

EMPRÉSTIMOS ENTRE PESSOAS JURÍDICAS

PAULO AKIYO YASSUI

Advogado

Vamos, neste trabalho, abordar a matéria de uma forma sistemática, sob os vários aspectos pelos quais ela pode ser encarada, começando pelo de sua regularidade em face da legislação bancária.

I. Infringência ou não à Lei Bancária

a) Empréstimo com Recurso Próprio

O Banco Central vem enviando cartas a várias empresas advertindo-as de que o empréstimo de dinheiro a outras empresas, ainda que do mesmo grupo empresarial, constitui infração à Lei nº 4.595/64, chamada Lei Bancária, apenada com multa, variável, até duzentas vezes o maior salário de referência vigente no País, e detenção de 1 a 2 anos, ficando a esta sujeitos, quando pessoa jurídica, seus diretores e administradores (art. 44, § 7º).

Para melhor elucidação da matéria,

faz-se mistêr a transcriçãõ dos dispositivos pertinentes da citada Lei nº 4.595/64, para que possamos analisar o que eles entendem por instituição financeira sujeita a autorização do Banco Central do Brasil.

Com efeito, os artigos 17, § Único, 18 e seus §§, dispõem que:

"Art. 17 - Consideram-se instituições financeiras, para os efeitos da legislação em vigor, as pessoas jurídicas públicas ou privadas, que tenham como atividade principal ou acessória a coleta, intermediação ou aplicação de recursos financeiros próprios ou de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira, e a custôdia de valor de propriedade de terceiros.

Parágrafo Único - Para os efeitos desta Lei e da legislação em vigor, equiparam-se às instituições financeiras as pessoas físicas que exerçam qualquer das atividades referidas nestes artigo, de forma permanente ou eventual".

"Art. 18 - As instituições financeiri-

ras somente poderão funcionar no País mediante prévia autorização do Banco Central da República do Brasil ou decreto do Poder Executivo, quando forem estrangeiras.

§ 1º - Além dos estabelecimentos bancários oficiais ou privados, das sociedades de crédito, financiamento e investimentos, das caixas econômicas e das cooperativas de crédito ou a seção de crédito das cooperativas que a tenham, também se subordinam às disposições e disciplina desta Lei no que for aplicável, as bolsas de valores, companhias de seguros e de capitalização, as sociedades que efetuam distribuição de prêmios em imóveis, mercadorias ou dinheiro, mediante sorteio de títulos de sua emissão ou por qualquer forma, e as pessoas físicas ou jurídicas que exerçam, por conta própria ou de terceiros, atividade relacionada com a compra e venda de ações e outros quaisquer títulos, realizando nos mercados financeiros e de capitais operações ou serviços de natureza dos executados pelas instituições financeiras.

§ 2º - O Banco Central da República do Brasil, no exercício da fiscalização que lhe compete, regulará as condições de concorrência entre instituições financeiras, coibindo-lhes os abusos com a aplicação da pena nos termos desta Lei.

§ 3º - Dependirão de prévia autorização do Banco Central da República do Brasil as campanhas destinadas à coleta de recursos do público, praticadas por pessoas físicas ou jurídicas abrangidas neste artigo, salvo para subscrição pública de ações, nos termos da lei das sociedades por ações".

Examinando os dispositivos legais re-trocitados, verificamos que o conceito de instituição financeira reside no "caput" do art. 17, que considera, para os efeitos da legislação em vigor, as pessoas jurídicas públicas ou privadas que tenham como atividade principal ou acessória a coleta, intermediação ou aplicação de recursos próprios ou de terceiros....

Por sua vez, o art. 11, Inciso VII, do mesmo diploma legal, dispõe que:

"Art. 11 - Compete ainda ao Banco Central da República do Brasil:

VII - exercer permanente vigilância nos mercados financeiros e de capitais sobre empresas que direta, ou indiretamente, interfiram nesses mercados e em relação às modalidades ou processos operacionais que utilizam",

Os estabelecimentos de crédito, as instituições financeiras sob exame, desenvolvem suas atividades com base na função específica de intermediação nos mercados de capitais ou em outras palavras, com base na coleta (captação) e aplicação de recursos próprios e de terceiros, no mercado financeiro e de capitais. Desde logo, depreende-se que a intermediação constitui atividade nuclear das instituições financeiras e o lucro constitui o objetivo principal do comércio bancário.

Conforme dito, a lei faz referência aos mercados financeiros e de capitais e isto, a nosso ver, já exclui o empréstimo de dinheiro efetuado entre controladora e con-

trolada do conceito de atividade financeira, dependente de prévia autorização do Banco Central.

Com efeito, o termo mercados refere-se à idéia de clientela ao público prestador ou tomador dos recursos financeiros, razão pela qual um empréstimo particular entre empresas do mesmo grupo em nada interfere no mercado financeiro ou de capitais, nem compromete a estabilidade, a garantia, a segurança que devem cercar todas as formas de captação e/ou aplicação de poupança popular, ou a "ratio legis" da citada lei bancária. Por isso mesmo, não se pode conceituar os empréstimos, em âmbito fechado, como atividades financeiras, exclusivas de entidades bancárias e sujeitas à autorização prévia do Banco Central.

Wilson de Egito Coelho, especialista em Direito Bancário, comunga do nosso entendimento, ao esclarecer nestes termos:

"Teremos então, como coleta, a operação passiva (devedor direto) e como aplicação, a operação ativa (credor direto). Da interrelação das duas

surge a intermediação que, em Direito Comercial, significa intromissão especulativa. Os três elementos interligados, reciprocamente dependentes, formam uma unidade conceitual, portanto. Desse modo, a aplicação de recursos financeiros próprios ou de terceiros em moeda só será atividade privativa das instituições financeiras quando houver intermediação ou coleta anterior dos mesmos recursos. Assim, o empréstimo entre particulares, utilizando-se o prestador de seus próprios recursos financeiros, não constitui atividade privativa dos bancos e instituições similares".

("In" Revista da OAB, RJ, vol.2, nº 4, 1970).

Por outro lado, se o lucro constitui o objetivo principal do comércio bancário, a ausência dele (lucro) revela "quantum satis" que exclui o mútuo fechado, "intramuros" (entre empresas do mesmo grupo) do conceito de atividade bancária. Em artigo publicado no "Diário do Comércio e Indústria" de 31.05.82, Waldo Siqueira advogado de empresas em São Paulo, a respeito do tema, com muita proprie

dade assinalou:

"Aí se trata de uma operação financeira sem finalidade lucrativa, pois os juros e correção monetária, quando incidentes, representam apenas a compensação pelo que esse capital deixou de render à empresa emprestadora durante o tempo em que ficou com a devedora".

Efetivamente, no período de inflação galopante reinante no País, os juros legais não remuneraram o capital, e a correção monetária nada mais é do que a atualização do dinheiro, não se revestindo, portanto, da natureza de lucro.

De outra parte, somos de entendimento que o Estatuto Bancário não revogou o instituto do mútuo previsto nos artigos 1256 a 1264 do Código Civil pátrio. Tanto isto é verdade que na plena vigência do Estatuto Bancário, o artigo 2º do Decreto-lei nº 427, de 22.01.69 (posteriormente revogado pelo Decreto-lei nº 1.700/79), instituiu o registro obrigatório de notas promissórias e letras de câmbio, títulos de crédito que comumente re-

presentam dívidas de empréstimos. E, o § 1º do artigo 5º do citado diploma legal obrigava os Cartórios de Notas a comunicarem ao Ministério da Fazenda os contratos de mútuo, cujo valor ultrapassasse a cem vezes o maior salário de referência vigente no País. Donde se infere que o legislador não restringiu os empréstimos de dinheiro ao monopólio das instituições financeiras, como as define a Lei Bancária.

Por fim, a própria lei reconhece a legalidade da aplicação dos recursos financeiros próprios das empresas em títulos de renda fixa (letras, "open market", depósitos bancários, debêntures), que não são outra coisa senão os empréstimos a terceiros, visando à racional gestão das suas disponibilidades financeiras, mormente nessa era de inflação galopante, sendo que a lei fiscal tem dispensado detalhadamente o tratamento tributário a ser observado nas aplicações sob exame, consoante se vê das disposições contidas nos Decretos-leis nºs 1.338/74 e 1.494/76. De flui do exposto que não faria qualquer sentido a lei autorizar a aplicação de recursos próprios mesmo em caráter habitual - em títulos de renda fixa (empréstimos a terceiros)

e ao mesmo tempo fazer restrições à celebração de simples mútuos, entre particulares, não incorporados em títulos de crédito.

Ademais, a jurisprudência não agasalha a tese defendida pelo Banco Central, consoante se vê da decisão prolatada pelo Tribunal de Alçada de São Paulo, em 30 de junho de 1967, na qual considerou o empréstimo entre particulares como modalidade do instituto de mútuo, regulado pelo Código Civil em seus artigos 1256 a 1264 e nunca como atividade privativa de instituições financeiras. ("In" R.J., TASP, V. 5, 7, pág. 173).

Em outro Acórdão da 2ª Turma do TFR de 09.08.71, no processo de Habeas Corpus nº 2.553, ES, de que foi relator o eminente Ministro Godoy Ilha, decidiu que:

"Ora a realização de empréstimos, com meios próprios e sem captação de recursos de terceiros, não se pode equiparar às atividades específicas das instituições financeiras que consistem, como expresso no texto legal, na "coleta, intermediação ou aplicação de recursos financeiros próprios

ou de terceiros". O traço característico das chamadas "financeiras" é a captação de recursos do público em geral para investimentos financeiros, cujos resultados são atribuídos aos respectivos subscritores".

Com base nesse entendimento, o Tribunal rejeitou a existência de tipicidade do ilícito penal do § 7º do art. 44, da Lei nº 4.595/64.

Em face de todo o exposto, somos de parecer que não infringe a Lei Bancária o empréstimo de dinheiro efetuado entre controladora e controlada, desde que seja mútuo de recursos próprios e desde que a mutuária não faça reaplicação desse recurso no mercado financeiro, uma vez que o que o Estatuto Bancário veda é o exercício de atividade financeira no sentido de captação e/ou aplicação de dinheiro no mercado financeiro.

- b) Reaplicação de empréstimo de dinheiro pela controladora, no mercado financeiro e o repasse pela controladora de recursos obtidos no mercado financeiro, às subsi-

diárias.

Não raras vezes, a controladora recebe das controladas os seus saldos temporários de caixa para reaplicá-los no mercado financeiro.

Neste caso, quer-nos parecer que a operação se enquadra na expressão "coleta, intermediação e aplicação" do artigo 17 da Lei Bancária e por via de consequência, a pessoa jurídica tomadora do empréstimo poderá ser equiparada à instituição financeira e sofrer sanções penais (art. 44, § 7º) por operar independentemente de autorização do Banco Central.

De outra parte, parece-nos comum o re-passe, pela controladora, de recursos obtidos no mercado financeiro às suas controladas. Também, neste caso, a controladora infringe o disposto no citado artigo 17 do Estatuto Bancário, pela mesma razão alinhada no parágrafo anterior.

Todavia, se as citadas operações forem realizadas no âmbito do "grupo de sociedades" formalmente constituído na forma previs-

ta no art. 265 da Lei nº 6.404/76, quer-nos parecer que elas (operações) não infringiriam o art. 17 do Estatuto Bancário sob exame.

Com efeito, os arts. 265 e 266 da lei societária, prescreve, "in verbis":

"Art. 265 - A sociedade controladora e suas controladas podem constituir, nos termos deste Capítulo, grupo de sociedades, mediante convenção pela qual se obriguem a combinar recursos ou esforços para a realização dos respectivos objetos, ou a participar de atividades ou empreendimentos comuns.

Art. 266 - As relações entre as sociedades, a estrutura administrativa do grupo, e a coordenação ou subordinação dos administradores das sociedades filiadas serão estabelecidas na convenção do grupo, mas cada sociedade conservará personalidade e patrimônio distintos".

Como se vê, de conformidade com os dispositivos legais retrocitados, as rela-

ções intra-societárias e não relações com terceiros. Note-se que o objetivo fundamental da sociedade de grupo, ou do que foi acordado em convenção grupal é a "combinação de recursos ou esforços para a realização dos respectivos objetos". Isto significa que, juridicamente, pode ocorrer a livre transferência dentro do grupo, dos recursos próprios para melhor gestão das disponibilidades, tendo em vista o interesse mais amplo do conjunto. Portanto, os empréstimos de dinheiro realizados, dentro do "grupo", onde imperam ditas combinações de recursos, não podem, pois, ser considerados como intermediações financeiras, por serem operações intra-societárias.

Em vista do exposto, nosso entendimento é no sentido de que as operações sob exame, realizadas entre empresas do grupo de sociedades, não infringem o disposto no artigo 17 do Estatuto Bancário.

- c) Empréstimos de dinheiro, a título gratuito, efetuados entre a controladora e a controlada

Indaga-se, vez por outra, se é lícito

ta a operação de empréstimo de dinheiro efetuada, a título gratuito, entre controladora e controlada.

A nosso ver, a citada operação, realizada entre controladora e controlada, não vinculadas entre si por uma convenção formal de grupo (grupo de sociedades) não seria legítima em face da lei societária, por infringir o disposto no artigo 245, da Lei nº ...-6.404/76, que prescreve, "in verbis":

"Art. 245 - Os administradores não podem, em prejuízo da companhia, favorecer sociedade coligada, controladora ou controlada, cumprindo-lhes zelar para que as operações entre as sociedades, se houver, observem condições estritamente comutativas, ou com pagamento compensatório adequado, e respondem perante a companhia pelas perdas e danos resultantes de atos praticados com infração ao disposto neste artigo".

Como se vê, consoante o dispositivo legal retrocitado, nas relações entre a controladora e a controlada prevalece o princí-

pio comutativo e a sua não observância sujei-
ta os administradores ao pagamento de perdas
e danos à companhia, razão pela qual entende-
mos não ser legítimo, em face da lei societá-
ria, o empréstimo de dinheiro, a título gra-
tuito, efetuado entre as empresas sob exame.

Todavia, se a operação em análise for
realizada entre empresas do "grupo de socie-
dades", constituído ao abrigo do citado art.
265 da Lei nº 6.404/76, será legítima, por
ser afastado, na espécie, o princípio comuta-
tivo, visto que o seu princípio regulador é
o da "combinação de recursos ou esforços" e
"a subordinação dos interesses de uma socie-
dade aos da outra, ou do grupo" (art. 276) .
Enfim, não vigendo no grupo de sociedades
conforme dito, o princípio da comutatividade,
é totalmente legítima em face da lei societá-
ria a operação de empréstimos, a título gra-
tuito, desde que, prevista na convenção de
grupo, porque se realiza o seu objetivo, ou
seja, a política financeira do grupo.

Não discrepa do nosso entendimento, o
acatado tratadista de Direito Comercial Prof.
Fran Martins, ao doutrinar que:

"A lei é clara ao dispor que, pela convenção, as sociedades integrantes do grupo se obrigam a "combinar recursos ou esforços para a realização dos respectivos objetos". Abre-se, desse modo, uma exceção ao princípio contido no art. 245, segundo o qual "os administradores (das sociedades controladoras) não podem, em prejuízo da companhia, favorecer sociedade coligada, controladora ou controlada, cumprindo-lhes zelar para as operações entre as sociedades, se houver, observem condições estritamente comutativas". No caso do grupo de sociedades, a finalidade do mesmo é justamente fazer com que, dentro do interesse do grupo, seja permitido o favorecimento de uma sociedade a outra, podendo, até a convenção estipular que as sociedades fiquem obrigadas a "participar de atividades ou empreendimentos comuns".

("In" Comentários à Lei das Sociedades Anônimas, Forense, 1979, pág.431/2).

d) Empréstimos de dinheiro e a Lei

de Usura

Não raras vezes, levanta-se a dúvida, se contratos de empréstimo de dinheiro originário de recursos próprios entre particulares pode estipular a cobrança, além de juros, da correção monetária, tendo em vista as limitações contidas no Decreto nº 22.626 de 07 de abril de 1933, a denominada "Lei de Usura".

Com efeito, o art. 1º, § 3º, do citado diploma legal dispõe que:

"Art. 1º - É vedado, e será punido nos termos desta lei, estipular em quaisquer contratos taxas de juros superiores ao dobro da taxa legal.

§ 3º - A taxa de juros deve ser estipulada em escritura pública ou escrito particular, e não o sendo, entender-se-á que as partes acordaram nos juros de 6% ao ano, a contar da data da propositura da respectiva ação ou do protesto cambial".

Como se vê, o dispositivo legal retro citado somente admite a cobrança de juros à taxa máxima de 12% ao ano, nos contratos de

mútuo. Portanto, o exame da matéria reveste-se de importância, uma vez que a eventual não admissibilidade da cobrança da correção monetária, além de juros, pode possibilitar a punição segundo as disposições do retrocitado diploma legal, além de ocasionar a não dedutibilidade desta despesa (correção monetária), para fins de apuração do imposto de renda, na empresa tomadora do empréstimo, por não ter a sua exigibilidade amparo na lei, em virtude de ultrapassar a taxa máxima permitida.

No que tange às operações realizadas pelas instituições financeiras, o problema referente à cobrança de juros e outros encargos foi solucionado pela SÚMULA nº 596 do Colendo Supremo Tribunal Federal, assim redigida:

"596 -As disposições do Dec.nº 22.626 / 33 não se aplicam às taxas de juros e aos outros encargos cobrados nas operações realizadas por instituições públicas ou privadas que integram o sistema financeiro nacional".

Atinente aos empréstimos de dinheiro entre particulares, a 1ª Câmara do 1º Conse-

lho de Contribuintes do Ministério da Fazenda, chegou a não admitir a dedutibilidade de correção monetária incorrida, no Acórdão nº 64.530 de 26.03.73, assim decidido:

"Com efeito, é realmente anormal, não usual, a cláusula de correção monetária enxertada, sem autorização legal, em contratos de mútuo celebrados entre particulares. (RIR, art. 162 § 2º). Sua exigibilidade não tem o amparo da lei".

.....

A ressalva constante do item II (do art. 251, letra "g") quanto à introdução, nos contratos de empréstimos ali visados, de condição exemplificativa, de indexação ou correção monetária, não quer dizer que todas as pessoas jurídicas e não são as devidamente autorizadas por lei, possam livremente, por via de consequência, estipular correção monetária nos contratos de empréstimo que fizerem às pessoas referidas naquele dispositivo regulamentar".

De outra parte, a Lei nº 6.423 de 17.06.77 que estabelece base para correção monetária, no seu art. 1º, prescreve que:

"Art. 1º - A correção, em virtude de disposição legal ou estipulação de negócio jurídico, da expressão monetária de obrigação pecuniária somente poderá ter por base a variação nominal da Obrigação Reajustável do Tesouro Nacional - ORTN".

Não obstante, a judiciosa decisão retrocitada, temos para nós que a partir do advento da citada lei é perfeitamente legal e legítima a cobrança de correção monetária nos contratos de empréstimos celebrados entre particulares, mormente aqueles firmados entre controladora e controlada, em virtude do princípio comutativo inserto no art. 245 da Lei nº 6.404/76, já analisado anteriormente.

Conforme já dito, nas operações de mútuo realizadas entre empresas do "grupo de sociedades" constituído na forma do art. 265 da lei societária, não haveria necessidade da cobrança de juros e correção monetária, por ser inaplicável o princípio da comutativa

de previsto no art. 245 do Estatuto Societário.

e) Dedutibilidade de Despesas incorridas nos contratos de Empréstimos

Muitas vezes, a empresa controladora capta recursos no mercado financeiro e os repassa às suas subsidiárias. Têm-se levantado dúvidas quanto à dedutibilidade das despesas financeiras na apuração do imposto de renda da controladora e da controlada.

Quanto ao repasse de recursos financeiros efetuado pela controladora à controlada, sem se constituir "grupo de sociedades", o Parecer Normativo nº 43 de 23.11.81, firmou o entendimento de que as empresas usuárias desses recursos devem arcar com as despesas incorridas proporcionalmente aos capitais repartidos. Portanto, é vedada a contabilização do total dos encargos financeiros pagos às instituições financeiras, somente na empresa controladora.

Com efeito, o citado ato normativo da Receita Federal, esclarece que:

"14 - não é razoável - nem aceitável pelo Fisco - que a mediadora da operação obtenha proveito fiscal em decorrência de sua intercessão no negócio, como poderia ocorrer, por exemplo, se as despesas financeiras do financiamento ou a remuneração das debêntures fossem registradas como despesas operacionais da controladora. Destarte, os encargos financeiros pagos por esta, correspondentes às operações referidas, devem ser rateadas entre os beneficiários dos recursos na exata proporção dos capitais que forem repartidos".

Deflui do exposto que, na relação entre controladora e controlada, vige o princípio comutativo prescrito no art. 245 da Lei Societária, que veda o empréstimo de dinheiro a título gratuito, realizado entre elas, consoante já examinado no item próprio.

O mesmo entendimento (rateio de despesas e princípio comutativo), a nosso ver, não deve ser estendido às relações entre empresas componentes do "grupo de sociedades" formalmente constituído na forma do art. 265

do Estatuto Societário, pois aqui não vige o princípio comutativo, mas sim, o princípio da "combinação de esforços e recursos". Com efeito, o art. 276, § 2º, da Lei Societária, dispõe que:

"Art. 276 - A combinação de recursos e esforços, a subordinação dos interesses de uma sociedade aos da outra, ou do grupo, e a participação em custos, receitas ou resultados de atividades de empreendimentos, somente poderão ser opostos aos sócios minoritários das sociedades filiadas nos termos da convenção do grupo.

§ 2º - A distribuição de custos, receitas e resultados e as compensações entre sociedades, previstas na convenção do grupo, deverão ser determinadas e registradas no balanço de cada exercício social das sociedades interessadas".

Em vista do dispositivo legal retrocitado, infere-se que nos grupos de sociedades as despesas efetivamente incorridas por cada um dos seus componentes não têm correlação necessária com a receita que pretenda

auferir, antes, as imputações das despesas são determinadas por critérios estabelecidos na convenção do grupo, visando à realização do objeto do conjunto. Portanto, o balanço de cada empresa integrante do grupo deve registrar a distribuição de custos, receitas e resultados, conforme estritamente estipulada na convenção do grupo e não consoante sua livre escolha, e mesmo o rateio proporcional preconizado pelo citado Parecer Normativo nº 43/81.

Por sua vez, o art. 172, § único, do RIR/80, prescreve que:

"Art. 172 - Ao fim de cada período-base de incidência do imposto, o contribuinte deverá apurar o lucro líquido do exercício mediante a elaboração, com observância das disposições da lei comercial, do balanço patrimonial, da demonstração do resultado do exercício e da demonstração de lucros ou prejuízos acumulados.

§ Único - O lucro líquido do exercício deverá ser apurado com observância das disposições da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1.976".

Como se vê, a própria lei fiscal manda obedecer às disposições da lei comercial e, se esta admite expressamente os critérios convencionais de alocação de custos e receitas, tais critérios também vinculam o Fisco. Neste caso, o conceito de despesas necessárias (art. 191 do RIR/80) não deve ser interpretado segundo o princípio comutativo, mas, sim, consoante o princípio de subordinação ao interesse de conjunto.

II. Não incidência do I.O.F. (Imposto sobre Operações Financeiras)

Suscitam-se dúvidas se nos empréstimos de dinheiro efetuados por pessoas jurídicas a outras, seja com recursos próprios, seja mediante repasse de recursos captados no mercado financeiro, há incidência do I.O.F.

Inicialmente, esclarecemos que o citado imposto está previsto no art. 21, VI da Constituição Federal e nos artigos 63 e seguintes do CTN (Código Tributário Nacional). A sua evolução no sistema tributário nacional ocorreu com a Lei nº 5.143 de 20.10.66, Decreto-lei nº 1.783 de 18.04.80 e com a Resolução nº 619 de 29.05.80 do Banco Central.

Parece-nos que na operação sob exame não há incidência de IOF., em virtude da ausência do aspecto pessoal da hipótese de incidência desse tributo. Com efeito, os arts. 1º e 5º da Lei nº 5.143/66, prescreve que:

"Art. 1º - O imposto sobre operações financeiras incide nas operações de crédito e seguro, realizadas por instituições financeiras e seguradoras, e ...".

Art. 5º - São responsáveis pela cobrança do imposto e pelo seu recolhimento ao Banco Central do Brasil, ou a quem este determinar, nos prazos fixados pelo Conselho Monetário Nacional:

1 - nas operações de crédito, as instituições financeiras".

Portanto, de conformidade com o comando legal, na operação sob exame, não havendo interveniência de instituição financeira, como fornecedor de recurso, bem como responsável pelo recolhimento do imposto, não ocorre fato gerador desse tributo, pela inexistência do aspecto pessoal da respectiva

hipótese de incidência.

III. Distribuição Disfarçada de Lucros

Na vigência do RIR/75, o Fisco entendia que o empréstimo de dinheiro efetuado entre pessoas jurídicas sem a observância de determinadas condições configurava a "distribuição disfarçada de lucros".

Baseava o seu entendimento no art. 233, alíneas "a" e "g" do RIR/75, "in verbis":

"Art. 233 - Consideram-se formas de distribuição disfarçada de lucros ou dividendos pela pessoa jurídica (Lei nº 4.506/64, art. 72):

a) a alienação, a qualquer título, a acionista, sócio, dirigente ou participante nos lucros da pessoa jurídica, ou aos respectivos parentes ou dependentes, de bem ou direito por valor notoriamente inferior ao de mercado;

g) os empréstimos concedidos a qualquer das pessoas referidas na letra "a", se a pessoa jurídica dispuser de lucros acumulados ou reservas não

impostas pela lei..."

Com efeito, as alíneas "a" e "g" do dispositivo regulamentar retrocitado dispunha que configurava distribuição disfarçada de lucros, a "alienação, a qualquer título, a acionista, sócio, dirigente ou participante nos lucros da pessoa jurídica, ou aos respectivos parentes ou dependentes..." e "os empréstimos concedidos a qualquer das pessoas referidas na letra "a" ".

O Fisco entendia que a norma do art. 233 era ampla, aplicando-se tanto às pessoas físicas como às jurídicas, pois, tanto uma como outras, poderiam ser participantes nos lucros de pessoas jurídicas.

Todavia, o Poder Judiciário, acatando entendimento perfilhado por renomados mestres do Direito Tributário, como J.L. Bulhões Pedreira, Sampaio Dória, entre outros, firmou jurisprudência no sentido de que a norma legal se dirigia somente ao empréstimo feito pela pessoa jurídica às pessoas físicas e não entre pessoas jurídicas, com base nas expressões contidas nos artigos 233 e 235:

"... a acionista, sócio, dirigente ou participante nos lucros da pessoa jurídica, ou aos respectivos parentes ou dependentes..." e ... "sem prejuízo do imposto, multas e demais encargos legais que couberem à pessoa física beneficiada".

A nosso ver, o Poder Judiciário (Apelação Cível nº 31.440 do TFR e Agravo de Instrumento interposto desta decisão ao STF, cujo seguimento foi denegado), decidiu com acerto, pois, efetivamente, ninguém contesta que tanto as pessoas jurídicas como as físicas podem ser participantes nos lucros de uma empresa, porém, em hipótese alguma, as jurídicas podem ter parentes ou dependentes.

Ademais, nenhuma vantagem fiscal trazia às pessoas jurídicas que recebiam empréstimo ao invés de lucros, pois, nestas, tais lucros não eram objeto de nova tributação consoante prescrito no art. 223, alíneas "c" do RIR/75, assim como não eram tributados, também, os empréstimos.

Hodiernamente, a matéria está regulada pelos artigos 367 e 368, do RIR/80, que

dispõe:

"Art. 367 - Presume-se distribuição disfarçada de lucros no negócio pelo qual a pessoa jurídica:

V - empresta dinheiro a pessoa ligada se, na data do empréstimo, possui lucros acumulados ou reservas de lucros.

Art. 368 - O disposto no artigo anterior aplica-se a negócios entre a pessoa jurídica e pessoa física que seja:

I - seu sócio, administrador ou titular; ou

II - cônjuge, ou parente até o terceiro grau, inclusive afins das pessoas de que trata o inciso anterior".

Deflui-se dos textos legais retrocitados que, atualmente, somente configurava distribuição disfarçada de lucros, o empréstimo de dinheiro feito pela pessoa jurídica às físicas, enumeradas taxativamente no art. 368 do citado dispositivo regulamentar. Destarte,

em se tratando de empréstimos de dinheiro efetuados entre pessoas jurídicas, não há que se falar em distribuição disfarçada de lucros, tendo sido, portanto, definitivamente vencido, o entendimento do Fisco vigente na legislação anterior.

IV - Conclusões

Em face de todo o exposto, concluimos:

1. A operação de empréstimo de recursos próprios realizada entre controladora e controlada não infringe o Estatuto Bancário, desde que a mutuária não faça reaplicação desse recurso no mercado financeiro.

2. A reaplicação de recurso transferido da controlada à controladora e o repasse de recursos captados no mercado financeiro à controlada pela controladora infringem a Lei Bancária, o que não aconteceria, se as operações fossem realizadas no âmbito do "grupo de sociedades".

3. Em face do princípio comutativo, que rege a relação entre controladora e controlada, não é legítimo o empréstimo de dinheiro a título gratuito, porém, a operação seria perfeitamente viável dentro do

grupo de sociedades, desde que ela seja prevista na convenção do grupo.

4. A cobrança de juros e correção monetária calculada aos mesmos índices da ORTN, nos empréstimos de dinheiro realizadas entre controladora e controlada, não ofende a Lei de Usura, sendo tais despesas dedutíveis, para fins de apuração do imposto de renda.

5. No repasse de recursos captados no mercado financeiro realizado pela controladora à controlada, as despesas financeiras incorridas devem ser rateadas proporcionalmente aos capitais repartidos, o que seria dispensado, se a operação fosse realizada no âmbito do "seguro de sociedades".

6. Não há incidência do I.O.F. nas operações de empréstimo de dinheiro em que não haja intervenção de instituições financeiras.

7. Os empréstimos de dinheiro realizados entre pessoas jurídicas, mesmo a título gratuito, não configuram distribuição disfarçada de lucros.