IMPÔSTO ADICIONAL SÔBRE LUCROS DAS PESSOAS JURÍDICAS — CAPITAL REALIZADO

— O impôsto de lucros excessivos é uma das modalidades de tributação da renda.

— Computam-se no capital efetivamente aplicado as verbas integrantes do capital social realizado mediante a cessão de créditos ou direitos.

PARECER

1. Uma sociedade anônima, A, ora consulente, cujo capital social é de Cr$, pretende aumentá-lo para a cifra de Cr$.

Segundo a intenção da referida emprêsa, tal aumento, no valor de Cr$, será subscrito por outra sociedade, B. Não há problema relativamente à exeqüibilidade da subscrição a ser feita daquele modo, no que toca ao direito de preferência dos demais acionistas.

2. Ocorre que a sociedade subscritora (B), possuindo créditos daquele valor contra terceiros, decorrentes de diversas promessas de compra-e-venda de lotes de terreno, quer realizar a subscrição do aumento mediante a cessão de tais créditos.

Esta última poderá concretizar-se de dois modos: *a*) ou fazendo-se a cessão de crédito à sociedade A, ora consulente, antes do aumento, caso em que seria creditada à cedente, sociedade B, através lançamento contábil, a importância correspondente; a subscrição ocorreria, em tal hipótese, com a utilização dêsse crédito para o aumento do capital da própria cessionária (sociedade A); *b*) ou fazendo-se a cessão de crédito na própria oportunidade do aumento, com tôdas as formalidades previstas pela lei

das sociedades por ações (Decreto-lei n.º 2.627, de 26 de setembro de 1940), inclusive a da avaliação dos créditos e aprovação do respectivo laudo pela assembléia geral.

3. Qualquer que fôr a modalidade a ser adotada, o aspecto que é submetido a exame se refere ao impôsto adicional de renda, criado pela Lei n.º 2.862, de 4 de setembro de 1956, lei essa regulamentada pelo Decreto n.º 40.384, de 19 de novembro de 1956 e parcialmente modificada pela Lei n.º 3.470, de 28 de novembro de 1956.

Como é sabido, entre os critérios optativos para apuração do lucro extraordinário ou excessivo tributável, o legislador contemplou o que toma por base o fator de comparação ou cotejo o *capital efetivamente aplicado*, que será o preferido pela consulente.

Vem daí a consulta, no sentido de saber se, para os efeitos fiscais em cogitação, se compreende como efetivamente aplicado o capital social ou a parcela dêsse, correspondente a uma cessão de créditos que serão objeto de pagamentos futuros por parte dos respectivos devedores; ou se assim só se considera a cada passo, e à medida que ditos pagamentos forem feitos.

Eis os têrmos em que a consulente concretiza a sua dúvida:

"Em face do aumento do capital da sociedade anônima, o que importa saber é se a entrega de bens incorpóreos (direito de crédito decorrente de promessas de compra-e-venda de lotes) realiza ou não o capital. Em outras palavras: se as ações subscritas pela companhia imobiliária e pagas pela forma indicada são ou não capital realizado, para o efeito de serem consideradas, *ex vi legis*, como capital efetivamente aplicado, apto a influir na fixação do lucro-base, a fim de, aumentando-o, diminuir o lucro extraordinário tributável da sociedade anônima. As dúvidas que têm surgido decorrem de que a cessão dos direitos creditórios não representa, de fato, uma imediata entrada de dinheiro, o que só acontecerá aos poucos, na conformidade dos pagamentos futuros dos devedores (promitentes compradores dos lotes) à sociedade anônima, credor subrogado. Pode surgir, portanto, a opinião de que o capital só será realizado e, por conseguinte, aplicado efetivamente, à proporção que os créditos transferidos forem sendo pagos pelos seus devedores" (cf. exposição da consulente, anexa ao presente parecer).

Tal é o problema a solucionar.

4. O impôsto de lucros excessivos é uma das modalidades de tributação da renda.[1] Destina-se a atingir a renda, não pelo seu montante absoluto, mas, comparativamente com o capital ou patrimônio que a produziu (chamado critério de tributação pelo montante relativo da renda).

Em geral, e êsse é o caso da legislação brasileira, o impôsto de lucros excessivos não vem instituído isoladamente. Combina-se a sua criação com a de um impôsto de lucros extraordinários ou de conjuntura, sendo tributável a renda que ultrapassar, em certa proporção, à de um período reputado normal.

No direito positivo pátrio, as duas modalidades e mais uma terceira (em que o lucro excessivo tributável se fixa,

1 Friedrich Neumark, *Theorie und Praxis der modernen Einkommensbesteuerung*, 1947, pág. 51, afirma que os impostos de lucros excessivos, do tipo do *Kriegsgewinnsteuer*, do *excess profits tax* e do *prélèvement sur les excédents des bénéfices*, tanto quanto os de lucros extraordinários (*Mehreinkommensteuer*); não são pròpriamente impostos de renda. Serão impostos especiais incidentes sôbre diferenças de renda (*Einkommensdifferenzen*), o que os apartaria dos impostos puros ou pròpriamente de renda (*echten Einkommensteuern* ou *eigentlichen Einkommensteuern*). Em verdade, o impôsto é de renda. O detalhe reside, apenas, na maneira de considerar essa última, ou no critério através do qual é ela apurada. Ver, a propósito, Rubens Gomes de Sousa, *Compêndio de Legislação Tributária*, 1.ª ed., pág. 210; idem, *Estudos de Direito Tributário*, 1950, pág. 85; Harold M. Groves, *Financing Government*, 4.ª ed., pág. 182 (embora declare tratar-se, especìficamente, de um impôsto da categoria do *business tax*).

tomando por base a receita bruta da emprêsa contribuinte) estão combinadas ou conjugadas, dando-se ao contribuinte a opção na escolha do critério a seguir.

A regra é o impôsto de lucros excessivos (art. 1.º da Lei n.º 2.862, de 4 de setembro de 1956). As outras modalidades optativas são mera faculdade conferida ao contribuinte, para o fim de propiciar-lhe um menor pagamento de impôsto (art. 6.º da mesma Lei n.º 2.862). É exatamente o impôsto de lucros excessivos que interessa examinar.

5. O ponto de partida para a instituição de um impôsto de lucros excessivos reside numa especial maneira de considerar-se a capacidade contributiva, para fins de tributação da renda.

Essa capacidade econômica só passa a existir uma vez que o lucro obtido ultrapasse um certo nível de rentabilidade do capital ou patrimônio do contribuinte (método da justa retribuição, *fair-return method, Methode der Besteuerung auf der Grundlage des augemessen Gewinns*) :[2]

Man kann den Ueberschuss der Gewinne über einen bestimmten Prozentsatz der Kapitalrentabilität erfassen, ein Prozentsatz, der als ausreichend für den Anreiz zur Produktion (incentive to produce) angesehen wird — ou traduzindo: "Pode-se atingir o excesso de lucro acima de um determinado índice de rentabilidade do capital, índice êsse que se reputa suficiente e razoável para servir de incentivo à produção.[3]

Requisito elementar, pois, para o estabelecimento de tal modalidade de impôsto, em que o fato gerador e a base de cálculo (lucro excessivo) se determinam com apoio em um critédio comparativo, é a perfeita definição dêsse fator ou elemento de confronto, de aferição ou de referência — o capital ou patrimônio, cujo índice de rentabilidade definirá como renda normal ou super-renda o produto obtido.

O direito comparado oferece mais de uma fórmula para determinação daquele elemento ou fator.

6. Assim, para dar um exemplo, a legislação uruguaia, que possui um impôsto dessa espécie, chamado *impuesto a las ganancias elevadas*, definiu como lucro excessivo tributável (*ganancia elevada*) aquêle que excedesse de 12% do capital fiscal que o produziu.

A expressão usada pelo legislador é *capital,*[4] *ou capital fiscal,*[5] assim definida:

Se considerará como capital la diferencia que resulte entre el activo y el pasivo ajustados, de cada empresa, conforme con las disposiciones de la presente ley y de su reglamentación.[6]

Comentando êsse dispositivo, diz G. A. Posadas-Belgrano:

De modo que hay que ajustar el activo y el pasivo de acuerdo a las normas vigentes para determinar el capital fiscal.

El legislador confió al Poder Ejecutivo, la solución a dar a varias cuestiones, algunas de verdadera importancia, y, entre ellas, ésta sobre las varias normas para determinar el capital.[7]

---

2 Êsses impostos são geralmente usados em período de guerra (*Kriegsgewinnbesteurung*) ou em período de anormalidade da conjuntura econômica, vindo, como se disse, combinados com os impostos de lucros extraordinários, em que a tributação incide sôbre os lucros em comparação com a média dos alcançados em período reputado normal (*average — carmings method, Methode der Besteuerung nach Massgabe der Durchschnittsgewinne*). Cf. Carl S. Shoup, *Kriegegewinn — und Wertzuwachssteuern, in* "Handbuch der Finanzwissenschaft", de Wilhelm Gerloff e Fritz Neumark, 1956, 2.º volume, pág. 503.

3 Cf. Carl S. Shoup, op. e loc. cit., pág. 502.

4 Art. 1.º, art. 4.º, art. 30, etc., da Lei n.º 10.597, de 28 de dezembro de 1944.

5 Art. 32, A, da mesma Lei uruguaia citada na nota anterior.

6 Cf. art. 30 da mesma Lei uruguaia n.º 10.597 cit.

7 Cf. *Impuesto a las ganancias elevadas*, 2.ª ed., pág. 207.

Mais adiante, o mesmo autor volta a referir-se a detalhes outros mencionados pelo legislador para a precisão do conceito de capital fiscal:

El articulo 1 de la ley 10.597 al precisar el objeto del impuesto, se refiere al "capital que las produce" (las ganancias), limitando asi el concepto de capital fiscal al que la empresa dedica a obtener resultados gravables. De modo que para determinar cual es el capital fiscal, no basta ajustar el activo y el pasivo de la empresa contribuyente de acuerdo con las disposiciones de las normas vigentes, sino que también hay que precisar qué parte del capital asi ajustado se dedica a actividades gravadas.[8]

Usou-se, como se vê, um conceito de delimitação difícil em tese e que requer um ajuizamento concreto das circunstâncias de cada caso. Por isso mesmo, na prática uruguaia, amplos e constantes são os debates entre fisco e contribuintes, para saber o que se deva entender por capital fiscal e que verbas devam ser nêle computadas ou dêle excluídas, para reprimir expedientes como o do inútil e desnecessário engrossamento do capital (*abultamiento ficticio del capital*), ou seja, *agregar sumas que no se utilizen*, ou da manutenção de capitais ociosos na emprêsa.[9]

Foi escolhido, de propósito, o exemplo da legislação uruguaia, pela circunstância de que nela se emprega um conceito — o de *capital* ou de *capital fiscal* — que não é rígido e invariável, senão que, pelo contrário, contém em si uma certa flexibilidade, a ensejar o ajuizamento das circunstâncias de cada caso e a consideração econômica (*wirtschaftliche Betrachtungeweise*) de seu enquadramento jurídico.

7. Como procedeu o legislador brasileiro? No particular, preferiu adotar um conceito rígido e inelástico, ao referir-se à expressão *capital efetivamente aplicado* e estabelecer os elementos, de conceituação unívoca, que o compõem.

Convém dizer que, a êsse respeito, a lei atual reproduziu os conceitos que haviam sido usados na legislação anterior.

O impôsto de lucros excessivos, de que ora se trata, foi instituído pela Lei n.º 2.862, de 4 de setembro de 1956, sob o nome de *impôsto adicional sôbre os lucros das pessoas jurídicas* (para facilidade de exposição, passaremos a chamá-lo "impôsto adicional de renda").

Quanto à modalidade a que diz respeito o problema em discussão (lucros excessivos), disse a Lei n.º 2.862 citada, em seu art. 3.º:

"O impôsto recairá sôbre os lucros, reais ou presumidos, verificados no ano social ou civil anterior ao exercício financeiro em que fôr devido e que ultrapassem importância equivalente a 30% (trinta por cento) do *capital efetivamente aplicado* na exploração do negócio".

O regulamento dessa lei, aprovado pelo Decreto n.º 40.384, de 19 de novembro de 1956 (art. 13, § 1.º), repete, mais ou menos literalmente, essa disposição.

Essa mesma lei, no art. 4.º, passa a definir o que se entende por capital efetivamente aplicado:

"Para os fins desta lei, o capital efetivamente aplicado compreende o *capital realizado*, lucros não distribuídos e as reservas, excluídas destas as provisões".

O Decreto n.º 40.384, citado, no art. 1.º, reproduz essas mesmas expressões:

"O capital efetivamente aplicado na exploração do negócio compreende:

a) *capital social realizado*;

b) lucros não distribuídos e reservas (excluídas as provisões)".

Há uma recente alteração dessa legislação, que, todavia, não atinge o aspecto que nos interessa analisar: trata-se da Lei n.º 3.470, de 28 de novembro de 1958, que reduziu o lucro tributável para 25% do capital efetivamente aplicado e mandou computar neste certas importâncias correspondentes a em-

8 Cf. op. cit., pág. 208.

9 Cf. Posadas, Belgrano, op. cit., págs. 210 e segs. e 247.

préstimos tomados pela emprêsa contribuinte.

Também no direito anterior [10] não diferiam as expressões utilizadas, falando-se, igualmente, em capital realizado.

Que será capital social realizado? Convém atentar bem para o fato de que o legislador fiscal, no particular, se absteve de usar um conceito específico de direito tributário (capital fiscal, por exemplo), ou um conceito definido pela ciência econômica ou por qualquer outra ciência especulativa, ou um conceito vulgar, para adotar um conceito rígido, unívoco, inelástico e, como tal, definido pelo direito privado.

O que se quis, com tal modo de dizer, foi deixar claro que todo *capital social realizado* é capital efetivamente aplicado.

8. A doutrina é pacífica ao reputar o conceito de capital como uma entidade tìpicamente *jurídica*.

Guido Rossi disserta, a propósito:

La nozione di capitale, quale si evince dal sistema della nostra legge, almeno in referimento al bilancio, é esclusivamente formale e si identifica con la posta di bilancio; ciò che del resto la prevalente dottrina non ha mai dubitato.[11]

Tullio Ascarelli igualmente acentua o caráter jurídico do conceito:

Los bienes aportados en sociedad deben ser valorados en una cifra de moneda nacional: la suma de ellos constituye la valoración de los bienes aportados a la sociedad; el capital social. Este constituye una "entidade jurídica y contable": el mismo no puede ser modificado sino con formas determinadas y, en las sociedades llamadas de capital fijo, através de una modificación estatutaria. Es al capital social al que se hace referencia al determinar la parte de cada socio en las utilidades y en las perdidas y en la distribución del activo social; es el capiatl social que sirve para indicar a los terceros la solvencia de la sociedad.[12]

Em outra obra, o mesmo Ascarelli insiste na essência jurídica do conceito de capital social, fazendo-lhe o contraste com o de patrimônio social, êste sim, de prevalente consistência econômica:

Substancialmente, a ordem jurídica quer que a sociedade se caracterize por um "capital" nominal, fixado no estatuto, sujeito, portanto, à disciplina da publicidade. *Êsse capital constitui uma entidade jurídica* e a sua importância corresponde ao número de ações pelo valor nominal de cada uma.

Diverso é, naturalmente, o patrimônio social, ou seja, o valor do ativo da sociedade, diverso o patrimônio líquido da sociedade, ou seja, o valor do ativo deduzido o passivo para com os credores sociais.

A garantia dos terceiros está, afinal, nos bens da sociedade, ou seja, no patrimônio social; o valor real da ação se prende, por seu turno, ao patrimônio líquido social.

O capital é, porém, um "índice" do patrimônio líquido social.[13]

Êsse foi o conceito que o legislador tributário entendeu de adotar, acrescentando-lhe a restrição de que deve ser *realizado*.

9. Também a realização do capital é um conceito definido pelo direito privado. A realização se entende como o implemento da prestação, o que o só-

---

10 Cf. Decreto-lei n.º 6.224, de 24 de janeiro de 1944 (art. 4.º, § 1.º) e seu regulamento, aprovado pelo Decreto n.º 15.028, de 13 de março de 1944 (art. 4.º, § 2.º).

11 Cf. *Utill di bilancio, riserve e dividendo*, 1957, pág. 54. Logo a seguir acrescenta, com apoio em Graziani, que o capital social representa *il valore in denaro dei conferimenti degli azionisti quale risulta dalle valutazioni, compiute nell'atto costitutivo*, ibidem.

12 Cf. *Sociedades y asociaciones comerciales*, 1947, trad. pág. 74.

13 Cf. *Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado*, 1945, págs. 346 e 347.

cio ou acionista se comprometeu, de entregar determinada quantia ou valor correspondente para a constituição do patrimônio social. Pouco impórta o bem que constitua objeto do *apport* social; dinheiro, ou outro bem de valor econômico. O *apport* social pode ser realizado em dinheiro, tanto quanto em outros bens, corpóreos ou incorpóreos, créditos ou o que fôr.

No caso concreto ora apreciado, propõe-se, inclusive, uma fórmula que me parece a mais conveniente, do ponto de vista prático. É a de fazer-se a cessão de crédito à sociedade, abrindo-se ao cedente um crédito em conta escritural da emprêsa. Far-se-á, em seguida, o aumento do capital e a subscrição ocorrerá com utilização do valor creditado. É o processo mais cômodo, porque evita providências outras, como a da perícia para determinação do valor do crédito cedido e a de convocação de assembléia geral para apreciar o competente laudo.

Na modalidade recomendada, em verdade, nem mesmo pròpriamente um *apport in natura* ocorre. O que há é o chamado *apport en compensation*, que em nada difere da entrada ou *apport* em dinheiro. E isso é tanto mais certo quanto a doutrina entende que nem mesmo as formalidades que se exigem para o *apport in natura* (avaliação e aprovação do laudo) são aplicáveis ao *apport* em compensação.

Assim, Aloísio Lopes Pontes, com apoio em Trajano de Miranda Valverde, diz o que se segue:

"Entende Trajano de Miranda Valverde, com razão, ser dispensável a avaliação dos créditos transformados em capital. "Com efeito, escreve, para a conversão de créditos em ações é necessário o prévio acôrdo da sociedade devedora com os seus credores, acôrdo no qual o montante e a liquidez dos créditos têm que ficar claramente definidos, mesmo quando os credores consentem em fazer um abatimento na importância dêles. Os direitos que a lei exige sejam avaliados não são, evidentemente, os em que o sujeito passivo é a sociedade, e, sim, terceiros".[14]

Mesmo que se fizesse o *apport* mediante a cessão de crédito, *in natura*, pois, a formação do capital não seria diferente.

P. Antonietti, que longamente estuda o problema do regime tributário dos *apports en natura*, em monografia dedicada ao tema, deixa claro que não há qualquer especificidade, quer a entrada consista em dinheiro ou em outros bens, salvo, é claro, os de valor duvidoso ou os que sejam contrários *à l'honnéteté publique et aux bonnes moeurs*.[15]

Dito isto, volvamos à noção de capital realizado.

A realização do capital diz respeito à relação jurídica entre o sócio ou acionista e a sociedade, segundo a qual os primeiros devem efetivamente entregar à última a quantia ou valor outro correspondente à sua subscrição.

Veja-se em Aloísio Lopes Pontes essa mesma conclusão:

---

14 Cf. *Sociedades Anônimas*, 3.ª edição, págs. 157 e 158; o pensamento de Miranda Valverde está em seu livro *Sociedades por ações*, 1953, 2.ª ed., vol. 1.º, pág. 92. No direito suíço, em que igualmente se exige para as entradas com bens a avaliação, há disposição expressa, contida no art. 80 da *Ordonance sur le Registre du Commerce*, de 7 de junho de 1937, dispensando êsse procedimento para o *apport en compensation* (*libérations par compensation avec des créances sur la société*). Ver, a propósito, Édouard Folliot, *Le bilan dans les sociétés anonymes du point de vue juridique et comptable*, 6.ª ed., pág. 161, que, aliás, é de opinião contrária a essa solução, embora a sua objeção pareça dirigir-se, essencialmente, para o caso de constituição antes que para o de aumento de capital, como se pode ver no seguinte tópico de sua obra: *Comment X. pourrait-il libérer par compensation avec sa créance contre la société, les actions qu'il a souscrites? Après la constitution définitive de la société, c'est possible, mais non avant"*, cf. op. cit., pág. 164.

11 Cf. *Le régime fiscal des apports en nature et ses conséquences*, 1932, pág. 2.

"Capital realizado é aquêle correspondente às entradas ou contribuições já prestadas pelos sócios".[16]

Também êsse é um conceito jurídico, unívoco e insuscetível de variação.

10. Ter-se-á, assim, determinado:

a) que os conceitos de capital social e de realização do capital são conceitos unívocos, tìpicamente jurídicos e definidos pelo direito privado;

b) que o capital social é o "total das contribuições obrigatórias de todos os sócios";[17]

c) que a realização do capital ocorre com o implemento da contribuição, entrada ou *apport*, em dinheiro, *in natura* ou em compensação, pelo sócio, e desde êsse momento.

Será diverso o entendimento dado a essas expressões pelo direito tributário?

11. Não, é a resposta. E por várias razões. Em primeiro lugar, convém dizer que a doutrina especializada pátria nunca pôs em dúvida o acêrto dessa conclusão.

Assim, Rubens Gomes de Sousa, Tullio Ascarelli e João Batista Pereira de Almeida Filho, na excelente obra que escreveram em colaboração, dizem que a lei falou em "capital (realizado), referindo-se ao *capital (realizado) nominal da sociedade*, ou ao *capital registrado da firma individual*".[18]

Mais adiante, voltam ao ponto:

"Referindo-se a capital realizado, a lei quer indicar a parcela do capital social efetivamente realizada ou integralizada, excluindo, ao contrário, a que ainda seja devida pelo sócio".[19]

Nem ao menos se exige que êsse capital social realizado esteja efetivamente investido, podendo permanecer não empregado no giro dos negócios. Veja-se o que a propósito dizem Gomes de Sousa, Ascarelli e Pereira de Almeida e, bem assim, Tito Resende, por êles invocado.[20]

Tito Resende confirma a asserção que fizemos no curso dessa exposição:

"Hoje, quando a lei (refere-se à Lei n.º 2.862 cit., — nossa é a ressalva) e o regulamento declaram só considerar como capital efetivamente aplicado no negócio "o capital realizado, os lucros não distribuídos e as reservas, excluídas destas as provisões", não pode restar dúvida de que a expressão *capital realizado* visa o capital *registrado*, menos a parte não realizada.[21]

A jurisprudência fiscal sempre entendeu com essa rigidez o conceito de capital realizado. Tanto assim que não considera realizado o capital quando os sócios sejam credores da sociedade em conta-corrente, enquanto não fôr feita a contabilização da diferença,[22] ou "antes do lançamento que retirou da conta-corrente dos sócios as importâncias a serem levadas à conta de capital".[23]

Não há, pois, diferença entre o conceito de capital social realizado, tal como definido pelo direito privado, e o mesmo conceito, usado pelo legislador fiscal.

---

16 Cf. verbete *Capital social, in* "Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro", dirigido por Carvalho Santos, vol. 7, pág. 101.

17 Cf. *Lucros extraordinários e impôsto de renda*, 1944, pág. 149.

18 Cf. op. cit., pág. 150.

19 Cf. op. cit., págs. 179 a 181.

20) Cf. *Impôsto adicional de renda*, 1957, págs. 63 e 64; também José Luís de Almeida Nogueira Pôrto, *Lucros Extraordinários*, 1944, pág. 66, liga a idéia de capital realizado à de integralização, pelos sócios, do capital registrado.

21 Cf. decisão n.º 694, na *Revista Fiscal* de 1949.

22 Cf. decisão n.º 667, na *Revista Fiscal* de 1954.

22-A Cf. item 17 do presente, adiante.

23 É o critério consagrado pelo § 5.º da Reichsabgabenordung, no seu texto de 13 de dezembro de 1919: *Durch Missbrauch von Formen und Gestaltungsmöglichkeiten des bürgerlichen Rechtes kann die Steuerpfich nich umgegangen oder gemidert werden*, ou, traduzindo: "O débito tributário não pode ser evadido ou reduzido, mediante o abuso de formas jurídicas de direito privado".

12. Nem haveria razão para tratamento diverso. A idéia de autonomia do direito tributário não daria cobertura a tal solução.

A expressão usada tem sentido unívoco. Se o legislador tivesse pretendido adotar um conceito mais elástico, teria procedido como a lei uruguaia, em que uma certa margem de ajuizamento da consistência econômica das situações concretas ficará facultada ao intérprete e ao aplicador.

A fórmula consagrada pela nossa legislação visou, exatamente, a coibir essas variações na exegese da lei. Assim, não seria possível cogitar-se, entre nós, de saber se o capital social realizado está sendo efetivamente aplicado nos negócios ou se está sendo conservado em caixa, ou em Banco, ou, como no Uruguai, se há *abultamiento* do capital, ou se a emprêsa mantém capitais ociosos, ou, como na Inglatera, se existem quantias *not required for the purpose of the trade or business*.

Não. Basta, para que se considere efetivamente aplicado, que o capital social tenha sido realizado pelo sócio, isto é, que êste haja feito o implemento do seu *apport*, em dinheiro, *in natura* (em crédito inclusive), ou em compensação.

Não seria de modo algum justo que uma emprêsa, que tivesse em mãos um capital de proporções determinadas, fôsse deixar de computá-lo integralmente, sob color de que uma parte dêle consistisse em créditos a serem pagos mais tarde.

Êsse créditos têm um valor atual, são negociáveis a qualquer momento, podem ser convertidos em dinheiro, se assim preferir a emprêsa.

Se prevalecesse outra solução, teríamos que admitir que o capital social deixasse de estar realizado, tôda vez que uma sociedade deliberasse utilizá-lo para obter cessões de crédito a seu favor.

Em verdade, inexiste diferença entre capital social realizado, em direito privado ou em direito tributário.

Só uma restrição se faz, em matéria de impôsto adicional: é que não se computam no capital social, como, em geral, no capital efetivamente aplicado, os investimentos em outras emprêsas, desde que, de acôrdo com a legislação do impôsto de renda (art. 43, § 2.º, letra *c*, do Decreto n.º 40.702, de 19-11-56), igualmente, não se computem no lucro tributável "os lucros e dividendos sujeitos a taxação, em poder das firmas ou sociedades que os distribuírem".

Mas, assim é por uma razão muito simples, decorrente do nosso sistema de tributação da renda. É que não são tributáveis como renda os lucros distribuídos por pessoas jurídicas a outras pessoas jurídicas. Ora, se tais lucros não se somam para a apuração dos lucros excessivos tributáveis, possível não será que os investimentos feitos em outras emprêsas vão ser considerados. Voltarei ao assunto, no final dêste parecer.[23] Fora daí, a coincidência dos conceitos é perfeita.

13. É verdade que, em direito tributário, se autoriza o intérprete, quando o contribuinte comete um abuso de forma jurídica (*Missbrauch von Formen und Gestaltungemöglichkeiten, des bürgerlichen Rechtes*)[26] a desenvolver considerações econômicas (*wirtschaftliche Betrachtungsweise*) para a interpretação da lei tributária e o enquadramento do caso concreto em face do comando resultante não só da literalidade do texto legislativo, mas, também, do seu espírito, da *mens* ou *ratio legis*.

Para que tal aconteça, é necessário que haja uma atipicidade da forma jurídica adotada em relação ao fim, ao intento prático visado.

Explico. No mundo das relações econômicas, a cada intenção empírica, ou

---

24 Cf. Wilhelm Merk, *Steuerschuldrecht*, 1926, pág. 53; aliás, em trabalho meu, sob o título de *Interpretação e Integração da Lei Tributária*, *in* "Revista de Direito Administrativo", vol. 40, pág. 24, discuto alongadamente o problema e procuro ilustrá-lo com exemplos concretos.

intentio facti corresponde uma intenção jurídica, ou *intentio juris* adequada, que se exterioriza através de uma forma jurídica típica. Imagine-se que, para levar a cabo essa mesma *intentio facti*, o contribuinte adote uma forma jurídica completamente anormal ou atípica, embora não proibida pelo direito privado, com o único objetivo de, através da manipulação da *intentio juris*, obter o não pagamento, o menor pagamento ou o pagamento diferido no tempo de um tributo (*Steuervorteil*): isto é, adotou-se uma forma econômicamente inadequada com o único objetivo de provocar a evasão do tributo (*Steuerumgehung*).

Exemplo, aliás, colhido no direito alemão: existe lá um impôsto geral sôbre vendas (*Umsatzsteuer*). Determinado contribuinte pretendia vender um automóvel a prestações. Para fugir à *Umsatzsteuer*, deliberou, então, fazer um contrato de locação do veículo, cobrando do suposto locatário um aluguel correspondente às prestações do preço de venda. Cercou o negócio das garantias equivalentes às que existiriam no negócio de venda. Por fim, assegurou ao locatário um direito de preferência para a compra do veículo ao têrmo do contrato, por um preço determinado. Não há nenhuma lei, ou nenhum princípio de direito privado, que impeça a locação de automóveis em condições tais. Todavia, é patente a inequivalência entre a realidade econômica e a forma jurídica adotada: o único propósito era o de colhêr uma vantagem fiscal, uma evasão.[25]

A autorização dada ao intérprete tributário, a licença que se lhe outorga, é para, pela via exegética, fazer a adequação da realidade econômica de cada caso concreto, quando tal inequivalência ocorra, ao comando legal entendido de acôrdo com o seu espírito.

A solução, aliás, não é específica de direito tributário, conhecendo-a outros ramos do direito.

Como anota Jacob Wackernagel, a evasão tributária não passa de um caso particular da *fraus legis*, a que a praxe deu uma importância especial: *Steuerumgehung ist der Unterfall der Gesetzsesumgehung, dem in der Praxis eine besonders grosse Bedeutung zukommt.*[26]

A única diferença verdadeira entre o *in fraudem legis agere* (*Gesetzesumgehung*) de direito comum e a sua modalidade especial de direito tributário, a evasão (*Steuerumgehung*), reside no meio empregado para reprimir essa última, que, em direito tributário, ocorre através do método da chamada interpretação econômica (*wirtschaftliche Betrachtungsweise in der Auslegung der Steuergesetze*).[27]

Convém entender que nem tôda vantagem fiscal alcançada pelo contribuinte constitui uma evasão. Para tanto é indispensável que haja uma distorsão de forma jurídica, uma atipicidade ou anormalidade desta última em confronto com a relação econômica que através dela se exterioriza.

De outro modo, evasão não há. Pode ocorrer que o contribuinte disponha seus negócios, de modo a pagar menos tributos. Nada o impede, desde que não ocorra aquela manipulação do fato gerador, no que toca ao seu revestimento jurídico.

A doutrina reconhece como válido e perfeitamente legítimo aquilo que se denomina de economia fiscal (*Steuereisparung*).

Assim, Wackernagel, depois de afirmar que a evasão tributária se distingue da simples economia fiscal,[28] alude, em apoio da licitude dessa última,

---

25 Cf. *Die Steuerumgehung und ihre Verhütung*, 1949, pág. 19.

26 Cf. meu trabalho *Autonomia dos Govêrnos Locais em Matéria Tributária*, in "Revista de Direito Administrativo", vol. 47, págs. 8 e 9.

27 Cf. op. cit., pág. 38: *Die Steuerumgehung ist im weiteren von der Steuereinsparung und ferner von der Steuerhinterziehung zu unterscheiden.*

28 Cf. Wakernagel, op. cit., págs. 40 e 41.

a uma citadíssima decisão de 25 de janeiro de 1906, do Superior Tribunal Administrativo da Prússia, decisão que afirma não estar ninguém obrigado a administrar sua fortuna e suas rendas de tal forma a propiciar ao Estado o máximo de arrecadação de tributos: ... *dass niemand verpfichtet sei, sein Vermögen so zu verwalten oder seine Ertragsquellen so zu bewirtschaften, dass dem Staate daraus möglichts hohe Staeuern zufliessen.*[29]

Assim também se pronuncia Lerouge: *Chacun peut aménager son patrimoine ou ses intérêts de telle façon, que l'impôt ait le moins de prise possible. Le devoir moral, non plus que le devoir civique, ne va pas en efet jusqu'à s'obbliger á prendre la voie la plus profitable au Trésor.*[30]

Em resumo do que vem sendo dito, temos que, para admitir-se o emprêgo do chamado método da interpretação econômica (*wirtschaftliche Betrachtungsweise*), é preciso que se esteja em presença de uma evasão tributária em sentido estrito (*Steuerumgehung*), ou seja, da adoção de uma forma jurídica anormal, atípica e inadequada, embora permitida pelo direito privado, para a consecução do resultado econômico que se tenha em vista concretizar. Não basta, pois, qualquer vantagem fiscal, cuja concretização é possível e lícita, no caso da economia fiscal (*Steuereinsparung*): é indispensável a atipicidade ou anormalidade da forma, cuja utilização só se explique pela intenção de evadir o tributo.[31]

Mas, não é só. É evidente que a interpretação econômica só se admitirá, em cada caso concreto, para corrigir situações anormais artificiosamente criadas pelo contribuinte. Por outras palavras, através dela não se pode chegar ao resultado de, na generalidade dos casos, alterar ou modificar, por considerações subjetivas que o intérprete ou o aplicador desenvolvam no que respeita à justiça fiscal, um conceito adotado pelo legislador. É a isso que se faz alusão, quando se assevera que a interpretação econômica não pode ter o efeito de uma *interpretatio abrogans*.

Se, *verbi gratia*, o legislador tributou empréstimos e isentou vendas, por exemplo, não se toleraria que, por meio de interpretação econômica, o exegeta concluísse que, nas vendas à prestação, a relação econômica é semelhante à que se configura através do empréstimo, para, na generalidade dos casos, concluir pela exclusão a estas do conceito de venda e seu enquadramento na incidência prevista quanto aos empréstimos.

O que em tal hipótese ocorreria fôra, não uma interpretação da lei, mas, uma *emendatio legis*, uma alteração do seu comando, uma *interpretatio abrogans*, à luz de considerações políticas, eminentemente subjetivas, que o intérprete desenvolvesse em matéria de justiça fiscal, coisa que não é consentida.[32]

Resulta daí que a interpretação econômica só é autorizada, em cada caso, quando haja uma anormalidade de forma jurídica para realizar o intento prático visado e, assim, obter a evasão do tributo. Inversamente, se o ato praticado, a conduta seguida, o procedimento eleito são formas normais ou típicas de manifestação do conceito adotado pelo legislador tributário, jamais poderá o intérprete, utilizando considerações econômicas, alterar aquêle conceito, ou a sua amplitude, restringi-lo ou modificá-lo, *vi interpretationis tantum*, para suprimir, na generalidade dos casos, modalidades de atuação nêle contidas.

---

29 Cf. *Théorie de la fraude en droit fiscal*, 1944, pág. 103.

30 Cf. Ernst Blumenstein, *Gegenseitige Beziehungen zwischen Zivilrecht und Steuerrecht, in* "Zeitschrift für Schweizerisches Recht", nova série, vol. 52, fascículo 4 (1933), pág. 239a. *usque* 240a. e 243a.

31 Cf. meu trabalho *Autonomia dos Governos Locais etc.*, cit., loc. cit.

32 Cf. Gino Zappa, *Il reddito di impresa*, 1930, pág. 65.

14. Apliquem-se essas idéias à hipótese concreta em exame.

Há uma anormalidade de forma jurídica no aumento do capital social com um *apport in natura*, consistente numa cessão de crédito ou, no caso concreto, numa cessão de promessas de compra-e-venda de imóveis? Não vejo porque.

Em primeiro lugar, o bem cedido é um bem *in comercio*, com valor econômico próprio e passível de ser transformado em dinheiro a qualquer momento.

Em segundo lugar, a relação econômica subjacente em tal *apport* é perfeitamente equivalente à que ocorreria através da contribuição ou entrada em dinheiro; há um engrossamento do capital social e uma redução do patrimônio do subscritor.

Dir-se-á que, não obstante, a sociedade na qual se fêz o aumento de capital não conta com a disponibilidade do numerário correspondente, dado que o preço das promessas objeto da cessão será pago em prestações. Disponibilidade existe: basta alienar o direito cedido.

Aliás, Gino Zappa, encara o tema do capital social, quando trata do problema da sua disponibilidade, para afirmar:

La disponibilità non è necessariamente attuale, o, meglio, la disponibilità può anche riguardare oggetti futuri, sin da ora disponibili spesso non per altro che per forza di previsione. La caratteristica della disponibilità di un oggetto futuro deriva da ciò, che esso "soddisfà il nostro bisogno presente di saper soddisfatti con un determinato grado di probabilità dei bisogni nostri venturi.[32]

Há mais. Se fôsse verdadeira a solução oposta, então caberia aplicá-la aos casos em que uma sociedade deliberasse, no curso de suas atividades, inverter alguma parte do seu capital em cessões da mesma espécie, coisa que, em direito pátrio, jamais se tentou afirmar.

Por fim, é perfeitamente normal ou típica a forma jurídica adotada — *apport* em crédito — para o aumento do capital das sociedades.

Mesmo que se encarasse a questão em face da sistemática do impôsto adicional de renda, convém recordar que são computáveis no capital efetivamente aplicado, como antes ficou anotado com apoio em Rubens Gomes de Sousa, Áscarelli, Pereira de Almeida Filho e Tito Resende, verbas integrantes do capital social ou das reservas, que, no entanto, permaneçam em caixa, ou em depósitos bancários, sem, pois, a efetiva aplicação na produção da renda.[32 a]

Quanto ao *apport* em compensação, a situação ainda é melhor, porque se trata da utilização de um crédito de que é devedora a própria sociedade que realiza o aumento de capital.

A forma jurídica adotada é típica, é normal — *apport* em crédito ou *apport* em compensação — para o aumento do capital das sociedades, além de corresponder à realidade econômica subjacente no negócio.

Logo, não seria possível o emprêgo do chamado método da interpretação econômica para chegar àquele resultado diverso, de que cogita a consulta, exatamente por faltar um dos requisitos elementares para tanto — o da anormalidade ou atipicidade da forma jurídica adotada (*Ungewöhnlichkeit der für die Gestaltung der betreffenden wirtschaftlichen Erscheinung gewählten privatrechlichen Form*).[33]

15. repetimos que ainda é essencial para o emprêgo do método da interpretação econômica ser êle aplicado a cada caso concreto, não se admitindo que o seu resultado se destine a alterar, na generalidade dos casos, os conceitos contidos na lei ou o comando desta decorrente. Ora, que ocorreria se a solução objeto da consulta prevalecesse? Ficaríamos em presença de uma típica *interpretatio abrogans*, pôsto que o

---

32-A Cf. item 11, retro, dêste parecer e notas 19 e 20.

33 Cf. Blumenstein, op. cit., pág. 230a.

intérprete, de tal forma, estaria dando uma definição inovadora, restritiva, do conceito normativamente eleito: isso equivaleria a acrescentar um *plus*, um requisito relevante à disposição legislativa, de forma a excluir do conceito de capital social realizado ou de realização de capital a sua realização mediante o *apport* em crédito.

A realização do capital pode ocorrer de três modos: com a entrega de dinheiro, *in natura* (com o entrega de bens corpóreos ou a cessão de direitos ou créditos) ou em compensação. A lei não distinguiu nenhuma dessas modalidades, quando falou, pura e simplesmente, em capital realizado. Logo, para prosperar um entendimento diferente, seria preciso que o intérprete alterasse o conceito legal e fizesse valer uma restrição não querida, nem sonhada pelo legislador: a de que a realização do capital não poderia decorrer nem de um *apport* em crédito, nem de um *apport* em compensação. Isso importaria, não em apreciar as peculiaridades de um caso concreto, mas, em ditar um princípio inovador para a generalidade dos casos eu, em tese, o de que se excluiriam as realizações de capital sempre que essas decorressem de cessões de créditos ou de direitos, dado que, em tôdas elas, a satisfação do crédito ou do direito, *in pecunia*, só mais tarde poderia ocorrer.

16. À vista do que foi exposto, é possível concluir.

Computam-se no capital efetivamente aplicado as verbas integrantes do capital social realizado, correspondentes a *apport* levado a efeito mediante a cessão de créditos ou direitos, *in hypothesi*, mediante a cessão de promessas de venda de imóveis, cujo preço será pago a prestação. A conclusão é a mesma, e com muito maior razão, se o *apport* fôr feito em compensação com créditos em favor do subscritor e de que seja devedora a sociedade A, ora consulente, cujo capital social se pretende aumentar.

Devo esclarecer, quanto a essa última hipótese (*apport* em compensação), que a jurisprudência administrativa exige que o crédito, assim existente, seja eliminado da conta corrente do subscritor e transferido para a conta de capital. [34]

17. Embora um pouco à margem do problema postulado, quero deixar claro um segundo detalhe.

Até a Lei n.º 2.862, de 4 de setembro de 1956, deduziam-se do capital efetivamente aplicado da pessoa jurídica os investimentos que ela fizesse em outras pessoas jurídicas.

A explicação do fato é muito simples. É que o impôsto adicional de renda aceitava como renda ou lucro tributável de pessoa jurídica aquilo que fôsse como tal definido pela legislação do impôsto de renda. Ocorre que o nosso impôsto de renda de pessoas jurídicas é do tipo do *apparent corporation tax*, isto é, o impôsto é cobrado da emprêsa, ou contribuinte equiparado, como um equivalente ou sucedâneo do impôsto cedular (cédula F) da pessoa física do seu sócio ou titular. Portanto, não se incluem na renda tributável de uma pessoa jurídica os lucros que lhe sejam distribuídos por outras pessoas jurídicas de que a primeira seja acionista ou sócia e que já tenham sido tributados ali. Conseqüente-

34 Eis o teor dessa jurisprudência: "A realização do capital sòmente se opera na data em que os respectivos lançamentos são feitos na conta própria de capital, pouco importando que os subscritores do capital, no caso, os sócios, sejam credores da emprêsa por quantias superiores às suas subscrições porque até ser feito o lançamento ditas quantias pertencem aos subscritores que delas podem dispor, enquanto que, feito o lançamento, passam a pertencer à emprêsa e delas, então, já não podem dispor aquêles sócios" (cf. Decreto n.º 602, na *Revista Fiscal de* 1954; no mesmo sentido, as decisões ns. 694 e 667, respectivamente na Revista cit. de 1949 e de 1954). É possível duvidar do acêrto de tal critério, pelo menos num caso como o nosso, mas, como nada custa atender à formalidade, mælhor é assim proceder.

mente, deduzem-se também os investimentos feitos em tais condições. [35]

A nova Lei n.º 3.470, de 28 de novembro de 1958, em seu art. 90, letra *a*, modificou parcialmente êsse critério, introduzindo um outro, de caráter alternativo e, por sinal, mais condizente com a índole dos impostos de lucros extraordinários e de lucros excessivos, que aderem ao tipo de *genuine corporation tax*.

Pelo novo sistema, há dúplice possibilidade: ou a pessoa jurídica exclui do seu lucro tributável aquêle lucro que lhe haja sido distribuído por outras pessoas jurídicas das quais seja sócia ou acionista e, em tal caso, é obrigada a deduzir do capital efetivamente aplicado os investimentos feitos em tais emprêsas; ou então, não deduz tais lucros, ficando liberada de deduzir do capital efetivamente aplicado ditos investimentos.

18. Respondo resumidamente à consulta:

— Na situação figurada pela consulente, há realização do capital social, para fins de incidência do impôsto adicional de renda, tão-logo e desde quando se concretize o *apport* em crédito ou em compensação, pelo subscritor.

É o meu parecer.

Rio de Janeiro, 10 de janeiro de 1959. *Amilcar de Araújo Falcão*, Advogado no Distrito Federal.