

## Maia e Casarini: A distribuição desproporcional de dividendos

Um dos supostos axiomas repetidos à exaustão entre diversos operadores do Direito Societário é que uma distribuição desproporcional de lucros seria permitida entre sócios de uma sociedade limitada, mas não para acionistas de uma sociedade por ações de capital fechado.



O presente artigo se propõe a analisar, ainda que de forma

breve, determinados aspectos jurídicos, tanto no campo societário quanto fiscal, que se colocariam como obstáculo a tal mecanismo. Primeiramente, faz-se necessário delimitar, de forma precisa, a hipótese de distribuição desproporcional que se pretende discutir, qual seja: a distribuição desproporcional de lucros entre acionistas de uma companhia de capital fechado, quando deliberada por acionistas representando a totalidade e não menos do que a totalidade do seu capital social.

### Dos aspectos societários

A Lei 6.404/76 (Lei das S/A) elencou, em seu artigo 109, os direitos entendidos como essenciais aos acionistas, direitos esses que não poderiam ser privados, nem pelo estatuto social e nem pela assembleia-geral da companhia. Entre os referidos direitos, encontra-se o direito a participar nos lucros da sociedade.

O princípio que permeia as proteções garantidas aos acionistas de companhias parte da lógica de que sociedades por ações seriam sociedades de capital e não de pessoas, de forma que as proteções e direitos são outorgados de forma institucionalizada a uma determinada classe de ações, vez que arranjos e acordos pessoais envolvendo a totalidade dos acionistas não seriam factíveis em uma estrutura de capital potencialmente pulverizada.

Neste sentido, o §1º do artigo 202 da Lei das S/A [\[1\]](#) é instrumental na interpretação de que a intenção da legislação é de estabelecer barreiras e critérios que impeçam que os acionistas venham a ser lesados no ambiente societário ou que sejam colocados sob exclusivo desígnio da maioria ou da administração quando se trata de perceber os dividendos a que fariam jus.

Não obstante, ocorre que a realidade fática de grande parte das sociedades por ações não corresponde ao conceito tradicional de "sociedades de capital". Inclusive, essa é uma das razões pelas quais tal distinção tradicional entre sociedades de capital e sociedades de pessoas vem caindo em desuso. São inúmeras as sociedades por ações constituídas como veículos para empreendimentos comuns entre determinados sócios (*latu sensu*), inclusive pessoalmente ligados por meio de acordos de acionistas, com direitos e obrigações muitas vezes aderentes ao acionista em si, tanto quanto às suas ações.

Por exemplo, acionistas assim vinculados são livres para pactuar, por meio desses acordos, regras de governança onde a preponderância em decisões de assembleia não segue necessariamente a participação societária. Entretanto, quando se trata de regular diferentes direitos aos dividendos, é comum que tal arranjo seja instrumentalizado por meio de ações preferenciais e não acordo entre os acionistas.

Note-se que os acionistas, se assim concordarem, são livres para, a qualquer momento, por meio das formalidades societárias, alterar ou modificar os direitos atribuídos às suas respectivas ações, convertendo-as em classes diferentes, com diferentes direitos patrimoniais relacionados à percepção de dividendos.

Tal realidade nos impõe a seguinte provocação: em sendo os acionistas livres, quando agindo por unanimidade, para deliberar em assembleia, a qualquer momento, se assim concordarem, a conversão de suas ações em diferentes tipos e classes, com diferentes direitos sobre dividendos, seriam esses impedidos de deliberar, em determinada assembleia, a distribuição desproporcional de dividendos? Qual seria o racional de tal proibição?

Ora, o direito ao lucro é um direito patrimonial e disponível, não tendo seu caráter de essencialidade (classificado desta forma pela própria lei) o condão de afastar a facultatividade que permeia o seu exercício. Operando sob o modal deontico do permitido, o direito ao lucro dos acionistas, em que pese ser essencial, é de exercício facultativo, sendo que sua consagração em plano fático se dá apenas com um elemento subjetivo essencial: a vontade do acionista, que o detenha, em exercê-lo [2].

Imperativo, portanto, entender que a renúncia ao direito aos dividendos vedada pela legislação somente se configura a partir de sua realização de forma institucionalizada e permanente, o que, visivelmente, não ocorre com a distribuição desproporcional de dividendos aprovada em assembleia pelos próprios acionistas afetados por tal arranjo.

Exigir que acionistas de uma companhia de capital fechado, que desejam acordar uma determinada distribuição de forma desproporcional, recorram a estruturas complexas e transitórias relacionadas à conversão de ações ordinárias em preferenciais seria impor um ônus desnecessário ao que deveria ser um livre arranjo de natureza puramente econômica entre um ou mais investidores.

A recente Declaração de Direitos de Liberdade Econômica, consubstanciada na Lei 13.874/19, evidencia ainda mais a necessidade de se preservar a liberdade consagrada na iniciativa privada, garantindo a presunção de liberdade no exercício de atividades econômicas (inciso I, do artigo 2º) e a intervenção subsidiária, mínima e excepcional do Estado sobre o exercício destas atividades (inciso III, do artigo 2º). Ainda dispõe o decreto em tela *"que os negócios jurídicos empresariais serão objeto de livre estipulação das partes pactuantes, de forma a aplicar todas as regras de direito empresarial apenas de maneira subsidiária ao avençado"* (primeira parte do inciso VIII do artigo 3º).

Sob uma abordagem pragmática, ao analisar a possibilidade de questionamento de uma deliberação, por unanimidade, de uma distribuição desproporcional de dividendos entre acionistas de um mesmo tipo ou classe de ações, faz-se também necessário avaliar quais seriam as partes legítimas para questionar tal deliberação.

Em vista do acima exposto, nos parece que nenhum dos acionistas que assim o deliberaram teria, em tese, legitimidade para questionar o arranjo negocial a que voluntariamente se submeteu. Importante ainda que tal arranjo tenha sólido racional econômico, sob pena de, em hipótese de insolvência do acionista que deixou de receber os dividendos proporcionais, tal arranjo vir a ser questionado por eventuais credores.

Superadas as questões de natureza cível e societária, para que exista segurança jurídica ao se deliberar a distribuição desproporcional de lucros em uma sociedade por ações outro ângulo fundamental precisa ser abordado, que é a forma como o fisco caracteriza tais eventos.

### **Dos aspectos fiscais**

Em princípio, os dividendos estão isentos de Imposto de Renda (artigo 10 da Lei 9.249/95) e não configuram remuneração para fins da incidência das contribuições previdenciárias (artigo 12, inciso V, alínea "f", da Lei 8.212/91 e artigo 201, §§1º e 5º, incisos I e II, do Decreto 3.048/99).

Entretanto, no passado, as autoridades fiscais já tentaram questionar a cobrança das contribuições previdenciárias e do Imposto de Renda, buscando para tanto descaracterizar a natureza jurídica da distribuição desproporcional de lucros.

Tais discussões são mais profusas em autuações de sociedades limitadas, nas quais o Fisco tentou caracterizar parte do lucro distribuído a um determinado sócio como remuneração ou *pro labore*. Ainda que essa caracterização seja menos provável em sociedades por ações, principalmente com acionistas investidoras, os precedentes administrativos envolvendo as sociedades limitadas seriam úteis na busca de um melhor entendimento sobre a forma como as autoridades fiscais avaliam a alocação de lucros entre os sócios.

Os precedentes existentes são preponderantes no sentido de que eventual desproporcionalidade na distribuição de lucros não teria, por si só, o condão de dar à distribuição de lucro natureza diversa, que a afastasse do abrigo da isenção do imposto de renda, nos termos do artigo 10 da Lei 9.249/95 [3]. Na mesma linha, a Receita Federal do Brasil também já se manifestou sobre o tema por meio de soluções de consulta (Soluções de Consulta nºs 46/10 e 56/19) [4].

A partir da análise dos referidos precedentes administrativos fiscais, podemos concluir que três requisitos seriam fundamentais para evitar uma descaracterização do lucro distribuído de forma

desproporcional.

Em primeiro lugar, que o lucro distribuído esteja lastreado em escrituração contábil regular, que comprove a sua existência e o pagamento no plano fático. Como a não tributação de dividendos, no nosso ordenamento, parte do pressuposto de concentrar a tributação do lucro na sociedade, a existência de um resultado já oferecido à tributação pela entidade pagadora é a pedra angular a partir da qual a isenção é construída e deveria ser interpretada.

Em segundo lugar, que não exista situação fática que demonstre que, em verdade, tal distribuição seria uma simulação, escondendo pagamento com natureza diversa da distribuição de lucros. Por exemplo, em uma situação muito particular, a distribuição desproporcional de dividendos foi caracterizada como remuneração dos sócios, que prestavam serviços à sociedade, a qual se sujeitou às contribuições previdenciárias, sob a alegação de abuso que foi apresentada com fundamento em elementos probatórios. Em referido caso, houve uma distribuição quase que inversamente proporcional ao capital social investido, possibilitando que sócios com participações mínimas recebessem grande parte do resultado distribuído, o que, em conjunção com outros elementos fáticos, evidenciariam o intuito remuneratório (Acórdãos n°s 9202-006.226 e 2301-004.133, relativos ao mesmo caso, que foram julgados na CSRF — última instância de julgamento do Carf — e na câmara baixa do Carf, respectivamente).

Por último, a grande maioria das decisões identifica na regularidade societária um dos elementos fundamentais para afastar a atribuição de natureza diversa ao pagamento de dividendos, apesar de existirem decisões que colocaram a necessidade de regularidade societária em segundo plano [\[5\]](#). Nesse aspecto específico, as decisões entendem por regularidade societária, a deliberação em ata e a previsão da possibilidade de distribuição desproporcional em contrato social ou estatuto social. Não obstante, conforme discutido acima, quando temos em uma sociedade por ações a deliberação de distribuição desproporcional aprovada por um quórum de unanimidade (que em tese tem poderes mais do que suficientes para alterar o estatuto social), nos parece que a essência da regularidade societária que as autoridades fiscais buscam se encontraria atendida em sua plenitude, independente de previsão estatutária.

Como mencionado acima, alguns precedentes administrativos foram ainda mais categóricos no sentido de que a distribuição de dividendos estaria sempre isenta do Imposto de Renda, sendo que não seria determinante a forma que esses valores seriam divididos entre os sócios (Acórdão n° 2102-01.496). Frise-se que referido acórdão, assim como o Acórdão n° 2401-005.592, tratam de forma expressa de sociedades por ações, ao se referirem a "dividendos" e não apenas "lucros" e a "estatuto social" e não apenas "contrato social".

Ante o exposto, atendidos os requisitos apresentados, temos que os contribuintes titulares de uma mesma classe de ações poderiam distribuir dividendos desproporcionalmente, desde que não haja a caracterização de simulação ou fraude, em observância à causa jurídica da participação no resultado pelos sócios e em respeito à liberdade de contratar. Inclusive, o Carf já possui precedentes que permitem a adoção da referida sistemática, tanto no caso de sociedades limitadas como no caso de sociedades por ações. Não poderia ser diferente, já que a norma tributária deve observar os institutos de Direito Privado, nos termos do artigo 110 do Código Tributário Nacional (CNT).

## Conclusões

Ainda que o tema mereça particular cuidado, entendemos não haverem elementos que justifiquem uma ~~postura refratária, *ab initio*, em relação às distribuições desproporcionais de dividendos entre acionistas~~

---

de uma companhia fechada, ainda que entre uma mesma classe de ações — por óbvio, quando acordada entre todos os acionistas impactados. Tal expediente pode ser uma ferramenta extremamente útil para acomodar interesses privados legítimos com relação à partilha de resultados, entre investidores de um empreendimento comum.

A resistência, ainda disseminada, ao uso de tal ferramenta explica em parte a ausência de mais precedentes fiscais que abordem a questão da desproporcionalidade da distribuição em sociedades por ações. Não obstante, os precedentes já existentes nos apontam os caminhos para fazê-lo.

[1] “§1º O estatuto poderá estabelecer o dividendo como porcentagem do lucro ou do capital social, ou fixar outros critérios para determiná-lo, desde que sejam regulados com precisão e minúcia e não sujeitem os acionistas minoritários ao arbítrio dos órgãos de administração ou da maioria”.

[2] Nesse sentido: “Com efeito, não pode o acionista dispor e renunciar em abstrato e a priori os direitos essenciais declarados na lei. Pode, no entanto, deixar em determinados momentos, de concretamente exercê-los, como é o caso, v.g., do direito de preferência (artigo 171)” (CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei de Sociedade Anônimas, 2º Volume*. São Paulo: Editora Saraiva, p. 337-338).

[3] Acórdãos nºs 106-13.305, 2401-005.677, 2301-003.368, 2302-003.211, 2301-003.371, 2301-005.705, 1102-000.157 e 2401-005.592

[4] Importante notar que os precedentes administrativos aprovaram a distribuição desproporcional de dividendos em diversas naturezas societárias, incluindo sociedades em conta de participação, sociedades simples, sociedades limitadas e sociedades anônimas. Teceremos a seguir comentários adicionais sobre os precedentes vinculados às sociedades anônimas.

[5] Acórdão 2102-001.496: “A despeito disso, mesmo que não haja autorização contratual ou estatutária para a distribuição desproporcional do lucro ou dividendo em face da participação societária, não haverá incidência do imposto de renda sobre a parcela que exceder a distribuição proporcional(...)ou seja, eventual vulneração à legislação societária, pela distribuição desproporcional dos lucros à participação no capital sem autorização no Estatuto ou Contrato Social, não pode gerar cominação no campo tributário, por ausência de específica autorização legislativa para tanto”.

#### Date Created

14/09/2020