

ESTUDOS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Homenagem a José Eduardo Soares de Melo

Análises de Direito Constitucional, Administrativo, Processual e Privado

Vol. II

**Tributos Federais – Tributos Estaduais
– Tributos Municipais**

Eduardo Soares de Melo (org.)

Investimentos Diretos de Pessoas Físicas no Exterior: Resgates de Capital, Distribuição de Lucros e a Questão da Variação Cambial

JOSÉ CARLOS DA MATTA RIVITTI
RAPHAEL ASSEF LAVEZ

1. Introdução

O Regime Especial de Regularização Cambial e Tributária/RERCT, instituído pela Lei 13.254/2016 e reaberto pela Lei 13.428/2017, evidenciou uma das ferramentas mais convencionais para o investimento no exterior por pessoas físicas residentes para fins fiscais no País: a constituição de uma sociedade destinada à gestão financeira desses ativos, a usualmente denominada *Private Investment Company*/PIC.

A regularização envolveu a declaração do investimento direto no exterior, isto é, da participação em sociedades estrangeiras, numa estrutura que, sob certa medida, se revela incentivada pela própria legislação tributária brasileira. E, nesse cenário, após anos ou até mesmo décadas sob o manto da irregularidade perante o Fisco e as autoridades monetárias, os residentes no País passam a declarar participações em sociedades no exterior com significativa capitalização. Isso tornará, a exemplo do que ocorre com participações em sociedades no País, operações como as de reduções de capital e de distribuição de lucros absolutamente cotidianas, trazendo à tona a questão do tratamento a ser conferido à variação cambial desses investimentos.

O objetivo desse artigo, portanto, é analisar os impactos decorrentes dessa nova realidade: embora os regramentos analisados remontem a contextos anteriores ao RERCT, sem dúvida sua edição tem por efeito a multiplicação daquelas operações, por vias cambiais regulares, o que demandará que as autoridades fiscais bem as avaliem, sob pena de que a segurança jurídica ao contribuinte, uma das garantias do regime, se veja irremediavelmente prejudicada.

Assim, inicialmente será apresentado o tratamento dispensado para a variação cambial em ganhos obtidos no exterior por pessoas físicas residentes no Brasil, sobretudo para verificar se a hipótese de não incidência prevista na legislação se trata de espécie de benesse ou mero desdobramento do conceito de renda versado pelo Código Tributário Nacional.

Então, considerando que é a própria legislação que distingue as situações em que o bem ou direito é adquirido originariamente em moeda estrangeira daquelas em que é fruto da conversão de rendimentos auferidos originariamente em moeda nacional, caberá avaliar o tratamento dispensado ao patrimônio declarado no RERCT.

Firmadas as premissas mais gerais à luz da legislação fiscal, deverão ser avaliados seus desdobramentos na específica situação do investimento direto realizado pelas pessoas físicas no exterior, isto é, a detenção de participação societária direta em entidades não re-

sidentes no Brasil. Isso significa, no escopo deste artigo, lançar diretrizes para que se possa avaliar os seguintes questionamentos: (i) qual deve ser o tratamento da variação cambial por ocasião da redução de capital social de sociedade no exterior com entrega de recursos a sócio pessoa física residente no Brasil e (ii) quais as consequências jurídico-tributárias da dissolução de sociedade no exterior cujo patrimônio líquido seja superior ao custo de aquisição indicado pelo sócio pessoa física residente no Brasil.

2. *Variação cambial no ganho de capital de bens e direitos no exterior à luz do conceito de renda*

No tocante à variação cambial decorrente de ganhos de capital de bens e direitos no exterior, a legislação fiscal distingue situações em que a aquisição tenha se dado com recursos auferidos originalmente em moeda estrangeira ou em moeda nacional. No primeiro caso é a situação em que os bens ou direitos no exterior decorrem de aplicação direta de recursos auferidos na moeda estrangeira, enquanto o segundo envolve, necessariamente, uma operação de câmbio para sua aquisição.

Observada essa distinção, o art. 24, § 5º, da Medida Provisória 2.158-35/2001 prevê que o ganho de capital na alienação, liquidação ou resgate de bem ou direito adquirido originariamente em moeda estrangeira corresponderá à diferença positiva, em Dólares estadunidenses, entre o valor recebido na alienação, liquidação ou resgate e o seu custo de aquisição, convertida para Reais mediante a utilização da cotação da moeda para compra, divulgada pelo Banco Central, referente à data da operação ou do recebimento, no caso de operação a prazo ou a prestação.

Não trata, assim, da variação cambial – apesar de deixar claro que ela não estará incluída no ganho de capital (tributável), já que corresponderá à conversão para Reais do ganho líquido apurado na moeda estrangeira.

É diverso, portanto, do tratamento geral dado pelos §§ 3º e 4º desse mesmo artigo, que definem como base de cálculo a diferença positiva, em Reais, entre o valor de alienação, liquidação ou resgate e o custo de aquisição do bem ou direito, convertidos para moeda nacional. Em outras palavras: ao contrário do caso específico de bens e direitos adquiridos originariamente em moeda estrangeira, o ganho de capital corresponderá, nesse caso, à diferença entre o valor de alienação, liquidação ou resgate (em Reais, mediante cotação da data da operação ou do recebimento) e o custo de aquisição (em Reais, mediante cotação da data da aquisição). Nesse caso, portanto, fica claro que a variação cambial do custo do bem e direito se inclui no cômputo do ganho de capital, já que resulta da comparação de valores (alienação e aquisição) convertidos para Reais em datas diferentes.

A partir de referida base legal, a Receita Federal acertadamente regulamentou a matéria para disciplinar, de forma expressa, que não incide o Imposto de Renda sobre a variação cambial decorrente das alienações de bens e direitos adquiridos e aplicações financeiras realizadas com rendimentos auferidos originariamente em moeda estrangeira, nos termos do art. 14, II, da Instrução Normativa SRF-118/2000.

E – vale mencionar – nem poderia ser diferente: nas hipóteses de aquisição de bens ou direitos com recursos originariamente adquiridos em moeda estrangeira a variação cambial efetivamente não compõe o ganho auferido pelo contribuinte, particularmente à luz do

conceito de renda e proventos de qualquer natureza definido pelo art. 43 do CTN, à luz do art. 153, III, da CF.

A questão do conceito de renda, tanto sob sua perspectiva semântica (a que corresponde) quanto normativa (se exclusivamente proveniente da Constituição ou fruto de sua conjugação com a lei complementar – no caso, o Código Tributário) é complexa e escapa do escopo deste artigo. No entanto, apenas para ilustrar, não restam dúvidas de que a noção de renda envolve um conceito econômico extremamente fluido e de difícil definição. Sob essa perspectiva, tem destaque a definição proposta pelos financistas Georg von Schanz, Robert M. Haig e Henry C. Simons, donde se cunhou a referência “Schanz-Haig-Simons”/SHS a esse modelo econômico de renda. Trata-se, como brevemente exposto abaixo, de um conceito fundamental e abrangente de renda, relevante ponto de partida para que se possa perquirir qual o exato conteúdo do art. 43 do CTN. Ao tratar do modelo SHS, descreve-o Kevin Holmes como um conceito prático de renda, que toma por ponto de partida a noção de “acréscimo patrimonial”:

O modelo Schanz-Haig-Simons postula que um conceito prático de renda é representado pelo acréscimo monetário da riqueza acrescido da renda imputada e dos dispêndios de consumo de um determinado período. Essa mensuração substitui a incomensurável renda psíquica. Na medida em que a renda imputada (ao menos parcialmente) pode ser aferida, o modelo Schanz-Haig-Simons justifica-se como o mais abrangente modelo que pode ser praticamente implementado para determinar a renda de uma pessoa e a sua capacidade contributiva.¹

A abrangência pretendida pelo modelo SHS e a relevância do princípio da renda líquida de alguma forma se fizeram refletir no conceito de renda trazido pelo art. 43, *caput*, do CTN. Isso porque a legislação complementar adotou tanto a noção de “renda-acréscimo” (bastante inspirada no modelo SHS) quanto a de “renda-produto”, isto é, uma concepção bastante abrangente.

A conjugação dessas duas perspectivas permite reconhecer que, de um lado, estarão abrangidos no conceito de renda os ganhos eventuais, que não estariam abarcados no conceito de “renda-produto”, porquanto não provenientes de uma fonte permanente, além do próprio ganho de capital, que não poderia ser definido como um “fruto”, mas sim o resultado da liquidação de toda a “árvore” geradora de frutos. De outro lado, situação em que o contribuinte num mesmo ano-calendário venha a consumir todos os seus rendimentos, não caracterizando um acréscimo ao final do exercício, também estaria abrigada pela disciplina do art. 43 do CTN.²

Diante de tais considerações, bem versada a definição proposta por José Eduardo Soares de Melo:

1. “The Schanz-Haig-Simons model postulates that a practical concept of income is represented by a monetary increase in wealth plus imputed income and consumption expenditure over a period. That measure is a surrogate for immeasurable psychic income. To the extent that (at least some) imputed income can be measured, the Schanz-Haig-Simons model is justified as the most comprehensive model that can be practically implemented to determine a person’s income and taxable capacity” (Kevin Holmes, *The Concept of Income. A Multi-Disciplinary Analysis*, The Netherlands, IBFD, 2000, pp. 34-35).

2. Cf.: Luís Eduardo Schoueri, “O mito do lucro real na passagem da disponibilidade jurídica para a disponibilidade econômica”, in Roberto Quiroga Mosquera e Alexandro Broedel Lopes (coords.), *Controvérsias Jurídico-Contábeis (Aproximações e Distanciamentos)*, São Paulo, Dialética. 2010, pp. 241-264 (p. 243).

Renda define-se como conceito que está contido em normas constitucionais relativas ao IR e que designa o acréscimo de valor patrimonial, representativo da obtenção de produto ou de simples aumento no valor do patrimônio, apurado, em certo período de tempo, a partir da combinação de todos os fatos que contribuem para o acréscimo de valor do patrimônio (fatos-acrécimos), com certos fatos que, estando relacionados ao atendimento das necessidades vitais básicas à preservação da existência, com dignidade, tanto da própria pessoa quanto de sua família, contribuem para o decréscimo de valor do patrimônio – fatos decréscimos.³

Seja como for, o que importa, aqui, é que a noção de renda, invariavelmente, diz respeito à existência de um ganho patrimonial por parte do contribuinte – como, inclusive, já há muito decidiu o STF, conforme demonstra o trecho do voto do Min. Carlos Velloso no Re 117.887:

Quando a Constituição Federal (no caso, a de 1946, art. 15, IV) autoriza o legislador a tributar a renda e os proventos de qualquer natureza, não lhe confere um cheque em branco que ele pode preencher a seu talante. Por maiores que sejam as divergências doutrinárias sobre o conceito de renda, há um elemento de sua composição sobre o qual não pairam dúvidas: o de que ela envolve necessariamente a ideia de *ganho*, de *acrécimo*.⁴

Em resumo, e até mesmo à luz do princípio da capacidade contributiva:

Na verdade, por mais variado que seja o conceito de renda, todos os economistas, financistas e juristas se unem em um ponto: renda é sempre um ganho ou acréscimo de patrimônio.⁵

Feitas estas considerações, fica evidente que no caso de bens adquiridos em moeda estrangeira com recursos auferidos originariamente em moeda estrangeira a variação cambial do custo de aquisição no período correspondente à aquisição e no período da alienação não revela, em absoluto, qualquer ganho ou acréscimo ao contribuinte.

Isso porque – e esse ponto é fundamental –, na medida em que aquela riqueza jamais foi mensurada em Reais, o sacrifício (concepção econômica do custo de aquisição) do contribuinte na aquisição daquele bem ou na realização daquele investimento jamais guardou qualquer relação com a moeda nacional, tendo sido realizado exclusivamente em moeda estrangeira.

Assim, eventual desvalorização da moeda nacional frente à moeda estrangeira não representou qualquer ganho ou acréscimo ao indivíduo: se determinado bem é adquirido por US\$ 1,000,000.00 em 2014 e é alienado pelos mesmos US\$ 1,000,000.00 em 2016, o fato de a cotação do Dólar ter oscilado, por exemplo, de R\$ 2,65 para R\$ 3,21 não enseja aquisição de renda pelo indivíduo, vez que essa riqueza jamais foi mensurada ou dimensionada em Reais. Ao adquirir e alienar pelo mesmo montante de moeda estrangeira, não usufruiu o contribuinte de nenhum ganho em termos de satisfação ou até mesmo poder aquisitivo e riqueza: possuía US\$ 1,000,000.00 investidos e permaneceu possuindo US\$ 1,000,000.00.

3. José Eduardo Soares de Melo, “Imposto de Renda – Temas polêmicos”, in Ives Gandra da Silva Martins (coord.), *Aspectos Polêmicos do Imposto de Renda e Proventos de Qualquer Natureza*, Série “Pesquisas Tributárias” (nova) n. 2, São Paulo, Lex Magister, 2015, pp. 75-105 (p. 96).

4. STF, RFE 117.887, rel. Min. Carlos Velloso, j. 11.2.1993.

5. STF, RE 89.791, rel. Min. Cunha Peixoto, j. 3.10.1978.

Diversa é a situação em que há conversão de Reais para a moeda estrangeira: no momento inicial, o sacrifício (custo de aquisição) é parametrizado e quantificado em moeda nacional, de sorte que sua desvalorização frente à moeda estrangeira implica ganho ao contribuinte. Essa conclusão decorre, inclusive, do próprio princípio da igualdade tributária, porquanto seria exigida sólida justificativa (extrafiscal) para que se fundamentassem tratamentos distintos conforme o investimento é realizado dentro e fora do País. O que não ocorre – repise-se – quando o bem ou o direito é adquirido com recursos originariamente em moeda estrangeira, pois, nunca tendo sido convertido efetivamente para Reais, seu poder aquisitivo se traduz na própria moeda estrangeira, exclusivamente, não sendo situação comparável com a daquele que auferiu determinado rendimento em Reais e o aplicou, no País ou no exterior.

Daí, em resumo, entender-se pelo acerto da Receita Federal que, ao regulamentar o art. 24 da Medida Provisória 2.158-35/2001, tratou da variação cambial na alienação de bens ou direitos adquiridos originariamente em moeda estrangeira como *não incidência*. Decorre, assim, do próprio conceito de renda, sendo certo que, dispusesse a lei de forma contrária, estaria extrapolada a competência tributária da União. Ou, conforme acertada preocupação de Pontes de Miranda:

Onde não há renda não é concebível Imposto de Renda.⁶

3. *Regime Especial de Regularização Cambial e Tributária/RERCT e a ficção legal de acréscimo patrimonial em 31.12.2014 (ou 30.6.2016)*

O art. 6º da Lei 13.254/2016 fixou, para fins de adesão ao RERCT, que “o montante dos ativos objeto de regularização *será considerado* acréscimo patrimonial adquirido em 31 de dezembro de 2014” [Grifamos]. E foi além: “ainda que nessa data não exista saldo ou título de propriedade”. Daí a razão por que, ao aderir ao programa, entende-se verificado em 31.12.2014 o fato gerador do Imposto de Renda, na forma do inciso II do *caput* e do § 1º do art. 43 do CTN, prevendo o mesmo dispositivo a incidência do imposto à alíquota de 15% sobre referido acréscimo patrimonial.

Vale mencionar que com a reabertura do prazo de adesões ao programa pela Lei 13.428/2017 as considerações também se aplicam aos novos aderentes com relação à data-base de 30.6.2016.

Seja como for, um fato é incontroverso: para fazer jus à remissão de créditos tributários relativos a bens no exterior, bem como à anistia das respectivas multas tributárias e de eventuais crimes tributários, o patrimônio declarado e regularizado *será considerado* acréscimo patrimonial em 31.12.2014 ou 30.6.2016, conforme o caso. Em outras palavras: estará caracterizado o fato jurídico tributário do Imposto de Renda.

Independentemente da qualificação do regime especial, se um benefício fiscal ou hipótese de transação tributária,⁷ é relevante enfrentar a natureza jurídica de tal disposição normativa, a fim de bem conceber as consequências dela resultantes.

6. Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado*, t. L (*Sociedade por Ações*), atualizado por Alfredo de Assis Gonçalves Neto, São Paulo. Ed. RT, 2012, pp. 612-613.

7. Cf.: Aldo de Paula Jr., “A natureza jurídica do RERCT”, in *Regime Especial de Regularização Cambial e Tributária (RERCT): Aspectos Práticos*, São Paulo, Noeses, 2016, pp. 1-22 (pp. 14-15).

Não há dúvidas de que são irrelevantes para quantificação do imposto devido pelo adquirente tanto a data de aquisição dos bens ou direitos regularizados quanto eventual custo de aquisição empreendido. Nada disso importa: o patrimônio regularizado *será considerado* acréscimo patrimonial adquirido na data de referência do programa. Tal constatação põe em questão a distinção entre, de um lado, presunções legais absolutas e, de outro, ficções jurídicas.

Trata-se de distinção sutil, porém crucial para a compreensão dos efeitos resultantes da adesão ao programa em questão. Uma forma de enfrentar a questão, tradicionalíssima no Brasil, trata-a a partir de uma graduação de verossimilhança: na presunção atribuem-se efeitos jurídicos próprios de um fato que guarda algum grau de verossimilhança ou probabilidade de que tenha acontecido. Nessa linha, é didático o exemplo de Florence Haret, que enxerga a distinção entre “presunção” e “ficção” como a distinção entre uma “novela” e um “conto”. A novela busca reconstruir o que pode ter se passado, que já ocorreu ou ainda por vir a suceder, mas pode também retratar aquilo que nunca acontecerá mas poderia ter acontecido. O conto, ao inverso, dá vida a seres fantásticos ou até mesmo inanimados, em que “as árvores falam, os animais discutem, as montanhas andam”. Daí concluir a autora que na presunção se privilegia a “probabilidade do sucesso do fato”, enquanto na ficção nega-se o fato.⁸

Essa aproximação a partir da verossimilhança, contudo, não parece a mais adequada, por alguns motivos. Em primeiro lugar, porque acaba por se basear em um pressuposto ontológico pretensamente anterior à construção jurídica, o que, ao cabo, poderia servir mais à equiparação das figuras que à sua distinção: a um só tempo, ambas se descolam da “realidade” ou a desprezam, evidenciando a fraqueza de propostas quantitativas de distinção.⁹ Em segundo lugar, não há na ficção propriamente uma mentira ou uma inverossimilhança: trata-se de mera técnica de remissão normativa abreviada, isto é, no lugar de atribuir ao fato “a” as consequências da norma “x” que se aplica ao fato “b”, simplesmente pode o legislador equiparar os fatos “a” e “b”, para que sejam regidos pela mesma norma.¹⁰

Daí por que faz sentido identificar as presunções (absolutas ou relativas) como matéria própria do campo das provas, do direito processual: na presença do fato “a” dá-se como presente o fato “b”. E, sendo absoluta a presunção, isto é, não admitindo prova em contrário, e veiculada pela lei, pode ela converter-se em uma ficção, na medida em que, se a presença do fato “a” permite que se entenda presente o fato “b”, a simples constatação da presença desse fato “a” levará à aplicação das consequências da regra “x”, que se aplica ao fato “b” – embora o inverso não seja verdadeiro, já que nem toda ficção legal (que versa, portanto, sobre o direito material) pode se converter numa presunção absoluta (ou seja, irradiar efeitos em matéria processual, isto é, probatória).¹¹ Essa advertência põe luz ao ponto crucial de ficções ou presunções absolutas em matéria tributária: de um lado ou de

8. Florence Haret, *Teoria e Prática das Presunções do Direito Tributário*, São Paulo, Noeses, 2010, pp. 257-258.

9. Cf.: Luís Eduardo Schoueri, *Distribuição Disfarçada de Lucros*, São Paulo, Dialética, 1996, p. 116.

10. Idem, p. 105.

11. Cf.: Luís Eduardo Schoueri, *Distribuição Disfarçada de Lucros*, cit., p. 120.

outro, tem-se que o fato-signo não pode ser presumido, mas cabalmente comprovado – sem o quê se estaria a admitir a presunção da presunção ou a presunção da ficção.¹²

Feita esta brevíssima digressão, pode-se entender que o art. 6º da Lei 13.254/2016 trata de uma ficção, pois não se está a discutir, no caso, a prova do acréscimo patrimonial, mas simplesmente da aplicação de um regime específico (tributação de ganhos de capital) a uma situação (regularização de bens) que, não fosse pela normal, não seria aplicável.

Se assim for, deve o aplicador irradiar os efeitos de tal remissão para toda a aplicação da legislação tributária, particularmente quanto ao Imposto de Renda. É dizer: uma vez considerados aqueles bens e direitos (em moeda estrangeira, vale dizer) como acréscimo patrimonial adquirido em determinada data, esse deverá ser o regime aplicável a ele.

Trata-se, aqui, da necessária observância da coerência pelo legislador, que deve se ater às premissas por ele próprias eleitas, sob pena de incorrer em gravíssima arbitrariedade, na qual as realidades jurídicas por ele criadas valerão para determinados aspectos e não para outros, perdendo-se completamente o controle de sua atuação.

Na didática expressão de Ávila, “não é preciso rezar, mas, se ajoelhar, vai ter que rezar”.¹³ Em outras palavras: não era o legislador obrigado a estabelecer a ficção de que os bens e direitos declarados no RERCT seriam considerados acréscimo patrimonial adquirido em 31.12.2014 ou 30.6.2016, conforme o caso. Contudo, uma vez previsto e aderido pelo contribuinte, todas as consequências jurídicas deverão ser aquelas próprias da aquisição de acréscimo patrimonial naquela data.

E, aqui, vale frisar que a lei trata da tributação de ganho de capital, sem que haja qualquer consideração a custo e aplicando a conversão da data de referência do acréscimo. Isso apenas pode significar que todo esse ganho de capital, na realidade, é auferido na própria moeda estrangeira, como se em um único evento na data de referência fosse o contribuinte agraciado com todos aqueles bens e direitos *no exterior*, com recursos auferidos e existentes no exterior.

Nessa linha já é possível concluir que o principal efeito decorrente da regra versada no art. 6º da Lei 13.254/2016, para fins do presente estudo breve é, justamente, a aplicação aos bens e direitos declarados e regularizados no âmbito do RERCT do regime jurídico próprio dos bens e direitos adquiridos originariamente em moeda estrangeira, mencionado no tópico anterior.

A aplicação desse regime é decorrência lógica e expressa da ficção estabelecida, pois, considerando (i) a desconsideração de qualquer custo anterior que pudesse o contribuinte demonstrar e (ii) a data em que efetivamente adquiridos os bens e direitos, convertendo-se seu montante pelo câmbio da data de referência do programa, a única conclusão possível é a de que, para todos os fins, se aplica a esses bens e direitos o regime próprio dos bens e direitos adquiridos em moeda estrangeira, uma vez que nunca foram expressados em moeda nacional, conforme a própria premissa da ficção.

12. Cf.: Karem Jureidini Dias, *Fato Tributário: Revisão e Efeitos Jurídicos*, São Paulo, Noeses, 2013, p. 105.

13. Humberto Ávila, “O alcance da não cumulatividade do PIS e da COFINS estatuída no art. 195, § 12, da Constituição”, in Ives Gandra da Silva Martins (coord.), *Aspectos Polêmicos do Imposto de Renda e Proventos de Qualquer Natureza*, Série “Pesquisas Tributárias” (nova) n. 02, São Paulo, Lex Magister, 2015, pp. 17-30 (p. 21).

Isso significa dizer que a aplicação desse regime independe de prova, por parte do contribuinte, de que tais bens ou direitos tenham sido adquiridos com recursos originariamente auferidos em moeda estrangeira – e tanto assim que há “anistia” em relação aos crimes de evasão de divisas. Mais que isso: mesmo que a Administração Tributária venha a tomar conhecimento de que no passado parcela daqueles bens e direitos foi adquirida mediante conversão em moeda nacional, não será o caso de afastar o regime próprio dos bens e direitos adquiridos originariamente em moeda estrangeira, porquanto é ele o corolário lógico da desconsideração, por ocasião do pagamento do imposto sobre o ganho de capital previsto na Lei 13.254/2016, tanto do custo de aquisição quanto da cotação do Real dos bens nessa ocasião.

Em suma: as premissas aqui colocadas permitem concluir pela aplicação do art. 24, § 5º, da Medida Provisória 2.158-35/2001 para a apuração do ganho de capital na alienação, liquidação ou resgate de bem ou direito que tenha sido declarado e regularizado no âmbito do RERCT – o que significa, por fim, a não incidência do imposto sobre as variações cambiais positivas que eventualmente venham a se verificar entre a data-base do programa (31.12.2014 ou 30.6.2016, conforme adesão em sua primeira ou segunda edição) e a data em que ocorrido o evento de alienação, liquidação ou resgate.

4. Investimentos diretos de pessoas físicas: disciplina legal dos resgates de capital e distribuição de lucros

Firmadas essas premissas, cabe avaliar seus reflexos nas operações relacionadas a investimentos diretos de pessoas físicas no exterior.

Em primeiro lugar, é digno de nota que a legislação fiscal, via de regra, estimula que pessoas físicas brasileiras detenham participações societárias no exterior, ao invés de outros tipos de investimento. Isso porque, tratando-se de investimento em sociedade no exterior, apenas haverá tributação no momento em que houver a distribuição efetiva dos lucros auferidos pela sociedade, a teor do art. 8º da Lei 7.713/1988. Assim, há incidência do imposto conforme o *recebimento* dos rendimentos provenientes dessa fonte estrangeira (no caso, os lucros pagos pela sociedade). A esses lucros, portanto, por serem pagos por sociedade não residente no Brasil, não se aplica a isenção do art. 10 da Lei 9.249/1995.

Diferentemente, e por esse mesmo art. 8º da Lei 7.713/1988, caso a pessoa física residente no Brasil realize investimentos de natureza não societária, todos os rendimentos serão imediatamente a ela imputados, gerando a incidência do imposto quando auferidos.

Essa diferença decorre, essencialmente, do princípio da entidade, que leva a reconhecer a sociedade estrangeira como um ente dissociado de seu sócio pessoa física residente no Brasil, o qual não será tributado pelos rendimentos da sociedade e vice-versa.

Tanto é assim que já houve iniciativa para modificação do regime tributário do investimento direto no exterior realizado por pessoas físicas, com a edição da Medida Provisória 627/2013. Em resumo: pretendeu-se que os lucros de sociedades no exterior fossem tributados pela pessoa física controladora na data do balanço em que tiverem sido apurados caso essa sociedade estivesse localizada em País ou dependência com tributação favorecida, ou fosse beneficiária de regime fiscal privilegiado ou, ainda, se estivesse submetida a regime de subtributação; ou se a pessoa física residente no Brasil não possuísse os documentos da sociedade domiciliada no exterior que identificassem os demais sócios.

A despeito da duvidosa constitucionalidade da proposta, fato é que tais dispositivos não foram convertidos na Lei 12.973/2014, remanescendo vigente o regime de diferimento da tributação de lucros auferidos no exterior por sociedade cujo controle seja detido por pessoa física residente no Brasil.

O escopo, portanto, é aquela situação em que a pessoa física residente no Brasil declarou e regularizou participação societária no exterior no contexto do RERCT.

De acordo com o regramento do programa, o custo de aquisição desse investimento direto corresponderá ao valor patrimonial da sociedade em 31.12.2014 (ou 30.6.2016, conforme o caso), tendo sido justamente esse o valor correspondente ao acréscimo patrimonial tributado como ganho de capital por força da ficção do art. 6º da Lei 13.254/2016. Nessa linha, esse montante deverá ser considerado o capital social da sociedade estrangeira, que melhor reflete o valor e o custo do investimento.

A partir da regularização, portanto, o fato de a sociedade estrangeira auferir lucros no exterior não ensejará qualquer tributação no Brasil, de tal sorte que o sócio pessoa física apenas sofrerá a tributação quando forem efetivamente disponibilizados esses lucros auferidos após 31.12.2014 (ou após 30.6.2016, caso a adesão tenha ocorrido na segunda edição do programa).

Quanto esses lucros forem pagos, o que pode se dar por remessa dos recursos ou disponibilização no exterior, deverá o respectivo valor ser incluído na apuração do imposto mensal (“Carnê-Leão”) e na Declaração de Ajuste Anual, considerada a cotação do Dólar estadunidense fixado para compra pelo Banco Central do Brasil para o último dia útil da primeira quinzena do mês anterior ao do recebimento do rendimento, conforme os arts. 8º da Lei 7.713/1988 e 6º da Lei 9.250/1995.

Veja-se que, como tais lucros foram gerados após a declaração e a regularização do investimento direto, não há que se falar em variação cambial: tributa-se na conversão prevista em lei, sem qualquer oscilação.

Outra situação possível é a devolução de parcela do capital investido, mediante sua redução. Embora a Lei Societária brasileira preveja a redução do capital social apenas para amortização de prejuízos acumulados ou, hipótese que interessa, caso seja julgado excessivo,¹⁴ é possível que a legislação da localidade em que domiciliada a sociedade preveja hipóteses mais abrangentes de redução de capital social.

Assim, desde que autorizado pela legislação local e devidamente formalizado de acordo com as exigências locais da sede da sociedade, é possível que a pessoa física efetivamente tenha parcela do seu investimento resgatado, mediante redução do capital social da sociedade e devolução desse capital em numerário. Essa hipótese, a princípio, não deveria gerar nenhuma tributação, porquanto se trata de mero resgate do investimento anteriormente realizado em moeda estrangeira (e, vale lembrar, tributado quando de sua declaração e regularização no âmbito do RERCT).

A despeito dessa operação, em primeiro lugar, nos termos do art. 22, §§ 1º e 4º, da Lei 9.250/1995, dando-se a devolução de capital social pelo valor de mercado dos bens e direitos entregues ao sócio (e a entrega em numerário é caso em que valores contábil e de mercado coincidem), eventual diferença entre o valor de mercado do bem recebido e o valor

14. Art. 173 da Lei 6.404/1976 (Lei das S/A).

constante na declaração não representa ganho de capital tributável,¹⁵ além de ser essa a previsão expressa da Receita Federal do Brasil na Instrução Normativa RFB-1.500/2014, art. 11, VII – posição, essa, que remonta o entendimento da Administração já no art. 55, VII, do Decreto 3.000/1999, que aprovou o Regulamento do Imposto de Renda (RIR/1999).

Essa posição, contudo, é diversa do entendimento da própria Receita Federal na Solução de Consulta Cosit-131, de 31.8.2016,¹⁶ baseada na premissa de que “não se trata de devolução de capital em bens e direitos, mas em dinheiro”. Essa distinção é duvidosa no âmbito dos bens e direitos no exterior, já que o art. 24, § 1º, da Medida Provisória 2.158-35/2001 expressamente equipara a disciplina da alienação de bens ou direitos e da liquidação ou resgate de aplicações financeiras adquiridos em moeda estrangeira à própria moeda estrangeira mantida em espécie.

De todo modo, por ora, na premissa de que o custo de aquisição da participação societária na Declaração de Bens e Direitos é condizente com o capital social da sociedade domiciliada no exterior, à primeira vista, sua redução não deveria implicar a entrega de recursos em montante acima desse custo.

A variação cambial, nesse ponto, assume extrema relevância e deve ser analisada detidamente, o que se fará por meio de um exemplo singelo de investimento direto, por pessoa física, em sociedade no exterior declarada e regularizada no âmbito do RERCT:

Patrimônio líquido da sociedade estrangeira em 31/12/2014	Cotação do Dólar (venda) para 31.12.2014	Custo de aquisição (em Reais) na Declaração de Bens e Direitos
US\$ 5,000,000.00	R\$ 2,6562	R\$ 13.281.000,00

Suponha-se que até mesmo para quitação do imposto e multa devidos no âmbito do RERCT o contribuinte em questão decida reduzir seu capital social em 30%, isto é, repatriando US\$ 1,500,000.00 em outubro/2016:

Redução do capital social em 31.10.2016	Cotação do Dólar (venda) para 31.10.2016	Crédito em conta-corrente no Brasil
US\$ 1,500,000.00	R\$ 3,1805	R\$ 4.770.750,00

Há algumas alternativas que se podem cogitar de registro dessa operação nas Declarações de Ajuste Anual e de Bens e Direitos:

15. Nesse sentido: 1º Conselho de Contribuintes, 6ª Câmara, Acórdão 106-15.131, rel. Gonçalo Bonet Allage, j. 7.12.2005.

16. Ementa: “Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Física/IRPF – Participações societárias – Dissolução parcial de sociedade – Devolução de capital em dinheiro – Forma de incidência. Na dissolução parcial de sociedade, com devolução do capital em dinheiro, a parte do patrimônio líquido da pessoa jurídica atribuída ao sócio que exceder ao custo de aquisição da participação societária admitido pela legislação será tributada segundo a natureza de cada conta componente do patrimônio líquido – Dispositivos legais: Decreto n. 3.000, de 26.3.1999 – Regulamento do Imposto sobre a Renda (RIR/1999) –, arts. 125 a 131; Lei n. 7.713, de 22.12.1988, art. 3º; Lei n. 9.249, de 26.12.1995, art. 22 e §§ 1º a 4º”.

Resgate de Capital – Hipótese 01			
Custo de aquisição (em Reais) na Declaração de Bens e Direitos em 31.12.2015	Custo de aquisição (em Reais) na Declaração de Bens e Direitos em 31.12.2016	Diferença entre os custos em 31.12.2015 e 31.12.2016	Crédito em conta-corrente no Brasil
R\$ 13.281.000,00	R\$ 8.510.250,00	- R\$ 4.770.750,00	R\$ 4.770.750,00

Nessa Hipótese 01 pode-se verificar que o custo de aquisição na Declaração de Bens e Direitos foi baixado, em termos absolutos, pelo valor correspondente ao crédito em conta-corrente no Brasil recebido pela pessoa física, não gerando qualquer dúvida quanto à não incidência de imposto. Ocorre que essa hipótese é conceitualmente equivocada: enquanto, do ponto de vista societário, a redução representou 30% do capital social, do ponto de vista fiscal ela representou praticamente 36% do custo de aquisição. Isso ocorreu porque se misturaram cotações diferentes da moeda estrangeira (R\$ 2,6562 e R\$ 3,1805).

Descartada essa possibilidade, devem ser avaliadas duas outras hipóteses:

Resgate de Capital – Hipótese 02 – Tratamento como Ganho de Capital Tributável				
Declaração de Bens e Direitos em 31.12.2015	Declaração de Bens e Direitos em 31.12.2016	Diferença	Crédito em conta-corrente no Brasil	Ganho de Capital Tributável
R\$ 13.281.000,00	R\$ 9.296.700,00	- R\$ 3.984.300,00	R\$ 4.770.750,00	R\$ 786.450,00

Resgate de Capital – Hipótese 03 – Tratamento como Variação Cambial Não Tributável				
Declaração de Bens e Direitos em 31.12.2015	Declaração de Bens e Direitos em 31.12.2016	Diferença	Crédito em conta-corrente no Brasil	Variação Cambial Não Tributável
R\$13.281.000,00	R\$ 9.296.700,00	- R\$ 3.984.300,00	R\$ 4.770.750,00	R\$ 786.450,00

Como se pode ver, a Hipótese 02 dá à redução de capital o tratamento próprio do resgate de investimentos adquiridos originariamente em Reais, já que compara o valor recebido no resgate em Reais ($US\$ 1,500,000.00 \times R\$ 3,1805 = R\$ 4.770.750,00$) com o custo de aquisição da parcela resgatada também em Reais ($30\% \times US\$ 5,000,000.00 = US\$ 1,500,000.00$; $US\$ 1,500,000.00 \times R\$ 2,6562 = R\$ 3.984.300,00$).

Já, a Hipótese 03 trata – a nosso ver, acertadamente – o investimento como originariamente adquirido em moeda estrangeira, tanto que reconhece a variação cambial (entre R\$ 2,6562 e R\$ 3,1805) sobre o montante resgatado ($US\$ 1,500,000.00$).

Na linha do exposto até aqui, está claro o equívoco da segunda hipótese, porquanto desconsidera absolutamente a ficção em que se baseou o legislador ao editar o RERCT, isto é, de que todo o patrimônio líquido da sociedade em questão seria considerado acréscimo patrimonial adquirido em 31.12.2014 (e em moeda estrangeira, naturalmente).

Avançando, imagine-se que em 28.4.2017 essa mesma sociedade, cujo capital social corresponde a $US\$ 3,500,000.00$, tenha auferido lucros (não distribuídos) no montante de $US\$ 500,000.00$, perfazendo um patrimônio líquido de $US\$ 4,000,000.00$. Nessa mesma data o investimento é alienado para terceiros pelo valor de $US\$ 4,500,000.00$. Como deve ser reconhecido o ganho nessa operação?

Alienação – Hipótese 04				
Valor de Alienação (US\$)	Câmbio US\$ (compra) 30.4.2017	Valor de Alienação (R\$)	Custo de Aquisição (R\$)	Ganho de capital
US\$ 4,500,000.00	R\$ 3,1978	R\$ 14.390.100,00	R\$ 9.296.700,00	R\$ 5.093.400,00
Alienação – Hipótese 05				
Valor de Alienação (US\$)	Custo de Aquisição (US\$)	Ganho de Capital (US\$)	Câmbio US\$ (compra) 30.4.2017	Ganho de capital
US\$ 4,500,000.00	US\$ 3,500,000.00	US\$ 1,000,000.00	R\$ 3,1978	R\$ 3.197.800,00

Novamente a Hipótese 04 mostra-se equivocada, porque aplica as premissas próprias da apuração do ganho de capital na alienação de bens e direitos adquiridos originariamente em Reais, o que não é o caso. A diferença entre os dois montantes apurados de ganho de capital (R\$ 1.895.600,00), nesse caso, representa a variação cambial positiva do custo de aquisição nesse período (US\$ 3,500,000.00 x (R\$ 3,1978 – R\$ 2,6562) = R\$ 1.895.600,00).

Ainda sobre essa apuração, de se verificar os impactos decorrentes do fato de a sociedade possuir em seu patrimônio saldo de lucros acumulados no montante de US\$ 500,000.00 que impacta a apuração conforme a Hipótese 05. A questão aqui é a respeito da possibilidade de que esse montante fosse deduzido do valor de alienação e, ao invés de tributado como ganho de capital, receber o tratamento de lucros distribuídos (imposto mensal e Declaração de Ajuste Anual).

À luz da legislação fiscal, a resposta é clara quanto à impossibilidade dessa requalificação da operação. Na verdade, essa é típica situação que se denominou “emprego de valor” dos lucros da sociedade estrangeira em benefício de seu sócio residente no Brasil. Contudo, essa hipótese caracteriza a disponibilização dos lucros apenas em situações nas quais a sócia é uma pessoa jurídica residente no Brasil, conforme previa o art. 1º, § 2º, “b” item 4, da Lei 9.532/1997 e atualmente prevê o art. 81, § 2º, II, “d”, da Lei 12.973/2014.

Dessa forma, inexistindo previsão legal para essa disponibilização “ficta” dos lucros, mediante análise do emprego de valor também para as pessoas físicas, verifica-se a correção da apuração conforme a Hipótese 05, acima.

Por fim, cabe avaliar os efeitos tributários da liquidação da sociedade, com entrega de acervo líquido ao sócio pessoa física residente no Brasil. Aqui, vale rememorar a já mencionada Solução de Consulta Cosit-131, de 31.8.2016, cujo entendimento levaria à conclusão de que, havendo lucros acumulados na sociedade estrangeira, deverão eles ser considerado distribuídos por ocasião da dissolução da sociedade, da seguinte maneira:

Dissolução em 28.4.2017 – Hipótese 06				
Valor de Liquidação (US\$)	Custo de Aquisição (US\$)	Ganho (US\$)	Câmbio US\$ (compra) 15.3.2017	Rendimento
US\$ 3,500,000.00	US\$ 3,500,000.00	N/A	US\$ 500,000.00	R\$ 1.581.150,00

Nessa Hipótese 06, em linha com a solução de consulta, nega-se a natureza de ganho de capital no excesso de valor resgatado após a dissolução da sociedade.

Esse entendimento, contudo, merece reparo sob três aspectos. Em primeiro lugar, como já mencionado, ignora a regra do art. 22 da Lei 9.249/1995, segundo a qual a operação de resgate de capital, com entrega de bens a valor de mercado (como substancialmente ocorre com a devolução de numerário), sequer enseja ganho de capital (quando muito, tributação da reserva de lucros como se distribuídos tivessem sido).

Contudo, ainda que se entenda que referido artigo não se aplique ao caso, pois a sociedade liquidanda é residente no exterior e, portanto, não sujeita à regra da tributação sobre eventual ganho de capital na devolução de bens a mercado, não se pode olvidar que o art. 24 da Medida Provisória 2.158-35/2001, base legal para a matéria em questão, em seu § 4º trata não apenas da alienação de bens e direitos, mas também da liquidação e do resgate de aplicações financeiras, o que, especialmente na sistemática da pessoa física, pode-se entender abarcar a hipótese de investimento direto, já que a avaliação tanto da participação em sociedades quanto de aplicações financeiras é feita pelo valor de custo.

Além disso, esse entendimento parece ignorar que a operação de resgate de capital na dissolução de sociedades sempre foi considerada, para fins de Imposto de Renda, ensejadora da apuração de ganho de capital. Isso porque, a despeito de tratar de pessoas jurídicas, o art. 31 do Decreto-lei 1.598/1977 estabeleceu que “serão classificados como ganhos ou perdas de capital (...) os resultados (...) na liquidação de bens do ativo não circulante, classificados como investimentos, imobilizado ou intangível”. De fato, se a natureza da liquidação de investimentos por pessoas jurídicas se mostra apta a caracterizar ganho de capital, da mesma forma deveria operar com as pessoas físicas – a despeito de regras de apuração absolutamente diferentes, a natureza da operação não pode variar apenas por conta de envolver pessoas físicas ou jurídicas.

Dessa forma, na hipótese de liquidação do investimento direto no exterior o correto seria a apuração conforme a Hipótese 07, abaixo:

Dissolução em 28.4.2017 – Hipótese 07				
Valor de Alienação/ Patrimonial (US\$)	Custo de Aquisição (US\$)	Ganho de Capital (US\$)	Câmbio US\$ (compra) 30/04/2017	Ganho de capital
US\$ 4,000,000.00	US\$ 3,500,000.00	US\$ 500,000.00	R\$ 3,1978	R\$ 1.598.900,00

Naturalmente, até mesmo pelas premissas até aqui colocadas e semelhantemente à Hipótese 05, também aqui se deve apurar a variação cambial não tributável (US\$ 3,500,000.00 × (R\$ 3,1978 – R\$ 2,6562) = R\$ 1.895.600,00).

5. Conclusões

Em breve síntese, portanto, à luz das diretrizes que norteiam o conceito de renda, das normas existentes no ordenamento acerca da tributação da variação cambial bem como, e especificamente, diante das próprias premissas que fundamentam a tributação dos valores incluídos no RERCT, entende-se que não é passível de tributação a variação cambial por

ocasião da redução de capital social de sociedade no exterior com entrega de recursos a sócio pessoa física residente no Brasil, bem assim daquela auferida na dissolução de sociedade no exterior cujo patrimônio líquido seja superior ao custo de aquisição indicado pelo sócio pessoa física residente no Brasil.

Isso porque, aplicado o tratamento próprio dos bens e direitos adquiridos com recursos originariamente em moeda estrangeira, essa variação cambial escapa completamente do conceito de renda tributável, porquanto jamais mensurado ou dimensionado o investimento em Reais, mas apenas em moeda estrangeira.

Referências bibliográficas

- ÁVILA, Humberto. "O alcance da não cumulatividade do PIS e da COFINS estatuída no art. 195, § 12, da Constituição". In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). *Aspectos Polêmicos do Imposto de Renda e Proventos de Qualquer Natureza*. Série "Pesquisas Tributárias" (nova) 02. São Paulo, Lex Magister, 2015 (pp. 17-30).
- DIAS, Karem Jureidini. *Fato Tributário: Revisão e Efeitos Jurídicos*. São Paulo, Noeses, 2013.
- HARET, Florence. *Teoria e Prática das Presunções do Direito Tributário*. São Paulo, Noeses, 2010.
- HOLMES, Kevin. *The Concept of Income. A Multi-Disciplinary Analysis*. The Netherlands, IBFD, 2000.
- LOPES, Alexsandro Broedel, e MOSQUERA, Roberto Quiroga (coords.). *Controvérsias Jurídico-Contábeis (Aproximações e Distanciamentos)*. São Paulo, Dialética, 2010.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). *Aspectos Polêmicos do Imposto de Renda e Proventos de Qualquer Natureza*. Série "Pesquisas Tributárias" (nova) n. 02. São Paulo, Lex Magister, 2015.
- PAULA JR., Aldo de. "A natureza jurídica do RERCT". In: *Regime Especial de Regularização Cambial e Tributária (RERCT): Aspectos Práticos*. São Paulo, Noeses, 2016 (pp. 1-22).
- _____. *Regime Especial de Regularização Cambial e Tributária (RERCT): Aspectos Práticos*. São Paulo, Noeses, 2016.
- PONTES DE MIRANDA, F. C. *Tratado de Direito Privado*. t. L (*Sociedade por Ações*), atualizado por Alfredo de Assis Gonçalves Neto. São Paulo, Ed. RT, 2012.
- SCHOUERI, Luís Eduardo. *Distribuição Disfarçada de Lucros*. São Paulo, Dialética, 1996.
- _____. "O mito do lucro real na passagem da disponibilidade jurídica para a disponibilidade econômica". In: LOPES, Alexsandro Broedel, e MOSQUERA, Roberto Quiroga (coords.). *Controvérsias Jurídico-Contábeis (Aproximações e Distanciamentos)*. São Paulo, Dialética, 2010 (pp. 241-264).
- SOARES DE MELO, José Eduardo. "Imposto de Renda – Temas polêmicos". In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). *Aspectos Polêmicos do Imposto de Renda e Proventos de Qualquer Natureza*. Série "Pesquisas Tributárias" (nova) n. 02. São Paulo, Lex Magister, 2015 (pp. 75-105).

