

José Luís Bulhões Pedreira
Advogado

Carta-Parecer não atualizada

Rio de Janeiro, 25 de maio de 1988.

Ilmo. Sr.

Dr. Fulano da Silva
Diretor Financeiro da
Petroquímica ALPHA S.A.
Nesta

Prezado Senhor,

Respondo pela presente à consulta que formulou verbalmente nos seguintes termos:

A ALPHA opera empreendimento industrial na área da SUDENE, que goza de isenção do imposto de renda. Segundo a legislação em vigor essa isenção alcança apenas o "lucro da exploração" do empreendimento e não se estende aos resultados financeiros, rendimentos de participações societárias e resultados não operacionais.

A partir deste ano e durante os próximos exercícios -- quando será executado projeto de expansão das instalações industriais -- a ALPHA deverá contrair empréstimos e aumentar o montante das aplicações financeiras, com o consequente aumento de despesas e receitas financeiras. As projeções de suas demonstrações financeiras autorizam prever que, devido ao método de calcular o lucro da exploração prescrito pela legislação do imposto de renda em vigor, esse aumento de receitas e despesas financeiras terá por efeito o pagamento de imposto de renda sobre parte do lucro isento.

Para evitar esse efeito, os órgãos da administração da ALPHA estão considerando a solução de transferir para uma subsidiária, como subscrição de capital, parte das disponibilidades que geram receitas financeiras e variações monetárias ativas. Com essa separação dos ativos da ALPHA em duas pessoas jurídicas distintas, parte dos seus rendimentos financeiros passará a ser auferida pela subsidiária, permitindo a determinação correta

do lucro da exploração da ALPHA, sem confusão com o lucro originário dos rendimentos financeiros, que será tributado na subsidiária.

A ALPHA consulta se, de acordo com a legislação em vigor, essa separação de patrimônios com o fim de evitar a agregação na mesma pessoa jurídica de lucro isento e tributado é lícita ou se, ao contrário, constitui evasão ilícita do imposto, por violar a legislação tributária em vigor.

2. Desde sua instituição, a isenção de imposto de renda dos novos empreendimentos na área de atuação da SUDENE foi concedida às atividades industriais e agrícolas ali exploradas, e o Decreto nº 64.214/1969 confirmou que abrange os "rendimentos derivados da exploração do empreendimento especificamente reconhecido como beneficiado pela redução ou isenção" (art. 6º). A legislação sempre admitiu, todavia, o gozo da isenção pela pessoa jurídica que opera simultaneamente empreendimentos em outras regiões do País, ou exerce, na área da SUDENE, atividades não beneficiadas pela isenção, desde que sua contabilidade permita distinguir com clareza e exatidão o resultado dos empreendimentos isentos.

Respondendo a consulta, a Coordenação do Sistema da Tributação confirmou, em 1971 e 1973, que a isenção não se estendia a outras atividades na área da SUDENE (PN CST nº 503/71, item 2) nem às transações eventuais -- que correspondiam, na legislação da época, ao lucro não operacional -- (PN CST nº 64/73). Este último parecer apreciou hipótese de redução de 50% do imposto, mas aplicava-se, por seus fundamentos, à isenção.

3. A partir de meados da década de 1970, quando a difusão do mercado aberto levou a que a maioria das pessoas jurídicas contribuintes do imposto passassem a auferir renda financeira das suas disponibilidades, a Secretaria da Receita Federal (SRF) adotou a interpretação de que as receitas financeiras não estavam abrangidas pela isenção e deviam ser submetidas ao imposto. Essa orientação foi em parte motivada pela prática adotada por alguns contribuintes (com filiais no Nordeste e em outras regiões do País) de concentrarem as disponibilidades nos estabelecimentos cujo lucro era isento, com o fim de estender a isenção a essas receitas.

O Conselho de Contribuintes sancionou o critério adotado pela SRF, com a qualificação de que o lucro isento compreendia as receitas financeiras vinculadas a futuros pagamentos a curto prazo. Essa orientação do Conselho foi assim exposta na ementa do Acórdão nº 101-71.442, de 21.11.79, publicado no Diário Oficial de 04.01.1980:

"Razão da jurisprudência do Conselho para a não exclusão de certas receitas de vendas de resíduos industriais ou assemelhados e também para a manutenção do benefício sobre certas aplicações financeiras quanto visem a preservar o valor da moeda e estas, cumulativamente: (a) estejam vinculadas a compromissos da empresa a curtíssimo prazo; (b) sejam eventuais; (c) o seu percentual sejam mínimo em relação aos resultados da atividade incentivada; (d) a empresa também se utiliza de empréstimos, provando não ter objetivos de fazer aplicações financeiras."

4. O Decreto-lei nº 1.598/77 veio disciplinar a questão criando, no artigo 19, o conceito de "lucro da exploração", como base de cálculo da isenção ou redução do imposto, e definindo essa base como o lucro líquido do exercício ajustado pela exclusão (a) da parte das receitas financeiras que excedesse das despesas financeiras, (b) dos rendimentos e prejuízos das participações societárias e (c) dos resultados não operacionais. Os conceitos de "lucro líquido do exercício", "receitas financeiras", "despesas financeiras", "participações societárias" e "resultados não operacionais" eram definidos pela nova Lei de Sociedade por Ações (nº 6.404/1976) ou pelo próprio Decreto-lei.

Esse Decreto-lei sancionou, portanto, a orientação que vinha sendo adotada pela Secretaria da Receita Federal, com uma modificação: excluiu da isenção apenas o excesso de receitas financeiras em relação às despesas, e não todas as receitas. As receitas não operacionais correspondiam, na nova nomenclatura da Lei de Sociedades por Ações e na legislação tributária, às "transações eventuais", e a exclusão dos rendimentos e prejuízos de participações societárias explica-se porque o lucro da exploração é determinado a partir do lucro líquido do exercício (que compreende esses rendimentos e prejuízos), e não (como anteriormente) a partir do lucro tributável, que os excluía.

Conceitualmente, esse método de determinação do "lucro da exploração" assegurava corretamente a exclusão desses três tipos de resultado, desde que as receitas e despesas financeiras compreendessem apenas os juros reais, sem confusão com atualizações monetárias do principal. Mas como um dos efeitos da inflação é tornar difícil distinguir entre atualização do principal mutuado e juros reais, especialmente nas operações de desconto e empréstimos com correção monetária prefixada, o resultado da aplicação do método ficou sujeito a distorções em virtude da inflação em curso, e essas distorções foram agravadas com a aceleração da taxa de inflação nos últimos anos.

O regime de apuração do lucro real instituído pelo Decreto-lei nº 1.598/77, que compreende o procedimento de correção monetária das demonstrações financeiras, conceitua como espécies distintas de mutações patrimoniais:

a) as receitas e despesas financeiras, que compreendem juros, descontos e correção monetária prefixada;

b) as variações monetárias -- ativas e passivas -- que abrangem ajustes (em função da variação da taxa de câmbio ou de índice de atualização monetária) na expressão monetária do principal de créditos e dívidas; e

c) os ajustes de correção monetária (por ocasião do balanço) das contas do ativo permanente, do patrimônio líquido e dos estoques de imóveis destinados à venda, cujas contrapartidas formam o saldo (credor ou devedor) da conta de correção monetária criada pelo procedimento legal de correção das demonstrações financeiras.

Havendo estabilidade no nível geral de preços, as receitas e despesas financeiras compreendem apenas os juros reais, mas no curso da inflação os valores que (formalmente) são rendimentos ou custos financeiros compreendem, ao menos em parte, variações na expressão monetária do principal mutuado. As variações monetárias e o saldo da conta de correção monetária do balanço são mutações patrimoniais que -- por definição -- pressupõem a inflação, a indexação e a correção monetária das demonstrações financeiras.

5. Para efeito de determinar o lucro da exploração, o Decreto-lei nº 1.598/77 mandou excluir do lucro líquido do exercício apenas a diferença positiva entre receitas e despesas financeiras porque as variações monetárias podem -- dependendo das condições dos empréstimos e da estrutura de capitalização de cada pessoa jurídica contribuinte -- corresponder tanto a receitas e despesas financeiras quanto ao saldo da conta de correção monetária.

Com a aceleração da inflação, multiplicaram-se os exemplos de distorções na determinação do lucro da exploração segundo o artigo 19 do Decreto-lei nº 1.598/77: dependendo das condições dos empréstimos e das aplicações financeiras, o regime legal conduzia à não tributação de receitas financeiras reais ou submetia ao imposto parte do lucro derivado do empreendimento isento. Essas distorções ocorriam quando os empréstimos e aplicações não estavam sujeitos às mesmas condições, como, por exemplo, se a pessoa jurídica tomava empréstimo com variação monetária e fazia aplicação financeira com correção prefixada, ou vice-versa.

6. Esses fatos levaram as autoridades tributárias a alterarem por duas vezes o artigo 19 do Decreto-lei nº 1.598/77:

a) a primeira, pelo Decreto-lei nº 2.065/1983 (art. 20, I), que mandou acrescentar ao artigo 19 um item IV, prevendo a dedução também da parte das variações monetárias ativas que excedesse das passivas;

b) a segunda, pelo Decreto-lei nº 2.303/1986, que revogou esse item IV e deu nova redação ao item I: o lucro da exploração passou a ser determinado mediante a exclusão da "diferença positiva entre a soma das receitas financeiras com as variações monetárias ativas e a soma das despesas financeiras com as variações monetárias passivas".

As modificações procedidas consistiram em estender o tratamento das receitas e despesas financeiras às variações monetárias ativas e passivas. A princípio, apurando dois excessos separados -- entre receitas e despesas financeiras e entre variações monetárias ativas e passivas -- e depois um único excesso agregado.

7. A partir dessa segunda modificação, deixaram de ocorrer as distorções originárias da diversidade de condições de empréstimos e aplicações financeiras, mas, como a lei não mandou computar, simultaneamente, o saldo da conta de correção monetária do balanço, surgiu novo tipo de distorção, que varia com a estrutura de capitalização da pessoa jurídica.

A causa dessa distorção é a vinculação que pode existir entre (i) as variações monetárias e as correções prefixadas e (ii) o saldo da conta de correção monetária do balanço:

a) se a pessoa jurídica tem ativo permanente maior do que o patrimônio líquido, o ativo permanente é em parte financiado com capital de terceiros, e se esse capital está sujeito a atualização monetária, ao menos parte das variações monetárias passivas e/ou das despesas de correção monetária prefixada é compensatória do saldo credor da conta de correção monetária do balanço;

b) se o ativo permanente é menor do que o patrimônio líquido, a pessoa jurídica tem capital de giro próprio -- aplicado no ativo realizável -- que gera variações monetárias ativas. Parte dessas variações constitui, portanto, mutação patrimonial compensatória do saldo devedor da conta de correção monetária do balanço.

8. A origem e a evolução do artigo 19 do Decreto-lei nº 1.598/77 e as observações acima deixam evidente que o objetivo da lei tributária, ao instituir o "lucro da exploração", foi evitar que a isenção ou redução do imposto concedida e o resultado de determinados empreendimentos, inclusive os realizados na área da SUDENE, fosse estendida a outros rendimentos, como o saldo líquido dos juros reais.

O método adotado pela lei para excluir da isenção esses juros reais é, todavia, imperfeito, conduzindo a efeitos diferentes conforme a estrutura de capitalização da pessoa jurídica; e, no caso de contribuinte que tem capital de giro próprio, submete ao imposto parte do lucro derivado do empreendimento beneficiado, cuja isenção é assegurada pela lei. Essa é a situação da ALPHA, desde o ano passado: no balanço de dezembro de 1986, seu patrimônio líquido (de Cz\$ 12,7 bilhões) era inferior ao ativo

permanente (Cz\$ 14,0 bilhões), mas a partir de dezembro de 1987 seus balanços informam a existência de capital de giro próprio (Cz\$ 5,1 bilhões em dezembro de 1987 e Cz\$ 11,7 bilhões em março de 1988).

9. A ALPHA pode evitar esse efeito da imperfeição do método legal transferindo para uma subsidiária, como subscrição de capital social, parte dos seus ativos que geram receitas financeiras e variações monetárias ativas, pois:

a) as receitas e variações do capital assim transferido passarão a ser percebidas pela subsidiária, como pessoa jurídica distinta, e serão substituídas, na conta de resultado da ALPHA, por ajuste de correção monetária do investimento, que é excluído do lucro líquido do exercício para efeito de determinar o lucro da exploração;

b) na subsidiária, a correção monetária do capital social compensará a atualização monetária do principal das aplicações financeiras e o imposto incidirá apenas sobre rendimentos financeiros reais.

A solução implica, portanto, em alcançar, através da divisão do patrimônio da sociedade entre duas pessoas jurídicas distintas, a segregação de rendimentos financeiros reais que o Decreto-lei nº 1.598/77 procura obter mediante as exclusões previstas no seu artigo 19.

10. A adoção dessa solução parece-me perfeitamente lícita, pelas seguintes razões:

a) constitui princípio fundamental da nossa ordem jurídica que "ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei" (Const., art. 153, § 2º);

b) desse princípio resulta outro, próprio do Direito Tributário, de que o contribuinte que pode organizar sua atividade segundo duas ou mais formas diferentes, é-lhe lícito escolher a menos onerosa do ponto de vista fiscal, desde que essa forma não implique simulação nem fraude a norma legal expressa;

c) esse princípio do Direito Tributário é pressuposto na ampla utilização moderna do tributo como instrumento de política econômica, e não de arrecadação de receitas: frequentemente a lei cria incidências diferenciadas com o objetivo deliberado de obter que os agentes econômicos, ao procurarem pagar menos impostos, adotem o comportamento que a lei, no interesse geral, procura induzir o contribuinte a adotar;

d) no caso concreto, não se trata de evitar imposto que a lei tenha pretendido criar, e sim de impedir que o imposto incida sobre parcela de lucro que a lei declara isento, e cuja tributação resulta de imperfeição no método adotado para distinguir entre lucro isento e tributável;

e) acresce que a isenção de que goza a ALPHA tem prazo certo e, portanto, não pode ser revogada; por conseguinte, a tributação que se pretende evitar através da separação de patrimônios viola seu direito adquirido à isenção.

Vale destacar que essa solução de separar em duas pessoas jurídicas distintas atividades sujeitas a regimes tributários diferentes foi recomendada pela própria autoridade fiscal na tributação de empresas que exploram a agricultura, a pecuária e a criação de outros animais: pelo Parecer Normativo CST nº 145/1975, a Secretaria da Receita Federal pretendeu limitar o regime de alíquota reduzida, instituído pelo Decreto-lei nº 1.382/1974, às empresas constituídas exclusivamente para exploração das atividades relacionadas no artigo 1º do Decreto-lei nº 1.902/1969, ressaltando que a empresa que exercer outras atividades "poderá constituir uma empresa subsidiária exclusivamente para a exploração das atividades abrangidas pelo Decreto-lei nº 1.382/74, admitindo-se, como despesa operacional, valores razoáveis pagos à controladora, a título de aluguel e arrendamento, pela utilização de local e instalações de sua propriedade, se for o caso".

11. Quanto ao modo de implementar essa solução, cabe destacar que segundo o procedimento legal de correção monetária das demonstrações financeiras o valor do capital social é atualizado mensalmente, em função da variação da OTN. Por conseguinte, o capital financeiro contribuído pela

ALPHA para sua subsidiária no dia 1º de cada mês somente será corrigido monetariamente no dia 1º do mês seguinte, embora gere receitas financeiras ou variações monetárias durante todo o período. Vale dizer: durante o primeiro mês, a base de cálculo do imposto da subsidiária será um resultado nominal, que incluirá a atualização da expressão monetária do valor do capital aplicado.

Para evitar o agravamento da taxa real de imposto que resultará dessa base de cálculo inflacionada, é necessário que a ALPHA realize aumentos de capital somente nos últimos dias de cada mês. Com essa providência, a base de cálculo do imposto da subsidiária será apurada corretamente, pois haverá coincidência dos períodos de aplicação dos recursos financeiros e de correção monetária do capital social. Na ALPHA, o efeito será, todavia, auferir nesse primeiro mês as receitas financeiras que seriam geradas na subsidiária.

12. Com relação à hipótese aventada de a ALPHA usar para a formação do capital da subsidiária duplicatas de venda com vencimento em até 120 dias, parece-me que a solução de adotar, na conferência desses bens, o valor das duplicatas na data do seu vencimento não é aconselhável, pois:

a) com a inflação de quase 20% ao mês e as taxas de juros em vigor nos mercados financeiros do País, não há justificativa para avaliar as duplicatas pelo valor futuro -- na data em que a duplicata se tornará exigível -- que é bem inferior ao valor presente no momento da formação do capital da subsidiária;

b) a correção monetária do capital formado com as duplicatas avaliadas pelo valor futuro terá por efeito reduzir, indevidamente, o lucro real da subsidiária, pois as duplicatas não gerarão nem receita financeira nem variação monetária ativa até o vencimento e a correção monetária do capital social compensará rendimentos reais originários do restante do patrimônio da subsidiária.

Parece-me, todavia, que a ALPHA poderá formar o capital da subsidiária com as duplicatas avaliando-as pelo valor presente, isto é, o valor no vencimento descontado para a data da capitalização. Com esse critério de avaliação não haverá distorções no lucro da subsidiária, pois a

correção monetária do capital social compensará os rendimentos financeiros correspondentes à diferença entre os valores presente e futuro das duplicatas.

Na conta de resultado da ALPHA, a transferência das duplicatas pelo valor presente explicitará o custo financeiro das suas vendas a prazo, aumentando as despesas financeiras (e, conseqüentemente, reduzindo o excesso de receitas financeiras e variações monetárias ativas que deverá ser diminuído do lucro líquido do exercício, para determinar o lucro da exploração), enquanto que o capital da subsidiária dará origem a ajuste de correção monetária que compreenderá saldo devedor da conta de correção monetária. O efeito prático será semelhante ao da formação de capital da subsidiária com moeda, isto é, servirá para evitar que uma parte do lucro de exploração seja indevidamente submetida ao imposto de renda.

Colocando-me à disposição de V.Sa. para qualquer esclarecimento que julgue necessário, subscrevo-me,

Atenciosamente,