há de se frisar, entretanto, que mais de 20 anos se passaram desde a promulgação do Decreto-lei nº 1.598/77. Esta vacância garantiu a este diploma, uma função quase que universal em matéria de Imposto de Renda, baseando seus dispositivos para as mais variadas espécies societárias, ainda que, conforme demonstrado, pelo tempo exíguo de edição desta norma, o legislador tenha se atido em regular, fundamentalmente, as hipóteses trazidas pela Lei nº 6.404/76, dedicada às Sociedades por Ações.

Sob este aspecto, críticas mais pungentes foram direcionadas (RAMOS, 1978, p. 2):

Note-se, ainda, que, sem embargo do Decreto-lei nº 1.598/77 ter sido baixado ao amparo do art. 55, inciso II da Constituição Federal, o qual faculta ao Poder Executivo a decretação de normas sobre finanças públicas e de caráter tributário, o ato, na verdade, generaliza, amplia e modifica a lei nº 6.404/76, fazendo-a aplicável a pessoas jurídicas que não têm a forma de sociedades por ações.

Em abono a esse entendimento, que torna duvidosa a constitucionalidade do Decreto-lei em face da competência atribuída ao Poder Executivo pelo art. 55, inciso II da Constituição Federal, vale assinalar a modificação flagrantemente introduzida no art. 295 § 1º, alínea “a” da Lei nº 6.404/76, em face do disposto no art. 67, inciso XI, do Decreto-lei nº 1.598/77.

Chegou-se, portanto, a levantar até a inconstitucionalidade do diploma legal. Talvez tal afirmação seja excessiva, mas não há como negar que o objetivo original do Decreto-lei nº 1.598/77 foi substancialmente desvirtuado, ou pelo menos, alargado. Isto, somado a inexistência de norma subsequente que fosse capaz de organizar de forma eficiente o

³¹ Diário Oficial da União de 22/03/78. Ano XXXIII. Nº 013. Brasília, DF. P. 252

conteúdo normativo tributário até então existente, sem dúvida, deu causa a diversas imprecisões e interpretações equivocadas da norma fiscal, conforme se verá a seguir.

3.1.4 Art. 38, inciso I do Decreto-lei nº 1.598/77

Projetado o panorama jurídico em que se inserira o Decreto-lei nº 1.598/77, bem como seu objetivo e os elementos por este introduzidos, torna-se oportuna a análise individual dos dispositivos deste diploma. Cerne deste trabalho, o artigo 38, inciso I é causa da polêmica ora abordada.

Em primeira análise, uma norma que apresenta exclusão expressa de valor supostamente presente no lucro líquido e, portanto, deixado de fora no computo do lucro real e que categoricamente dedica este instituto às Sociedades por Ações ou Companhia. A intenção do legislador é cristalina ao empregar o vocábulo da seguinte forma: “que o contribuinte na forma de COMPANHIA”.

Mesmo que o referido dispositivo pudesse gerar alguma dúvida, a doutrina sepultou tal possibilidade (FRANCO, 1987, p. 270): “Alerta-se que as empresas com outra forma jurídica, que não seja companhia (expressão correspondente à sociedade por ações), não terão o tratamento fiscal previsto no artigo 38, citado.”.

Cabe, portanto, examinar a motivação do legislador em dedicar o instituto de forma exclusiva às Sociedades por Ações, deixando de lado as Sociedades Limitadas. Para tanto, é preciso esmiuçar os conceitos inseridos na referida norma.

Numa leitura dinâmica da mesma redação, extrai-se que o “Ágio” decorrente da “emissão de ações” por preço superior ao valor nominal, creditados à “reserva de capital”, “não serão computadas no lucro real” para os contribuintes na forma de “companhia”.

Pois bem, primeiramente é preciso apontar que o dispositivo poderia ser perfeitamente aplicável às Sociedades Limitadas se não fosse a dedicação exclusiva às “companhias”. Afinal, a escrituração contábil comercial é aquela prevista na Lei nº 6.404/77, seja a Pessoa Jurídica da espécie Sociedade por Ações ou Sociedade Limitada. O lucro líquido apontado pela referida Lei e, conseqüentemente, base para a apuração do lucro real – realizadas adições e exclusões previstas na norma tributária; são, na realidade, a soma das receitas que integram o resultado da empresa.

O ágio na decorrente da emissão de ações com valor superior ao nominal deve integrar a Reserva de Capital, conforme dispõe o art. 182, § 1º, “a” da Lei nº 6.404/77. As contas de

Reservas de Capital não integram o resultado da empresa por força do art. 200, da mesma norma. Segundo o qual, as receitas que integram a Reserva de Capital, somente poderão ser destinadas para as hipóteses taxativamente previstas neste dispositivo. Nessa linha, é forçoso reconhecer que as verbas destinadas as Reservas de Capital, não integram o Lucro Líquido da Sociedade.

Tal conclusão independe do tipo societário adotado pela Pessoa Jurídica. Afinal, é plenamente possível uma Sociedade Limitada, optante pelo Lucro Real, que disponha de valor na condição explicitada, pratique as normas contábeis comumente aceitas, dedicando o mencionado tratamento à importância recebida.

Este raciocínio é fundamental para compreender a natureza do art. 38, inciso I do Decreto-lei nº 1.598/77. Conforme indicou-se, em análise superficial, poderia se tratar de uma das exclusões que a norma tributária dispõe sobre o lucro líquido, excluindo-o da apuração do Lucro Real. Todavia, ao par do quanto apresentado, organicamente tal cifra não deveria compor o Lucro Líquido da Sociedade.

Tais deduções permitem interpretar a referida norma como hipótese clara de não incidência e, não isenção como poder-se-ia sugerir. Trata-se de dispositivo meramente didático, conforme defendido por alguns autores.

Por que teria então o legislador dedicado norma didática somente para uma espécie societária? De acordo com o quanto exaustivamente demonstrado, o contexto em que o Decreto-lei nº 1.58/77 se inseriu foi momento dedicado a regular exclusivamente a Lei nº 6.404/76. O legislador não gozava de tempo hábil para organizar o conteúdo normativo tributário até então editado e, julgou por bem, editar norma concisa, objetiva, de modo que eventual didatismo tomaria demasiado tempo para ser extensível de forma segura a outras espécies societárias pouco ou nada reguladas.

3.1.5 Comparação com Normas Anteriores

O fato de o Decreto-lei nº 1.598/77 ter sido editado às pressas e não ter organizado a legislação tributária até então vigente³², impõe a revisão de normas fiscais prévias, a fim de entender o contexto fiscal à época. Cumprindo o escopo deste trabalho, serão repassados exclusivamente os dispositivos análogos ao art. 38, inciso I do Decreto-lei nº 1.598/77.

³² Cf. Exposição de Motivos - Diário Oficial da União de 22/03/78. Ano XXXIII. Nº 013. Brasília, DF. P. 252.

Considerando que o aumento de capital foi introduzido através do Decreto-lei 2.628/40, em seu art. 108, apenas normas posteriores atendem o objetivo ora traçado. Além disso, há de se frisar que não existia permissão legal expressa para a emissão de novas ações com ágio, ou seja, o instituto ainda gerava bastante controvérsia conforme já analisado (Subcapítulo 3.2.2.3 Debate sobre o Ágio).

Logo, o primeiro diploma cujo exame convêm à análise, trata-se da Lei nº 4.728, de 14 de julho de 1965, a qual dispunha em sua redação original:

Lei nº 4.728/65

Art. 58. Na emissão de ações com ágio pelas **companhias** de capital subscrito ou autorizado, as importâncias recebidas dos subscritores, além do valor nominal das ações constituem capital excedente; não serão tributadas como rendimento da pessoa jurídica. [Grifo nosso]

Percebe-se o emprego do vocábulo “companhias”, mas não resta claro se o legislador objetivou dedicação exclusiva à esta espécie. Afinal, a redação difere e muito da norma atualmente vigente, na qual expressamente se exige a “forma de companhia”. Nessa medida, é de se presumir que o dispositivo possa ter causado alguma confusão na sua vigência. Além do mais, tal raciocínio ganha força quando a norma subsequente, qual seja a Lei nº 4.862, de 29 de novembro de 1965 altera o referido dispositivo, **frise-se quatro meses depois da promulgação da norma original**. Restando assim definido:

Lei 4.862, de 29 de novembro de 1965

Art. 49. O art. 58 da Lei nº 4.728, de 14 de julho de 1965, passa a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 58. Na emissão de ações, as importâncias recebidas dos subscritores a título de ágio não serão consideradas como rendimento tributável da **pessoa jurídica**, constituindo obrigatoriamente reserva específica, enquanto não forem incorporadas ao capital da sociedade.

§ 1º Não sofrerão nova tributação na declaração de pessoa física, ou na fonte, os aumentos de capital das pessoas jurídicas mediante a utilização das importâncias recebidas a título de ágio, quando realizados, nos termos deste artigo, por sociedades das quais sejam as referidas pessoas físicas acionistas, bem como as novas ações distribuídas em virtude daqueles aumentos de capital.

§ 2º As quantias relativas aos aumentos de capital das pessoas jurídicas, mediante a utilização de acréscimos do valor do ativo decorrentes de aumentos de capital realizados nos termos deste artigo por sociedades das quais sejam acionistas, não sofrerão nova tributação." [Grifo nosso]

O legislador portanto, não somente esclareceu a questão e estendeu a qualquer espécie societária o instituto – afinal empregou o vocábulo Pessoa Jurídica de forma proposital, como, através de seus §§ 1º e 2º afastou qualquer hipótese da possibilidade de tributação.

É espantoso o fato de a norma “primitiva” não distinguir a espécie societária para aplicação do referido instituto. Facilmente poderia o legislador ter introduzido o vocábulo “companhia” ou “sociedade anônima” por influência do Decreto-lei nº 2.627 de 1940. O emprego do termo “Pessoa Jurídica” traduz ampla e irrestrita aplicação do instituto e, ao contrário da norma ainda vigente, preserva os conceitos intermediários contábeis e societários então existentes.

Insta suscitar que o Decreto nº 5.800, de 2 de setembro de 1966, que organizou os dispositivos até então vigentes, validou expressamente o instituto³³.

Por fim, sob este prisma, o último diploma que merece análise é o Decreto nº 76.186 de 2 de setembro de 1975 promulgado praticamente um ano antes da Lei nº 6.404/76 e que também por função regulamentar a matéria relativa ao Imposto de Renda até então vigente:

Decreto nº 76.186/1975

Art. 223 - Serão excluídos do lucro real para os efeitos de tributação:

l) as importâncias recebidas dos subscritores, a título de ágio, na emissão de ações, as quais deverão constituir obrigatoriamente reserva específica, enquanto não forem incorporadas ao capital social; [Grifo nosso]

Sobre este dispositivo, considerando que há remissão ao art. 49 da Lei nº 4.862/65, o que, por óbvio não pode alterar seu significado ou aplicação, duas são as reflexões que se inserem: (i) fato de o legislador suprimir o termo “Pessoa Jurídica” e não o substituir por qualquer outro, não visa restringir a aplicação da norma, pelo contrário, mostra que o instituto é de tamanha clareza na perspectiva do legislador - de que independe o tipo societário beneficiado pela norma, que o mesmo optou por suprimir o vocábulo “Pessoa Jurídica”; e, (ii) o termo “ações”, como poder-se-ia ser sugerido, não implica a aplicação do instituto somente às Sociedades por Ações. O emprego daquele vocábulo se dá por conta do contexto jurídico-

³³ Decreto nº 5.800/66

Art. 242. A base do *impôsto* será dada pelo lucro real ou presumido correspondente ao ano social ou civil anterior ao exercício financeiro em que o *impôsto* *fôr* devido, ressalvado o disposto no § 1º do artigo 216 (Decreto lei nº 5.844, art. 43 e Lei nº 2.354, art. 15).

Parágrafo único. As importâncias recebidas dos subscritores a título de ágio, na emissão de ações, não serão consideradas rendimento tributável da **pessoa jurídica** e constituirão obrigatoriamente reserva específica, enquanto não forem incorporadas ao capital da sociedade (Lei nº 4.862, art. 49). [Grifo nosso]

econômico em que se insere; da praticidade lingual – a redação “ações/quotas” nunca foi utilizada na legislação; e, decorre da natureza similar destas espécies.

Poder-se-ia defender que a expressão “Pessoa Jurídica” no contexto daquele parágrafo, acompanhada de hipóteses previstas no então Decreto-lei nº 2.628/40 – “ações”, “subscrição”, “reservas” e etc., seria, intrinsecamente, dedicada às Sociedades por Ações. Contudo, se este fosse o caso, não teria o legislador ajustado a redação original da Lei nº 4.728/65, através da Lei nº 4.862/65, para incluir a locução “Pessoa Jurídica”, do jeito que o fez.

3.2 Aspectos Tributários e Contábeis

Um tema como o tratamento dado ao Ágio na subscrição de Quotas é de tamanha complexidade que merece uma análise interdisciplinar a fim de se alcançar uma solução mais precisa e melhor fundamentada. Nesta perspectiva, repassou-se no presente trabalho a visão societária e, conseqüentemente contábil, da prática prevista em Lei. O campo tributário, entretanto, é especial. Alguns autores entendem que em matérias tributárias, esta ciência deve dar a “palavra final”, mesmo que outras áreas como a contabilidade indiquem posição conflitante, isto, é claro, se o conceito for tratado pelo Direito Tributário de forma, ao menos, conclusiva³⁴.

Independentemente da corrente adota, seja pela soberania do Direito Tributário, ou da sua justaposição com as demais áreas, analisar-se-á o tema, inicialmente, pela perspectiva tributária de forma isolada. Afinal, se a ciência tributária isoladamente definir pela não tributação, não caberá as outras áreas dizerem o contrário. Por outro lado, a recíproca não é verdadeira. Ainda que o Direito Tributário determine a tributação, outros ramos do direito podem ajudar a construir argumentos que demonstrem a invalidade de determinada norma fiscal.

Traçado o caminho a ser percorrido, passa-se ao exame das normas e princípios elementares para o Direito Tributário brasileiro, sem prejuízo é claro, de posteriormente avançar utilizando a matéria tributária de forma paralela aos temas societários e contábeis.

³⁴ SCHOUERI, Luís Eduardo. Ágio em Reorganizações Societárias (Aspectos Tributários) São Paulo: Dialética. 2012. P. 13

3.2.1 Conceito de Renda

O legislador do Código Tributário Nacional de 1966 optou por definir o campo de incidência do Imposto de Renda, caracterizando-o como a renda recebida como subproduto do capital ou do trabalho do contribuinte e, por meio de provento de qualquer natureza. A estratégia adotada pelo legislador foi de exaurir a possibilidade de incidência, ao menos no que tange este dispositivo. Afinal, ao deixar como hipótese residual os proventos de “qualquer” natureza, salvo que outra norma ou princípio afaste a tributação, pela redação do Art. 43³⁵ qualquer provento é passível de tributação.

Em realidade, o CTN como um todo vem sofrendo críticas por parte da doutrina preocupada com a melhor legislação e, o art. 43 em especial tem sido objeto de contestações e de divergência interpretativas (OLIVEIRA, 1998, p. 200). De acordo com Brandão Machado (*apud* OLIVEIRA, 1998, p. 201), em sua obra “Breve Exame do art. 43”, ele conclui que o texto do referido artigo desconhece os princípios de realização de renda, da renda líquida e da capacidade contributiva, e complementa:

A tarefa do legislador complementar, agora é *definir* o fato gerador e a base de cálculo dos impostos. O que está no Código vigente não atende à Constituição: urge que se legisle, para que se cumpra o mandamento constitucional, pois também o rigor de uma definição adequada do que pode ser o fato gerador e a base de cálculo e de quem é o contribuinte do imposto de renda constituirá, na verdade, limitação ao arbítrio do legislador ordinário, que, por mais de uma vez, subverteu o conceito de renda por falta de uma definição.

Em que pese o legislador complementar não ter definido o fato gerador e a base de cálculo e, conforme exposto, o art. 43 em seu sentido pleno está descompassado com grande parte principiológica do ordenamento jurídico tributário, cabe ao interprete da norma, esclarecer outros conceitos.

Relativamente a “renda” propriamente dita, a qual constitui a base de cálculo para o Imposto de Renda, a doutrina tem desmiuçado seu conceito ao longo destes 50 anos desde a promulgação do CTN.

³⁵ Código Tributário Nacional de 1966

Art. 43. O imposto, de competência da União, sobre a renda e proventos de qualquer natureza tem como fato gerador a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica:

I - de renda, assim entendido o produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos;

II - de proventos de qualquer natureza, assim entendidos os acréscimos patrimoniais não compreendidos no inciso anterior.

A definição dada por Carraza (*apud* FONSECA *in* MOSQUERA, 2010, p. 16) é ampla e traz os principais elementos debatida pelos grandes tributaristas:

o conceito de ‘renda e proventos de qualquer natureza’ pressupõe ações humanas que velem mais vaias, isto é, acréscimos na capacidade contributiva (que a doutrina tradicional chama de ‘acrécimos 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 renomado tributarista ressalta o “acrécimo na capacidade contributiva”, em seu conceito pessoal, já que o restante da doutrina considera “acrécimo patrimonial” e, fala em disponibilidade de riqueza, ou nova realidade econômica.

De fato o “acrécimo patrimonial” e a “disponibilidade econômica” são, a rigor, o cerne da questão sobre a tributação pelo Imposto de Renda. Alguns autores (MACHADO *apud* OLIVEIRA *in* SCHOUERI *et. al.*, 1998, p. 203) defendem que o CTN conduz à conclusão de que renda é um “acrécimo patrimonial”, no sentido que “[...]renda é um acréscimo patrimonial produzido pelo capital ou pelo trabalho ou por ambos em conjunto, e que proventos são acréscimos patrimoniais derivados de qualquer origem.”.

Em realidade, conforme defende Oliveira (*in* SCHOUERI *et. al.*, 1998, p. 203), se a intenção fosse reduzir o conceito de princípio para fins de Imposto de Renda, se poderia dizer que existiria apenas um princípio fundamental e este seria exatamente a exigência de haver aumento de patrimônio como elemento indispensável para ocorrer incidência tributária. Em outras palavras, o princípio fundamental é o que o imposto de renda somente pode incidir sobre um acréscimo patrimonial.

Pois bem, definida a sobrepujança do “acrécimo patrimonial”, ou “acrécimo patrimonial” de acordo com o supracitado Roque Antônio Carrazza (*apud* FONSECA *in* MOSQUERA, 2010, p. 16), deve-se descer mais um degrau para estimar com precisão o seu significado.

Sobre este aspecto duas são as teorias de maior relevância. A primeira delas é a Teoria Legalista, pela qual, basicamente, a renda é o que a Lei disser que é (SCHOUERI *in* MOSQUERA, 2010, p. 245). Como defensor desta vertente, o referido autor menciona o tributarista argentino Horacio A. Garcia Belsunce.

Esta linha de pensamento é bastante frágil e merece pouco destaque, afinal, como bem observado por Ricardo Mariz de Oliveira (*apud* SCHOUERI *in* MOSQUERA, 2010, p. 245)

“a lei não pode determinar que o fato de alguém andar a pé na Rua Direita seja considerado renda para efeito da incidência do imposto de renda”.

Resta assim o exame da denominada Teoria Econômica. Esta vertente comporta as correntes denominadas “renda-produto” e “renda-acrécimo patrimonial” e é defendida por tributaristas como Ives Gandra da Silva Martins e Alcides Jorge Costa (SCHOUERI *in* MOSQUERA, 2010, p. 243).

Segundo este Autor, “renda-produto” é a renda periódica de fonte permanente, sua analogia figurativa: “a renda seria o fruto que se obtém, sem que pereça a árvore de onde ele provém. A “árvore” seria o capital e o “fruto”, sua renda. Só caberia falar em renda no momento em que o fruto se destaca da árvore (realização).”.

Já a “renda-acrécimo”, de acordo com Schoueri (*ibidem*), é o conceito de renda a partir da comparação da situação patrimonial em dois momentos distintos. A diferença positiva assistida nesse intervalo consiste na renda.

Além da traçada teoria principal que dissecou o denominado “acrécimo patrimonial”, ainda existe a chamada disponibilidade econômica ou jurídica³⁶. Sobre esta última, considerando que qualquer das duas hipóteses basta para configurar o fato gerador do art. 43, a análise destas espécies não se faz oportuna (*ibidem*, p. 248).

Outrossim, de forma objetiva, o “acrécimo patrimonial” será o fator determinante para caracterização da renda. Segundo Oliveira (*ibidem*, p. 209), “quando o acréscimo patrimonial advier de uma situação regida pelo direito, enquanto o direito não estiver adquirido segundo a norma legal aplicável não haverá acréscimo patrimonial.”. Em contrapartida, se a situação jurídica já estiver completa segundo o que prevê a lei aplicável, o

³⁶Sobre o tema, Schoueri (*ibidem*, p. 248) comenta: *Tradicionalmente, vincula-se a disponibilidade jurídica ao regime de competência, enquanto a disponibilidade econômica aproxima-se do regime de caixa. No entanto, não parece esta a melhor aproximação para o tema. Afinal, o recebimento em caixa indicaria, quando muito, uma disponibilidade financeira. Não há razão para crer tenha sido este o aspecto tomado pelo legislador complementar.*

Para Rubens Gomes de Sousa, a disponibilidade econômica correspondia a rendimento ou provento recebido, normalmente revelado pela existência de dinheiro em caixa. Por sua vez, a disponibilidade jurídica diria respeito a rendimento adquirido, expresso em título jurídico que possibilitaria ao beneficiário sua realização em dinheiro. No entendimento do autor, portanto, “a disponibilidade ‘econômica’ inclui a ‘jurídica’; a recíproca não é verdadeira, mas, pelo art. 43, qualquer das duas hipóteses basta para configurar o fato gerador do imposto.

E arremata (Idem, p. 252): De qualquer forma, ao empregar a expressão “disponibilidade econômica ou jurídica”, o legislador complementar fugiu das discussões acerca da necessidade de um efetivo ingresso de recursos, ou da licitude da atividade que gerou a renda. Econômica ou jurídica a disponibilidade, não importa: se houver esta, caberá tributação. Não é necessário indagar qual a diferença entre a disponibilidade econômica e a disponibilidade jurídica. O legislador dispensou tal discussão: seja a disponibilidade apenas econômica, seja ela apenas jurídica, seja, enfim, econômica e jurídica, de qualquer modo haverá tributação. O que importa – e isso é relevante para o legislador complementar – é haver alguma disponibilidade. Se não houver disponibilidade, não há tributação

fato gerador terá ocorrido por conta da aquisição da disponibilidade jurídica da riqueza subsequente ao fato jurídico.

3.2.2 Direito Tributário e Justaposição

As diferentes formas de interpretação para o Direito Tributário são temas constantes de debates nos mais diversos meios. Algumas teorias, como a “legalista” e a “econômica”, disponibilizam ao interprete da norma um padrão de raciocínio que garante conclusões coerentes entre si, mesmo quando exposto a diferentes hipóteses.

Nessa vertente, tema de grande relevância em nosso ordenamento jurídico, é a visão do Direito Tributário como Direito de Justaposição. Segundo Santos (*in*: MOSQUERA, 2010, p. 193), esta “justaposição” deve ser entendida como “sobreposição”, já que em muitas situações, o Direito Tributário toma seu sustentáculo de conceitos criados por outras áreas do Direito, como “Direito Civil”, “Direito Trabalhista”, “Direito Administrativo” e, é claro, “Direito Societário”.

Ademais, é preciso considerar que o legislador brasileiro tem por tradição não adotar solução simples e semanticamente aberta, pelo contrário, costuma se valer de apoio de figuras negociais contábeis ou jurídicas que já tenha traduzido o substrato econômico em expressões financeiras, isto, para reduzir a margem de incerteza e subjetividade na determinação de condutas tributáveis (PACHECO *in* MOSQUERA, 2010, p. 40).

Santos (*in*: MOSQUERA, 2010, p. 194) segue ressaltando que a importância do Direito Privado à esta ciência é tamanha, que o CTN dedica dois artigos, 109 e 110³⁷, para disciplinar especificamente a inter-relação entre esses dois ramos do Direito no que tange à interpretação e aplicação das leis tributárias. Nesse diapasão, o Autor pontua que o artigo 110 é incisivo ao dispor que o legislador fiscal não pode alterar conceitos, definições e alcance daqueles institutos e formas de Direito Privado utilizados pela Constituição Federal.

Sobre a asserção, FONSECA (*in* MOSQUERA, 2010, p. 14) ao tratar do art. 110 é rigoroso e preciso:

³⁷ Código Tributário Nacional

Art. 109. Os princípios gerais de direito privado utilizam-se para pesquisa da definição, do conteúdo e do alcance de seus institutos, conceitos e formas, mas não para definição dos respectivos efeitos tributários.

Art. 110. A lei tributária não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado, utilizados, expressa ou implicitamente, pela Constituição Federal, pelas Constituições dos Estados, ou pelas Leis Orgânicas do Distrito Federal ou dos Municípios, para definir ou limitar competências tributárias.

Por óbvio, o Direito ao se apropriar de elementos determinados conceitualmente por ciência diversa, Ciência Contábil, deve fazê-lo com estrita observância do conteúdo emanado pela ciência que o criou, sem qualquer alteração de significado que possa se traduzir na aplicação de um conceito estranho ao conceito original.

Nesse sentido, cada termo deve ser empregado em seu sentido estrito, não sendo admitido o desvirtuamento do conceito original ou, mais que isso, a criação de nova definição para estrita finalidade tributária.

No campo do Direito, é mister a observação da Carta Constitucional como elemento original para a eficácia e validade das normas jurídicas, a qual delimita, no campo do Direito Tributário, a extensão e os fundamentos de validade das incidências tributárias, ainda que esse segmento do Direito se aproprie de elementos conceituais provenientes da Ciência Contábil.

3.2.2.1 IRPJ e Justaposição

É justamente no contexto explorado acima que está inserida a tributação do lucro de pessoas jurídicas pelo IRPJ (SANTOS *in* MOSQUERA, 2010, p. 195), afinal, segundo o Autor, o Direito Tributário, em sua justaposição, tende a partir do conceito de lucro líquido estipulado pela legislação societária a fim de determinar o lucro tributável apurado de acordo com a sistemática do lucro real.

Ricardo Mariz de Oliveira (*apud* SANTOS *in* MOSQUERA, 2010, p. 195) reforça esse pensamento ao comentar que na origem da Lei nº 6.404/76 existia forte identidade conceitual entre as normas societárias contábeis e a noção jurídica de patrimônio, havendo poucas discrepâncias emergindo não por força de lei, mas por práticas contábeis.

Nessa linha, acaba este sendo o papel da Contabilidade a na legislação do IRPJ e de conceitos recorrentemente utilizados pelas normas tributárias, com os de salários, honorários, faturamento, receita bruta, lucro líquido, serviços, mercadorias e ganhos de capital (PACHECO *in* MOSQUERA, p. 40).

O referido Autor (*ibidem*) explica que “Com essa técnica de aproximação, as normas jurídicas infraconstitucionais leem os dados econômicos tributáveis afirmados pela Constituição por intermédio de conceitos tirados de outros subsistemas do Direito ou até mesmo de outros sistemas, como a Contabilidade.”

Ou seja, em se tratando de IRPJ, não há alternativa ao Direito Tributário senão “pegar emprestado” os conceitos contábeis previstos na legislação comercial, em sua maioria é claro, a Lei nº 6.404/76.

Grande evidência disso é que o RIR/99³⁸, o qual traz consolidação da legislação tributária, enfatiza que o Direito Tributário, para efeito da determinação da base passível de imposição fiscal, parte do conceito de lucro líquido tal como definido pela legislação comercial (SANTOS *in* MOSQUERA, 2010, p. 197).

Portanto, de todo o exposto deve-se extrair que o teor normativo há décadas vigente na legislação tributária vinculava a apuração do lucro real ao conceito de lucro líquido disposto na legislação societária vigente (*ibidem*), e o Autor conclui declarando que “necessariamente o aplicador do Direito Tributário deveria verificar o conceito trazido pelo legislador comercial a respeito do termo “lucro líquido”, para então fazer incidir o Imposto de Renda.”.

É importante mencionar que a narrativa do Autor citando é construída com o intuito de, ao final, supor que se determinada norma societária ampliar o conceito de “lucro líquido”, mas se fiscalmente a respectiva renda não seja aumentada, neste caso o contribuinte teria que buscar judicialmente a proteção ao seu direito a fim de reconhecer a não incidência dada por esta extensão³⁹.

Tal reflexão é importante, que se aplicada a recíproca, ou seja, em casos que o conceito contábil do lucro líquido, dado pela lei comercial, deixe de incluir determinada cifra que seja caracterizada como forma de “renda”, na concepção dada pelo já explorado art. 43 do CTN, caberá ao legislador fiscal adicioná-la ou excluí-la expressamente da hipótese de incidência. Ademais, caso contrário, para fins de apuração de Lucro Real, tal “renda” não será portada de forma automática, face a sua não existência no lucro líquido.

Fazendo um paralelo entre as duas hipóteses, se a ciência contábil, e aqui se refere à contabilidade como elemento jurídico vez que preceituada pela Lei nº 6.404/76 a qual tem

³⁸ RIR/99

Art. 247. Lucro real é o lucro líquido do período de apuração ajustado pelas adições, exclusões ou compensações prescritas ou autorizadas por este Decreto.

§ 1º A determinação do lucro real será precedida da apuração do lucro líquido de cada período de apuração com observância das disposições das leis comerciais.

(...)

Art. 248. O lucro líquido do período de apuração é a soma algébrica do lucro operacional (Capítulo V), dos resultados não operacionais (Capítulo VII), e das participações, e deverá ser determinado com observância dos preceitos da lei comercial.

³⁹ (*ibidem*): “Essencial se faz assimilar que, mesmo que depois de alguma alteração no Direito Societário fosse definido como “lucro líquido” algo que destoasse do objetivado visando a uma precisa adaptação para efeitos de imposição fiscal, em princípio não poderia o contribuinte que se sentisse lesado aplicar o conceito de “lucro líquido” que entendesse ser o mais correto.

Nesta situação, em tese caberia ao contribuinte tão somente socorrer-se ao Judiciário objetivando o afastamento de tal regra tributária com fundamento em que ela agrediria a necessidade de o Imposto de Renda recair tão somente sobre renda efetiva. Inconcebível, no entanto, a atuação individual de cada contribuinte como legislador positivo, aplicando, sem lei que o autorize, os conceitos e definições que julga pertinentes para fins de apurar seu lucro tributável.”.

corpo de lei comercial, alargar a composição do lucro líquido e, este alargamento passar a contemplar verba que não tenha a característica de “renda”, o legislador fiscal terá que posteriormente prever em lei a retirada desta do campo de incidência do IRPJ. Já no caso de a lei comercial não incluir na apuração do lucro líquido determinada verba dita “controversa” no que tange sua caracterização como “renda”, o legislador terá duas hipóteses: (i) constituindo renda – criar adição expressamente prevista em lei ou; (ii) não constituindo renda – basta que a lei fiscal seja silente. Esta segunda opção decorre do fato de que se a cifra considerada “controversa” não estiver presente no lucro líquido e não constituir renda, o ordenamento jurídico tributário vigente não interpreta sua aquisição como fato gerador do IRPJ.

3.2.3 Análise prática

A fim de elucidar a tese demonstrada, é oportuna a análise prática. O exame a seguir exposto foi tratado por Santos (*in*: MOSQUERA, 2010, p. 208) e trata sobre “prêmios de debênture” e “subvenções para investimento”.

O art. 182 da Lei nº 6.404/76, em seu § 1º, classificava como Reserva de Capital não só as constas que registravam “ágio na subscrição de ações” – alínea “a” e; “produto da alienação de partes beneficiárias e bônus de subscrição” – alínea “b”; mas previa também “prêmios de debênture” – alínea “c” e, “subvenções para investimento” – alínea “d”.

Pois bem, a Lei nº 11.638/07 excluiu a possibilidade de registro na reserva de capital, as contas referentes aos valores pagos como “prêmio na emissão de debêntures” e “de doações e subvenções para investimento”, revogando as alíneas “c” e “d”. Esta alteração ganhou importância tendo em vista o disposto no art. 38 do Decreto-lei nº 1.598/77 e o art. 443 do RIR/99⁴⁰.

Assim, considerando que a legislação tributária parece, preliminarmente, vincular a ausência de tributação de prêmios na emissão de debêntures e de doações e subvenções para

⁴⁰ RIR/99

Art. 443. Não serão computadas na determinação do lucro real as subvenções para investimento, inclusive mediante isenção ou redução de impostos concedidas como estímulo à implantação ou expansão de empreendimentos econômicos, e as doações, feitas pelo Poder Público, desde que (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 38, § 2º, e Decreto-Lei nº 1.730, de 1979, art. 1º, inciso VIII):

I - registradas como reserva de capital que somente poderá ser utilizada para absorver prejuízos ou ser incorporada ao capital social, observado o disposto no art. 545 e seus parágrafos; ou

II - feitas em cumprimento de obrigação de garantir a exatidão do balanço do contribuinte e utilizadas para absorver superveniências passivas ou insuficiências ativas.

investimento, se lançados a crédito em reserva de capital, colocou-se a questão de se haveria incidência tributária sobre esses valores.

Em realidade a polêmica maior se sobre o tratamento tributário a ser despendido às doações e subvenções para investimentos efetuadas pelo Direito Público por conta de relevantes estudos⁴¹ publicados sobre o tema que concluíam que estas verbas não tinham natureza de receita e, portanto, não poderiam ser objeto de tributação.

Um dos argumentos utilizados é que receita jamais seria o resultado de uma mera transferência patrimonial. Com base nisto Ricardo Mariz de Oliveira publicou estudo sobre a supracitado Lei nº 11.638/07, em que afirmou que as subvenções para investimento continuavam não sendo tributáveis em razão de juridicamente não constituírem receita, sendo seguido por diversos autores (*ibidem*)⁴².

Este debate deixou de ser oportuno haja vista que a introdução do Regime Tributário Transitório (RTT) – Lei nº 11.941/09 e, a posterior Lei nº 12.973/14, pôs fim a polêmica, adaptando a legislação fiscal às alterações promovidas pela Lei nº 11.638/07.

Nessa esteira, não pode deixar de se mencionar importante reflexão do mesmo Autor (SANTOS *in* MOSQUERA, 2010, p. 193): “Na esteira do que historicamente vem sendo observado no ordenamento jurídico brasileiro, nota-se, mais uma vez, o Direito Tributário reagindo às alterações ocorridas na legislação comercial.” Segundo o Autor, isto se deve ao fato de o Direito Tributário ser Direito de justaposição, em que em certas circunstâncias necessita partir de institutos e conceitos ditados por outras áreas do Direito.

3.2.4 Direito Tributário e Justaposição

As diferentes formas de interpretação para o Direito Tributário são temas constantes de debates nos mais diversos meios. Algumas teorias, como a “legalista” e a “econômica”,

⁴¹ José Luiz de Bulhões Pedreira escreveu “Imposto sobre a Renda: Pessoas Jurídicas, v. 2. Rio de Janeiro: Justec, 1979, p. 678” e; Ricardo Mariz de Oliveira escreveu “Fundamentos do Imposto de Renda. São Paulo: Quartier latin, 2008, pp. 144-170”; ambos mencionados por Santos (*in*: MOSQUERA, 2010, p. 208).

⁴² Ver:

UTUMI, Ana Cláudia Akie. “Lei nº 11.638/07 e Implicações Tributárias das Subvenções para Investimento”, *in*: ROCHA, Sérgio André (org.). Direito Tributário, Societário e a Reforma da Lei das S/A. Coordenador Sérgio André Rocha. São Paulo: Quartier Latin, 2008, pp. 28-29.

MARTINS, Natanael. “A Reforma da Lei das S/A – Inovações da Lei 11.638/2007 e seus Impactos na Área Tributária”, *in*: ROCHA, Sérgio André (org.). Direito Tributário, Societário e a Reforma da Lei das S/A. Coordenador Sérgio André Rocha. São Paulo: Quartier Latin, 2008, pp. 365-367.

GALHARDO, Luciana Rosanova; ROCHA, Felipe Barboza. “Lei 11.638/07. As Alterações Introduzidas na Lei das Sociedades por Ações e suas Implicações no Âmbito Tributário. Análise Detida no Novo Tratamento Conferido às Subvenções para Investimento”, *in*: ROCHA, Sérgio André (org.). Direito Tributário, Societário e a Reforma da Lei das S/A. Coordenador Sérgio André Rocha. São Paulo: Quartier Latin, 2008, pp. 347.

disponibilizam ao interprete da norma um padrão de raciocínio que garante conclusões coerentes entre si, mesmo quando exposto a diferentes hipóteses.

Nessa vertente, tema de grande relevância em nosso ordenamento jurídico, é a visão do Direito Tributário como Direito de Justaposição. Segundo Santos (*in*: MOSQUERA, 2010, p. 193), esta “justaposição” deve ser entendida como “sobreposição”, já que em muitas situações, o Direito Tributário toma seu sustentáculo de conceitos criados por outras áreas do Direito, como “Direito Civil”, “Direito Trabalhista”, “Direito Administrativo” e, é claro, “Direito Societário”.

Ademais, é preciso considerar que o legislador brasileiro tem por tradição não adotar solução simples e semanticamente aberta, pelo contrário, costuma se valer de apoio de figuras negociais contábeis ou jurídicas que já tenha traduzido o substrato econômico em expressões financeiras, isto, para reduzir a margem de incerteza e subjetividade na determinação de condutas tributáveis (PACHECO *in* MOSQUERA, 2010, p. 40).

Santos (*in*: MOSQUERA, 2010, p. 194) segue ressaltando que a importância do Direito Privado à esta ciência é tamanha, que o CTN dedica dois artigos, 109 e 110, para disciplinar especificamente a inter-relação entre esses dois ramos do Direito no que tange à interpretação e aplicação das leis tributárias. Nesse diapasão, o Autor pontua que o artigo 110 é incisivo ao dispor que o legislador fiscal não pode alterar conceitos, definições e alcance daqueles institutos e formas de Direito Privado utilizados pela Constituição Federal.

Sobre a asserção, FONSECA (*in* MOSQUERA, 2010, p. 14) ao tratar do art. 110 é rigoroso e preciso:

Por óbvio, o Direito ao se apropriar de elementos determinados conceitualmente por ciência diversa, Ciência Contábil, deve fazê-lo com estrita observância do conteúdo emanado pela ciência que o criou, sem qualquer alteração de significado que possa se traduzir na aplicação de um conceito estranho ao conceito original.

Nesse sentido, cada termo deve ser empregado em seu sentido estrito, não sendo admitido o desvirtuamento do conceito original ou, mais que isso, a criação de nova definição para estrita finalidade tributária.

No campo do Direito, é mister a observação da Carta Constitucional como elemento original para a eficácia e validade das normas jurídicas, a qual delimita, no campo do Direito Tributário, a extensão e os fundamentos de validade das incidências tributárias, ainda que esse segmento do Direito se aproprie de elementos conceituais provenientes da Ciência Contábil.

3.2.4.1 Conceitos Intermediários

Tendo explorado o Direito Tributário como Direito de Justaposição, é preciso estabelecer a conexão deste com as outras áreas de conhecimento. Consoante a contabilidade e ao direito, tem-se que são ciências autônomas, mas tem relação intrínseca na determinação das incidências tributárias, correção esta que se dá na aplicação das normas tributárias aos resultados consubstanciados nas demonstrações elaboradas com base nos princípios contábeis e cuja finalidade é se determinar o aspecto material dos tributos (FONSECA *in* MOSQUERA, p. 2010, p. 13).

Nessa linha, torna-se comum a presença de termos provenientes da Ciência Contábil no campo de incidência tributária, tais como faturamento, receita, lucros e prejuízos, dentre outros, os quais se configuram frequentemente como elemento para formação da base de cálculo dos tributos (*ibidem*).

Esta narrativa tem por base conceitos intermediários contábeis. Se o legislador deturpa determinado conceito a fim de oferecer determinado fato à tributação, acaba por criar conceito puramente fiscal. Pacheco (*in* MOSQUERA, 2010, p. 40), em sua obra intitulada “O Uso de Conceitos Intermediários Contábeis, Jurídicos e Fiscais em Matéria Tributária” traz contribuição relevante para esta questão de forma pontual:

O art. 38, I do DL. 1.598/77 é norma tributária que, em primeiro plano, se refere a conceitos contábeis. Numa análise mais detalhada, percebem-se elementos jurídicos, isto é, institutos do Direito Privado e regulados por norma adversa – “emissão de ações”. Dessa forma, extrai-se do referido dispositivo, que o conceito intermediário empregado é contábil e se refere a conceito intermediário jurídico, em tese. Ocorre que esta abordagem – “Norma tributária que toma por hipótese conceito intermediário contábil referido a conceito intermediário jurídico” – não dá liberdade ao legislador para empregar o instituto de forma restrita. Afinal, para o conceito contábil não há distinção entre o ágio na emissão de ações, ou quotas, e, para o conceito jurídico, emissão de ações ou emissão de quotas não sofrem distinção do ponto de vista legal. Pois bem, ao deturpar o conceito original e excluir as sociedades limitadas de forma tácita – “*as importâncias, creditadas a reservas de capital, que o contribuinte com a forma de companhia*” – o legislador rotula a referida norma tributária como instituidora de conceito intermediário fiscal.

Nesse diapasão, o Autor defende que ao excluir as Sociedades Limitadas – ainda que tacitamente, da hipótese prevista no art. 38, inciso I, cria-se conceito intermediário fiscal. Isto porque os conceitos intermediários contábil ou societário não justificariam o tratamento

dedicado. A deturpação de tais conceitos⁴³ não é rara no ordenamento jurídico-tributário brasileiro. Conforme evidencia o autor (*ibidem*, p. 48):

Temos situações⁴⁴ como essa quando a legislação tributária, a pretexto de regular um conceito intermediário contábil, cria, com o propósito de arrecadar mais tributos ou de atender a conveniências da fiscalização, uma figura tributária de observância obrigatória pela Contabilidade, a despeito dela agredir as regras e princípios contábeis por não dispor de fundamento econômico consistente. Instituem-se conceitos fiscais que, com propósitos fiscalistas, interferem nas práticas contábeis.

O Autor fala inclusive em invalidade da norma nestes casos, mas a excepciona em outras hipóteses (*ibidem*, p. 49):

Por outro lado, quando o legislador reduz a carga tributária com o uso de figuras fiscais dessa natureza, nenhuma invalidade é praticada no aspecto tributário pois, em última instância, teremos um caso de renúncia fiscal, como sói acontecer com as opções fiscais.

Ou seja, segundo o mesmo, somente faria sentido a imposição do conceito intermediário fiscal, sobrepondo aqueles contábeis e societários, na hipótese de concessão de renúncia fiscal. Assim arremata (*ibidem*, p. 50):

Do ponto de vista tributário, há margem de licitude para a utilização dos conceitos intermediários fiscais quando se der renúncia fiscal. Mas, sob a perspectiva societária, a obrigatoriedade de seu uso é prejudicial em termos de reconhecimento, mensuração e evidenciação dos fenômenos econômicos interpretados pela Contabilidade, trazendo prejuízos aos usuários das demonstrações financeiras. Fenômeno que o legislador, enfim, não deve ignorar.

⁴³Ainda que esta afirmação pareça exagerada, é indispensável para garantir coerência à abordagem interdisciplinar desta obra. Afinal, sob os aspectos contábeis e societários, conforme demonstrado, não faz sentido tributar o Ágio decorrente da emissão de ações por valor nominal.

⁴⁴ “É o que ocorre com o artigo, 30 parágrafo único, da IN/SRF (Instrução Normativa do Secretário da receita Federal) de nº 11/96, que condicionou a dedutibilidade, na determinação do lucro real, dos juros sobre capital próprios pagos ou creditados ao registro contábil em contrapartida em despesas financeiras. Nada importa que o entendimento da Receita Federal esteja contabilmente correto. Não é papel seu dispor sobre regras contábeis – o que lhe compete é exigir que os tributos sejam apurados e recolhidos nos termos da lei.” P. 48.

e, “Exemplo dessa circunstancia diz respeito ao regime de dedutibilidade no lucro real e da base de cálculo da CSLL das perdas no recebimento de créditos de que tratam os artigos 9º a 12 e 28 da Lei nº 9.430/96, consolidados nos artigos 341 a 343 do Regulamento do Imposto de Renda de 1999 (RIR/99). Matéria tipicamente contábil exaurida pelo legislador tributário de modo desnecessário e economicamente inconsistente – e, em certas circunstâncias, patético, como as limitações temporais e de valor da dedutibilidade dos créditos vencidos e não pagos, ou a obrigatoriedade da manutenção de cobranças judiciais infrutíferas para que seja preservada a dedutibilidade fiscal.” P. 49.

Finalmente, pode-se concluir que o legislador tributário somente poderá deturpar conceitos intermediários não-fiscais quando objetivar a renúncia fiscal. No que diz respeito ao art. 38, inciso I, considerando que os conceitos contábeis e societários foram ignorados, a norma somente teria plena validade se oferecesse renúncia fiscal. Entretanto tal assertiva não comporta lógica visto que, somente poder-se-ia oferecer renúncia fiscal se, originalmente, fosse caso de incidência tributária e, como já se demonstrou, o conceito intermediário contábil e societário não conduzem a hipótese prevista ao campo de incidência do Imposto de Renda.

Finalmente, ainda que o estudo demonstrado por Pacheco (2010, p. 40) seja de extremo interesse e ajude a compreender de forma substancial os conceitos intermediários – além de auxiliar hermeneuticamente na interpretação da norma, o mesmo não explica tratamento dado pelo art. 38, inciso I.

Pacheco (*in* MOSQUERA, 2010, p. 40) finaliza dizendo que o uso dos conceitos intermediários para as normas tributárias serve para criar “filtro” que selecione as grandezas econômicas a serem tributadas, de modo que o trato econômico que não passar por essa filtragem não será tributado e será enquadrado no fenômeno que a técnica jurídica convencionou intitular de “não incidência”.

Assim, essa forma de pensar conduz o Ágio na subscrição de ações ou quotas no denominado campo da “não incidência”. O fato do art. 38, inciso I mencionar que o referido valor “não será computado na determinação do lucro real” apenas reforça sua não incidência legitimando o caráter meramente didático da norma.

A fim de estabelecer um desfecho de forma conclusiva a esta abordagem, se oportuniza citar reflexão de Alessandro Madeu da Fonseca (*in* MOSQUERA, 2010, p. 28):

De fato não se nega que a Ciência Contábil não seja apta a criar direitos e obrigações, e nem que o Direito Tributário (ou a Ciência Jurídica, para ser mais amplo) não se deva “sujeitar” àquela. O que se defende não é a “sujeição” do Direito Tributário à Ciência Contábil, mas se reconhece que **o Direito Tributário, ao se utilizar de conceitos contábeis previamente estabelecidos, deve adequar a sua regulamentação diante de um novo ponto de partida.** (Grifo nosso)

3.2.5 Ágio no Direito Tributário

Ao tratar sobre o “ágio” no campo tributário, é primordial fazer alguns esclarecimentos. O primeiro deles é que, costumeiramente, o assunto ágio neste ramo como em outros ramos do direito, remonta ao ágio decorrente da aquisição de investimentos. Esta

perspectiva goza de conteúdo normativo e doutrinário imensamente superior ao tema objeto deste trabalho e diz respeito à amortização do ágio pela parte investidora.

Pois bem, conforme já exposto, a primeira matéria pouco ou nada se relacionada com o ágio decorrente da subscrição de quotas ou ações. Em realidade, sequer a legislação tributária apresenta conteúdo normativo expressivo sobre o tema, limitando-se aos já explorados art. 38, inciso I do Decreto-lei nº 1.598/77 e o art. 442 do RIR/99.

A escassez normativa é relevante haja vista que, diferentemente do ágio na aquisição de investimentos, o ágio na subscrição de ações/quotas não dispõe de construção jurídica relevante. Assim, o caminho “natural” é o direito tomar emprestado o conceito de ágio, para estes parâmetros, de outras áreas do direito. Parte da doutrina⁴⁵ denomina tal relação de “Direito Tributário Contábil”,

A *contrario sensu*, o Ágio na aquisição de investimentos dispõe de robusta construção jurídico-normativa e doutrinária, de forma que passa a depender substancialmente menos do conceito construído por outras áreas. Luís Eduardo Schoueri (2012, p. 13), seguramente um dos maiores expoentes em matéria de Imposto de Renda no País, adverte que o Ágio, em matéria de aquisição de investimentos, “Tem disciplina legal exaustiva. O fato de haver figura homônima na Contabilidade – ou melhor ainda, o fato de a figura tributaria ter se inspirado naquela – não afasta a conclusão de que uma vez regulado pelo Direito, é neste campo que se deve investigar a natureza.”.

Na obra intitulada “Ágio em Reorganizações Societárias”, Schoueri dedica diminuta parte ao “ágio” objeto deste trabalho: “Também no campo do Direito Societário, pode-se falar em ágio quando uma companhia cobra por ações de sua emissão valor superior ao nominal; tal ágio, desde que mantido em reserva própria, não produz efeitos tributários.” (*ibidem*, p. 14).

Quanto a esta consideração do renomado Autor, é possível afirmar que: (i) o Autor tutela a matéria, ao menos de forma soberana, ao Direito Societário e; (ii) o Autor dá como certo a não tributação se a cifra for mantida em conta de reserva.

Infelizmente nenhuma menção à espécie societária foi feita, talvez pela aparente insignificância da distinção ou, pela convicção do Autor na indistinção da norma societária e, consequentemente tributária.

⁴⁵ (SANTOS *in* MOSQUERA, 2010, p. 188): “Tanto o Direito Societário como o Direito Tributário utilizam-se de técnicas da ciência contábil como suporte para as demonstrações exigidas por suas respectivas legislações. A aplicação da Contabilidade nessas áreas do Direito com o fim de estruturar documentos necessários a uma adequada operacionalização de normas jurídicas faz emergir o Direito Societário Contábil e o Direito Tributário Contábil.”.

3.2.6 Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL)

A respeito da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido, faz-se necessária breve consideração. Conforme disciplina o art. 57, caput da Lei nº 8.981/95⁴⁶, as mesmas normas estabelecidas para apuração e pagamento do Imposto de Renda será aplicada à CSLL. Dessa forma, considerando que a conclusão alcançada para fins de Imposto de Renda será extensível à CSLL, há matéria a ser dedicada de forma exclusiva à esta espécie tributária.

O que deve ser observado, em termos de CSLL, é o critério próprio para formação da base de cálculo, a qual é descrita em seu § 1º, alíneas “a” “a d”. Afinal, em alguns casos, é possível que exista incidência do IRPJ mas não da CSLL, não por conta desta não incidir junto ao IRPJ, mas por que em alguns casos, a base de cálculo a ser tributada é negativa, isto por conta do regramento específico dado por seus parágrafos ou outra lei especial.

Tal consideração é oportuna, haja vista que o próprio *leading case* no CARF⁴⁷ sobre o assunto – tratamento tributário do ágio decorrente da emissão de quotas por valor superior ano nominal - não trata versa ao decorrer das decisões sobre a CSLL, justamente por que no caso, no período apurado a base de cálculo era negativa, conforme se extrai (Acórdão nº 1201-00.36, p. 3): “Com referência à CSLL, não houve lançamento, dado que as bases negativas de 1988 e 1999 [...] superaria o lucro líquido ajustado”.

⁴⁶ **Lei 8.981/95**

Art. 57. Aplicam-se à Contribuição Social sobre o Lucro as mesmas normas de apuração e de pagamento estabelecidas para o imposto de renda das pessoas jurídicas, inclusive no que se refere ao disposto no art. 38, mantidas a base de cálculo e as alíquotas previstas na legislação em vigor, com as alterações introduzidas por esta Lei.

§ 1º Para efeito de pagamento mensal, a base de cálculo da contribuição social será o valor correspondente a dez por cento do somatório:

- a) da receita bruta mensal;
- b) das demais receitas e ganhos de capital;
- c) dos ganhos líquidos obtidos em operações realizadas nos mercados de renda variável;
- d) dos rendimentos produzidos por aplicações financeiras de renda fixa.

⁴⁷ Processo nº 13899.00236/2003-88. Acórdão nº 1201-00.36. 2ª Câmara. 1ª Turma Ordinária. Em 12/05/2009.

4 ANÁLISE INTERDISCIPLINAR, DECISÕES ADMINISTRATIVAS E JUDICIAIS E CORREÇÃO LEGISLATIVA

4.1 Ágio na Subscrição de Quotas

Chegando ao cerne deste trabalho, ainda que as bases construídas ao longo deste trabalho possam sugerir de forma antecipada a conclusão que se chegará, é fundamental reunir o corolário individual de cada instituto trazido nos diferentes capítulos explorados.

Tendo em vista que grande parte deste trabalho foi dedicado à exposição da vontade legislativa, isto é, da intenção do legislador e do objetivo das diferentes normas, adotou-se o critério cronológico para análise dos dispositivos e institutos jurídicos.

Nesta fase faz-se exercício inverso. A partir do fato se fará a construção detalhada do tratamento a ser dado, especialmente na perspectiva tributária, mas de forma amparada ao Direito Societário e à Contabilidade.

4.1.1.1 Exemplo prático

Neste ângulo, cria-se hipótese material a fim de “testar” os diferentes institutos e conclusões preliminares já trabalhadas.

Assim, se hipotetiza que a Sociedade de Responsabilidade Limitada *Alpha*, optante pelo Lucro Real, a qual dispõe em seu contrato de constituição previsão para regência supletiva pelas normas dedicadas às Sociedades Anônimas (art. 1.053, §1º, CC/02)⁴⁸. Etapa seguinte, após integralizada a totalidade das quotas (art. 1.081, CC/02), os sócios compartilham o desejo de aumentar o capital social da sociedade.

Pois bem, nesta fase o Código Civil deixa de fornecer regulação para a matéria, constituindo a “omissão” definida no caput do art. 1.053, e passa a legitimar a regência supletiva, a qual, por conta da indicação no contrato de constituição da sociedade, permite o recurso à norma dedicada às Sociedades Anônimas.

⁴⁸ Cf. já explorado, esta forma de regência é objeto de crítica de boa parte da doutrina. Ainda que haja elementos que possam comprovar de forma alternativa a preferência da sociedade pela regência supletiva nos moldes do art. 1.053, parágrafo único, tais como adoção de procedimentos previstos na LSA e etc. e, que por si só tal postura dispensaria previsão expressa em Contrato Social; reconhece-se que a matéria não é pacificada, assim no exemplo dado se preferiu obedecer ao conteúdo expresso no Código Civil a fim de evitar discussão alheio ao tema central.

Independentemente da situação caracterizar o uso da regência supletiva ou não, é livre à Sociedade Limitada, adotar o padrão de demonstrações financeiras, no que lhe couber, expressa na Lei nº 6.404/76. Ademais, a LSA introduziu o padrão de contabilidade a ser perquirido pelas sociedades no Brasil, trate-se do tipo societário que for, o que, diga-se de passagem, enfraquece ainda mais o formato da regência supletiva no ordenamento vigente.

Enfim, retornando a hipótese em tela, tenha-se que *Alpha* adota os padrões de contabilidade fornecidos pela legislação comercial, portanto a LSA. Ao vislumbrar a possibilidade de aumento de capital, percebeu-se que o valor nominal das quotas estava defasado, o que importou na decisão unânime da assembleia em aumentar o capital por valor superior ao nominal.

Insta mencionar que uma das motivações dos sócios a precificar as quotas a serem subscrever por valor superior ao nominal, decorre do fato de parte dos sócios não disporem de recursos financeiros para exercerem seus direitos de preferência (art. 1.081, § 1º⁴⁹), nem mesmo se o aumento fosse feito pelo valor nominal. Nessa linha, eventual subscrição pelo valor nominal, acarretaria no enriquecimento sem causa dos novos sócios, além da diluição, mesmo que *justificada* dos sócios primitivos.

Uma vez o capital tenha sido integralizado, *Alpha* por seguir os padrões contábeis da legislação comercial e dispor suas demonstrações financeiras de acordo com o quanto previsto na LSA, dedica o valor do ágio à sua Reserva de Capital (art. 182, § 1º, alínea “a” da LSA).

Para facilitar o raciocínio, considera-se que a Sociedade manteve o valor na reserva de capital por tempo indeterminado ou mesmo utilizou em uma das possibilidades previstas no art. 200 da LSA.

Definido este cenário, pergunta-se, haverá tributação pelo Imposto de Renda?

Conforme disciplina o art. 6º do Decreto-lei nº 1.598/77, a base do IRPJ é o Lucro Real. Por sua vez, o Lucro Real é o Lucro Líquido do exercício ajustado pelas exclusões e adições autorizadas pela legislação tributária. E, finalmente, segundo o § 1º do mesmo dispositivo, o lucro líquido é a soma algébrica dos resultados não operacionais, entre outros, e deverá ser determinado com observância dos preceitos da lei comercial.

Ora, a “fotografia” deste momento transacional da sociedade *Alpha*, acostada ao conteúdo normativo já mencionado é suficiente para chegar-se a uma conclusão.

⁴⁹ Sobre o exercício do Direito de Preferência, retorna-se à regência pelo Código Civil, vez que sob este aspecto, o diploma não é “omisso”.

Considerando que, de acordo com o que dispõe a lei comercial, *Alpha* destina o “Ágio” à Reserva de Capital, portanto não transita pelo resultado de *Alpha*, nem compõe seu Lucro Líquido, teria que haver norma tributária prevendo sua adição ao Lucro Real para sustentar eventual tributação.

4.1.1.2 Análise do exemplo prático e reflexão sobre o art. 38, inciso I do Decreto-lei nº 1.598/77

De fato não há na legislação tributária adição ao lucro real do valor recebido a título de ágio pela Sociedade. O que existe e reconhecidamente pauta a postura atual e equivocada do fisco, é o art. 38 que, inciso I do mesmo decreto, que declara que o determinado as importâncias recebidas a título de “ágio na emissão de ações por preço superior ao valor nominal” não serão computadas na determinação do lucro real e, para delírio do pensar tributário do ordenamento vigente, prossegue, “que o contribuinte com a forma de **companhia** receber dos subscritores.”.

De fato a escolha do vocábulo não fora aleatória e demonstra alguma motivação do legislador, qualquer que seja esta. Afinal, não há palavra inútil na lei.

Por que teria o legislador empregado o termo, dedicando exclusivamente o instituto à companhia e excluindo as demais espécies societárias já existentes no cenário econômico?

Aliás, se a matéria já poderia ser presumida, por que teria o legislador insistido em positiva-la de forma tão ampla?

Após analisar profundamente os fatores econômicos, o ambiente jurídico, o espaço de tempo disponível ao legislador, o conteúdo das normas antecessoras ao Decreto, conclui-se: o Decreto-lei nº 1.598/77 é diploma rúptil, editado às pressas, reconhecidamente franzino em relação ao conteúdo que se desejava editar ou organizar, dedicado a “tapar buraco” da recente e robusta criada LSA. Vale lembrar que parte destas críticas é feita pessoalmente pelo signatário do seu anteprojeto – Ministro da Fazenda, Mário Simonsen Filho, conforme já trazido no subcapítulo dedicado a matéria.

Ou seja, o legislador buscou normatizar o básico e, ainda que trate sobre o Imposto de Renda de qualquer tipo societário, é inegável que o legislador focou exclusivamente nas Sociedades por Ações na redação de seus dispositivos.

Mesmo que eventual inexistência do art. 38, inciso I permita a concluir pela não tributação do “Ágio”, reconhece-se que a matéria foge da rotina contábil das sociedades, sobretudo por se tratar de ganho não operacional.

Assim, a única justificativa plausível para editar o controverso dispositivo é para esclarecer o instituto, fornecendo caráter meramente didático e fortalecer o campo de “não incidência” que o fato se insere. E pode-se indagar, por que teria o legislador dedicado o “didatismo” exclusivamente às Sociedades por Ações. Ora, porque substancialmente em nada o legislador refletiu para fins de tributação de IRPJ para Sociedade Limitada, a importância econômica das Sociedades por Ações encobria qualquer preocupação para as Sociedades Limitadas e por fim, o legislador não dispunha de tempo hábil para redigir norma e estudar as diferentes implicações nos mais diversos tipos societários.

Parte da fundamentação do Fisco para tributação é que o art. 38 somente existe para retirar do lucro real as importâncias pagas a título de “ágio”, de modo que organicamente tal valor deveria compor o lucro líquido já que não se pode excluir o que não está presente.

Ocorre que a redação da norma menciona que as referidas importâncias “não serão computadas” na determinação do lucro real. A escolha do termo pelo legislador não significa que o caminho “natural” seria a permanência do “Ágio” no lucro real, vez que presente no lucro líquido e, portanto a norma tributária “isentaria” tal valor – conforme sugerem as autoridades tributárias.

“Não computar” não é sinônimo de “excluir”. O art. 6º, § 1º se refere a exclusão disposta na norma tributária. Se organicamente o “ágio” compusesse o lucro líquido, isto por conta da lei comercial, a norma tributária deveria excluir a cifra para que não que não compusesse lucro real e se garantisse a “isenção”. O art. 38 restaria com a seguinte redação:

Art 38 – *Serão excluídas* na determinação do lucro real as importâncias, creditadas a reservas de capital, que o contribuinte com a forma de companhia receber dos subscritores de valores mobiliários de sua emissão a título de:

Teria sido o legislador imensamente mais claro e preciso ao redigir dessa forma. Contudo, preferiu o formato original por instituto de “isenção”, e sim “não incidência”. De forma mais específica, reconhecimento de forma didática da “não incidência”.

Flagrante exemplo disso é que o legislador adota o formato de redação para dispositivos análogos e recentemente inseridos no decreto através da Lei nº 12.973/14:

Art. 38-A. Os custos associados às transações destinadas à obtenção de recursos próprios, mediante a distribuição primária de ações ou bônus de subscrição contabilizados no patrimônio líquido, **poderão ser excluídos**, na determinação do lucro real, quando incorridos. (Grifo nosso)

Trata-se inclusive de ampliação dada ao art. 38 original. E nem mesmo pode-se suscitar escolha aleatória pelo legislador atual já que repete a narrativa:

Art. 38-B. A remuneração, os encargos, as despesas e demais custos, ainda que contabilizados no patrimônio líquido, referentes a instrumentos de capital ou de dívida subordinada, emitidos pela pessoa jurídica, exceto na forma de ações, **poderão ser excluídos na determinação do lucro real** e da base de cálculo de Contribuição Social sobre o Lucro Líquido quando incorridos. (Grifo nosso)

Os argumentos utilizados pelo Fisco são desconstruídos quando contrapostos a estes dois dispositivos. “Não se pode excluir aquilo que não faz parte”. É claro que não, por isso nos arts. 38-A e 38-B, o legislador dá efetivamente opção de “excluir” haja vista que originalmente tais verbas compunham o lucro líquido e por consequência o lucro real.

E também pelo mesmo motivo que o legislador seleciona “a dedo” a expressão “não serão computadas”, trata-se um clareio à situação não usual e potencialmente obscura à sociedade.

4.1.1.3 Hipótese comparativa

Tenha-se por exemplo uma “receita” que incontroversamente não componha o lucro líquido. Por exemplo, a contribuição ao capital social (correspondente ao valor nominal das ações/quotas subscritas) da Sociedade *Bravo*. É notório que tal cifra não compõe o líquido do exercício, nem mesmo há norma tributária que a adicione ao lucro real. Dessa maneira, eventual norma que dispusesse “não será computada na determinação do lucro real as importâncias recebidas de seus subscritores a título de contribuição ao capital social pelo valor nominal” não estaria equivocada e em nada seria contrária às demais disposições.

É claro que a situação hipotetizada é desnecessária face da notoriedade da sua “não incidência”. Contudo, é forçoso reconhecer que quando se refere ao “Ágio”, este é passível de gerar dúvidas e eventual norma que discipline de modo exclusivamente didático é de extrema conveniência.

O fato de o legislador direcionar a referenciada “didática” Sociedade por Ações, por óbvio, não significa dizer que esta didática colocará outra espécie societária no campo de incidência.

Utilizando-se mais uma vez do exemplo da Sociedade *Bravo*, tenha-se que o referido dispositivo hipotético fosse dedicado exclusivamente às Sociedades por Ações: “não será computada na determinação do lucro real as importâncias, que o contribuinte com a forma de companhia receber a título de contribuição ao capital social pelo valor nominal”. Isto implicaria na tributação da mesmíssima transação em outra espécie societária? Evidentemente não. Isto porque: (i) a lei comercial não a dedica ao lucro líquido; (ii) a lei tributária não a adiciona, nem a exclui do lucro real e, finalmente; (iii) o “Ágio” não constitui “renda” – conforme se verá a seguir.

4.1.1.4 Caracterização como renda.

De forma paralela e eminentemente tributária, a caracterização do “Ágio” como “renda” é requisito fundamental para (in)validar a norma. Afinal, suposta adição ao lucro real feita pela norma tributária deve ser justificada pelo caráter de renda do montante recebido. Assim como, no caso de não caracterização como renda, a norma tributária deverá prever a exclusão do lucro real.

De acordo como o quanto já desenvolvido neste trabalho, o art. 43 do CTN prevê a incidência do Imposto de Renda sobre a “renda” subproduto do capital ou do trabalho do contribuinte e, por meio de provento de qualquer natureza.

O “Ágio” potencialmente se encaixaria como “provento de qualquer natureza”, já que não decorre da atividade operacional da empresa. Ato subsequente é a análise sob à égide do “Acréscimo na capacidade contributiva” defendida por Carraza⁵⁰. Na sua linha de raciocínio, poder-se-ia dizer que “há uma econômica nova, que se incorpora ao patrimônio individual preexistente”, mas que não traduz “nova disponibilidade de riqueza” conforme se verá a seguir.

A perspectiva que deve ser adotada portanto poder-se-ia ser a da chamada “renda-acréscimo patrimonial”, suscitada por Ives Gandra da Silva Martins e Alcides Jorge Costa (SCHOUERI *in*

⁵⁰ (CARRAZA apud FONSECA in MOSQUERA, 2010, p. 16): “O conceito de ‘renda e proventos de qualquer natureza’ pressupõe ações humanas que velem mais vaias, 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.’”.

MOSQUERA, 2010, p. 243). Isto por que levaria em conta a comparação da situação patrimonial em dois momentos distintos e eventual diferença sobressalente (SCHOUERI, *id.*),

No que se refere a disponibilidade econômica ou jurídica, conforme já exposto⁵¹, qualquer uma delas implicaria na incidência do IRPJ. Segundo explica Rubens Gomes de Sousa, (*apud* SCHOUERI *in* MOSQUERA, 2010, p. 248) a disponibilidade “econômica” se refere a provento recebido, revelado pela existência de dinheiro “em caixa”. Por sua vez, a disponibilidade “jurídica”, trata de rendimento adquirido, expresso em título jurídico que possibilita ao beneficiário sua realização em dinheiro.

O que dizer então do da importância recebido a título de ágio na emissão de ações superior ao valor nominal?

É de fácil presunção que o saudoso Rubens Gomes de Sousa, ao referendar a disponibilidade “econômica” em casos em que o provento esteja disponível “em caixa”, estivesse se referindo a conta de resultados da Sociedade. Ou seja, disponível para “saque” utilizando-se da postura coloquial adotada. Em termos positivados, tal valor poderia ser eventualmente objeto de uma distribuição de dividendos.

Esta hipótese passa longe do tratamento dado ao referido “Ágio”, afinal o art. 182, § 1º, inciso I da LSA destina-o à reserva de capital. Figura esta antagonicamente clara à expressão “em caixa”, visto que pertencente ao Patrimônio Líquido da Sociedade.

Em complemento, a disponibilidade “jurídica” também explanada pelo grande tributarista implica na possibilidade de conversão de dado título jurídico pelo qual o beneficiário pode ter a conversão em dinheiro.

Para fins do sempre indicado “Ágio” tal suposição é impossível pela lei comercial. Afinal, as possibilidades de utilização dos valores destinados à reserva de capital são aquelas taxativamente previstas no art. 200 da LSA, as quais não contemplam, nem mesmo por analogia, a mínima alusão à realização de dinheiro.

Dessa forma, mesmo na análise paralela para caracterizar renda, verifica-se que o Ágio decorrente da emissão de ações/quotas por valor superior ao nominal categoricamente não constitui renda. Isto justificaria, inclusive a edição de norma tributária para excluir do lucro

⁵¹ (SCHOUERI *in* MOSQUERA, 2010, p. 252): “De qualquer forma, ao empregar a expressão “disponibilidade econômica ou jurídica”, o legislador complementar fugiu das discussões acerca da necessidade de um efetivo ingresso de recursos, ou da licitude da atividade que gerou a renda. Econômica ou jurídica a disponibilidade, não importa: se houver esta, caberá tributação. Não é necessário indagar qual a diferença entre a disponibilidade econômica e a disponibilidade jurídica. O legislador dispensou tal discussão: seja a disponibilidade apenas econômica, seja ela apenas jurídica, seja, enfim, econômica e jurídica, de qualquer modo haverá tributação. O que importa – e isso é relevante para o legislador complementar – é haver alguma disponibilidade. Se não houver disponibilidade, não há tributação.”.

real tal rendimento na improvável conjectura de a lei comercial inclui-lo no lucro líquido. Quiçá considerar tributação no caso real em que a lei comercial não a inclui no lucro líquido, não há norma tributária que a adicione ao lucro real e somente existe norma didática que referenda a não incidência para as Sociedades por Ações.

Afinal, como conclui Bruno Fajersztajn em obra dedicada ao mesmo tema objeto deste trabalho, “O Ágio na Subscrição de Quotas de Sociedade Limitada” (2013, p. 478):

“[...] ao contrário da contribuição ao capital, o ágio da subscrição não representa débito, uma dívida, da sociedade perante o sócio. Mas ele ainda assim não configura renda por possuir natureza jurídica de transferência patrimonial, sendo esse aspecto suficiente para afastá-lo da incidência do imposto de renda, nos termos do art. 43 do CTN.

4.2 CARF

A discussão já percorreu a esfera administrativa tendo sido capitaneada pelo caso “CPM Braxis”, através do processo nº 13899.00236/2003-88. Através do Acórdão nº 1201-00.36. da 2ª Câmara - 1ª Turma Ordinária decidiu-se da seguinte forma:

Ementa: **ÁGIO NA SUBSCRIÇÃO DE QUOTAS** — o ágio na aquisição de quotas de capital das sociedades de responsabilidade limitada não deve compor o resultado comercial do exercício. Como inexistente disposição que determine sua adição para fins de determinação da base de cálculo do imposto de renda, também não deve compor o lucro real.

Portanto, acertada a decisão e em consonância com a conclusão alcançada. Contudo, em posterior análise pela Câmara Superior de Recursos Fiscais (CSRF), reformou-se tal decisão em desfavor do contribuinte:

Ementa. **ÁGIO NA SUBSCRIÇÃO DE QUOTAS. SOCIEDADE ANÔNIMA (SA). SOCIEDADE DE RESPONSABILIDADE LIMITADA (LTDA).**

O ágio na aquisição de quotas de capital das sociedades de responsabilidade limitada deve compor o resultado comercial do exercício. Como inexistente disposição que determine sua exclusão para fins de determinação da base de cálculo do imposto de renda, deve compor o lucro real.

Assim, restou entendido que o Ágio na subscrição de quotas deveria compor o resultado comercial do exercício. Segundo o relator, deveria existir norma tributária que

excluísse o provento para que este não compusesse o lucro real. Vale mencionar que o resultado prévio deste julgamento foi empate, e o Relator Valmir Sandri, representante do Fisco, ao proferir o voto de minerva, conferiu o desfecho em favor da Fazenda.

4.3 Judiciário

O mesmo caso foi ajuizado na JFSP através da Ação nº 0010715-55.2015.403.6144, desta vez sob autoria do Contribuinte. Ação esta, insta mencionar, sob o patrocínio tributarista exaustivamente citado neste trabalho, Ricardo Mariz de Oliveira.

Também na esfera judicial, a decisão foi proferida em desfavor ao contribuinte através da sentença disponibilizada no Diário Eletrônico da União em, 17 de novembro de 2016, a qual, as razões para decisão merecem ser transcritas, haja vista o rigor e a completa refutação aos argumentos colocados pelo renomado tributarista.

De início, não se sustenta o argumento da parte autora de que o valor por ela recebido a título de ágio não estaria incluído no art. 43 do CTN por tratar-se de mera "transferência de capital" ou "transferência patrimonial" que provêm de fontes externas à sociedade. Primeiramente, o art. 43 do CTN não estabeleceu que o fato gerador do imposto de renda se restringe a acréscimo de patrimônio de uma atividade de seu titular. Além disso, o valor foi entregue à empresa sem vinculação direta e imediata ao capital social, passando, portanto a integrar seu patrimônio líquido.

Não há falar, também, que "o legislador ordinário, ao remeter ao lucro líquido, para fins de mensuração do lucro tributável, por consectário lógico e legal, excluiu do campo de incidência do IRPJ os valores que não transitam pelas contas de resultado, como aqueles contabilizados em contas patrimoniais de reserva de capital, dentre as quais o ágio originado na subscrição de quotas, por força do art. 182, 1º, alínea a, da Lei nº 6.404/76; a tributação desses valores somente seria possível em caso de expressa previsão legal determinando a adição ao lucro real, sendo inexistente tal norma".

Veja-se, de pronto, que o dispositivo citado pela parte autora a ela não se aplica, uma vez que a classificação como reserva de capital disposta no art. 182, 2º, a trata de sociedade por ações. Ainda, conforme destacado pela presidente e relatora da 5ª Turma de Julgamento da DRJ de Campinas Edeli Pereira Bessa "o fato de um valor não transitar por conta de resultado não é razão bastante para afastar a incidência do IRPJ. Assim não fosse, e todas as incorreções contábeis deveriam estar previstas expressamente como adição ao lucro real".

Quanto ao argumento de que os valores relativos ao ágio decorrente da subscrição de quotas do capital social da autora são alheios à incidência do imposto porque não integram o conceito de lucro líquido também não tem razão a demandante.

Nos termos da fundamentação acima e, portanto, do art. 248 do Decreto nº 3.000/99 os valores em questão enquadram-se como lucro líquido relativo a

resultados não operacionais nos moldes do Capítulo VII do mesmo diploma legal.

Não por outro motivo é que o mesmo capítulo acima mencionado em sua Seção III determina que "não serão computados na determinação do lucro real as importâncias creditadas a reservas de capital que o contribuinte na forma de companhia receber dos subscritores de valores mobiliários de sua emissão a título de: I - ágio na emissão de ações por preço superior ao valor nominal, ou a parte de emissão de ações sem valor nominal destinadas à formação de reservas de capital" (art. 442, I).

Referida previsão, que também traz o art. 38 do Decreto-Lei nº 1.598/77, é clara no sentido de excluir os valores do cômputo do lucro real sendo certo que constituem fato gerador do tributo, optando apenas o legislador por excluir de sua incidência essa situação específica. Veja-se que, por razões óbvias, só faz sentido excluir o que está incluído, de outro modo, não haveria razão de existir mencionado dispositivo legal.

4.4 Correção Legislativa

A fim de promover correção legislativa, o procedimento é simples. Basta que o congresso nacional, por iniciativa de qualquer uma das casas, edite Lei Ordinária que promova alteração do art. 38 do Decreto-lei 1.598 para restar com a seguinte dicção:

Art 38 - Não serão computadas na determinação do lucro real as importâncias, creditadas a reservas de capital, que o contribuinte ~~em a~~ ~~forma de companhia~~ receber dos subscritores de valores mobiliários de sua emissão a título de:

I - ágio na emissão de ações ou quotas por preço superior ao valor nominal, ou a parte do preço de emissão de ações sem valor nominal destinadas à formação de reservas de capital;

4.5 Direito comparado

Em termos de direito comparado, cabe apenas indicação dos dispositivos que tratam do aumento de capital para Sociedade Limitada, correspondentes ao art. 1.081 do CC/02 (disponível no apêndice A)

5 CONCLUSÕES

A construção de elementos construídos ao longo deste trabalho, com base primordial na intenção do legislador e no objetivo das diferentes normas permitiu uma conclusão sólida tendo em vista o dinamismo envolvendo a matéria.

Percebeu-se que a regência supletiva à lei comercial, para as Sociedades Limitadas é instituto pacífico depois do CC/02. Assim em matéria de aumento de capital em o Código é bastante “omisso”, faz-se oportuna o tratamento dado pela LSA.

Além disso, a utilização dos conceitos contábeis introduzidos pela LSA é pode ser feita por qualquer espécie societária em nosso ordenamento, sobretudo uma Limitada de grande porte, figura comum na nossa economia.

Assim, a Sociedade Limitada que emitir novas ações com valor superior ao nominal, que preveja a regência supletiva nos moldes do CC/02 e que de o tratamento correto ao ágio decorrente desta operação, destinará o mesmo à sua reserva de capital.

Assim, não tendo tal provento transitado por sua conta de resultado e, portanto, não compondo lucro líquido, este somente poderá compor o lucro real se houver norma tributária expressamente prevendo tal situação.

Isto não ocorre, o que existe é norma meramente didática aplicável às S.A (art. 38, inciso I, DL 1.598/77). Seu caráter didático, e a exclusividade do tratamento S.A. decorre do panorama econômico à época de sua edição e da fragilidade da norma.

Em adição, conforme restou cristalino, o Ágio descrito não constitui renda de maneira alguma, de modo que não deve em qualquer hipótese compor o Lucro Real e, consequentemente sofre incidência do IRPJ.

6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ASCARELLI, Tullio. **Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado**. Campinas: Bookseller, 1999.
- BENTO, Sérgio. **Tratamento Tributário do Ágio**. In: VIEIRA, Marcelo Lima; et al. (coord.). **Lei 12.973/14 – NOVO MARCO TRIBUTÁRIO – Padrões internacionais de Contabilidade**. São Paulo: Quartier Latin. 2015.
- BORBA, José Edwaldo Tavares. **Direito Societário**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1997.
- BOTREL, Sérgio. **Fusões e Aquisições**. São Paulo: Saraiva, 2014.
- BULGARELLI, Waldirio. **Manual das Sociedades Anônimas**. 12 ed. São Paulo: Atlas, 2001,
- CARVALHOSA, Modesto. **Comentários à Lei de Sociedades Anônimas**. 1º Vol. 6ª edição. São Paulo: Saraiva, 2014.
- CARVALHOSA, Modesto. **Comentários à Lei de Sociedades Anônimas**. 3º Vol. 6ª edição. São Paulo: Saraiva, 2014.
- EIZIRIK, Nelson. **A Lei das S/A Comentada**. 2ª ed. Vol. III. São Paulo: Quartier Latin, 2015.
- FAJERSTEIN, Bruno. SANTOS, Ramon Tomazela. **O Ágio na Subscrição de Quotas de Sociedade Limitada – Aspectos Societários e Tributários**. In: AZEVEDO, Luís André N. de Moura; CASTRO, Rodrigo R. Monteiro de (Coord.). **Sociedade Limitada Contemporânea**. São Paulo: Quartier Latin, 2013.
- FONSECA, Alessandro Madeu da. **A Tributação da Renda e sua Correlação com os Princípios Contábeis Geralmente Aceitos**. In: MOSQUERA, Roberto Quiroga; LOPES, Alessandro Broedel (Org.). **Controvérsias Jurídico-Contábeis (Aproximações e Distanciamentos)**. 1. ed. São Paulo: Dialética, 2010.
- GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito**. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- LAMY FILHO, Alfredo; PEDREIRA, José Luiz Bulhões. (coord.) **Direito das Companhias**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- LAMY FILHO, Alfredo; PEDREIRA, José Luiz Bulhões. **A Lei das S.A.** 1º vol. 3ª ed. São Paulo: Renovar, 1997.
- LAMY FILHO, Alfredo; PEDREIRA, José Luiz Bulhões. **A Lei das S.A.** 2º vol. 2ª ed. São Paulo: Renovar, 1996.
- LAZZARESCHI NETO, Alfredo Sérgio. **Lei das Sociedades por Ações Anotada**. São Paulo: Saraiva. 2012.
- LOBO, Jorge Joaquim. **Sociedades Limitadas**. Vol. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- LUCENA, José Waldecy. **Da Sociedade Limitada**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- MARION, José Carlos. **Contabilidade Empresarial**. A contabilidade como instrument de análise, gerencia e decisão – As demonstrações contábeis: Origens e Finalidades – Os aspectos fiscais e contábeis em vigo. 11ª ed. São Paulo: Atlas, 2005.
- MARTINS, Eliseu; MIRANDA, Gilberto José; DINIZ, Josedilton Alves. **Análise Didática das Demonstrações Contábeis**. São Paulo: Atlas, 2014.
- MARTINS, Eliseu; GELBCKE, Ernesto Rubes; DOS SANTOS, Ariovaldo; IUDÍCIBUS, Sérgio de. **Manual de Contabilidade Societária**. Aplicável a todas as sociedades de acordo com a normas internacionais e do CPC. 2. ed. São Paulo: Editora Atlas. 2013.

- MELO, Gustavo Miguez de. **Ciclo de debates sobre o novo imposto de renda (Decreto-lei 1.598, de 26.12.1977) Lucro contábil e lucro tributário.** Revista de direito tributário, São Paulo: Revista dos Tribunais, v.3, n.2, 1978.
- MENDONÇA, J. X. Carvalho de. **Tratado de Direito Comercial Brasileiro.** Campinas: Bookseller, 2000.
- MOSQUERA, Roberto Quiroga; LOPES, Alessandro Broedel (Org.). **Controvérsias Jurídico-Contábeis (Aproximações e Distanciamentos).** 5º vol. São Paulo: Dialética, 2014.
- OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. **Princípios Fundamentais do Imposto de Renda.** In: SCHOUERI, Luís Eduardo; ZILVETI, Fernando Aurélio (coord.). DIREITO TRIBUTÁRIO – Estudos em Homenagem a Brandão Machado. São Paulo: Dialética, 1998.
- PACHECO, S. Alexandre. **O Uso de Conceitos Intermediários Contábeis, Jurídicos e Fiscais em Matéria Tributária.** In: MOSQUERA, Roberto Quiroga; LOPES, Alessandro Broedel (Org.). Controvérsias Jurídico-Contábeis (Aproximações e Distanciamentos). 1. ed. São Paulo: Dialética, 2010.
- PACHECO, Alexandre S. **Essência e Forma em Matéria Tributária – Matrizes da Convergência das Normas Internacionais de Contabilidade.** In: ROCHA, Sérgio André (coord.). Direito Tributários, Societário e a Reforma da Lei das S/A – Vol. II. São Paulo: Quartier Latin, 2010.
- POHLMANN, Marcelo Coletto; IUDÍCIBUS, Sérgio de. **Tributação e Política Tributária: Uma abordagem interdisciplinar.** São Paulo, Atlas, 2006.
- RAMOS, Evaldo. Anotações sobre o Decreto-Lei nº 1.598/1977. Rio de Janeiro, 1978.
- ROSMAN, Luiz Alberto Colonna. **Modificação do Capital Social.** In: Alfredo Lamy Filho e José Luiz Bulhões Pedreira (Coord.). *Direito das Companhias.* v. 2, Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- SABA, Roberto N. P. F., **As Praças Comerciais do Império e a Aprovação do Código Comercial Brasileiro na Câmara dos Deputados.** Revista Angelus Novus, nº. 1. 2010. Disponível em: [http://www.usp.br/banco de teses](http://www.usp.br/banco_de_teses). Acesso em: 20 de agosto de 2017.
- SANTOS, João Victor Guedes. **Direito Tributário e Justaposição: a Contabilidade Societária e os Limites à Neutralidade Fiscal.** In: MOSQUERA, Roberto Quiroga; LOPES, Alessandro Broedel (Org.). Controvérsias Jurídico-Contábeis (Aproximações e Distanciamentos). 1. ed. São Paulo: Dialética, 2010
- SCHOUERI, Luís Eduardo. **Ágio em Reorganizações Societárias (Aspectos Tributários)** São Paulo: Dialética. 2012.
- SCHOUERI, Luís Eduardo. **O Mito do Lucro Real na Passagem da Disponibilidade Jurídica para a Disponibilidade Econômica.** In: MOSQUERA, Roberto Quiroga; LOPES, Alessandro Broedel (Org.). Controvérsias Jurídico-Contábeis (Aproximações e Distanciamentos). 1. ed. São Paulo: Dialética, 2010.
- SCHOUERI, Luís Eduardo. **Tratamento Tributário do Ágio: Considerações sobre seu Fundamento.** In: Revista de Direito Tributário. Nº 100. São Paulo: Malheiros, 2008.
- SIMÃO FILHO, Adalberto. **A Nova Sociedade Limitada.** Barueri: Manole. 2004.
- TEIXEIRA, Egberto Lacerda. **Das Sociedades por Quotas de Responsabilidade Limitada.** 2ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2006.
- TEIXEIRA, Egberto Lacerda. **Os Aumentos de Capital e o Direito dos Portadores de Ações Preferenciais.** Revista de Direito Mercantil, São Paulo, vol. 3º, 1971.
- TOMAZETTE, Marlon. **Curso de Direito Empresarial: Teoria Geral do Direito Societário.** v. 1. 7 ed., rev. atual e ampl. São Paulo: Atlas, 2016.
- VALVERDE, Trajano de. **Sociedades por ações:** (comentários ao Decreto-lei nº 2.627, de 26 de setembro de 1940). Rio de Janeiro: Forense, 1959.

VIEIRA, Marcelo Lima; CARMIGNANI, Zabetta Macarini; Bizarro, André Renato. **Lei 12.973/14 Novo Marco Tributário**. Padrões Internacionais de Contabilidade. São Paulo: Quartier Latin, 2015.

UTUMI, Ana Cláudia Akie. **Lei nº 11.638/07 e Implicações Tributárias das Subvenções para Investimento**. in: ROCHA, Sérgio André (org.). Direito Tributário, Societário e a Reforma da Lei das S/A. Coordenador Sérgio André Rocha. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

UTUMI, Ana Cláudia Akie. **O Ágio nas Operações de Fusões e Aquisições em Face das Novas Regras Contábeis**. In: MOSQUERA, Roberto Quiroga; LOPES, Alexsandro Broedel (Org.). Controvérsias Jurídico-Contábeis (Aproximações e Distanciamentos). 1. ed. São Paulo: Dialética, 2010.

APÊNDICE A

Dispositivos correspondentes ao art. 1.081 do Código Civil de 2002⁵², que trata do aumento de capital em Sociedades de Responsabilidade Limitada:

Direito argentino	Direito espanhol	Direito frances	Direito italiano	Direito português	Direito suíço
Lei 19.950	Código das Sociedades Comerciais	Code de Commerce	Decreto Legislativo 17 gennaio 2003, n6	Código das Sociedades Comerciais	Code des Obligations
Artículo 160	Artículo 73, 75	Article L223-7 , L223-32, L223-33	2481, 2481-bis	Artigo 266, 267, 268, 2	Art. 787

⁵² Extraído de LOBO, Jorge Joaquim. Sociedades Limitadas. Vol. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 307.