

ANÁLISE CRÍTICA DO PLC 108/2024 REFERENTE A INCIDÊNCIA DE ITCMD NA DISTRIBUIÇÃO DES PROPORCIONAL DE DIVIDENDOS

CRITICAL ANALYSIS OF PLC 108/2024
REGARDING THE INCIDENCE OF
ITCMD ON DISPROPORTIONATE
DIVIDEND DISTRIBUTION

Fabio André Malko

Tarsila Ribeiro Marques Fernandes

*Mestrando em Direito
(Instituto Brasileiro de Ensino,
Desenvolvimento e Pesquisa - IDP)
Email: fabio.malko@gmail.com
ORCID: <https://orcid.org/0009-0006-5975-9603>

**Doutora em Direito (Radboud
University em Nijmegen),
Mestre em Direito Tributário
(Universidade Católica
de Brasília -UCB).
Email: tarsila.fernandes@idp.edu.br
ORCID: <https://orcid.org/0009-0003-6951-9951>

COMO CITAR: MALKO, Fabio André; FERNANDES, Tarsila Ribeiro Marques. Análise crítica do PLC 108/2024 referente a incidência de ITCMD na distribuição desproporcional de dividendos. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 28, n. 3, p. 155-170, nov. 2024. DOI: 10.5433/2178-8189.2024v28n3p155-170. ISSN: 2178-8189.

Resumo: Este artigo examina a possível tributação da partilha desigual de dividendos prevista no Projeto de Lei Complementar (PLC) 108/2024, com ênfase na sua conformidade constitucional, infraconstitucional e nos potenciais impactos para o ambiente empresarial brasileiro. A análise aborda como a tentativa de reclassificar a distribuição desproporcional de dividendos como doação sujeita ao ITCMD pode interferir na autonomia dos sócios e comprometer a segurança jurídica. A metodologia empregada é qualitativa, fundamentada em revisão bibliográfica e análise normativa, com foco nos princípios constitucionais e normas infraconstitucionais. O estudo também propõe mecanismos de melhorias ao texto do PLC, sugerindo a definição de critérios claros para a comprovação de justificativas negociais e/ou a inclusão de um dispositivo que suspenda a aplicação do tributo até que uma regulamentação específica seja promulgada. A pesquisa se limita ao contexto interno, examinando exclusivamente os efeitos da tributação de dividendos no território nacional.

Palavras-Chave: Tributação de dividendos, ITCMD, distribuição desproporcional de dividendos, segurança jurídica, Projeto de Lei Complementar 108/2024

Abstract: This article examines the potential taxation of unequal dividend distribution as proposed in Complementary Law Project (PLC) 108/2024, with an emphasis on its constitutional and sub-constitutional compliance, as well as its potential impacts on the Brazilian business environment. The analysis addresses how the attempt to reclassify disproportionate dividend distribution as a donation subject to ITCMD (Tax on Transmission Cause Mortis and Donation) may interfere with shareholders' autonomy and compromise legal certainty. The methodology employed is qualitative, based on bibliographic review and regulatory analysis, focusing on constitutional principles and sub-constitutional norms. The study also proposes improvements to the PLC's text, suggesting the establishment of clear criteria for the verification of business justifications and/or the inclusion of a provision that suspends the application of the tax until specific regulations are enacted. The research is limited

to the domestic context, examining exclusively the effects of dividend taxation within national territory.

Keywords: Dividend taxation, Tax on Transmission Cause Mortis and Donation, disproportionate dividend distribution, legal certainty, Complementary Law Project 108/2024.

INTRODUÇÃO

A recente aprovação da Emenda Constitucional n. 132/2023 abriu caminho para profundas transformações no sistema tributário brasileiro, trazendo mudanças estruturais que impactam a arrecadação e a distribuição de tributos entre os entes federados.

Entre as propostas que emergem nesse novo cenário, o Projeto de Lei Complementar (PLC) 108/2024, em tramitação no Congresso Nacional, visa regulamentar o Conselho Gestor do IBS (imposto sobre bens e serviços) e a cobrança do ITCMD (imposto sobre transmissão *causa mortis* e doação de quaisquer bens e direitos). A esse respeito, foi possível identificar uma provável fragilidade no texto, que contou com a inserção de um inciso no §5º do art.160, que possivelmente será objeto de polêmica e disputas judiciais, caso não seja adequado. O cerne da controvérsia reside na distribuição de lucros de forma desproporcional à participação societária/acionária, uma prática que reflete a realidade de muitas empresas nacionais, em que a participação e o esforço de cada sócio/acionista nas atividades empresariais não necessariamente correspondem à proporção de suas quotas de capital ou ações.

Dada a ausência de precedentes específicos na jurisprudência brasileira que versem sobre a tributação da partilha desproporcional de dividendos, este artigo se concentra em uma análise doutrinária e constitucional do texto da proposta legislativa, numa tentativa de antecipar alguns possíveis conflitos que podem ser suscitados em litígios futuros, caso o texto normativo permaneça no formato apresentado. O estudo buscará avaliar se a medida respeita os limites constitucionais, infraconstitucionais e os alguns possíveis impactos no setor empresarial.

Como fator de delimitação de objeto de estudo, este artigo focará exclusivamente nos reflexos causados pela tributação da distribuição de dividendos desproporcionais às quotas sociais/ações dentro do território nacional, deixando para uma análise futura a reflexão sobre os dividendos pagos a pessoas físicas e jurídicas residentes no exterior. A delimitação busca evitar dispersões e garantir uma análise aprofundada das implicações da proposta legislativa no contexto nacional.

A metodologia adotada é qualitativa, com ênfase em uma abordagem dedutiva baseada em uma análise aprofundada da legislação e doutrina. A pesquisa se fundamenta na revisão de literatura e na interpretação dos princípios constitucionais e normas infraconstitucionais aplicáveis, buscando construir um entendimento sólido sobre a proposta em tramitação no Congresso Nacional.

1 CONTEXTUALIZAÇÃO DO PROBLEMA

No Projeto de Lei Complementar 108/2024, que além de trazer a regulamentação do Conselho Gestor do IBS (imposto sobre bens e serviços) trouxe um segundo livro (Livro II) que trata o ITCMD (imposto sobre transmissão *causa mortis* e doação de quaisquer bens e direitos), encontramos o Art. 160, §5º (Brasil, 2024):

Art. 160. O ITCMD incide sobre a transmissão de quaisquer bens ou direitos:

I - em razão da ocorrência do óbito do seu titular; ou

II - por doação.

[...]

§ 5º Consideram-se, ainda, como doações, para fins da incidência do ITCMD, em transmissões entre pessoas vinculadas:

I - os atos societários que resultem em benefícios desproporcionais para sócio ou acionista praticados por liberalidade e sem justificativa negocial passível de comprovação, incluindo distribuição desproporcional de dividendos, cisão desproporcional e aumento ou redução de capital a preços diferenciados; e [grifo nosso]

II - o perdão de dívida por liberalidade e sem justificativa negocial passível de comprovação.

A inserção de tal tema no PLC 108/2024 pode causar certa estranheza, considerando que este é um tributo sobre a transmissão de bens e direitos, mais relacionado ao patrimônio e menos ao consumo, que é o objeto maior da EC 132/2023 (Brasil, 2023). Entretanto, como percebemos analisando o texto da emenda, houve certa preocupação em adequar o tributo em discussão ao novo texto constitucional, o que justifica a inserção do tema em um dos projetos de lei que instituem sua regulamentação.

De toda forma, iniciaremos a reflexão apresentando alguns conceitos basilares e posteriormente adentraremos na análise do texto destacado em confronto com as normas e doutrina aplicáveis.

1.1 CONCEITO DE DIVIDENDOS, DOAÇÃO E ITCMD NO DIREITO TRIBUTÁRIO

O conceito de dividendos no direito societário é essencialmente o reflexo do lucro distribuído aos sócios ou acionistas de uma empresa, proporcional à sua participação no capital social. Esta distribuição representa a remuneração pelo capital investido e pelo risco assumido pelos sócios. Juridicamente, os dividendos se originam do direito dos sócios ao resultado econômico positivo da empresa, conforme preconizado nos artigos 202 da Lei das Sociedades por Ações (Lei nº 6.404/1976) e 1.007 do Código Civil (Lei nº 10.406/2002), que regulam a obrigatoriedade e a forma dessa distribuição (Brasil, 1976, 2002).

Dessa forma, os dividendos representam a contraprestação essencial pela aquisição de capital de terceiros e pelo risco assumido pelos acionistas. A distribuição de dividendos é mais do que uma mera obrigação financeira, é uma materialização do vínculo entre a participação no capital social e o direito ao lucro. Este direito está profundamente enraizado na estrutura legal das sociedades anônimas, em que a política de dividendos atua como um mecanismo de equilíbrio entre os interesses dos acionistas, particularmente em contextos em que a estrutura de propriedade é concentrada e o controle da empresa é exercido de forma indireta (Perazzo, 2023, p. 101-112).

No direito tributário, dividendos são tratados como rendimentos sujeitos ao Imposto de Renda (IR), conforme o artigo 10 da Lei nº 9.249/1995 (Brasil, 1995), que estabelece a isenção do IR sobre os dividendos distribuídos a partir de 1996, desde que esses lucros tenham sido apurados de acordo com a legislação fiscal. Essa isenção é uma forma de evitar a bitributação, já que os lucros distribuídos já foram tributados na pessoa jurídica.

Quanto ao conceito de doação, trata-se de uma transferência gratuita de bens ou direitos, sem qualquer contraprestação por parte do beneficiário. Essa definição é estabelecida pelo Código Civil Brasileiro, no artigo 538, que determina: “Considera-se doação o contrato em que uma pessoa, por liberalidade, transfere do seu patrimônio bens ou vantagens para o de outra” (Brasil, 2002).

O Imposto sobre Transmissão Causa Mortis e Doação de Quaisquer Bens ou Direitos (ITCMD) é um tributo estadual no Brasil, instituído conforme a competência atribuída pela Constituição Federal aos Estados e ao Distrito Federal. Ele incide sobre a transferência de bens ou direitos em decorrência de falecimento (causa mortis) ou em virtude de doação, como estabelecido no art. 155, inciso I, da Constituição Federal de 1988. O ITCMD se destaca por sua relevância na arrecadação estadual, embora, historicamente, tenha sido um imposto de baixa arrecadação no Brasil, se comparado com outros tributos (Confaz, 2024). Este imposto possui particularidades conforme a legislação de cada Estado, especialmente em relação às alíquotas e à base de cálculo, que são estabelecidas de acordo com as diretrizes do Senado Federal (Brasil, 1992).

1.2 DISTRIBUIÇÃO DESPROPORCIONAL DE DIVIDENDOS EM RELAÇÃO ÀS QUOTAS SOCIAIS/AÇÕES: FUNDAMENTOS JURÍDICOS

A prática de distribuição desproporcional de dividendos em relação às quotas sociais/ações é legitimada e amplamente fundamentada no direito brasileiro. Embora não detalhada em uma única norma específica, a sua legalidade deriva de diversos princípios fundamentais, como a autonomia privada e a liberdade contratual, que permitem aos sócios ajustar a partilha dos lucros de acordo com suas contribuições efetivas para a empresa, sejam essas contribuições financeiras, operacionais, intelectuais ou estratégicas.

Conforme disposto no Código Civil de 2002, no artigo 997, inciso VII, e no artigo 1.007, os sócios/acionistas têm a liberdade de pactuar a forma de distribuição dos lucros no contrato social. A expressão «salvo estipulação em contrário» oferece uma margem considerável para que os sócios decidam sobre uma distribuição que pode não corresponder à proporção das quotas de capital, desde que essa decisão seja formalmente registrada. Isso legitima a distribuição desproporcional, baseada em critérios que refletem a real contribuição de cada sócio ao desenvolvimento da sociedade (Brasil, 2002).

Cabe ressaltar que a prática da distribuição de dividendos desproporcional às quotas sociais/ações não é apenas uma questão de conveniência, mas uma necessidade decorrente da natureza das

contribuições dos sócios. A Lei das Sociedades por Ações (Lei nº 6.404/1976), especialmente após a modificação trazida pela Lei Complementar nº 182, de 01 de junho de 2021 (Marco Legal das Startups), permite que sociedades anônimas, especialmente as de faturamento até R\$ 78.000.000,00 (setenta e oito milhões de reais), adotem regimes diferenciados de governança, incluindo a possibilidade de distribuição desproporcional de dividendos (Brasil, 2021).

Essa flexibilidade parece estar alinhada à tentativa de incentivar o empreendedorismo, permitindo que as empresas alinhem a distribuição de lucros à realidade das contribuições de seus sócios, sem estarem estritamente vinculadas à proporcionalidade das quotas sociais/ações integralizadas. É fato que muitas empresas dispõem de sócios meramente investidores (investidor-anjo) e sócios que contribuem com o trabalho e capital intelectual para a concretização dos negócios (Fernandes et al, 2024).

No contexto da administração tributária, a Solução de Consulta Disit/SRRF06 nº 46, de 24 de maio de 2010 (RFB, 2010), e a Solução de Consulta Cosit nº 56, de 25 de fevereiro de 2019 (RFB, 2019), confirmam que a distribuição desproporcional de lucros, quando devidamente estipulada no contrato social e em conformidade com a legislação vigente, é isenta de Imposto de Renda. Essas soluções administrativas enfatizam que a distribuição desproporcional não pode ser utilizada como uma forma de dissimulação da ocorrência de fato gerador de tributo, mas sim como uma prática legítima de gestão empresarial, reforçando a autonomia contratual e a liberdade de iniciativa econômica.

Portanto, a distribuição desproporcional de dividendos é não apenas permitida, mas também um instrumento a disposição do contribuinte para um funcionamento mais eficiente e justo das sociedades empresárias no Brasil, em consonância com o princípio da livre iniciativa.

2 REFLEXÕES SOBRE A (IN)CONSTITUCIONALIDADE E (I)LEGALIDADE DA PRESUNÇÃO DE DOAÇÃO NA DISTRIBUIÇÃO DE DIVIDENDOS DESPROPORCIONAL ÀS QUOTAS SOCIAIS/AÇÕES

O texto proposto pelo PLP 108/2024, que presume como doação qualquer distribuição de dividendos desproporcional às quotas sociais/ações, “caso não haja um propósito comercial claro”, levanta sérias questões de ordem jurídica e acende um alerta tanto no meio empresarial quanto na academia.

A inversão do ônus probatório, com uma possível presunção automática de que essa distribuição desproporcional possa ser caracterizada como uma doação, impõe ao contribuinte a obrigação de justificar seus atos em um ambiente sem parâmetros claros e ferramentas adequadas indicadas para escapar dessa imputação. Pode-se argumentar uma subversão da lógica do devido processo legal, que exige que o acusador prove a acusação, não o contrário, em que aparentemente cria-se uma regra de ampla interpretação passível de gerar conflitos jurídicos em escala nacional.

Tal confusão, segundo Carvalho ao discorrer sobre a Teoria das Provas, encontra início no discrimen entre infrações objetivas e subjetivas. Nas primeiras, cabe ao contribuinte comprovar a inexistência do fato tido como “antijurídico”, enquanto nas segundas, em que penetram o dolo e a culpa, compete à autoridade fiscal a comprovação por meio de seu aparato administrativo. Ainda, o jurista arremata afirmando (Carvalho, 2021, p. 583):

É justamente por tais argumentos que as presunções não devem ter admissibilidade no que tange às infrações subjetivas. O dolo e a culpa não se presumem, provam-se. A despeito disso, predicando contornar os obstáculos que adviriam à atividade de fiscalização dos tributos, caso tivesse ela de pautar-se dentro desses parâmetros estritamente legais, serve-se o legislador do apelo à presunção, que equipara, desatinadamente, as infrações subjetivas às objetivas. Tais preceitos brigam com a organização do nosso direito positivo, que não comporta equiparação dessa índole, agredindo a sólida estrutura de institutos jurídicos seculares e maculando a inteireza de direitos fundamentais consagrados no texto do Estatuto Supremo.

Por tais possíveis conflitos, há que se sugerir cautela ante os casos concretos, principalmente após os resultados que apresentamos abaixo.

2.1 DA AMPLITUDE DE INTERPRETAÇÃO PARA O TEXTO APRESENTADO PELA LC 108/2024

O ônus da prova no direito tributário é um tema de grande relevância e complexidade, amplamente discutido na doutrina e regulamentado pela legislação brasileira. Esse conceito se refere à responsabilidade de demonstrar a veracidade dos fatos alegados em um litígio tributário, sendo fundamental para a manutenção do equilíbrio e da justiça no processo de tributação.

Como já ensina Fabiana Del Padre Tomé, quando discorre sobre o ônus da prova, temos a seguinte reprodução (Tomé, 2010):

Vimos que o ônus consiste num encargo ou responsabilidade por determinado comportamento, não se confundindo com o conceito de obrigação. Reveste os caracteres de uma faculdade, consistindo em permissão bilateral: o agir é necessário para alcançar certa finalidade; se inobservado, contudo, não acarreta punição, mas apenas o não atingimento do objetivo pretendido. A existência do ônus pressupõe um direito subjetivo disponível, que pode ou não ser exercido, situação que não se verifica na esfera tributária, tendo em vista que os atos de lançamento e de aplicação de penalidades pelo descumprimento de obrigações tributárias ou de deveres instrumentais compete ao poder público, de modo privativo e obrigatório, tendo de fazê-lo com base nos elementos comprobatórios do fato jurídico e do ilícito tributário.

Dessa forma, não se espera que a legislação tributária apresente ambiguidade ou excesso de subjetividade, pois isso pode dar margem a interpretações divergentes e gerar insegurança jurídica. No caso em estudo, se não houver melhorias no texto da norma, é possível que a autoridade tributária entenda que o ônus de comprovar a legalidade na distribuição desproporcional de dividendos recaia exclusivamente sobre o contribuinte, levando à autuação ou notificação de todos aqueles que

adotem essa prática. Isso ocorre porque não há previsão de qualquer obrigação acessória que facilite essa comprovação antecipadamente.

Nesse ponto, abre-se outro questionamento: quando a norma determina em seu corpo que a distribuição desproporcional de dividendos pode ser imputada como doação, caso seja feita “*sem justificativa negocial passível de comprovação*” a que se refere? Qual seria a justificativa plausível para o caso concreto? Quais os critérios aos quais os contribuintes devem se amparar em seu planejamento tributário, para não serem surpreendidos com interpretações diversas do seu entendimento?

O texto sugere uma nova tentativa de incorporar a teoria do propósito negocial¹ ao sistema tributário nacional, a qual já foi rejeitada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.446 (Brasil, 2022). Na ocasião, o STF afastou a tese de que o parágrafo único do art. 116 do CTN constituía uma norma geral antielisiva.

O texto proposto pelo PLC 108/2024 é excessivamente vago, permitindo interpretações criativas de diversas naturezas, inclusive a de que qualquer distribuição desproporcional às quotas sociais ou ações deve ser autuada para comprovação em procedimento administrativo específico, sem que se conheçam os critérios adotados pela autoridade para justificar essa distribuição. Além disso, por se tratar de tributo de competência estadual, o texto abre espaço para múltiplas interpretações entre os diferentes entes tributantes, aumentando a incerteza jurídica.

2.2 DOS CONFLITOS CONSTITUCIONAIS

Quanto aos direitos elencados na Carta Magna, temos que os fundamentais, de caráter inalienáveis, precisam ser respeitados em face de qualquer nova norma editada pelo poder legislativo, conforme já ensinava Mendes e Branco quando discorreram “[...] *os atos dos poderes constituídos devem conformidade aos direitos fundamentais e se expõem à invalidade se os desprezarem*” (Mendes *et al*, 2021, p.295).

Dessa forma, procuramos confrontar o texto disposto no PLC 108/2024 com alguns direitos fundamentais, a fim de verificar se há acolhimento ou conflito na CF/88 para o texto no formato que está inserido no projeto. O primeiro princípio constitucional confrontado é o Princípio da Legalidade, um direito fundamental de defesa, solidificado no inciso II do Art 5º da CF/88, que estabelece que “*ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa que não seja em virtude da lei*”. Sobre tal princípio já ensinou Moraes, que discorre (Moraes, 2023):

Tal princípio visa combater o poder arbitrário do Estado. Só por meio das espécies normativas devidamente elaboradas conforme as regras de processo legislativo constitucional podem-se criar obrigações para o indivíduo, pois são expressão da vontade geral. Com o primado soberano da lei, cessa o privilégio da vontade

¹ A teoria do propósito negocial, aplicada no direito tributário, visa verificar se um negócio jurídico possui finalidade econômica real ou se foi realizado apenas para evitar o pagamento de tributos. Ela distingue elisão fiscal (lícita) de evasão fiscal (ilícita) e é usada para coibir operações artificiais criadas apenas para reduzir a carga tributária.

caprichosa do detentor do poder em benefício da lei. Conforme salientam Celso Bastos e Ives Gandra Martins, no fundo, portanto, o princípio da legalidade mais se aproxima de uma garantia constitucional do que de um direito individual, já que ele não tutela, especificamente, um bem da vida, mas assegura ao particular a prerrogativa de repelir as injunções que lhe sejam impostas por uma outra via que não seja a da lei, pois como já afirmava Aristóteles, “a paixão perverte os Magistrados e os melhores homens: a inteligência sem paixão – eis a lei”.

Para que o princípio da legalidade seja satisfeito, não deve haver espaço para a imprevisibilidade, que possivelmente seria gerada por uma nova legislação com texto ambíguo. Como vimos anteriormente, o trecho analisado, da forma que está escrito, pode trazer instabilidade e insegurança jurídica, que inevitavelmente culminarão em questionamentos em sede de controle de constitucionalidade, o que enfraquece o PLC 108/2024.

Outro ponto passível de conflito é o Inciso XIII do mesmo artigo constitucional que estabelece que “*é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer*” em conjunto com o Inciso XXII do mesmo artigo, que estabelece que “*é garantido o direito de propriedade*”. Isso porque a livre iniciativa e a livre composição das partes para a divisão do fruto da atividade comercial devem ser protegidas da interferência estatal, seja para determinar como deve ocorrer a divisão de lucros da atividade comercial, seja para determinar o pagamento de impostos sobre parte desses lucros que, desde sua origem, já foram tributados na empresa e contam com isenção conforme estabelecido na legislação vigente.

Cabe uma reflexão séria sobre o artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal que garante aos litigantes em processos judiciais ou administrativos o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes. Para o exercício pleno desses direitos, o contribuinte precisa ter condições de contestar as alegações do fisco, que não pode inovar e lavrar autuações sem fundamentação legal rígida e delimitada.

Já o art. 145, §3º que dispõe que “*o Sistema Tributário Nacional deve observar os princípios da simplicidade, da transparência, da justiça tributária, da cooperação e da defesa do meio ambiente*” pode ser evocado ao enfrentar interpretações extensivas e não delimitadas, que podem ferir tais princípios, em especial a transparência e justiça tributária.

Por sua vez, o art. 150 da Carta Magna, que veda ao ente público, no inciso I “*instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos*” pode ser potencialmente violado tanto do ponto de vista da pessoa jurídica quanto da pessoa física.

Quanto à pessoa jurídica, ensinam Mendes e Branco quando estabelecem (Mendes *et al*, 2021, p. 342):

Não há, em princípio, impedimento insuperável a que pessoas jurídicas venham, também, a ser consideradas titulares de direitos fundamentais, não obstante estes,

originalmente, terem por referência a pessoa física. Acha-se superada a doutrina de que os direitos fundamentais se dirigem apenas às pessoas humanas. Os direitos fundamentais suscetíveis, por sua natureza, de serem exercidos por pessoas jurídicas podem tê-las por titular. Assim, não haveria por que recusar às pessoas jurídicas as consequências do princípio da igualdade, nem o direito de resposta, o direito de propriedade, o sigilo de correspondência, a inviolabilidade de domicílio, as garantias do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada.

Nesta análise, forçar a interpretação de uma distribuição desproporcional de dividendos como doação leva o fisco, ao exigir a distribuição proporcional às quotas sociais, a interferir na liberdade dos acordos firmados entre os sócios da pessoa jurídica. Esses pactos, muitas vezes, visam garantir o funcionamento eficiente e competitivo da sociedade empresária. Tal exigência criaria um tratamento desigual em relação àqueles que adotam a divisão proporcional dos lucros, desestimulando as empresas a buscarem formas de melhor aproveitar as habilidades e potencialidades de cada sócio.

Em relação à pessoa física, uma interpretação expansiva do dispositivo em questão resultaria em uma tributação mais onerosa, a tornar os resultados obtidos pelo sócio penalizado menos atraentes em comparação com os demais sócios que, porventura, não recebam dividendos desproporcionais às suas participações, ferindo os já citados incisos XIII e XXII do Art 5º da CF/88. Isso poderia desestimular a atividade empreendedora e gerar questionamentos no controle difuso e concentrado de constitucionalidade. Nesse ponto, também vemos facilmente identificada a distinção e aplicada em termos de ocupação profissional, onde o sócio que atua no operacional do negócio se vê em desvantagem.

O dispositivo ora analisado também é problemático sob o prisma da proporcionalidade. No direito alemão, segundo Perazzo a “proibição do excesso” decorre do princípio da proporcionalidade e se aplica a todas as ações estatais, limitando a intervenção estatal na esfera privada. Essa proibição, que abrange o “imposto-estrangulamento” similar à vedação ao confisco, assegura que a carga tributária não seja excessiva a ponto de comprometer a propriedade do contribuinte (Perazzo, 2023). Nesse diapasão, o artigo 150, inciso IV, da Constituição Federal, ao proibir o uso de tributos com efeito de confisco, impede que sejam criados tributos que onerem excessivamente o contribuinte a ponto de inviabilizar o uso, gozo e fruição de seu patrimônio, ou até mesmo causar sua perda total.

Por sua vez, ao discorrer sobre o princípio de vedação ao confisco em conjunto com outros princípios constitucionais, Fuck exemplifica argumentando que o STF, ao reconhecer a repercussão geral no ARE-RG 790.928/PE, fixou a instituição da não cumulatividade do PIS e Cofins “*uma vez que o regime de não cumulatividade, em vez de aliviar a situação dos contribuintes, acabou agravando sensivelmente a carga tributária, sem alteração da capacidade contributiva[...]*” (Fuck, 2017, p; 207). Tal entendimento demonstrou uma interpretação sobre a vedação ao confisco que vai além da proteção ao mínimo existencial, mas também amparada pelo princípio da proporcionalidade.

Por último, citamos o Art. 170 da Constituição Federal, que protege a liberdade de iniciativa e a autonomia privada, respalda a prática da distribuição desproporcional de dividendos como uma manifestação legítima da liberdade econômica. Qualquer tentativa de limitar essa prática ou

de interpretá-la como uma operação tributável distinta, sem fundamentos legais claros e delimitados, pode ser vista como uma afronta a esses princípios constitucionais.

No texto analisado, parece haver uma tentativa de reclassificação da distribuição desproporcional de dividendos como uma operação em duas etapas — distribuição proporcional seguida de doação — uma forma elegante de se instituir um dispositivo legal para contornar a isenção de imposto de renda sobre dividendos, conforme estabelecido no art. 10 da Lei nº 9.249/1995. Essa estratégia, ao interpretar a distribuição desproporcional como uma transferência patrimonial entre sócios parece ignorar a natureza jurídica dos dividendos como rendimento do capital investido e do risco assumido.

2.3 DOS CONFLITOS COM A LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL

O texto inserido no PLC 108/2024 e analisado neste artigo, é passível de conflitos com a norma infraconstitucional, tendo em vista a variedade de interpretações possíveis para o texto apresentado no projeto.

O Código Tributário Nacional (CTN), em seu artigo 142, que estabelece a competência privativa da autoridade administrativa para constituir o crédito tributário, o que inclui a verificação da ocorrência do fato gerador, a determinação da matéria tributável e a identificação do sujeito passivo, lido em conjunto com o texto do PLC, passível de várias interpretações, uma vez que não delimita os critérios a serem observados na distribuição desproporcional e nem estabelece qualquer eventual obrigação acessória, pode induzir às autoridades à instauração de procedimentos fiscalizatórios de forma indiscriminada, para todos os contribuintes que exercerem a distribuição desproporcional de dividendos.

Tal resultado pode confrontar a Lei da Liberdade Econômica (Brasil, 2019) que consagrou o princípio da presunção de boa-fé e da veracidade dos atos dos contribuintes. Segundo esse princípio, as decisões empresariais, quando tomadas de boa-fé e em conformidade com as normas vigentes, devem ser presumidas legais e legítimas. A proposta do PLC 108/2024, pode trazer como consequência a subversão deste princípio, presumindo que a distribuição desproporcional de lucros é uma prática tributável, salvo prova em contrário, impondo a todo contribuinte o dever de justificar atos que, pela própria natureza e pelos princípios do direito societário, são regidos pela autonomia privada e pela liberdade contratual. Tudo isso sem critérios estabelecidos que norteiem o processo e sem um entendimento unificado de julgamento, por falta de amparo na própria legislação.

Cabe, por sua vez, destacar o Marco Legal das Startups (Brasil, 2021), que flexibilizou a distribuição desproporcional de lucros para as sociedades anônimas sob condições específicas e foi reconhecida como uma ferramenta importante para o crescimento e a inovação no ambiente empresarial brasileiro (Batista, 2022, p. 619). O texto do PLC parece ir na contramão do espírito legislativo desse marco emblemático para o ambiente de negócios nacional, uma vez que o espírito

trazido por essa norma parece se alinhar mais com o que defendem doutrinadores tributários, que propõem isenção para investimentos de alto risco realizados por “investidores anjo”², como forma de justiça social e fomento ao ambiente de negócios, a exemplo do que se vê nos Estados Unidos e em alguns países da União Europeia, que preveem mecanismos de estímulo para tal prática, além de isenções tributárias que podem atingir 100% do capital investido (Fernandes et al, 2024).

2.4 IMPACTOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E OPERACIONAIS

A proposta de tributação da partilha desigual de dividendos pode ter implicações significativas para as estruturas societárias, especialmente em empresas que adotam essa prática para refletir a contribuição diferenciada de seus sócios, que não se resume apenas ao aporte financeiro, mas também à contribuição intelectual e outras peculiaridades que só podem ser identificadas caso a caso.

Rocha, mantendo uma postura equilibrada entre o dever de pagar impostos e os direitos dos contribuintes, enfatiza os ensinamentos de Thomas Pinketty para demonstrar que os debates sobre política tributária não podem mais ser realizados em uma perspectiva nacional, mas devem ser levados em consideração com o contexto global, onde temas como concorrência fiscal entre países ganham notória importância (Rocha, 2021). Nessa linha, a criação de uma norma deficiente, passível de múltiplas interpretações, pode prejudicar o ambiente de negócios e a competitividade das empresas nacionais, enquanto geram discussões acaloradas nos tribunais nacionais.

Já o planejamento tributário, sob a ótica de Saraiva Neto, é um direito fundamental do contribuinte, que é substanciado na liberdade de fazer ou deixar de fazer aquilo que não seja vedado ou exigido em lei, devendo ser assegurada a “a não-intervenção do Estado nas escolhas e estratégias do empresário; e a dependência de fato gerador para que haja obrigação tributária, que é a situação definida em lei como **necessária e suficiente à sua ocorrência**” (Saraiva Neto, 2021, 467-490). Para que uma obrigação seja necessária e suficientemente definida em lei, precisa ser delimitada, ou seja, imposta de forma a não gerar múltiplas interpretações, seja por um texto límpido e suficiente, seja pela previsão e adoção de leis adicionais que o regulamentem.

Do ponto de vista operacional, não contar com a previsibilidade, tema especialmente importante diante dos desafios do século XXI, conforme discorre Schoueri pode desestimular os sócios a se engajarem em atividades que exijam uma maior dedicação e comprometimento, prejudicando o desempenho geral da empresa e afetando, de reflexo, a livre concorrência. Sobre esse tema, o jurista discorre que “[...] atua igualmente como limite para a atuação do legislador tributário: cabe a este investigar os efeitos danosos que pode gerar sobre a concorrência, mitigando-os” (Schoueri, 2024, p.83).

2 O investidor-anjo é uma pessoa física ou jurídica que aporta capital em startups ou empresas emergentes de alto potencial, geralmente em estágio inicial, sem se tornar sócio formal da empresa. Além de financiar, ele também oferece mentoria e rede de contatos, contribuindo para o sucesso do negócio. O retorno do investimento é geralmente proporcional aos lucros futuros, mas com riscos elevados, devido à natureza incerta dos empreendimentos. O investidor-anjo não participa diretamente da gestão da empresa.

3 SUGESTÕES DE MELHORIAS PARA O TEXTO DO PLC 108/2024

A proposta de tributação sobre a distribuição desigual de dividendos, conforme apresentada no PLC 108/2024, levanta questões importantes acerca da atuação do fisco e os limites de sua intervenção. É indiscutível que a autoridade tributária deve atuar para coibir práticas abusivas e garantir que as operações empresariais estejam em conformidade com a lei. No entanto, essa atuação precisa ser pautada em critérios claros e objetivos que ofereçam previsibilidade e segurança jurídica aos contribuintes.

A possibilidade de ampla interpretação da expressão “justificativa negocial passível de comprovação” pode levar a interpretações arbitrárias, com eventual desrespeito à autonomia privada, à liberdade contratual dos sócios e à competitividade empresarial. Para que a norma atinja seus objetivos sem comprometer os direitos dos contribuintes, é essencial que sejam detalhados, de forma precisa, os critérios que amparam a legalidade das distribuições de dividendos desproporcionais à configuração das quotas sociais/ações. Uma medida importante é definir o mecanismo de comprovação, que pode ser uma cláusula expressa no contrato social ou até mesmo uma obrigação acessória eletrônica a ser cumprida em cada distribuição de lucros. Isso permitirá que a autoridade tributária realize suas verificações prévias antes de qualquer notificação ao contribuinte.

É recomendável que essa regulamentação esteja prevista em lei complementar nacional, a fim de garantir uniformidade de tratamento e previsibilidade da conduta dos diversos entes tributantes. Ademais, considerando o potencial impacto da norma na dinâmica empresarial, além das consequências jurídico administrativas de interpretações expansivas, recomenda-se a não aplicação da presunção de doação até que uma lei específica seja editada para regulamentar detalhadamente esses critérios. Essa vedação temporária garantiria que os contribuintes não fossem penalizados por uma legislação incompleta e imprecisa, preservando a segurança jurídica e a confiança no sistema tributário.

Essas alterações não apenas evitariam conflitos jurídicos futuros, mas também promoveriam um ambiente de negócios mais seguro e estável, essencial para o desenvolvimento econômico do país.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O art. 160, § 5º, I do Projeto de Lei Complementar (PLC) 108/2024, ao propor a tributação da partilha desigual de dividendos, apresenta sérios desafios tanto do ponto de vista jurídico quanto econômico. A proposta de reclassificar a distribuição desproporcional de dividendos como uma doação sujeita ao ITCMD, sem uma regulamentação clara, coloca em risco princípios fundamentais, como a liberdade de iniciativa e a segurança jurídica. Essa preocupação se fundamenta na ausência de critérios objetivos para comprovar a justificativa negocial, o que pode abrir margem para interpretações arbitrárias e divergentes, prejudicando as empresas e comprometendo a confiança no sistema tributário.

O estudo apontou para a necessidade de se melhor detalhar o texto do projeto de lei complementar, estabelecendo os critérios que serão considerados suficientes para a comprovação da legitimidade das distribuições desproporcionais de dividendos, além da inclusão de um mecanismo para viabilizar essa comprovação prévia, de fácil consulta da autoridade tributária. Como sugestão adicional, foi recomendado que nenhuma presunção de doação seja aplicada até que uma lei específica seja promulgada para detalhar os critérios pertinentes. Isso garantiria que os contribuintes não sejam penalizados com base em um texto suscetível a múltiplas interpretações, evitando, assim, a criação de um ambiente de negócios instável.

Portanto, a proposta do PLC 108/2024, tal como apresentada, requer uma revisão cuidadosa para que esteja em conformidade com os princípios constitucionais e para que promova a segurança jurídica necessária ao desenvolvimento econômico do país. As sugestões apresentadas neste artigo visam equilibrar a legítima atuação do fisco com a proteção dos direitos dos contribuintes, assegurando que a legislação tributária seja aplicada de forma justa, previsível e eficiente. É crucial que o legislador considere essas recomendações para evitar conflitos jurídicos e garantir a estabilidade do ambiente empresarial brasileiro.

REFERÊNCIAS

BATISTA, Henrique Rossi Silva; RODRIGUES, Maria Rafaela Junqueira Bruno. **Marco Legal das Startups: uma análise da Lei Complementar n. 182/2021**. Revista de Iniciação Científica e Extensão da Faculdade de Direito de Franca, v. 7, n. 1, p. 619-648, dez. 2022. Disponível em: <https://www.ibet.com.br/wp-content/uploads/2019/08/Artigo-A-Prova-no-Direito-Tributario.pdf>. Acesso em: 26 ago. 2024.

BRASIL. **Emenda Constitucional n.º 132, de 20 de dezembro de 2023**. Altera o Sistema Tributário Nacional e estabelece novas regras de tributação sobre bens e serviços. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 21 dez. 2023. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc132.htm. Acesso em: 09 out. 2024.

BRASIL. Congresso Nacional. **Projeto de Lei Complementar n.º 108, de 2024**. Institui o Comitê Gestor do Imposto sobre Bens e Serviços – CG-IBS, dispõe sobre o processo administrativo tributário relativo ao lançamento de ofício do Imposto sobre Bens e Serviços – IBS, sobre a distribuição para os entes federativos do produto da arrecadação do IBS, e sobre o Imposto sobre Transmissão Causa mortis e Doação de Quaisquer Bens ou Direitos - ITCMD, e dá outras providências. Disponível em: <https://www.camara.leg.br>. Acesso em: 26 ago. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2446**, Relatora: Ministra Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, julgado em 11 abr. 2022, publicado em 27 abr. 2022. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/1487332714>. Acesso em: 09 out. 2024.

BRASIL. **Lei n.º 6.404, de 15 de dezembro de 1976**. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, p. 16541, 17 dez. 1976. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6404consol.htm. Acesso em: 26 ago. 2024.

BRASIL. **Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, p. 1, 11 jan. 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 26 ago. 2024.

BRASIL. **Lei n.º 9.249, de 26 de dezembro de 1995**. Altera a legislação do imposto de renda das pessoas jurídicas, bem como da contribuição social sobre o lucro líquido, e dá outras providências. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, p. 18370, 27 dez. 1995. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19249.htm. Acesso em: 26 ago. 2024.

BRASIL. **Lei n.º 5.172, de 25 de outubro de 1966**. Dispõe sobre o Código Tributário Nacional. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15172compilado.htm. Acesso em: 26 ago. 2024.

BRASIL. Senado Federal. **Resolução n.º 9, de 22 de dezembro de 1992**. Fixa a alíquota máxima do Imposto sobre Transmissão “Causa Mortis” e Doação, de Quaisquer Bens ou Direitos (ITCMD). Diário Oficial da União, Brasília, DF, 23 dez. 1992. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/513263>. Acesso em: 26 ago. 2024.

BRASIL. **Lei Complementar n.º 182, de 1º de junho de 2021**. Institui o Marco Legal das Startups e do Empreendedorismo Inovador. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, p. 1, 2 jun. 2021. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp182.htm. Acesso em: 26 ago. 2024.

BRASIL. Secretaria da Receita Federal do Brasil. **Solução de Consulta Disit/SRRF06 n.º 46, de 24 de maio de 2010**. Disponível em: <http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?idAto=22112>. Acesso em: 26 ago. 2024.

BRASIL. Secretaria da Receita Federal do Brasil. **Solução de Consulta Cosit n.º 56, de 25 de fevereiro de 2019**. Disponível em: <http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?idAto=101818>. Acesso em: 26 ago. 2024.

BRASIL. **Lei n.º 13.874, de 20 de setembro de 2019**. Institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica; estabelece garantias de livre mercado; altera a Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei n.º 5.452, de 1º de maio de 1943, e a Lei n.º 6.404, de 15 de dezembro de 1976; e dá outras providências. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, p. 1, 20 set. 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13874.htm. Acesso em: 26 ago. 2024.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito Tributário: Linguagem e Método**. 8. ed. São Paulo: Nones, 2021.

CONFAZ - Conselho Nacional de Política Fazendária. **Boletim de Arrecadação dos Tributos Estaduais**. Disponível em: <https://www.confaz.fazenda.gov.br/boletim-de-arrecadacao-dos-tributos-estaduais>. Acesso em: 26 ago. 2024.

FERNANDES, Tarsila Ribeiro Marques; ANDRADE, Paola de. **Investimento-anjo: uma proposta de justiça fiscal para investimentos de alto risco**. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 14, n. 1, p. 364-382, 2024. DOI: 10.5102/rbpp.v14i1.8563.

FUCK, Luciano. **Estado Fiscal e Supremo Tribunal Federal**. São Paulo: Saraiva, 2017.

TOMÉ, Fabiana Del Padre. **A prova no direito tributário**. In: Derecho Tributário – Tópicos Contemporâneos. Trad. Juan Carlos Panes Solórzano. Lima: Grijley, 2010. p. 1-18. Disponível em: <https://www.ibet.com.br/wp-content/uploads/2019/08/Artigo-A-Prova-no-Direito-Tributario.pdf>. Acesso em: 26 ago. 2024.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. 1720 p. (Série IDP).

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 39 ed. Barueri /SP: Atlas, 2023

PERAZZO, Filipe Zimmermann. **Tributação de Dividendos e Política Fiscal**. São Paulo: Almedina, 2023

ROCHA, Sérgio André. **Estado fiscal, tributação e proteção dos direitos do contribuinte**. In Direitos Fundamentais dos Contribuintes: Homenagem ao Jurista Gilmar Ferreira Mendes. SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes. Ed Almedina. São Paulo/SP. 2021.

SARAIVA NETO, Oswaldo Othon de Pontes. **Planejamento tributário e crime**. In Direitos Fundamentais dos Contribuintes: Homenagem ao Jurista Gilmar Ferreira Mendes. SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes. Ed Almedina. São Paulo/SP. 2021, p. 467-490.

SCHOUERI, Luís Eduardo. **Direito Tributário**. 13. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2024.

COMO CITAR: MALKO, Fabio André; FERNANDES, Tarsila Ribeiro Marques. Análise crítica do PLC 108/2024 referente a incidência de ITCMD na distribuição desproporcional de dividendos. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 28, n. 3, p. 155-170, nov. 2024. DOI: 10.5433/2178-8189.2024v28n3p155-170. ISSN: 2178-8189.

Recebido em: 14/10/2024

Aprovado em: 04/11/2024