

Sociedade em Conta de Participação: Natureza, Regime Jurídico e Tributação pelo Imposto de Renda

Fábio Piovesan Bozza

Um dos importantes institutos jurídicos disponíveis no ordenamento brasileiro para a formação de parcerias empresariais¹, mas pouco estudado pela doutrina que se debruça sobre o Direito Tributário, é a Sociedade em Conta de Participação (SCP).

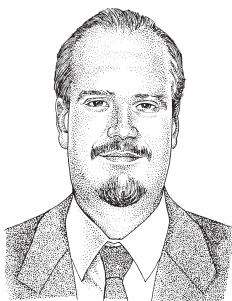
Em função de o tema ser vasto, concentramos nossa análise nos principais aspectos da natureza e do regime jurídico da SCP que podem influenciar na relação Fisco-contribuinte, especialmente naquela atinente ao imposto de renda.

1. Panorama da SCP no Direito Brasileiro

A conta de participação não é um instituto recente. Há relatos do seu emprego na Roma antiga, num arrendamento de salinas. Já na Idade Média, ela teria se desenvolvido a partir das antigas sociedades em comandita, em que o *commendator* ficava oculto, pois as negociações eram sempre realizadas sob a responsabilidade do *tractator*; tudo isso graças à proibição canônica para as práticas de usura e do fato de que não era bem visto o envolvimento da nobreza no exercício do comércio. Utilizando uma conta de participação, podia-se ganhar dinheiro, sem se conhecer o beneficiário².

Mesmo nos dias atuais, é possível verificar a preservação desse antigo ideal na medida em que a SCP representa a reunião de pessoas para o desenvolvimento de determinada atividade e a partilha do resultado comum, operando perante o mercado sob a responsabilidade integral de um *sócio ostensivo*, sem a intervenção, ou mesmo a presença, dos *sócios participantes*.

A SCP acabou ganhando desenvoltura no círculo do comércio moderno e contemporâneo por proteger: (a) o inte-



Fábio Piovesan Bozza
é Advogado em
São Paulo.

¹ O conteúdo jurídico da expressão “parcerias empresariais” comporta diversas interpretações, todas elas muito bem estudadas e sistematizadas por Agnes Pinto Borges, em sua obra *Parceria Empresarial no Direito Brasileiro*, São Paulo, Saraiva, 2004. Para este trabalho, preferimos utilizar o termo na sua acepção mais abrangente, designando a variedade de institutos jurídicos contratuais ou societários que se prestam a reunir pessoas para conjugar esforços e capitais no interesse comum.

² Cf. José Maria da Costa, *A Sociedade em Conta de Participação no Direito de Empresa do Código Civil de 2002*. Dissertação de mestrado apresentada na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2006, p. 124.

resse de reduzir os riscos dos negócios e as responsabilidades presentes em certas sociedades; (b) o desejo ou a necessidade de ocultar o próprio nome nas negociações mercantis; (c) a conveniência de poupar despesas com a organização de uma das espécies de sociedade dotada de personalidade; (d) a urgência da operação, que não permite o cumprimento de múltiplas e demoradas formalidades; e (e) a natureza do negócio, que exige total reserva³.

No Brasil, a SCP foi introduzida no ordenamento jurídico pelos arts. 325 a 328 do Código Comercial de 1850 e encontrava-se definida nos seguintes termos:

“Art. 325. Quando duas ou mais pessoas, sendo ao menos uma comerciante, se reúnem, sem firma social, para lucro comum, em uma ou mais operações de comércio determinadas, trabalhando um, alguns ou todos, em seu nome individual para o fim social, a associação toma o nome de sociedade em conta de participação, accidental, momentânea ou anônima; esta sociedade não está sujeita às formalidades prescritas para a formação das outras sociedades, e pode provar-se por todo o gênero de provas admitidas nos contratos comerciais (artigo nº 122).”

Com a unificação do direito das obrigações civis e comerciais no mesmo diploma legal, a SCP passou a ser regulamentada pelos arts. 991 a 996 e 1.162 do Novo Código Civil, promulgado pela Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

Mas, ao contrário do Código Comercial de 1850, o Código Civil de 2002 não traz uma definição de SCP, talvez porque, a nosso ver, a moderna política legislativa encare a conceituação dos institutos jurídicos como uma tarefa a cargo da doutrina.

Apesar de o tratamento dispensado pelo Código Civil de 2002 conservar a mesma natureza jurídica e disposições gerais do Código Comercial de 1850, a nova legislação inovou: (a) ao conferir à SCP uma posição definida no rol de sociedades existentes no Brasil; (b) ao adotar nomenclaturas que afastam qualquer conotação pejorativa ou de clandestinidade aos seus sócios, como acontecia com o “sócio oculto”; (c) ao determinar a aplicação subsidiária da legislação relativa às sociedades simples; e (d) ao espantar algumas dúvidas e controvérsias, como, por exemplo, os efeitos do registro do contrato social, os reflexos da intervenção do sócio participante nos negócios sociais com terceiros, o prazo de duração da sociedade, a natureza das contribuições dos sócios ao patrimônio da sociedade e as conseqüências na eventual quebra de um dos sócios, fazendo, em alguns casos, letra de lei o entendimento da doutrina majoritária⁴.

2. As Disposições do Código Civil de 2002 sobre a SCP

Em geral, a SCP é conceituada como uma sociedade meramente contratual, sem personalidade jurídica, sem firma ou denominação social, sem autonomia patrimonial, formada por duas ou mais pessoas com desígnios semelhantes que reúnem esforços para atingir um objetivo comum.

Sem dúvida, uma das características mais importantes deste tipo societário é a *ausência de personalidade jurídica*.

³ Cf. MENDONÇA, José Xavier Carvalho de. *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*, v. 4, 3ª ed., Rio de Janeiro, Freitas Bastos, livro II, n. 1.424, 1937, p. 223.

⁴ Cf. José Maria da Costa, *op. cit.*

A SCP não tem existência distinta da dos seus criadores. Costuma-se dizer que se trata de uma sociedade interna, com implicações somente para os sócios que dela participem, sem reflexos legais para terceiros. Conseqüentemente, a SCP não tem capacidade de contrair direitos nem de assumir obrigações em nome próprio e de sequer deter firma ou denominação social⁵. Também não é titular de patrimônio autônomo (embora possa existir um fundo social, como veremos).

Mesmo a eventual publicidade ou inscrição do instrumento de contrato social em qualquer registro não confere personalidade jurídica à SCP, nos precisos termos do art. 993, *caput*, do Código Civil de 2002.

Embora desprovida de personalidade jurídica, a SCP não deixa de ser uma sociedade - tema que, aliás, ainda rende muita discussão⁶ - porque organizada sob a influência da *affectio societatis*, ou seja, o sentimento de vinculação experimentado pelos sócios que passa pela confiança mútua e pelo propósito de associação com vista à obtenção de um resultado comum. É por esta razão que nenhum dos sócios pode ceder sua parte ou admitir novo sócio sem o consentimento expresso dos demais⁷.

Com efeito, os conceitos de “sociedade” e de “personalidade jurídica” não se confundem, sendo plenamente possível existir sociedade despersonalizada. E isto acontece, basicamente, por dois motivos.

Primeiro porque a definição de sociedade prevista no art. 981 do Código Civil de 2002 é satisfeita com três requisitos: (a) a presença de duas ou mais pessoas; (b) a obrigação recíproca de combinarem seus esforços ou recursos, o que usualmente se manifesta pela formação de fundos; e (c) que a combinação desses esforços tenha por objetivo uma finalidade comum, com a partilha, entre si, dos resultados.

E, segundo, o arranjo do Código Civil de 2002 (Título II - Da Sociedade, do Livro II - Do Direito de Empresa) já aponta para a existência de sociedades não personificadas (sociedade em comum e sociedade em conta de participação) e sociedades personificadas (sociedade simples, sociedade em nome coletivo, sociedade em comandita simples, sociedade limitada, sociedade anônima, sociedade comandita por ações e sociedade cooperativa).

Com relação aos sócios de uma SCP, eles são classificados em duas categorias: *ostensivo e participante*.

O *sócio ostensivo* exerce, com exclusividade, em nome próprio e sob sua integral responsabilidade, a atividade constitutiva do objeto social. É ele quem, exter-

⁵ Art. 1.162 do Código Civil de 2002.

⁶ Cf. informa Agnes Pinto Borges, *op. cit.*, p. 62, *dentre os que alegam que a SCP seja um contrato e não uma sociedade*, temos: (a) Fábio Ulhoa Coelho, *Curso de Direito Comercial*, v. 2, São Paulo, Saraiva, 1999, p. 457; (b) José Edwaldo Tavares Borba, *Direito Societário: de Acordo com a Lei n. 9.457/97*, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1998, p. 79; e a própria (c) Agnes Pinto Borges, já que, a seu ver, a característica básica de qualquer sociedade é a sua personificação. *Entre os que defendem a natureza societária da SCP*, temos: (a) Mauro Brandão Lopes, *Ensaio sobre a Sociedade em Conta de Participação no Brasil*, São Paulo, RT, 1964, p. 61; (b) Waldemar Ferreira, *Tratado de Direito Comercial*, São Paulo, Saraiva, 1961, p. 534; (c) José Gabriel Assis de Almeida, *A Sociedade em Conta de Participação*, Rio de Janeiro, Forense, 1989, p. 31; e (d) Carlos Guimarães de Almeida, “A Virtuabilidade da Sociedade em Conta de Participação”, *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro* n. 8, São Paulo, RT, nova série, ano XI, 1972, p. 58.

⁷ Salvo disposição contratual em contrário, cf. art. 995 do Código Civil de 2002.

namente, se obriga perante terceiros, atuando como se não existisse a conta de participação. Mas, internamente, registra todas as operações relacionadas com a SCP em contas contábeis específicas, possibilitando a apuração do resultado econômico do empreendimento, positivo ou negativo, que será dividido entre os demais sócios.

Já o *sócio participante* (anteriormente denominado de “sócio oculto”) apenas fomenta a ação do sócio ostensivo, normalmente lhe entregando bens para compor o fundo social, e, em contrapartida, recebe o direito de participar da distribuição dos lucros resultantes das operações conduzidas pelo sócio ostensivo. Não exerce qualquer função em nome da SCP perante terceiros, não podendo, por isso mesmo, ser responsabilizado por dívidas sociais⁸. Sua vinculação ocorre somente com o sócio ostensivo e restringe-se às cláusulas do contrato social ou, quando menos, ao montante aportado na conta de participação.

Em realidade, a SCP é uma sociedade voltada para seus sócios e existente entre eles, enquanto a atividade perante terceiros centraliza-se na figura do sócio ostensivo.

O contrato de constituição da SCP não é solene e não depende de forma especial, podendo ser provado por todos os meios de direito (art. 992 do Código Civil de 2002).

Os recursos aportados pelos sócios no empreendimento constituirão o fundo social da SCP ou, nos dizeres da lei, um *patrimônio especial*. Mas, em virtude da ausência de personalidade jurídica, o patrimônio formado não possui independência, produzindo efeitos somente em relação aos sócios (art. 994, parágrafo 2º do Código Civil).

A corrente doutrinária dominante assevera que a propriedade dos fundos sociais é transferida ao sócio ostensivo, que passa a administrá-los nas operações objeto da conta de participação. Por meio de disposição contratual específica, alguns autores advogam a possibilidade de o sócio participante conservar a propriedade do bem, transferindo ao sócio ostensivo apenas o seu uso e gozo⁹.

Ademais, acreditamos que não está inviabilizada a participação de um sócio apenas com serviços.

Isto é possível em razão de não existir vedação legal explícita a respeito, tal como ocorre com a sociedade limitada¹⁰, e pelo fato de o art. 981 do Código Civil de 2002, ao conceituar o contrato de sociedade, mencionar que a contribuição dos sócios poderá ser feita *com bens ou serviços*.

Além disso, ciente de que as disposições relativas à sociedade simples aplicam-se à SCP, os art. 997, inciso V, e 1.006 do Código Civil expressamente admitem a contribuição na forma de serviços.

⁸ Todavia, por determinação do art. 993, parágrafo único do Código Civil de 2002, o sócio participante poderá se tornar solidariamente responsável pelas obrigações contraídas pelo sócio ostensivo, se com este atuar em conjunto nos negócios com terceiros.

⁹ Citação do pensamento de Ripert cf. Carlos Guimarães de Almeida, “A Virtuabilidade da Sociedade em Conta de Participação”, *op. cit.*, p. 57.

¹⁰ Art. 1.055, parágrafo 2º do Código Civil de 2002.

Também por aplicação subsidiária aos preceitos que regem a sociedade simples, compete ao contrato social da SCP fixar a participação de cada sócio nos lucros e nas perdas (art. 997, inciso VII, do Código Civil). A ausência de cláusula a respeito fará com que o cálculo da participação no resultado siga a proporção dos respectivos aportes ao fundo social (art. 1.007 do Código Civil).

Finalmente, a SCP não pode ter sua falência decretada, em virtude da ausência de personalidade jurídica. Somente o sócio ostensivo pode falir - porque ele é o contratante com o mercado, e não a SCP - e, ainda assim, apenas se for considerado empresário.

Estas são, em síntese, as principais características da SCP sob o enfoque do direito privado. Vejamos agora a configuração deste tipo societário perante a legislação tributária, mais especificamente perante a legislação do imposto de renda.

3. A Evolução da Tributação da SCP pelo Imposto de Renda

Até 31 de dezembro de 1986, em conformidade com o Parecer Normativo CST n. 345/71, competia ao sócio ostensivo contabilizar as operações relativas ao empreendimento comum da SCP, em lançamentos destacados dos de sua atividade normal, bem como realizar a divisão do resultado entre os sócios. Cada sócio, inclusive o ostensivo, estava obrigado a reconhecer a parcela do lucro líquido da SCP que lhe competia como receita operacional e tributá-la na sua declaração de rendimentos. Os resultados da SCP, dessa forma, eram tributados nas declarações dos respectivos sócios, respeitado o quinhão de cada um.

A partir de 1º de janeiro de 1987, o regime de tributação foi alterado, uma vez que a SCP passou a ser equiparada, *para fins de imposto de renda*, a pessoa jurídica pelo art. 7º do Decreto-lei n. 2.303, de 21 de novembro de 1986¹¹. Os resultados da SCP deixam de ser tributados separadamente, nas declarações dos respectivos sócios, e passam a ser onerados conjuntamente, como uma unidade econômica autônoma. Vejamos a redação do dispositivo:

“Art. 7º Equiparam-se a pessoas jurídicas, para os efeitos da legislação do imposto de renda, as sociedades em conta de participação.

Parágrafo único. Na apuração dos resultados dessas sociedades, assim como na tributação dos lucros apurados e dos distribuídos, serão observadas as normas aplicáveis às demais pessoas jurídicas.”

No mesmo sentido são as disposições contidas nos arts. 148 e 149 do Regulamento de Imposto de Renda - RIR/99, baixado pelo Decreto n. 3.000, de 26 de março de 1999.

Além do imposto de renda, a equiparação também vem sendo aplicada para outros tributos, a exemplo da CSLL (art. 4º da Lei n. 7.689, de 15 de dezembro de 1988) e da contribuição ao PIS e da Cofins (art. 3º do Decreto n. 4.524, de 17 de dezembro de 2002).

Mas desde a edição do Decreto-lei n. 2.303/86, a única regulamentação expedida, com profundidade, pelas autoridades fiscais sobre a organização e tributação das SCP foi a Instrução Normativa SRF n. 179, de 30 de dezembro de 1987, ainda hoje

¹¹ Efeitos a partir de 1º de janeiro de 1987, conforme art. 3º do Decreto-lei n. 2.308, de 19 de dezembro de 1986.

em vigor¹². As principais disposições deste normativo, já compatibilizadas com a legislação superveniente, são as seguintes:

- compete ao sócio ostensivo a responsabilidade pela apuração do resultado, apresentação da declaração de rendimentos e recolhimento do imposto devido pela SCP;
- a escrituração das operações da SCP poderá, à opção do sócio ostensivo, ser efetuada nos livros deste ou em livros próprios da referida sociedade;
- quando forem utilizados os livros do sócio ostensivo, os registros contábeis deverão ser feitos de forma a evidenciar os lançamentos referentes à SCP;
- nos documentos relacionados com a atividade da SCP, o sócio ostensivo deverá fazer constar indicação de modo a permitir identificar sua vinculação com a referida sociedade;
- não é exigida a inscrição da SCP no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas (CNPJ);
- a base de cálculo do imposto da SCP será informada e tributada na mesma declaração de rendimentos do sócio ostensivo;
- a partir de 1º de janeiro de 2001, observadas as hipóteses de obrigatoriedade do regime de tributação com base no lucro real, as SCP podem optar pelo regime de tributação com base no lucro presumido (art. 1º, *caput*, da Instrução Normativa SRF n. 31, de 29 de março de 2001);
- a opção da SCP pelo lucro presumido não implica a simultânea opção do sócio ostensivo, nem a opção efetuada por este implica a opção daquela (art. 1º, parágrafo 1º, da Instrução Normativa SRF n. 31/2001);
- não será incluído na declaração de rendimentos o prejuízo fiscal da SCP, o qual poderá ser compensado com os lucros da mesma;
- não será permitida a compensação de prejuízos entre duas ou mais SCP, nem entre estas e o sócio ostensivo;
- o recolhimento dos tributos federais devidos pela SCP será efetuado mediante a utilização de guia de recolhimento específica, em nome do sócio ostensivo (art. 1º, parágrafo 2º, da Instrução Normativa SRF n. 31/2001);
- os valores entregues pelos sócios constituirão o capital da SCP, que deverá ser registrado em conta que represente o patrimônio líquido desta;
- na contabilidade dos sócios pessoas jurídicas, os valores entregues ou aplicados na SCP deverão ser classificados em conta do ativo permanente, subgrupo investimentos (art. 179, inciso III, da Lei 6.404/76), estando sujeitos aos critérios de avaliação segundo o custo de aquisição ou a equivalência patrimonial;
- os lucros recebidos de investimento em SCP, avaliado pelo custo de aquisição, ou a contrapartida do ajuste do investimento ao valor do patrimônio líquido da SCP, no caso de investimento avaliado por esse método, não serão compu-

¹² A IN SRF n. 179/87 não se encontra revogada pela IN SRF n. 79, de 1º de agosto de 2000. Este último normativo declarou sem efeito 2.023 Instruções Normativas editadas entre setembro de 1969 e dezembro de 1999, que teriam sido implicitamente revogadas pela legislação superveniente.

tados na determinação do lucro real dos sócios, pessoas jurídicas, das referidas sociedades;

- os lucros ou dividendos calculados com base nos resultados apurados a partir do mês de janeiro de 1996, pagos ou creditados pelas pessoas jurídicas tributadas com base no lucro real, presumido ou arbitrado não estão sujeitos à incidência do imposto na fonte, nem integram a base de cálculo do imposto do beneficiário, pessoa física ou jurídica, domiciliado no País ou no exterior (art. 10 da Lei n. 9.249, de 1995); e

- o ganho ou perda de capital na alienação de participação em SCP será apurado segundo os mesmos critérios aplicáveis à alienação de participação societária em outras pessoas jurídicas.

Em virtude da equiparação a pessoa jurídica, os resultados das operações da SCP passam a ser tributados em conjunto, como uma unidade econômica de negócios, separadamente das demais atividades exercidas pelos sócios.

Compete, no entanto, ao sócio ostensivo o dever de registrar, de forma destacada, as operações da SCP, bem como elaborar as declarações fiscais pertinentes e recolher os tributos devidos.

Os sócios, por seu turno, recebem da SCP o resultado líquido, já tributado e deduzido dos custos e despesas relativos ao empreendimento comum, que para fins fiscais é tratado como dividendo.

4. A Legalidade da Equiparação da SCP a Pessoa Jurídica para Fins Fiscais

Alguns autores censuram a equiparação da SCP a pessoa jurídica, afirmando que o Decreto-lei n. 2.303 teria afrontado o ordenamento ao desnaturar a essência da SCP. Afirmam que é inerente à SCP a ausência de personalidade jurídica, devendo a tributação recair inexoravelmente sobre os sócios, de forma individual¹³.

E ainda que, porventura, o Decreto-lei n. 2.303 não estivesse eivado de ilegalidade, prosseguem esses autores na crítica, as disposições supervenientes do Código Civil de 2002 ter-lhe-iam revogado tacitamente, já que a matéria fora tratada por completo neste último diploma.

Vejamos se a crítica é procedente.

Todo fato gerador de obrigação tributária deve ter conteúdo econômico que atribua capacidade contributiva ao sujeito passivo da respectiva obrigação, sem a qual não há substância de onde ser subtraída a arrecadação em favor do Erário público. Mas vários dos fatos listados pela Constituição Federal, ao outorgar competências para tributar, são fatos já regulados pelo Direito, em particular pelo direito privado, ou seja, são fatos já juridicizados (ou positivados).

Todavia, em relação a tais fatos já juridicizados, uma outra norma legal pode depois lhes atribuir consequência jurídica diversa, agora na seara tributária. É por isso que o Direito Tributário assume a natureza do que já se chamou de “direito de su-

¹³ É o caso, por exemplo, de (a) José Maria da Costa, *op. cit.*; (b) Luiz Mélega, “As Sociedades em Conta de Participação e o Imposto sobre a Renda”, *Suplemento Tributário da Revista LTr* v. 10, São Paulo, 1988, pp. 55-60; e (c) Francisco Chagas de Moraes, “A Equiparação da Sociedade em Conta de Participação à Pessoa Jurídica”, *Suplemento Tributário da Revista LTr* v. 65, São Paulo, 1987, pp. 363-364.

perposição”, pois ele toma aquele fato, tal como já está trabalhado pelo direito anterior, como substrato para a incidência tributária. Isto é, o fato gerador é um fato jurídico que se constitui a partir de um fato que já era jurídico para outros efeitos de direito.

Estritamente no campo tributário, este preceito também é norma do direito positivo complementar, conforme estatuem os arts. 109 e 110 do Código Tributário Nacional.

O que estes artigos do CTN prescrevem é que a lei tributária é absolutamente livre para fixar o tratamento fiscal aos atos e fatos do direito privado, como, por exemplo, para dar o mesmo tratamento tributário a atos que tenham identidades diferenciadas no direito privado. Contudo, estes atos sempre serão identificados de acordo com as normas deste ramo do Direito, que lhes dão identidade única perante todos os demais segmentos do mesmo ordenamento jurídico.

Significa dizer que, para fins tributários, uma pessoa que exerça, reiterada e individualmente, atividade comercial pode ser tratada como contribuinte pessoa jurídica, sem que a sua natureza jurídica como pessoa física nas relações privadas, ou nos demais ramos de Direito, seja alterada.

Mas quando as categorias de direito privado estiverem apenas referidas na lei tributária, sem definição privilegiada, o intérprete deve ingressar no direito privado para bem compreendê-las, porque neste caso elas continuam sendo institutos, conceitos e formas de puro direito privado, porque não foram alteradas pelo Direito Tributário, mas incorporadas sem alteração e, portanto, vinculantes dentro deste¹⁴.

Essa liberdade conferida ao legislador tributário encontra, todavia, um limite: o legislador perde praticamente toda a sua autonomia quando o instituto, conceito ou forma de direito privado é utilizado pela Constituição Federal para definir ou limitar competências tributárias.

Por isso, nada impede o legislador ordinário federal, dentro da competência constitucional para tributar a renda, de considerar as operações realizadas pela SCP como uma entidade jurídica autônoma, segregada da personalidade dos seus sócios, exclusivamente para fins fiscais.

O Decreto-lei n. 2.303, ao equiparar a SCP a um contribuinte pessoa jurídica, não incorre em ilegalidade, porque em consonância com os arts. 109 e 110 do CTN, nem em inconstitucionalidade, porque não invade competência tributária alheia.

Como se disse, a lei tributária não está vinculada aos conceitos e efeitos que emanam do direito privado. O intérprete está jungido aos conceitos de direito privado, mas a lei tributária poderá prever efeitos tributários diversos daqueles previstos no ordenamento privado.

Ademais, o art. 126 do CTN, ao tratar sobre a capacidade passiva, deixa claro que o objetivo das normas tributárias é alcançar a realidade econômica das relações - o que não significa prestigiar a interpretação econômica do fato gerador - e que a incapacidade civil ou a ausência de personalidade jurídica não são causas suficientes para afastar a tributação. Nos casos descritos pelos incisos do art. 126, basta que esteja configurada uma *unidade econômica* ou *profissional* para o tributo ser exigi-

¹⁴ Ruy Barbosa Nogueira, *Curso de Direito Tributário*, 14ª ed., São Paulo, Saraiva, 1995, p. 104.

do. Ora, se isto é verdade nestas situações excepcionais, maior razão na hipótese de constituição regular da uma SCP, verdadeira unidade econômica de negócios.

Também não impressiona o argumento de que o Código Civil de 2002 teria regulamentado toda a matéria relativa às SCP, revogando tacitamente as disposições conflitantes emanadas do Decreto-lei n. 2.303.

É que o Decreto-lei n. 2.303 é lei especial em relação ao Código Civil de 2002, lei geral, e de acordo com o art. 2º, parágrafo 2º da Lei de Introdução ao Código Civil, “a lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior”.

Além disso, o Código Civil de 2002 não traz qualquer determinação sobre a tributação das SCP que pudesse alterar o tratamento fiscal até então vigente para este tipo societário, de modo que não existe conflito normativo entre suas disposições e o Decreto-lei n. 2.303.

Destarte, os preceitos de leis ordinárias tributárias que conflitem com disposições do Código Civil, por serem específicos, prevalecem sobre estas, ressalvadas apenas as matérias para os quais o próprio CTN resguarda a supremacia do direito privado quando seus institutos, conceitos e formas são utilizados na fixação de competência constitucional tributária.

Portanto, entendemos válidas e vigentes as disposições legais que equiparam a SCP à pessoa jurídica, para fins de tributação. Todas as operações que foram objeto da conta de participação constituem, por ficção, uma entidade autônoma para fins fiscais, devendo ser tributadas como se pessoa jurídica fosse, de forma separada das demais operações próprias conduzidas pelo sócio ostensivo.

5. Pagamento de Juros sobre o Capital Próprio pela SCP

Outro ponto que merece análise diz respeito à possibilidade de a SCP efetuar a dedução e o pagamento dos juros sobre o capital próprio em favor de seus sócios.

Com a edição do art. 9º da Lei n. 9.249, de 26 de dezembro de 1995, passou-se a reconhecer a possibilidade de as pessoas jurídicas deduzirem, na determinação das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL, uma remuneração do capital de risco investido na empresa por seus titulares, sócios ou acionistas, nos limites e condições que menciona, a título de juros sobre o capital próprio.

A natureza jurídica dos juros sobre o capital próprio não está muito bem definida no ordenamento, uma vez que eles apresentam características tanto de juros propriamente ditos, quanto de dividendos, o que os tornam um instrumento híbrido.

Considerando que a natureza jurídica de um instrumento híbrido é determinada a partir da sua característica predominante, sem a pretensão de aprofundar demasiada e desnecessariamente o tema, entendemos que preponderam as características dos juros propriamente ditos, em que pesem respeitáveis opiniões em sentido contrário.

Conseqüentemente, os pagamentos e recebimentos a título de juros sobre o capital próprio devem ser tratados, respectivamente, como *despesa financeira* e *receita financeira*.

Também é importante considerar que a inspiração para pagamento e dedução fiscal dos juros do art. 9º possui, pelo menos, duas justificativas: uma, de caráter econômico, e outra, político.

Economicamente, o pagamento dos juros sobre o capital próprio tem o propósito de tratar, de forma isonômica, as diferentes fontes de financiamento da sociedade. Ora, se para operar a sociedade necessita captar empréstimos junto ao mercado (capital de terceiros), e para tanto é obrigada a pagar juros às instituições financeiras, por que não permitir a remuneração das inversões feitas pelos sócios ou acionistas ao capital social (capital próprio), utilizando uma taxa de juros menor? O pagamento dos juros sobre o capital próprio seria um estímulo econômico propiciado pelas sociedades aos seus titulares para não ficarem descapitalizadas.

Politicamente, no entanto, os juros sobre o capital próprio foram criados para contrabalançar a perda do direito de dedução da correção monetária do balanço, extinta justamente pela mesma Lei n. 9.249. Naquela época, em decorrência da implantação do Plano Real, o cenário político exigia dos governantes medidas legislativas severas para extirpar a cultura inflacionária do cotidiano das pessoas e das empresas, e uma das atitudes tomadas foi eliminar o mecanismo da correção monetária do balanço. Com o fito de minimizar o impacto dessa providência nada popular, já que em muitos casos representaria um aumento da carga tributária, foram autorizados o pagamento e a dedução fiscal dos juros sobre o capital próprio pelas pessoas jurídicas.

Pois bem. Fazendo uma breve recapitulação do que foi visto até aqui temos que: (a) para fins fiscais, a SCP é tida como pessoa jurídica (Decreto-lei n. 2.303); (b) a SCP possui um fundo social afetado aos seus propósitos que é plenamente equivalente a um patrimônio líquido, com contas de capital, de reservas, de lucros ou prejuízos acumulados e de resultado do exercício; (c) os sócios não possuem disponibilidade direta e integral sobre o patrimônio afetado, uma vez que os rendimentos que são produzidos em decorrência da sua utilização devem, primeiro, transitar pelas contas de resultado da SCP; (d) os juros sobre o capital próprio, pelo seu viés político, são substitutivos da correção monetária do balanço.

Aliás, acerca desta última constatação, como decorrência das disposições trazidas pelas próprias autoridades fiscais no item 6 da Instrução Normativa SRF n. 179/87 - que determina que os sócios pessoas jurídicas devem classificar os valores entregues ou aplicados na SCP em conta do ativo permanente, como investimento em participação societária -, o 1º Conselho de Contribuintes já teve oportunidade de se pronunciar a respeito da aplicação da sistemática da correção monetária do balanço sobre as contas de investimento em SCP e asseverou o seguinte no julgamento do Acórdão n. 108-05636, de 17.3.1999:

“(...)

Contribuição Social sobre o Lucro - Base de Cálculo - Atualização de Investimentos em Sociedade em Conta de Participação - *Os investimentos permanentes em sociedade em conta de participação estão sujeitos à correção monetária das demonstrações financeiras no ano de 1995*, cuja contrapartida integra o resultado do período e, por conseqüência, a base de cálculo da contribuição social sobre o lucro.” (destacamos)

Explicando melhor. Linhas atrás, foi dito que os efeitos jurídicos da constituição da SCP restringem-se aos seus sócios, sem reflexos legais perante terceiros, já que se trata de uma sociedade interna. Essa afirmação, na verdade, reproduz o pensamento da escassa doutrina brasileira existente sobre esse tipo societário, que quan-

do resolve abordar o tema, acaba-o fazendo, na esmagadora maioria das vezes, sob o enfoque do direito privado.

Para fins tributários, no entanto, entendemos que cabe um pequeno reparo nessa máxima. Realmente, perante os agentes do mercado em que a SCP atua, sua existência é irrelevante, neutra, porque o contratante juridicamente habilitado é o sócio ostensivo. Mas, perante o Fisco, a existência da SCP não pode ser tida como um fato indiferente, que não tem a aptidão de produzir conseqüências jurídicas.

Afinal, como justificar que determinada receita ou despesa não deva integrar a conta de resultado do sócio ostensivo, mas sim ser tributada separadamente? Como exigir que o Fisco reconheça ao resultado líquido que o sócio ostensivo entrega ao sócio participante, que sequer possui uma quota ou ação do capital social daquele, a natureza de dividendos, atualmente isentos de tributação pelo IRPJ e pela CSLL?

Isto só é possível porque a SCP gera, sim, efeitos jurídicos perante o Fisco.

Após a edição do Decreto-lei n. 2.303, as autoridades fiscais não podem ignorar que a SCP é tida como pessoa jurídica para fins tributários. E por fins tributários ou fiscais, entenda-se a alocação de receitas e/ou de despesas pelo sócio ostensivo que tenham relação direta com o empreendimento comum, objeto da conta de participação.

Por estas razões, acreditamos serem plenamente possíveis o pagamento e a dedução fiscal dos juros sobre capital pela SCP em favor de seus sócios.

6. Conclusões

Vimos que a SCP é uma sociedade essencialmente contratual, sem personalidade jurídica, apresentando diversas vantagens em operações que almejem a formação de parcerias empresariais, temporárias ou definitivas.

As principais conveniências são a ausência de formalidades para a sua constituição, a possibilidade de participação de um sócio apenas com serviços e a liberdade que têm as partes para convencionar a divisão do resultado comum.

Do ponto de vista da legislação do imposto de renda (e, atualmente, também da CSLL, da contribuição ao PIS e da Cofins), a partir de 1987, os resultados positivos do empreendimento comum passaram a ser tributados como uma unidade econômica autônoma, já que a SCP foi equiparada, para fins fiscais, a uma pessoa jurídica.

Esta equiparação, a nosso ver, encontra-se em plena sintonia com a Constituição Federal e com os arts. 109 e 110 do CTN.

Também em função da equiparação da SCP a uma pessoa jurídica, entendemos juridicamente sustentáveis o pagamento e a dedução fiscal dos juros sobre o capital próprio aos sócios ostensivo e participante, na forma e modo dispostos pelo contrato social, uma vez que esta interpretação segue o espírito com o qual foi editado o art. 9º da Lei n. 9.249, de 1995.