EFETOS TRIBUTÁRIOS DA LIQUIDAÇÃO E CONVERSÃO DE DÍVIDA DA SOCIEDADE LIMITADA QUE TEM COMO CREDOR SÓCIO ESTRANGEIRO

Rodrigo César Caldas de Sá

1. Introdução

As sociedades limitadas que têm sócio estrangeiro, mormente quando esse sócio possui posição majoritária, recebem do mesmo, para a consecução de suas atividades, diversos tipos de suporte técnico, financeiro e de capital. Em alguns casos, esse tipo de suporte é aplicado diretamente no capital social da empresa brasileira. Em outros, são feitas aplicações que alteram a situação patrimonial ou financeira da empresa, sem que necessariamente haja alteração ao capital social.

Quando o sócio estrangeiro fornece bens e serviços para a empresa brasileira, adiando o recebimento da contraprestação, normalmente pecuniária, da qual passa a ser credor, esse sócio está, de certa maneira, fazendo um investimento. Em algum momento, contudo, essa relação de débito e crédito será encerrada, liquidada, seja por meio de pagamento, que é o método mais comum de extinção de obrigações, seja por meio de alguma forma alternativa de extinção obrigacional, podendo ainda ser convertida em obrigação de outra natureza.

O presente artigo tem como objetivo analisar os principais tipos de liquidação e conversão desse tipo de obrigação, sob uma perspectiva da legislação tributária brasileira. A questão é importante por conta das diferenças evidentes no tratamento fiscal de cada alternativa, em termos de carga tributária e de cumprimento de obrigações acessórias, momento de liquidação da obrigação, além das formalidades que incluirão, nesses casos, a avaliação do resultado de variação cambial e respectivos registros e informações perante o Banco Central do Brasil.

Para a discussão do tema, serão avaliadas as modalidades alternativas de tratamento desse tipo de débito: o pagamento, o perdão da dívida, a capitalização do crédito do sócio, como investimento no capital social, e a conversão da dívida para a conta de lucros acumulados e resultados dos sócios. Cada uma dessas operações se reveste de natureza jurídica própria, sendo imprescindível identificar e qualificar esta última, para aplicação do correto tratamento tributário em cada caso concreto, o que se pretende fazer a seguir.

2. Análise das formas de liquidação e conversão de débito

2.1. Pagamento

O pagamento é o modo mais comum de extinção de obrigações de natureza contratual, o caminho natural da extinção da relação de crédito, de modo que, em termos jurídicos e tributários, é o que enfrenta menor complexidade.

A primeira questão que se coloca é que, exceto em face de determinação legal específica, caso de prestação de serviços, transferência de tecnologia, pagamento de *royalties* em geral, pagamento de juros, não haverá incidência de Imposto de Renda Retido na Fonte, às alíquotas de 25% de Imposto de Renda (IR), ou 15% de IR mais 10% de Cide Tecnologia, quando da remessa do capital. Algumas peculiaridades da transação internacional, contudo, devem ser observadas.

Quando do ingresso de recursos no país, mormente empréstimos, bens utilizados no processo produtivo e bens de capital em geral, é registrada a operação no Banco Central do Brasil.¹ Isso é importante pois, quando da remessa de divisas para pagamento, pelo devedor, ao credor no exterior, essa conta de registro é devidamente fechada, controlando-se com segurança a entrada e saída de divisas, para fins regulatórios e também fiscais. Os ingressos são registrados em moeda estrangeira original, sendo convertidos em reais, em momentos específicos determinados legalmente.

1. Arts. 1º, 3º e 4º da Lei nº 4.131/62.

Quando do pagamento, pelo devedor no Brasil, ao credor no exterior, o valor em reais empregado por esse devedor para saldar a dívida é convertido, por meio de contrato de câmbio, em moeda estrangeira, de modo que o credor receba, em sua própria moeda, o saldo credor. Nessa operação de câmbio, o devedor compra a moeda estrangeira da instituição financeira, que cuidará de remeter o valor, já convertido em moeda estrangeira, para o credor no exterior.

Entre a data do ingresso dos recursos no Brasil, com o devido registro no Banco Central, e a data de pagamento por esses recursos, também com registro financeiro, poderá haver perda ou ganho cambial da empresa brasileira, em face da flutuação natural do valor da moeda. Sobre essa variação cambial incidem efeitos tributários específicos.

Haverá tributação do ganho do capital pelo Imposto de Renda (IR), à alíquota total de 25%, e da Contribuição Sobre Lucro Líquido, à alíquota de 9% (CSLL), caso a diferença entre o valor em reais do recurso recebido e o valor em reais do recurso remetido for positiva. De outro lado, havendo diferença negativa, o valor será deduzido da apuração do Imposto de Renda do devedor pessoa jurídica. A variação cambial positiva é tributada por se tratar de receita financeira. Sendo receita financeira, haverá incidência das contribuições para o PIS/COFINS com alíquota zero, nos termos do artigo 375, parágrafo único, do Regulamento do Imposto de Renda (RIR/99) e artigo 1º do Decreto nº 5.442/05.

É possível ainda que, quando da remessa do capital para pagamento, haja incidência de juros. Nesse caso, vale lembrar que haverá retenção de Imposto de Renda, à alíquota geral de 15%, havendo tratamento diverso no caso de remessa para países com os quais o Brasil tem acordo para evitar bitributação e quando há remessa para jurisdição considerada como paraíso fiscal (25%). Em todo caso, incidirá ainda a Contribuição Provisória Sobre Movimentação Financeira (CPMF), à alíquota de 0,38%.²

2. Ao tempo de redação deste artigo, não havia sido votada pelo Congresso Nacional a renovação da CPMF. Para fins de argumentação, presume-se a incidência, por estar em vigor, no momento da redação, a exigência do tributo.

No caso da importação de bens, a maioria dos estados brasileiros não exige a diferença do ICMS pago na importação, quando há variação cambial positiva, como descrito acima. A observação é pertinente porque a legislação paulista exige o pagamento do ICMS complementar, no caso de fornecimento no mercado interno, quando algum fator causar variação positiva no preço da mercadoria, entre o fato gerador (saída efetiva da mercadoria) e o pagamento (art. 182, I, do RICMS/SP). Tal determinação não existe na relação de importação, de modo que, a princípio, na liquidação do débito originário do exterior, não haverá incidência suplementar do ICMS. O mesmo raciocínio servirá para as hipóteses seguintes, sempre que for questionada a incidência ou não de um ICMS complementar.

2.2. Liquidação por meio de perdão da dívida - remissão

O perdão da dívida ocorrerá pela simples quitação, por parte do sócio credor, à sociedade devedora, sem pagamento ou contraprestação de qualquer sorte. Não se trata de forma alternativa de liquidação de obrigação, como uma novação, compensação ou dação em pagamento. Trata-se de liberalidade do sócio, embora revestida de caracteres contratuais, nos termos do artigo 385 do Código Civil.

Nesse caso, haverá o aumento imediato do patrimônio da sociedade, com redução imediata do patrimônio do sócio no exterior e efeitos tributários claros. Nos termos do artigo 55, inciso I, do Regulamento do Imposto de Renda (RIR/99), o perdão de dívida é receita da empresa. Assim, a operação será tributada pelo IRPJ e pela CSLL, sendo certamente possível a compensação de prejuízos, nos termos do artigo 510 do RIR/99.

A 8ª Câmara do Conselho de Contribuintes firmou o entendimento pelo qual o fato gerador ocorre no momento do perdão, devendo aí ser convertido o débito, em moeda estrangeira, em receita, em reais.³ A redução do perdão a termo é importante para confirmar a data do fato gerador, avaliando que acréscimo em reais

3. Decisão no processo nº 108-6.493, de 10.12.1997.

é feito ao patrimônio da sociedade, bem como para fins de registro da operação no Banco Central do Brasil.

Como o perdão será considerado como receita da sociedade, deve-se abordar a questão da tributação pelo PIS/Cofins. A princípio, há incidência normal de PIS/Cofins, considerando-se o valor da remissão como receita da sociedade, nos termos do §1º do artigo 1º da Lei nº 10.833/03.

Por outro lado, o Decreto nº 5.442/05 estipula alíquota zero na tributação das receitas financeiras pelo PIS/Cofins. A questão é saber se o perdão de dívida constitui receita financeira ou não. Em regra, a resposta é negativa, pois o perdão é classificado, para fins fiscais, como outras receitas. Resta saber se importa, no caso, a natureza da operação que deu origem ao débito perdoado, ou seja, se o débito provém de vendas de máquinas para produção, ou decorrente de empréstimo de dinheiro, por exemplo. Essa qualificação representará uma diferença de 9,25% no valor da operação, o qual será oferecido aos cofres públicos ou mantido com o contribuinte.

2.3. Capitalização: conversão do crédito do sócio em investimento

A conversão do crédito por meio de capitalização não enfrenta incidência de Imposto de Renda ou Contribuição Social Sobre Lucro. Essa afirmação decorre do disposto no artigo 63 do Decreto Lei nº 1.598/77, bem como da própria natureza da operação. Isso porque, nesse caso, o sócio permanece credor da empresa, na medida em que o capital social representa, além da posição do sócio na sociedade, uma relação de crédito entre as duas pessoas, sócio e sociedade. Essa é a posição de J. X. Carvalho de Mendonça, ao se reportar à natureza jurídica das cotas.

O aumento do capital social dar-se-á por meio do aumento do número de cotas ou do valor individual de cada cota. Em vista disso, a empresa não recebe receita de qualquer natureza, em termos fiscais.

Nessa hipótese, estar-se-ia diante da conversão do crédito do sócio como fornecedor, em crédito do sócio como investidor. A liquidação desse crédito somente ocorreria com a realização das co-

tas sociais, de modo que, nesse caso, a operação retrata a conversão da natureza do crédito, bem como o diferimento do vencimento da obrigação. O capital social subscrito e integralizado é crédito do sócio, embora a relação originada a partir da formação do capital social deva levar em conta a situação do patrimônio líquido da empresa.

Para implementação dessa conversão, é preciso fechar os registros de câmbio no Banco Central do Brasil, originados das operações de remessa do sócio estrangeiro para a sociedade, no passado. Isso será feito por meio de um contrato simbólico de câmbio,⁴ em que será verificada, da mesma forma que no pagamento, a variação cambial, positiva ou negativa. O crédito do sócio está originariamente consignado em moeda estrangeira, mas o seu investimento na empresa e sua escrituração ocorrerão, obrigatoriamente, em moeda brasileira.⁵

Na prática, essa operação significaria a simples mudança das operações previamente registradas, que deram origem aos débitos da empresa (e créditos do sócio), em investimento estrangeiro. O crédito permanece o mesmo, sendo os mesmos o credor e devedor. Muda a sua natureza, como apontado acima.

Pode-se entender que, nessa hipótese, há efetiva liquidação do débito, com o pagamento e remessa simbólica ao exterior, seguido do reenvio desse dinheiro de volta ao país, na forma de investimento, ainda que essas operações sejam meramente simbólicas. É o que se depreende da leitura da Circular n° 3.074/02, do Banco Central do Brasil. Afinal, a operação de câmbio, realizada necessariamente por intermédio de uma instituição financeira, significaria a compra e venda de moeda estrangeira.

No país de residência do sócio, haveria certamente a operação no sentido inverso. O sócio terá recebido a receita e reenviado ao Brasil como investimento. A receita terá sido realizada e reaplicada, podendo haver tratamento tributário distinto, a depender obviamente da jurisdição de residência.

4. Art. 50, letra *a* e §1° do Decreto n° 55.762/65.

5. Art. 1.183 do Código Civil e art. 5° da Lei n° 11.371/06.

Pode-se ainda considerar, segundo essa linha de raciocínio, que haveria uma nova relação de crédito e a relação anterior estaria liquidada. Nesse caso, essa operação constituiria, a princípio, novação objetiva, nos termos do artigo 360, inciso I, do Código Civil. Continuariam os mesmos o devedor e o credor, assim como o valor da obrigação e a natureza da própria prestação, mas a obrigação anterior estaria liquidada, surgindo nova obrigação. Haveria mudança na causa da obrigação: o que antes se tornara obrigação por força de fornecimento, passaria a ser obrigação por força de investimento.

Haveria também mudança em relação a garantias e ao próprio regime jurídico aplicado à nova obrigação,⁶ submetida a partir de então à legislação civil e societária. A redução do capital social, com pagamento aos sócios, antes do prazo de cinco anos, por exemplo, configuraria distribuição de lucros.⁷

Ocorre que a novação exige, além da existência de obrigação prévia e de constituição de nova obrigação, o *animus novandi*, a vontade, a intenção de novar, sobretudo por parte do credor. Trata-se de condição objetiva necessária à constituição dessa forma alternativa de liquidação de obrigações. O Código Civil brasileiro, em seu artigo 361, exige o *animus novandi*, a fim de que haja novação, admitindo categoricamente que essa manifestação de vontade ocorra de forma tácita.

Caso as partes não desejem constituir novação, isso poderá ser expresso no instrumento que celebrar a conversão da obrigação, evitando-se o risco de se interpretar que o desejo das partes, quando da conversão, era, tacitamente, o de novar. Havendo manifestação expressa das partes em não constituir novação, o que é plenamente possível e até comum do ponto de vista da lei civil, estaria mais do que evidente que não haveria novação. Somente pode haver novação em caso de vontade das partes, mormente do credor, jamais de imposição ou interpretação legal. Nesse caso, não haverá liquidação

6. GOMES, Orlando. *Obrigações*, 16. ed. ver., atual, e aum., de acordo com o Código Civil de 2002, por Edvaldo Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 165.

7. Ver acórdão nº 104-20996, da 4ª Câmara do Primeiro Conselho de contribuintes. Relator: Nelson Malimann - DOU de 18.4.2006, p. 69.

de uma dívida e constituição de dívida nova. Haverá, no dizer do citado artigo 361 do Código Civil, mera confirmação da obrigação original.

A divergência a respeito da natureza dessa operação de capitalização implica em tratamento tributário bastante diverso, em termos de IRPJ, CSLL, CPMF e IR Fonte pelo pagamento de juros. Em relação ao IRPJ e CSLL, além do já determinado pelo Decreto Lei nº 1588/1977, conforme mencionado acima, é de se reconhecer que, não havendo liquidação da dívida, mas mera conversão do crédito, não há disponibilidade jurídica ou econômica de renda para a sociedade limitada, contribuinte.

Sobre a variação cambial, em relação ao IRPJ, os efeitos seriam os mesmos relativos ao pagamento, nos termos dos artigos 375 e 378 do RIR/99. Isso porque, na conversão da obrigação, de moeda estrangeira, para reais, haverá diferença, positiva ou negativa, no valor dessa obrigação. Assim, não importa, nesse caso, a natureza da operação, pois uma ou outra alternativa implicarão em diferença no valor da obrigação para a pessoa jurídica, o contribuinte, da mesma forma como ocorreria com o pagamento.

Em virtude da operação simbólica de câmbio, mesmo que para fins regulatórios do Banco Central e pelo fato de o investimento estrangeiro ter de ser convertido em reais, entende-se ser devida a CPMF. A CPMF é uma contribuição cuja hipótese de incidência é a movimentação financeira, escriturai ou física, ou transferência de créditos ou direitos afins, incluindo-se ainda, na descrição do artigo 2º da Lei nº 9.311/96, a liquidação de obrigações.

Ainda segundo essa Lei, § 1º do artigo 1º, não importa se há mudança na titularidade do crédito. No caso do câmbio simbólico, segundo decisão do Superior Tribunal de Justiça, proferida no Recurso Especial nº 796.888-PR,⁸ haveria movimentação financeira escriturai, o que implica na incidência do tributo. A referida decisão, contudo, toma como premissa que a sociedade devedora quita a sua dívida para com o credor estrangeiro, que então faz o in-

8. Até a data de finalização deste artigo, consta remessa do processo ao Supremo Tribunal Federal. (10.10.2007).

vestimento. Daí a movimentação escriturai. Na ementa da referida decisão consta o seguinte:

TRIBUTÁRIO. CPMF. CONVERSÃO DE CRÉDITOS ESTRANGEIROS EM INVESTIMENTO. OPERAÇÃO SIMBÓLICA DE CÂMBIO. INCIDÊNCIA. CIRCULAR BACEN nº 2.997/2000.

1. O fato gerador da CPMF pressupõe movimentação de valores dos titulares nas contas mantidas nas instituições financeiras, que representem circulação escriturai ou física de moeda, por isso que, há hipótese de incidência ainda que não haja transferência de titularidade dos valores.
2. A conversão de crédito decorrente de empréstimo e financiamento de importações em investimento externo direto pressupõe, assim, procedimentos cambiais. Mesmo não havendo riqueza nova ou novos valores em moeda estrangeira, obrigatoriamente haverá trânsito escriturai de moeda nacional pelas contas dos participantes.
3. O negócio jurídico operado *in casu* se faz pela concomitante realização de transações distintas e indispensáveis; pela primeira, a devedora do empréstimo transfere, à credora, o valor correspondente ao pagamento da dívida principal e juros, para quitação e baixa na pendência; pela segunda a empresa (devedora na primeira transação), recebe do investidor (credor naquela) quantia para integrar o capital societário. A movimentação financeira efetivamente ocorre, tal como nas transações efetuadas pelo mesmo titular de conta-corrente para fundo de investimento e deste para outra aplicação qualquer. Ainda que os valores sejam absolutamente iguais, e não obstante seja o mesmo beneficiário é devida a cada movimentação.
4. Considera-se movimentação ou transmissão de valores e de créditos de natureza financeira, para fins de incidência da CPMF (art. 1º da Lei nº 9.311/1996), qualquer operação liquidada ou lançamento realizado por instituições financeiras, que representem circulação escriturai ou física de moeda, e de que resulte ou não transferência da titularidade dos mesmos valores, créditos e direitos.
5. A regulamentação do Banco Central determina que conversões em investimento externo direto de créditos passíveis de gerar transferências para o exterior - *in casu* decorrentes de importações não pagas - devem ser processadas com a realização de operações simultâneas de compra e

venda de moeda estrangeira, sem expedição de ordem de pagamento do ou para o exterior.

6. No caso *sub examine*, ocorre o fato gerador com o lançamento a débito na conta bancária da empresa devedora, destinado a adquirir moeda estrangeira e liquidar o passivo decorrente da importação, vez que inquestionavelmente *há nessa operação circulação escriturai de moeda*.

7. Ademais, não há norma que isente ou afaste a obrigação do pagamento na hipótese vertente, razão pela qual descabido falar-se em ofensa aos arts. 2º da Lei nº 9.311/1995 e 110 do Código Tributário Nacional.

(Decisão Unânime da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, nos autos do Recurso Especial nº 796.888/PR. Julgamento datado de 08.5.2007. Publicado em 31.5.2007. Relator Ministro Luiz Fux) (grifos nossos).

Tendo em vista que a decisão acima considera a liquidação de uma dívida e formação de outra, permanece a questão de saber se, caso não se considere ter havido liquidação de débito (e posterior investimento), mas apenas a conversão da natureza do crédito, haveria a incidência do tributo. Além disso, é importante esclarecer se, no caso sob exame, há movimentação financeira dentro do que permite ao legislador a Constituição da República, especificamente o artigo 74 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), que é a norma base para criação desse tributo.⁹

Segundo o artigo 74 do ADCT, a União poderá instituir contribuição provisória sobre movimentação ou transmissão de valores e de créditos e direitos de natureza financeira. A norma constitucional não inclui e nem exclui a movimentação escriturai ou a liquidação de obrigações. Exige, contudo, que haja, efetivamente (i) movimentação ou (ii) transmissão, de valores e créditos da natureza financeira. Assim, não bastará, em uma determinada operação, que haja escrituração ou liquidação. É necessário que haja movimentação financeira, conceito que não poderá ser alterado pela legislação ordinária, depois da utilização desse conceito pela norma constitucional.

9. Ver Emenda Constitucional nº 12/96.

A esse respeito, é válido lembrar o dizer do Eminentíssimo Ministro Cezar Peluso, quando do julgamento do Recurso Extraordinário nº 390-840-5/MG, que tratou do conceito constitucional de *faturamento*, para fins de incidência da COFINS. Nesse voto, o D. Ministro afirma que a Constituição da República não pode explicar cada termo, cada vocábulo que utiliza na descrição normativa. A aplicação semântica dos vocábulos será aquela normalmente utilizada pelo sistema jurídico vigente ou pela sua aplicação comum no vernáculo, exceto quando a própria Constituição fizer ressalva para explicitar conceito próprio. É válida a transcrição dos seguintes trechos:

Para afastar ambigüidades ou construir significados no discurso normativo, pode o legislador atribuir sentidos específicos a certos termos, como o faz, p. ex., no caso do artigo 3º do Código Tributário Nacional, que impõe a definição de tributo.

Na grande maioria dos casos, porém, os termos são tomados no significado vernacular corrente, segundo o que traduzem dentro do campo de uso onde são colhidos, seja na área do próprio ordenamento jurídico, seja no âmbito das demais ciências, como economia (juros), biologia (morte, vida, etc.), e, até, em outros estratos linguísticos, como o inglês (*software, internet, franchising, leasing*), sem necessidade de processo autônomo de elucidação.

Quando o legislador, para responder a estratégias normativas, pretende adjudicar a algum velho termo, novo significado, diverso dos usuais, explicita-o mediante construção formal do seu conceito jurídico-normativo, sem prejuízo de fixar, em determinada província jurídica, conceito diferente do que usa noutra, o que pode bem ver-se ao art. 327 do Código Penal, que define 'funcionário público' para efeitos criminais, e ao art. 2º da Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.492/92), que atribui, para seus fins, análogo conceito à expressão 'agente público'.

Quando não haja conceito jurídico expresso, tem o intérprete de se socorrer, para a re-construção semântica, dos instrumentos disponíveis no próprio sistema de direito positivo, ou nos diferentes corpos de linguagem.

[...]

Não precisa recorrer às noções elementares da Lógica Formal sobre as distinções entre gênero e espécie, para reavivar que, nesta, sempre há um

excesso de conotação e um déficit de denotação em relação àquele. Nem para atinar logo em que, como já visto, faturamento também significa percepção de valores e, como tal, pertence ao gênero ou classe receita, mas com a diferença específica de que compreende apenas os valores oriundos do exercício da 'atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou serviços' (venda de mercadorias e de serviços). De modo que o que o conceito legal de faturamento coincide com a modalidade de receita discriminada no inc. I do art. 187 da Lei das Sociedades por Ações, ou seja, é 'receita bruta de vendas e de serviços'. Donde, a conclusão imediata de que, no juízo da lei contemporânea ao início de vigência da atual Constituição da República, embora todo *faturamento* seja *receita*, nem toda *receita* é *faturamento*.

(Voto-vista Ministro Cezar Peluso, nos autos do Recurso Extraordinário nº 390.840-MG, pp. 8-10, 15. Julgamento em 18.5.2005).

Do transcrito acima e do texto do artigo 74 do ADCT, claro está que (i) a União está autorizada a instituir tributo sobre movimentação financeira, sendo que (ii) o conceito de movimentação financeira não sofreu qualquer ressalva constitucional, de modo que, (iii) a norma criadora da hipótese de incidência tributária deverá ser interpretada e aplicada sempre de modo a respeitar o limite imposto na Constituição da República. Em outras palavras, a norma que cria efetivamente o referido tributo deve respeitar o conceito da movimentação financeira. Movimentação financeira de qualquer sorte, mas sempre movimentação.

Na hipótese de conversão do crédito do sócio como fornecedor em crédito do sócio como investidor, está claro que não há movimentação financeira. Não há liquidação e posterior investimento, pois a operação de câmbio é simbólica, fictícia. A novação é instituto de Direito Civil e não pode ter como origem lei ou norma de qualquer espécie. É da natureza do instituto que a constituição da novação se dê por vontade das partes. Caso as partes declarem expressamente não haver novação, no instrumento de conversão da obrigação, não haveria liquidação do débito, mas apenas a confirmação da obrigação anterior, nos exatos termos do artigo 361 do Código Civil.

É interessante observar que o artigo 378, inciso II, do RIR/99, ao tratar da variação cambial, enumera as hipóteses de incidência com disjuntivos exclusivos (*ou*), classificando em categorias distintas a conversão da obrigação em moeda nacional, a novação e a capitalização.

Qualquer norma tributária que venha a considerar, direta ou indiretamente, que as partes a celebraram novação, quando esta não era a intenção das partes, estaria em dissonância, sim, com o disposto no artigo 110 do Código Tributário Nacional. A norma do Banco Central tem sua função e efeitos próprios. É de caráter regulatório, financeiro, não atingindo a vontade das partes, ou a natureza da operação, não tendo o condão, tampouco, de criar hipótese de incidência tributária. Neste caso específico, o fato jurídico, concretizado na liquidação do débito e levando a uma movimentação financeira, depende do ato jurídico, concretizado na novação. Não havendo ato, nesse caso, não há fato. Não há fato jurídico concreto que se subsuma à hipótese de incidência da norma tributária; não há o fato impositivo movimentação financeira, nos exatos termos em que o artigo 74 do ADCT, referido acima, autorizou o legislador ordinário.¹⁰

Ainda a respeito da CPMF, é importante ainda que se diga que o câmbio simbólico é fechado para fins de controle de fluxo de capital estrangeiro pelo Banco Central do Brasil. A capitalização de dívida, ocorrida dentro do Brasil, sem credor estrangeiro, não enfrentaria o câmbio simbólico. Assim, a incidência de CPMF no caso do investimento estrangeiro viola tanto o princípio de isonomia consagrado na Constituição da República, artigo 5º, quanto o disposto no artigo 150, II, também da Carta Magna, bem como o artigo 2º da Lei nº 4.131/62, que determina que será dado tratamen-

10. Há, portanto, dois momentos lógicos (e cronológicos): primeiro, a lei descreve um fato e di-lo capaz (potencialmente) de gerar (dar nascimento a) uma obrigação. Depois, ocorre o fato; vale dizer: acontece, realiza-se.

Se ele revestir as características antes hipoteticamente descritas (previstas) na lei, então determina o nascimento de uma obrigação tributária colocando a pessoa (que a lei indicou) como sujeito passivo, ligado ao estado até obter a sua liberação, pela prestação do objeto da obrigação (tendo o comportamento de levar aos cofres públicos a quantia de dinheiro fixada pela lei).

to fiscal aos capitais brasileiro e estrangeiro. São poucas as decisões judiciais a esse respeito, havendo também manifestações a favor do contribuinte.¹¹

A solução para a questão da natureza jurídica da conversão do débito em investimento envolverá ainda o pagamento ou não de juros e retenção do respectivo Imposto de Renda na Fonte, quando do fechamento do câmbio simbólico. Se for considerado o fato de que não houve liquidação da obrigação, mas apenas conversão na natureza do crédito, não haverá pagamento, de principal ou juros, não havendo que se falar em incidência de Imposto de Renda Retido na Fonte, como no caso de pagamento.

Se for considerado¹² que houve liquidação de uma obrigação e uma segunda operação, de investimento, sobre a parcela de juros eventualmente existente haverá incidência do Imposto de Renda na Fonte, da mesma forma como haveria no pagamento regular da obrigação.

Em todo caso, é de se observar que a conversão do crédito do sócio em investimento, por não ter incidência do IRPJ e CSLL sobre o valor da operação, sendo clara também a não incidência de PIS/Cofins, por não haver hipótese legal para tanto, é menos onerosa, em termos fiscais, que o mero perdão da dívida.

2.4. Conversão do crédito do sócio para absorção de prejuízo da sociedade

O artigo 509 do Decreto nº 3.000/99, o já mencionado Regulamento do Imposto de Renda, trata da compensação de prejuízos e tem a seguinte redação:

Art.509. O prejuízo compensável é o apurado na demonstração do lucro real e registrado no LALUR (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 64, § 1º, e Lei nº 9.249, de 1995, art. 6º, e parágrafo único).

11. No Agravo de Instrumento nº 2003.03.00.071355-6, o Tribunal Regional Federal da 3ª Região, 4ª Turma, decidiu pela não incidência da CPMF em caso de operação de câmbio simbólico.

12. GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*, 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 141.

§ 1º A compensação poderá ser total ou parcial, em um ou mais períodos de apuração, à opção do contribuinte, observado o limite previsto no art. 510 (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 64, § 2ª).

§ 2º *A absorção, mediante débito à conta de lucros acumulados, de reservas de lucros ou capital, ao capital social, ou à conta de sócios, matriz ou titular de empresa individual, de prejuízos apurados na escrituração comercial do contribuinte não prejudica seu direito à compensação nos termos deste artigo (Decreto-Lei nº 1.598, de 1977, art. 64, § 3ª).* (grifos nossos)

Apesar da redação complexa e não muito clara do § 2º do artigo 509 do RIR/99, é possível concluir que os prejuízos da sociedade podem ser compensados com lucros acumulados, reservas de lucros ou capital, capital social e conta dos sócios.

Melhor esclarecimento pode ser observado no conhecido Parecer Normativo CST nº 4/81, no qual se lê:

EMENTA - Por expressa previsão do § 3º do art. 64. do Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977, matriz legal do § 3º do art. 382. do Regulamento do Imposto sobre a Renda/80 aprovado pelo Decreto nº 85.450, de 04 de dezembro de 1980, é assegurado ao contribuinte, ainda que tenha absorvido prejuízos apurados na escrituração comercial através de débito à conta de sócios, o direito à compensação do prejuízo registrado no livro de apuração do lucro real com os lucros que venha a apurar nos 4 períodos-base subsequentes.

[...]

4. Na hipótese em exame, o débito à conta dos sócios tem por função precípua a manutenção da integridade do capital social, que se encontra desfalcado pela ocorrência do prejuízo. Assim ao fazer-se a absorção deste, em valor igual ao crédito de que o sócio da conta debitada seja titular, ter-se-á como regular e amoldada à técnica contábil a eliminação da referida parcela redutora do patrimônio líquido, porque equivale a um aporte de capital.

5. O entendimento acima, entretanto, não poderá ser mantido se não houver a referida equivalência, como no caso em que inexistir crédito do sócio.

5.1 Com efeito, o valor debitado, cuja contrapartida, no caso, será um lançamento a crédito da conta de prejuízos acumulados, 1) não transita por conta de resultado e 2) não representa um ingresso efetivo.

5.2 Os valores que não transitam pelas contas de resultado podem compor as reservas de capital, desde que realizados (Parecer Normativo CST n° 48/79, subitem 4.3).

(PN CST 4/81 - PN - Parecer Normativo COORDENADOR DO SISTEMA DE TRIBUTAÇÃO - CST n° 4 de 17.2.1981. D.O.U.: 25.2.1981.)

O parecer normativo em questão compara a operação de compensação a um aporte de capital. Um aporte de capital é, simplesmente, um aumento no capital social e afeta diretamente o patrimônio líquido da sociedade. O capital social tem um elo direto com o patrimônio líquido, pois ambos refletem o crédito que os sócios possuem perante a companhia.

Conforme apontado em tópico anterior, em uma sociedade limitada as cotas representam tanto a posição do sócio perante a sociedade, tendo efeitos societários, como também um crédito que o cotista tem perante a sociedade. Dessa maneira, a cota é título que representa, também, uma relação de crédito entre duas pessoas independentes: a sociedade e o sócio. Quando uma sociedade tem lucro, o resultado positivo depois da tributação por parte do IRPJ e CSLL é, em princípio, crédito dos sócios, dependendo a sua realização apenas de uma decisão da sociedade e, afinal, dos próprios sócios, a respeito da destinação a ser dada a esse resultado positivo.

Quando a sociedade enfrenta perdas, por outro lado, o sócio é, em princípio, devedor da sociedade. Não há uma dívida juridicamente exigível, em princípio, exatamente porque a sociedade tem como pressuposto a responsabilidade limitada dos sócios. A obrigação pecuniária que o sócio tem com a sociedade é o pagamento do capital subscrito, a integralização do capital social. Esse é o valor que o sócio põe em risco. Assim, havendo prejuízo, sem que haja qualquer fato que impute responsabilidade legal superveniente ao sócio, esse prejuízo será suportado, em verdade, pelos credores da sociedade. É o princípio básico da sociedade limitada.

Ainda assim, o prejuízo é contabilizado como dívida do sócio em relação à sociedade, somente se distribuindo lucro àquele quando a relação de débito e crédito for positiva, em favor do sócio. Exatamente por isso, o RIR/1999 permite, no artigo 509, que haja compensação de prejuízos acumulados com lucros e reservas de capital, por meio de escrituração à conta dos sócios.

Na discussão de que trata este tópico não haveria compensação entre lucro de sócio e prejuízo da sociedade, mas entre um crédito do sócio, originado de operações mercantis com a sociedade, e prejuízo da sociedade.

Do ponto de vista civil e societário, há duas maneiras de caracterizar essa operação. Pode-se considerar que houve a quitação, pelo sócio, do crédito que este possuía perante a sociedade, seguido de uma transferência do valor respectivo para a conta de lucros acumulados, que estará negativa. Os efeitos dessa transferência serão: (i) a diminuição dos prejuízos acumulados; (ii) a recuperação, ainda que parcial, do patrimônio líquido e, com isso, (iii) a diminuição do débito que o sócio possui perante a sociedade.

Nessa primeira hipótese, haveria liquidação de débito, por meio de perdão, seguida de abatimento do prejuízo, pela transferência contábil dos valores. Todos os efeitos tributários do perdão de dívida serão, a princípio, também aplicáveis a essa operação, notadamente a tributação do valor perdoado pelo IRPJ e CSLL. O valor excedente seria utilizado para a destinação pré-estabelecido pelo sócio, como numa doação condicional.

A segunda maneira por meio da qual a operação pode ser considerada é, diretamente, a compensação entre um crédito do sócio com a sociedade (representado pelos fornecimentos não pagos) e o crédito da sociedade com o sócio (representado pelos prejuízos acumulados, devendo-se considerar, no caso, a parcela de crédito da sociedade, perante cada sócio, de acordo com a participação destes no capital social).

A compensação é meio especial de liquidação de obrigações, pela qual duas partes que têm créditos recíprocos se dão quitação mútua, até o limite do menor dos créditos. Dessa maneira, não há perdão de qualquer parcela excedente. Por conseqüência, nenhuma

das partes experimenta acréscimo patrimonial, ou diminuição. Não há, tampouco, movimentação financeira de qualquer sorte. Aliás, a compensação tem como vantagem e até razão de ser a ausência de movimentação financeira.

A compensação parece ser a maneira mais correta de caracterizar essa operação. A uma, porque nela existem todos os elementos exigidos pelo Direito Civil para a caracterização da compensação: duas partes, créditos recíprocos, liquidação. A duas, porque a própria norma tributária reconhece a operação como compensação (§ 2º do art. 509 do RIR/99). A três, porque a operação teria rigorosamente o mesmo efeito sobre o patrimônio líquido que a capitalização, operação não tributada pelo IRPJ e CSLL, conforme visto anteriormente. A quatro, porque não faria sentido, do ponto de vista civil ou tributário, que houvesse um perdão, com todos os impactos decorrentes desse tipo de operação, quando a parte credora tem um débito compensável com o seu devedor.

Pode-se interpretar que essa compensação, no caso, não seria possível, porque ao contrário da compensação de lucros com prejuízos, que são resultados da mesma natureza, não haveria reciprocidade efetiva de créditos e débitos, uma vez que, sendo a sociedade limitada, o prejuízo não representa, efetivamente, débito do sócio e crédito da sociedade. Convém observar que o caso do Parecer Normativo nº 4/81 trata especificamente de compensação de lucros e prejuízos, o que não seria exatamente o caso na hipótese ora discutida, embora a norma do artigo 509, § 2º, não faça referência apenas de créditos dessa natureza.

A esse respeito, a 8ª Câmara do Conselho de Contribuintes proferiu a seguinte decisão.

IRPJ - GANHO NO PERDÃO DE DÍVIDA: Incabível a exigência do Imposto de Renda Pessoa Jurídica quando não caracterizado o ganho tributável relativo ao perdão de dívida por sócia quotista. O lançamento contábil para redução de prejuízos, ao debitar a sua conta representativa, tendo como contrapartida empréstimos de sócios, caracteriza fato contábil de prejuízos levados a débito de sócios, não tributável pela legislação fiscal.

Recurso de ofício negado

(Oitava Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, Recurso nº 125132. Número do processo original: 10880.054620/92-91. Acórdão nº 108-06493. Decisão unânime, em 19.4.2001)

A decisão acima se refere à absorção de prejuízo, quando a contrapartida do sócio são empréstimos, e não lucros acumulados. A conversão do crédito do sócio se transforma em reserva de capital, com o objetivo de reduzir o prejuízo, fazendo-se compensação. O requisito para a operação, ressalte-se, é a efetiva existência de prejuízo acumulado, bem como crédito do sócio, de modo que a compensação seja efetiva. Embora a ementa da decisão se refira a perdão de dívida, o que poderia induzir o leitor a entender que são duas as operações: o perdão (com os efeitos tributários descritos no item 2.2., acima) e a conversão. O texto da decisão administrativa, contudo, contém a seguinte declaração:

Não poderia o Fisco apenas por meio de ilação entender que o fato contabilizado foi o perdão de dívida e não a compensação de crédito de sócio com prejuízo contábil. Pela descrição dos fatos e a informação fiscal, constato que a fiscalização pretendeu descaracterizar o fato apresentado pela empresa e classificá-lo como perdão de dívida, o que configuraria valor tributável pela legislação do IR. Entretanto, apenas ficou na constatação de um indício, não aprofundado na auditoria, sem trazer elementos aos autos que pudessem comprovar sua afirmação. O ganho ou receita referente a perdão de dívida só se configura quando ocorre o desaparecimento de um passivo ou obrigação, sem a correspondente diminuição de um ativo.

(Trecho do voto do Conselheiro e Relator Nelson Losso Filho, no Recurso 125.132 da 8ª Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, mencionada acima).

Nessa operação será necessária também a realização de uma operação simbólica de câmbio. Embora a operação envolva apenas as duas partes, é preciso fechar os processos abertos no Banco Central, quando da entrada de recursos. Da mesma forma, como

na conversão do crédito do sócio em capital social, aqui não deve haver incidência da CPMF. Com uma particularidade: além de ser simbólico o câmbio, a compensação é uma forma de liquidação na qual, mais que pagamentos recíprocos de débitos, existem renúncias recíprocas a créditos, exatamente para evitar a circulação desnecessária de recursos. Portanto, é mesmo da natureza desse instituto que não haja movimentação de qualquer sorte. Os efeitos fiscais sobre a variação cambial serão os mesmos apresentados para a conversão em capital social.

3. Conclusões

No presente trabalho, foram discutidas brevemente as principais alternativas de liquidação e conversão de crédito de sócio estrangeiro em sociedade limitada brasileira, sob a perspectiva do direito tributário. As duas primeiras alternativas, pagamento e perda da dívida, têm efeitos fiscais mais evidentes, dentro da legislação brasileira e, provavelmente, dentro da legislação do país de residência do sócio.

A capitalização, embora prevista em lei, inclusive quanto aos efeitos tributários principais (IRPJ e CSLL), enfrenta questões com relação à incidência da CPMF. Além disso, havendo a capitalização, caso a empresa reduza o capital social dentro dos cinco anos seguintes à operação, distribuindo o resultado aos sócios, poderá estar caracterizada distribuição indevida de lucros. Em termos de patrimônio líquido, não haveria, muito em princípio, uma diferença relevante entre essa alternativa e a compensação com prejuízos fiscais, na forma prevista pelo RIR/99. A diferença entre essas alternativas reside na interpretação da norma fiscal, bem como nos efeitos tributários no país de residência do sócio estrangeiro.

Enquanto a capitalização mantém o patrimônio do sócio, a compensação de prejuízo absorve um débito. Em termos tributários, no país de residência do sócio, pode haver diferença de tratamento entre as duas operações, mormente nos casos em que o crédito do sócio foi constituído ao longo de anos e já contabilizado, no país de residência, como perda. A capitalização, nesse caso, faria ressurgir

um patrimônio já contabilizado como perdido, o que poderia gerar efeitos fiscais inconvenientes.

Por outro lado, não é possível dizer que a compensação para absorção de prejuízo seja uma operação isenta de risco fiscal no Brasil, embora seja absolutamente defensável, conforme visto acima, que os efeitos fiscais imediatos neste caso deverão ser, no Brasil, os mesmos da capitalização. Em um caso concreto, o contribuinte deverá fazer uma análise específica e sopesar as vantagens, desvantagens e riscos de cada alternativa, diante da sua circunstância.