

Revista de Direito
Mercantil

Industrial
Econômico
Financeiro

Nova Série Ano XIX
N. 39 Julho-Setembro/1980



REVISTA DE DIREITO MERCANTIL INDUSTRIAL, ECONÔMICO E FINANCEIRO

Fundador:

WALDEMAR FERREIRA

Diretor:

PHILOMENO J. DA COSTA

Diretor Executivo:

FÁBIO KONDER COMPARATO

Conselho Editorial:

ANTONIO MERCADO JÚNIOR, DARCY ARRUDA MIRANDA JÚNIOR, EGBERTO LACERDA TEIXEIRA, FRAN MARTINS, GEORGE COELHO DE SOUZA, GERD WILLI ROTHMANN, HERNANI ESTRELLA, J. C. SAMPAIO DE LACERDA, JOÃO NASCIMENTO FRANCO, LUIZ GASTÃO PAES DE BARROS LEÃES, MAURO BRANDÃO LOPES, MODESTO SOUZA BARROS CARVALHOSA, NELSON ABRÃO, OSCAR BARRETO FILHO, PAULO BARBOSA LESSA, PAULO ROBERTO CABRAL NOGUEIRA, RODOLFO ARAÚJO, RUBENS REQUIÃO, RUY BARBOSA NOGUEIRA, RUY JUNQUEIRA DE FREITAS CAMARGO, SYLVIO MARCONDES, THEÓPHILO AZEREDO SANTOS, WALDIRIO BULGARELLI, PAULO SALVADOR FRONTINI, NEWTON DE LUCCA, VERA HELENA DE MELLO FRANCO

Coordenador:

WALDIRIO BULGARELLI

Secretários Executivos:

NEWTON SILVEIRA
VERA HELENA DE MELLO FRANCO

Registrada no Departamento de Polícia Federal sob n. 257.P.209/73.

Edição e distribuição da

EDITORA 
REVISTA DOS TRIBUNAIS

Rua Conde do Pinhal, 78 — Tels. (011) 37-8689 e 37-9772

01501 — São Paulo, SP.

SUMÁRIO

HOMENAGEM AO PROF. ERNESTO LEME

- Os mestres do Direito Comercial na Faculdade de Direito de São Paulo — Prof. Ernesto Leme 9

DOCTRINA

- Do regime legal da venda das ações de Sociedades de Economia mista pertencentes à União Federal — Arnaldo Wald 23
- Oferta de caução, em lugar de depósito em dinheiro, na concordata preventiva — Néelson Abrão 37
- As sociedades limitadas face ao regime do anonimato no Brasil — Egberto Lacerda Teixeira 40
- Problemas jurídicos das filiais de sociedades estrangeiras no Brasil e de sociedades brasileiras no exterior — Alberto Xavier 76
- O usufruto de ações ao portador e a posição da companhia emissora — José Alexandre Tavares Guerreiro 84
- Menor — Venda de ação — Plínio Paulo Bing 91
- Reservas, reserva de lucro e provisões — Benedito Garcia Hilário 96
- A teoria "ultra vires societatis" perante a Lei das Sociedades por Ações — Waldírio Bulgarelli 111

JURISPRUDÊNCIA

- Seguro — Correção monetária — Cabimento a despeito de não regulamentada a Lei 5.488, de 27.8.68 — Termo inicial — Comentário de Vera Helena de Mello Franco 127
- Formação de contrato preliminar suscetível de adjudicação compulsória — Comentário — Mauro Rodrigues Penteado 136
- Sociedade comercial — Responsabilidade limitada — Natureza — Cotas — Cessão — Falta de registro na Junta Comercial — Transformação em irregular — Solidariedade dos sócios cedentes — Ação de indenização procedente — Apelação provida — Voto vencido — Comentário de Carlos Alberto Senatore 183
- Marca comercial — Marcas semelhantes — Depósitos no Departamento Nacional da Propriedade Industrial — Registros pendentes — Carência de ação — Recurso provido — Comentário de Newton Silveira 190
- Sociedade por quotas de responsabilidade limitada — Sociedade civil — Prestação suplementar — "Déficit" da empresa — Responsabilidade subsidiária do sócio pelas obrigações sociais — Adoção, em face do art. 1.396 do CC, de forma estabelecida nas leis comerciais, ressalvada a obediência a textos da lei civil, entre os quais se inclui o art. 19, IV — Recurso extraordinário não conhecido — Comentário de José Alexandre Tavares Guerreiro 192

ATUALIDADES

- Comentários sobre o projeto de Lei 1.734, de 1979, do Deputado Federal Jorge Arbage — Newton de Lucca 203
- Empréstimo compulsório — Correção monetária — Sua contabilização e efeitos fiscais — Luiz Mélega 213
- Sobre a opção de compra de ações — José Alexandre Tavares Guerreiro 226

ÍNDICE REMISSIVO

231

COLABORAM NESTE NÚMERO:

ALBERTO XAVIER

Ex-Professor da Faculdade de Direito de Lisboa — Professor do Curso de Pós-Graduação da PUC de São Paulo — Presidente do Gabinete de Estudos Jurídicos do Investimento Internacional e Advogado no Rio de Janeiro e em São Paulo.

ARNOLDO WALD

Catedrático de Direito das Faculdades de Direito da Universidade do Rio de Janeiro, Universidade do Estado da Guanabara e Universidade Federal Fluminense e da Faculdade de Ciências Jurídicas do Rio de Janeiro.

BENEDITO GARCIA HILÁRIO

Advogado em São Paulo.

CARLOS ALBERTO SENATORE

Mestre em Direito Comercial pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

EGBERTO LACERDA TEIXEIRA

Advogado em São Paulo.

ERNESTO LEME

Professor Catedrático Aposentado de Direito Comercial e Professor Emérito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

JOSÉ ALEXANDRE TAVARES GUERREIRO

Advogado em São Paulo.

LUIZ MÉLEGA

Advogado em São Paulo.

MAURO RODRIGUES PENTEADO

Mestre em Direito Comercial pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo — Professor assistente de Direito Comercial da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

NELSON ABRÃO

Professor Livre-Docente de Direito Comercial da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

NEWTON SILVEIRA

Mestre em Direito Comercial pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo — Diretor da "Cruzeiro do Sul/Newmarc, Patentes e Marcas" — Secretário Geral Adjunto do IIDA — Instituto Interamericano de Direito de Autor — Advogado e Procurador junto ao Instituto Nacional da Propriedade Industrial.

PLÍNIO PAULO BING

Advogado no Rio Grande do Sul.

VERA HELENA DE MELLO FRANCO

Mestre em Direito Comercial pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

WALDÍRIO BULGARELLI

Bacharel, Doutor, Livre-Docente e Professor Adjunto de Direito Comercial pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo — Professor dos Cursos de Graduação e Pós Graduação da Faculdade de Direito da USP — Professor Titular de Direito Comercial da Faculdade de Direito da Universidade Mackenzie — Membro do Instituto Brasileiro de Direito Comercial Comparado e Biblioteca Tullio Ascarelli; do Instituto Paulista de Direito Agrário; do Instituto dos Advogados de São Paulo e do Instituto dos Advogados Brasileiros.

EMPRÉSTIMO COMPULSÓRIO — CORREÇÃO MONETÁRIA SUA CONTABILIZAÇÃO E EFEITOS FISCAIS

LUIZ MÉLEGA

1. Como se sabe a União foi autorizada a constituir a Eletrobrás pela Lei 3.890-A, de 25.4.1961, cujo art. 9.º assim declarava: “A Sociedade poderá emitir, até o limite do dobro de seu capital social, obrigações ao portador, com ou sem garantia do Tesouro Nacional”.

1.1. Na técnica do Decreto 117-A, de 15.9.1893, “obrigações ao portador” e “debêntures” eram expressões sinônimas. Com efeito, o referido Decreto declarou na sua ementa que “regula a emissão de empréstimos em obrigações ao portador (debêntures) das companhias ou sociedades anônimas”, e dispôs no seu art. 1.º: “As companhias ou sociedades anônimas poderão emitir empréstimos em obrigações ao portador (debêntures), de conformidade com o disposto nesta Lei”.

Preceituou o § 1.º que a emissão de tais obrigações tem como garantia todo o patrimônio da Sociedade. Outros dispositivos estabeleceram os requisitos formais que esses títulos devem possuir e as normas de processamento de sua emissão.

De relance se verifica, na ementa do Decreto e no texto do seu art. 1.º que obrigações ao portador e debêntures são, pois, expressões sinônimas.

1.2. E como está dito no art. 9.º da Lei 3.890-A/61, citada, que a Eletrobrás poderá emitir *obrigações ao portador*, está dito, *ipso facto* que esses títulos são debêntures, na definição do diploma legislativo que regulou a emissão de tais títulos.

Não se descure que a Eletrobrás é uma sociedade anônima. A totalidade de seu capital foi subscrita de início pela União, que se reservou, nas emissões posteriores de ações, subscrever no mínimo 51% delas (art. 7.º da Lei 3.890-A/61). Essas circunstâncias caracterizaram a *Eletrobrás*, sucessivamente, como *empresa pública e sociedade de economia mista*, ambas estas entidades dotadas de personalidade jurídica de direito privado, na definição trazida pelo art. 1.º do Decreto-lei 900, de 29.9.1969.

Aliás, o art. 1.º da própria Lei 3.890-A/61, que autorizou a União a constituir a Eletrobrás, declara textualmente que ela seria uma *sociedade por ações*.

De concluir, portanto, que aquelas “obrigações ao portador” de que fala o citado art. 9.º são idênticas a quaisquer outras emitidas pelas sociedades anônimas em geral, e se intitulam, indiferentemente, “obrigações ao portador” ou “debêntures”, na técnica da legislação retrocitada.

1.3. Nem lhe desnaturou a figura jurídica o fato de tais debêntures corresponderem a um empréstimo compulsório, juridicamente possível, naqueles tempos, em face da Constituição então vigente.

Com efeito, a Lei 4.156, de 28.11.1962, estabeleceu no art. 4.º esse empréstimo compulsório, arrecadável com as contas de consumo de energia elétrica, as quais, exibidas à Eletrobrás, facultavam ao consumidor receber dela as obrigações ao portador correspondentes ao empréstimo.

Essa exigência compulsória ia até 1968, as obrigações seriam resgatáveis dentro do prazo de 10 anos e venciam juros de 12% (doze por cento) ao ano.

O referido art. 4.º foi alterado pela Lei 4.364, de 22.7.1964, e pelo art. 5.º da Lei 4.676, de 16.6.1965, em pontos que não são essenciais a este estudo.

A Lei 5.073, de 18.8.1966, prorrogou, no seu art. 2.º, até 31.12.1973, a exigência da tomada compulsória das obrigações da Eletrobrás; determinou, ainda, que a partir de 1.º.1.1967, as obrigações seriam resgatáveis em 20 anos, vencendo juros de 6% (seis por cento) ao ano, e, finalmente, estabeleceu a correção monetária desses títulos, na mesma base da correção monetária do ativo imobilizado das empresas (art. 3.º da Lei 4.357, de 16.7.1964).

Essa correção incide sobre o valor nominal das obrigações, para efeito do pagamento periódico dos juros e para efeito de determinar o valor de resgate na ocasião oportuna.

1.4. Ficou assegurada a responsabilidade solidária da União, em qualquer hipótese, pelo valor nominal dos títulos, os quais têm assim dupla garantia, da empresa e da União, garantia que, dessa forma, supera aquela das debêntures comuns. A estas deu a lei vigente à época as seguintes características essenciais: são emitidas pelas sociedades anônimas, com garantia de todo o seu patrimônio, em cobertura de um empréstimo público, possuindo obrigatoriamente certos requisitos formais que a lei estabelece.

Possuem todas essas características as obrigações ao portador da Eletrobrás, tendo ainda, por contrapeso, a garantia da União.

Necessário é que se faça esta distinção: uma coisa é o *empréstimo*, outra coisa é a *debênture* que lhe dá cobertura.

Não se desfigura a debênture, assim, pelo fato de o empréstimo não ser lançado à subscrição facultativa do público, mas exigido em caráter compulsório.

1.5. Convém notar, ainda, que a Constituição vigente somente permite empréstimo compulsório, que aliás tem o caráter de tributo, nos casos especiais definidos em lei complementar (art. 21, § 2.º, II).

Certamente com o propósito de eliminar alegações no sentido de que o empréstimo compulsório em favor da Eletrobrás não guarda compatibilidade com a Carta Magna em vigor, promulgou-se a Lei complementar 13, de 11.10.1972, que no seu art. 2.º ratificou e manteve a cobrança do empréstimo compulsório, efetuada com base na Lei 4.156/62.

Não alterou os termos do problema o advento da Lei 4.728, de 14.7.1965, que disciplinou o mercado de capitais, cujo art. 26 declara, numa linguagem que não *prima* pela correção:

“As sociedades por ações poderão emitir debêntures, ou obrigações ao portador ou nominativas endossáveis, com cláusula de correção monetária” etc.

Além dessa norma, preceituou o art. 44:

“As sociedades anônimas poderão emitir debêntures ou obrigações assegurando aos respectivos titulares o direito de convertê-las em ações do capital da sociedade emissora”.

O que se pode inferir daí é que “debêntures” que se identificavam, na sistemática legislativa anterior, com “obrigações ao portador”, passaram a identificar-se simplesmente com “obrigações” de emissão das sociedades anônimas.

Verificou-se, assim, a existência, desde então, de obrigações ou debêntures ao portador, nominativas endossáveis e conversíveis em ações.

1.6. Promulgada a Lei 6.404, de 15.12.1976 (Nova Lei das Sociedades por Ações), passaram a ser admitidas quatro espécies de debêntures: a) com garantia flutuante; b) com garantia real; c) sem preferência (quirografárias); d) subordinadas aos demais credores da companhia. A garantia flutuante assegura à debênture privilégio sobre o ativo da companhia, não impedindo, porém, a negociação dos bens que compõem esse ativo. As garantias flutuante e real podem ser cumulativas. A debênture que não gozar de garantia poderá conter cláusula de subordinação aos credores quirografários, preferindo apenas aos acionistas no ativo remanescente, se houver, em caso de liquidação da companhia. A obrigação de não alienar ou onerar bem imóvel ou outro bem sujeito a registro de propriedade, assumida pela companhia na escritura de emissão de debêntures, é oponível a terceiros se averbada no competente registro. Foi permitida a emissão de debênture conversível em ação, com cláusula de correção monetária e ainda com cláusula de vencimento somente na ocorrência de inadimplemento da obrigação de pagar juros ou na dissolução da companhia.

Como regra, o valor total das emissões de debêntures não poderá ultrapassar o capital social da companhia.

As debêntures podem ser emitidas na forma ao portador e endossável. As empresas ganharam ampla liberdade, no regime da nova lei, na definição das vantagens conferidas pelas debêntures aos seus titulares, podendo emitir títulos sem vencimento prefixado, sujeito à ocorrência de certos eventos, com juros fixos ou variáveis, correção monetária e participação nos lucros (arts. 52 a 65 da Lei 6.404/76).

1.7. Recolhe-se, do que foi exposto, que aquelas "obrigações ao portador" da Eletrobrás não perderam as suas características iniciais e passaram a identificar-se com a expressão "debêntures ao portador", com correção monetária, em face do que dispôs a Lei 5.073/66, citada.

Convém assinalar que o art. 1.º da Lei 5.824, de 14.11.1972, determinou que o empréstimo objeto deste estudo, passasse a ser cobrado, a partir de 1.º.1.1974 até 31.12.1983, sob forma de percentual sobre a tarifa fiscal de consumo industrial de energia elétrica.

2. Com o advento do Decreto-lei 1.512, de 29.12.1976, o empréstimo compulsório instituído em favor da empresa referida passou a ser exigido na forma desse diploma legal. O montante das contribuições de cada consumidor industrial, apurado sobre o consumo de energia elétrica verificado em cada exercício, passou a constituir um *crédito* a título de empréstimo compulsório, resgatável no prazo de vinte anos, vencendo juros de seis por cento ao ano. O crédito referido é corrigido monetariamente, na forma do art. 3.º da Lei 4.357/64, para efeito de juros e de resgate. Os juros são pagos anualmente, no mês de julho aos consumidores industriais contribuintes, pelos concessionários distribuidores, mediante compensação nas contas de fornecimento de energia elétrica, com recursos que a Eletrobrás lhes creditará. A Eletrobrás, através de Assembléia Geral, foi autorizada no vencimento do empréstimo ou antes, a convertê-lo em participação acionária, emitindo ações preferenciais nominativas de seu capital. As vantagens dessas ações são as do § 3.º do art. 6.º da Lei 3.890-A/61,

com a redação do art. 7.º do Decreto-lei 644 de 23.6.1969: prioridade no reembolso do capital e na distribuição de dividendos de 6% (seis por cento), ao ano, sem direito de voto.

Tais ações serão gravadas com a cláusula de inalienabilidade até o vencimento do empréstimo, podendo essa restrição ser suspensa pela Eletrobrás, mediante decisão de sua Assembléia Geral. A conversão em ações preferenciais do crédito atrás referido, bem como a de que trata o § 10 do art. 4.º da Lei 4.156/62, na redação que lhe deu o art. 5.º do Decreto-lei 644/69 (possibilidade de conversão em ações preferenciais das obrigações emitidas no regime anterior), será feita pelo valor corrigido do crédito ou do título, pagando-se em dinheiro o saldo que não corresponder a número inteiro de ação.

3. Verifica-se pelo acima exposto que o empréstimo compulsório em favor da Eletrobrás obedeceu a dois regimes diferentes: a) com emissão de obrigações ou debêntures; b) mediante a constituição de crédito. Para qualquer dos dois regimes foi prevista a correção monetária e o vencimento de juros. Esses rendimentos até um certo momento sofreram o desconto do imposto de renda na fonte à alíquota de 10% (dez por cento), conforme art. 15, § 2.º, do Decreto-lei 1.089, de 2.3.1970. Após o advento do Decreto-lei 1.560, de 30.6.1977, tais rendimentos continuaram a sofrer o desconto do imposto de renda na fonte, à alíquota de 10% (dez por cento), mas agora como antecipação do tributo apurado na declaração anual de rendas.

3.1. Com a instituição do *sistema de crédito*, introduzido pelo Decreto-lei 1.512/76, sistema esse vigente a partir de 1978, cessou o desconto do imposto de renda na fonte. Isso porque não foi prevista pelo referido Decreto-lei essa retenção, sendo certo que o art. 15 e § 2.º do Decreto-lei 1.089/70, com a redação dada pelo Decreto-lei 1.560/77, referem-se apenas à tributação na fonte dos *rendimentos das obrigações ao portador emitidas pela Eletrobrás*.

3.2. Pelo que ficou acima exposto, constata-se que as obrigações ao portador de emissão da Eletrobrás, em decorrência do empréstimo compulsório, embora identificando-se com as debêntures reguladas pela legislação atrás citada, jamais estiveram sujeitas ao regime fiscal destas últimas, que se incluem entre os chamados títulos de renda fixa, cuja tributação está atualmente regulada pelos arts. 1.º, 5.º e 17 do Decreto-lei 1.494, de 7.12.1976 e Resolução BCB/399, de 22.12.1976.

4. Os esclarecimentos constantes dos itens anteriores, sobre a natureza jurídica das debêntures ou obrigações ao portador, tiveram por finalidade assinalar que esses títulos não se confundem com as ações que compõem o capital social das companhias, o que nos parece de relevante importância para a classificação contábil dos mesmos e seus reflexos na composição do lucro tributável pelo imposto de renda.

5. Não obstante eventuais opiniões em contrário, entendemos que tanto as *obrigações* como os *créditos* gerados pelo empréstimo compulsório instituído a favor da Eletrobrás, têm a sua classificação contábil no ativo realizável a longo prazo, tal como o conceitua o art. 179, item II, da Lei 6.404/76 (Nova Lei das Sociedades por Ações), segundo o qual serão classificados sob esse título "os direitos realizáveis após o término do exercício seguinte, assim como os derivados de vendas, adiantamentos ou empréstimos a sociedades coligadas ou con-

troladas, diretores, acionistas ou participantes no lucro da companhia, que não constituírem negócios usuais na exploração do objeto da companhia”.

Nesse particular aderimos à orientação constante do item 11 do Parecer Normativo CST/108, de 28.12.1978, que embora reconhecendo que as obrigações e o crédito gerados pelo empréstimo compulsório em favor da Eletrobrás possam ter algumas características de investimento, tais aplicações melhor se amoldam no realizável a longo prazo, porque, diferentemente de outras aplicações, cuja permanência depende da intenção do investidor, a recuperação do empréstimo de natureza compulsória se faz em prazo certo, podendo ser convertido em participação acionária, ou resgatado antes do seu vencimento.

Em reforço desse entendimento pode ser apontada a valiosa opinião de Sérgio Approbato Machado no magnífico trabalho denominado *As Demonstrações Financeiras e a Lei das Sociedades Anônimas*, item 07.03, divulgado pela Ed. Resenha Universitária, S. Paulo, 1977, como Estudo n. 6 da Lei das Sociedades por Ações, Coordenação de Geraldo de Camargo Vidigal e Ives Gandra da Silva Martins. Confira-se também a lição de Modesto Carvalhosa e Nilton Latorraca em *Comentários à Lei de Sociedades por Ações*, 6.º vol., p. 30, ed. Saraiva e de Américo Oswaldo Campiglia in *Comentários à Lei das S.A.*, 5.º vol., pp. 88-89, ed. Saraiva.

5.1. No item 11 do Parecer Normativo acima referido, o parecerista diz que, quando as *obrigações* tiverem cláusula de correção monetária, esta deve ser apropriada anualmente. O mesmo raciocínio parece que necessariamente se aplica ao *crédito*, pois tanto este, como as obrigações têm a sua origem no mesmo fato econômico: o empréstimo compulsório, cuja natureza tributária não faz mister discutir aqui (art. 21, § 2.º, II, da Constituição Federal), embora possa concorrer para definir a sua exata classificação contábil.

5.2. Parece óbvio que o parecerista não está prescrevendo ao titular das *obrigações* e do *crédito* uma norma ou um procedimento contábil, mesmo porque, segundo o disposto no art. 185, § 1.º, “a” e “b”, da Lei 6.404/76, a correção monetária abrange o custo de aquisição do *ativo permanente* e os saldos das contas do *patrimônio líquido*; não as contas do ativo realizável a longo prazo ou do ativo circulante.

Ainda mais: é exigência do art. 183, I, da mesma Lei 6.404/76, que os direitos e títulos de crédito, bem como quaisquer valores mobiliários não classificados como investimentos, sejam avaliados no balanço pelo custo de aquisição ou pelo valor do mercado, se este for menor; excluem-se os já prescritos e fazem-se as provisões adequadas para ajuste ao valor provável de realização, sendo admitido o aumento do custo de aquisição, até o limite do valor do mercado, para registro de correção monetária, variação cambial ou juros acrescidos.

5.3. Como ficou dito no item 7 da Exposição de Motivos que acompanhou o projeto que se converteu no Decreto-lei 1.598, de 26.12.1977, a lei das sociedades por ações seguiu a orientação de manter nítida separação entre a escrituração comercial e a fiscal, porque as informações sobre a posição e os resultados financeiros das sociedades são regulados na lei comercial com objetivos diversos dos que orientam a legislação tributária. O Decreto-lei 1.598/77 assegurou essa distinção mediante criação do livro auxiliar destinado à apuração do lucro real (art. 8.º). A determinação desse lucro real continua a basear-se na escritu-

ração comercial, porém os ajustes do lucro líquido do exercício, que forem necessários para a determinação do lucro real, assim como os registros contábeis para efeito exclusivamente fiscal, não modificam a escrituração comercial, porque serão feitos no livro de apuração do lucro real.

Nada impede, por isso mesmo, quando necessário, que a lei fiscal adote, para a apuração do lucro tributável, conceitos ou procedimentos diversos daqueles instituídos pela legislação do direito societário, respeitados os limites do art. 110 do CTN.

A lei tributária poderia, em face disso, e mais pela já indiscutida autonomia do direito tributário, instituir, para efeitos fiscais, a obrigação do titular dos direitos de crédito provenientes do empréstimo compulsório à Eletrobrás corrigir anualmente, esses direitos, com base nos índices utilizados por essa entidade. Não o fez, porém, no nosso modo de ver. E só a lei poderia criar essa obrigação porque dela resulta conseqüências tributárias subordinadas à estrita reserva legal (§ 29 do art. 153 da CF).

E nem parece correto dizer que a definição de lucro real constante do art. 6.º do Decreto-lei 1.598/77, justificaria a inclusão da correção monetária do empréstimo compulsório à Eletrobrás, para efeitos fiscais, na hipótese dessa correção monetária não ser contabilizada. Isso porque as adições ali referidas, tanto quanto as exclusões são aquelas elencadas nos arts. 222 e 223, respectivamente, do Decreto 76.186, de 2.9.1975 (atual Regulamento do Imposto de Renda) e outras eventual e expressamente constantes de legislação específica. Em nenhum dispositivo dessa legislação está dito que a correção monetária do empréstimo compulsório, não contabilizada, deve ser adicionada ao lucro real para o efeito da tributação.

O art. 18 do Decreto-lei referido não serve a esse propósito, porque ele determina apenas o cômputo das contrapartidas das variações monetárias, que tanto podem ser obrigatórias, como facultativas. E no caso de empréstimo compulsório aqui discutido, é *facultada* e não *obrigatória* a atualização do custo do empréstimo para registro da correção monetária até o valor de mercado. E nem seria de utilidade, no caso, o apelo ao § 1.º, “a”, do art. 187 da Lei 6.404/76, porque a regra ali constante só pode referir-se a rendimentos, receitas ou ganhos efetivamente recebidos ou *creditados*. Além do mais o princípio consubstanciado no art. 183, I, da mesma lei, deve ser registrado como exceção à regra antes mencionada.

5.4. Como esclarecem José Luiz Bulhões Pedreira e Manoel Ribeiro da Cruz Filho, no *Manual da Correção Monetária das Demonstrações Financeiras*, 2.ª tiragem, p. 28, o art. 39 do Decreto-lei 1.598/77 não inclui entre as contas sujeitas a correção monetária as que registrem créditos ou obrigações em moeda nacional sujeitos a correção, indexados ou em moeda estrangeira. Esses créditos e obrigações devem ser atualizados na data do balanço, segundo dispõem os arts. 183, I e 184, II e III, da Lei 6.404/76.

As variações monetárias decorrentes da atualização são computadas na determinação do lucro operacional, por força do disposto no art. 18 do citado Decreto-lei 1.598/77.

Mas essa atualização não constitui parte do procedimento legal da correção monetária das demonstrações financeiras. A lei distingue entre variações mone-

tárias e correção monetária das demonstrações porque: a) as variações decorrem de disposições legais ou contratuais que regulam os créditos e obrigações, que podem seguir critérios diferentes da base adotada para a correção monetária das demonstrações financeiras; b) as variações monetárias são receitas ou despesas que resultam dos critérios de avaliação de elementos do ativo e passivo circulante ou a longo prazo, enquanto que a correção monetária apenas atualiza o custo histórico de elementos estáveis da estrutura financeira do patrimônio. Embora as variações monetárias de créditos e obrigações sejam consideradas para efeito de determinar a existência de lucro inflacionário, a lei, continuam aqueles dois especialistas, considerando sua natureza distinta da correção monetária do custo histórico, orientou-se no sentido de separá-las com nitidez na demonstração do resultado do exercício, a fim de fornecer ao leitor informações adicionais para análise dos resultados da pessoa jurídica.

6. Não padece dúvida, em face do que dispõe o art. 18 do Decreto-lei 1.598/77, que devem ser incluídas no lucro operacional as contrapartidas das variações monetárias, em função da taxa de câmbio ou de índices ou coeficientes aplicáveis, por disposição legal ou contratual, dos direitos de crédito. As variações monetárias decorrem da atualização dos direitos de crédito do contribuinte e, por igual, das suas obrigações, conforme ficou esclarecido no item 3 do Parecer Normativo CST/86, de 26.9.1978, da Coordenação do Sistema de Tributação.

O *crédito* e as *obrigações* que se originaram, ou que se originarem do empréstimo compulsório devido a Eletrobrás, não podem fugir à conceituação de *direitos de crédito*, assim para os efeitos do que dispõe o art. 183, I, da Lei 6.404/76, como para as conseqüências previstas no art. 18 do Decreto-lei 1.598/77.

Certamente foi baseado neste último dispositivo, que o autor do Parecer Normativo CST/108/78, afirmou que a correção monetária dos créditos originados do empréstimo compulsório da Eletrobrás deve ser apropriada anualmente. Em outra linguagem isso quer dizer que as variações monetárias desses direitos de crédito, quer estejam representados por obrigações ou títulos de outra natureza, influenciarão o lucro operacional, anualmente, como decorrência da atualização desses créditos na data do balanço. Mas parece de óbvia evidência que para haver contrapartida é preciso que ocorra a variação monetária.

6.1. Em primoroso trabalho publicado na revista "CEFIR", abril/1979, pp. 7 e seguintes, Jorge Gusman Ascêncio, procura demonstrar incorreção no Parecer Normativo CST/108/78, na parte em que alude à obrigação de ser apropriada anualmente a correção monetária das obrigações emitidas em decorrência do empréstimo compulsório à Eletrobrás.

Não obstante o brilho dos argumentos desenvolvidos, quer nos parecer que a lei fiscal não está em oposição à legislação societária. Esta estabelece determinados critérios para a avaliação, no balanço, dos direitos e títulos de crédito. Aquela determina que as variações decorrentes dessa avaliação sejam consideradas na determinação do lucro operacional.

O ilustre autor do parecer divulgado pela "CEFIR" vê nesse procedimento uma irregularidade, porque a Eletrobrás estaria cobrando, na fonte, o imposto de renda sobre a totalidade da correção monetária quando do resgate das obri-

gações, o que resultaria na duplicidade do tributo se a mesma correção monetária fosse anualmente apropriada.

Essa correção monetária é feita através de uma fórmula que leva em conta uma unidade padrão representativa dos créditos corrigidos (art. 3.º, parágrafo único do Decreto 81.668, de 16.5.1978 e Resolução da Eletrobrás n. 120/79, de 14.2.1979).

Não é dessa forma que interpretamos a parte final do item 11 do já referido Parecer Normativo CST/108/78. Para nós o que ali está dito significa nada mais, nada menos do que uma afirmação no sentido de que, ocorrendo variação monetária em decorrência da avaliação dos direitos de crédito, essa variação deverá ser anualmente considerada na determinação do lucro operacional. E essa variação pode ocorrer, já que, nos termos da parte final do inciso I do art. 183 da Lei 6.404/76, o titular do direito de crédito pode aumentar o custo de aquisição, até o limite do valor do mercado, para registro de correção monetária, variação cambial ou juros acrescidos.

O que o art. 18 do Decreto-lei 1.598/77 exige, no caso em discussão, é que sejam incluídas no lucro operacional as contrapartidas das variações monetárias, obviamente quando tais variações ocorrerem por força da avaliação determinada pela lei societária ou por ela permitida, já que no caso não se trata de correção com base contratual. Compreende-se que adotado esse critério de avaliação, ele deve ser seguido anualmente, a bem da uniformidade dos balanços.

6.2. A Coordenação do Sistema de Tributação ou qualquer outro órgão da administração fazendária não pode, como já afirmado, impor aos contribuintes normas de direito privado. Pode, isso sim, interpretar as disposições das leis tributárias. Por isso mesmo não se deve ver nas conclusões do Parecer Normativo CST/108/78 senão uma forma de conciliação dos dispositivos da nova lei das sociedades por ações com o art. 18 do já tantas vezes mencionado Decreto-lei 1.598/77, artigo esse que, ao que tudo indica, tem como pressuposto o ganho pelo menos juridicamente disponível.

E parece que a interpretação que atribuímos àquela conclusão alcança esse objetivo, porque o aumento do custo de aquisição dos direitos de crédito, para registro de correção monetária, etc., até o limite do valor de mercado é *admitido*, o que vale dizer que é *facultado*, não *obrigatório* (art. 183, I, parte final da Lei 6.404/76).

E é isso o que está escrito na parte final do item 4.3 do Parecer Normativo CST/61, de 12.9.1977, onde está expressa a idéia de que atualização do valor de aquisição das obrigações emitidas pela Eletrobrás é uma *faculdade* e não uma *obrigação* do contribuinte titular de tais direitos.

E nem se diga que esse Parecer Normativo foi editado na vigência de legislação agora desatualizada, pois a matéria relativa à contabilização de contrapartidas decorrentes de variações monetárias tem seu assento no art. 14, § 2.º, do Decreto-lei 1.338, de 23.7.1974. A legislação atual apenas manteve o princípio instituído faz mais de um lustro pelo diploma legal atrás referido.

Deve ser notado, ainda, que o autor do Parecer Normativo CST/108/78, no final do item 11 desse ato normativo, diz que *quando* as obrigações tiverem cláusula de correção monetária, esta deve ser apropriada anualmente. É evidente que o parecerista não podia ignorar que as obrigações emitidas pela Eletrobrás,

em razão do empréstimo compulsório, estão sujeitas à correção monetária em virtude de disposição legal. Esse fato leva a crer que a observação final do item 11 do questionado Parecer Normativo tem sentido bem diverso do que aparenta, isto é, essa observação final significa que o titular do direito de crédito *pode* corrigi-lo; *quando* o fizer a contrapartida da variação monetária irá afetar o lucro operacional.

6.3. Ainda que se admitisse, simplesmente como base de argumentação, que a atualização monetária dos direitos de crédito em questão é anualmente obrigatória, não vemos como se poderia chegar à chamada *bitributação econômica* aludida pelo ilustre autor do parecer publicado na revista "CEFIR" antes referida. Isso porque se a correção monetária é feita anualmente, já não haveria possibilidade da Eletrobrás efetuar o desconto do imposto de renda na fonte sobre a correção acumulada, porque um regime exclui o outro. Todas as disposições legais que disciplinam o recolhimento do imposto de renda sobre os rendimentos pagos pela Eletrobrás em decorrência do empréstimo compulsório por ela lançado, são de indiscutível natureza tributária, como o é o art. 18 do Decreto-lei 1.598/77. Admitindo-se que este dispositivo exige a contabilização anual da correção monetária dos direitos de crédito aqui discutidos, com todos os efeitos fiscais dela decorrente, poderíamos admitir que estariam implicitamente revogadas as disposições legais ou regulamentares que determinam à Eletrobrás a retenção do imposto de renda na fonte por ocasião do resgate dos títulos.

Caberia então a aplicação do disposto no § 1.º do art. 2.º da Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-lei 4.657, de 4.9.1942) segundo o qual a lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, *quando seja com ela incompatível* ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior.

Mais ainda: o possível desconto do imposto de renda na fonte, pela Eletrobrás, sobre o total da correção monetária, por ocasião do resgate, não significa que o contribuinte deva contabilizar essa correção monetária como receita, porque ela já teria sido considerada, em cada exercício ou ano-base, através da atualização dos créditos com fundamento nos índices fornecidos pela própria Eletrobrás; o imposto descontado na fonte teria que ser compensado na época de sua retenção, já que a tributação teria ocorrido nos exercícios financeiros correspondentes aos anos-bases das atualizações.

A não ser assim estaria ocorrendo dupla tributação, sem lei que autorize esse procedimento, máxime em se tratando de empréstimo compulsório, que gera para o contribuinte o direito de receber, no respectivo vencimento, a quantia que pagou, com o mesmo poder aquisitivo da época do pagamento. A tributação sobre a correção monetária, que é mera preservação do poder aquisitivo da moeda emprestada, já constitui um desfalque, porque o contribuinte não recebe a mesma quantia que emprestou, em termos de poder aquisitivo. A dupla tributação seria absurdo que se não pode conceber. Mesmo porque não há disposição legal que a autorize.

A se admitir a coexistência dos dois sistemas (correção anual e desconto do imposto de renda na fonte), então a Eletrobrás só poderia reter o tributo calculado sobre a diferença entre o valor atualizado do último balanço e o montante da correção monetária no momento do resgate do empréstimo compulsório.

7. Por tudo quanto foi exposto é nosso entendimento que os direitos de crédito originados do empréstimo compulsório em favor da Eletrobrás, estejam eles representados por obrigações ou por quaisquer outros títulos capazes de formalizar o crédito instituído em favor do consumidor de energia elétrica, devem ser classificados no ativo realizável a longo prazo. Não existe, na legislação comercial, assim como na legislação fiscal que disciplina o imposto de renda devido pela pessoa jurídica, qualquer disposição que obrigue os titulares desses créditos a promoverem a sua avaliação ou correção além dos limites fixados no art. 183, I, da Lei 6.404/76.

7.1. Nem se pode perder de vista que o fato gerador do imposto de renda, qualquer que seja a sua forma de arrecadação, nos termos do art. 43 do CTN, é a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica de renda, assim entendido o produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos, bem como de proventos de qualquer natureza, que se definem como os acréscimos patrimoniais não compreendidos no conceito de renda.

7.1.1. Na opinião de eminentes tributaristas, que se têm dedicado ao estudo do direito tributário brasileiro, a “disponibilidade econômica” corresponde a “rendimento ou provento realizado”, isto é, dinheiro em caixa. Já a “disponibilidade jurídica” corresponde a *rendimento ou provento adquirido*, isto é, ao qual o beneficiário tem título jurídico que lhe permite obter a respectiva realização em dinheiro (por exemplo: o juro ou dividendos creditados). “Disponibilidade econômica” quer dizer “rendimento realizado”, ganho efetivamente percebido, dinheiro em caixa ou de que o contribuinte tem a livre disposição. “Disponibilidade jurídica” representa o direito de exigir, de cobrar, de propor a ação judicial, isto é, implica em ser o contribuinte titular de um direito que o qualifica à exigibilidade, e não à mera expectativa desse direito (Rubens Gomes de Souza in *Pareceres — 1 — Imposto de Renda*, ed. da Resenha Tributária, 1975. Henry Tilbery, *Comentários ao Código Tributário Nacional*, vol. I, pp. 86/87, ed. José Bushatsky, 1975. Modesto Carvalhosa, *Conceituação no Sistema Tributário da Carta Constitucional*, p. 193, *apud* Henry Tilbery, *ob. cit.* Prof. Ruy Barbosa Nogueira, in *Revista Notícias Econômicas do Mapa Fiscal*, n. 612, Semana de 23 a 29.7.1979, pp. 11 a 17. Sem a ocorrência da disponibilidade jurídica ou econômica de renda ou provento, não existe o fato gerador do tributo, diz o estudioso Ricardo Mariz de Oliveira, *Fundamentos do Imposto de Renda*, p. 79, Ed. Revista dos Tribunais, 1977.

7.1.2. No caso dos direitos de crédito provenientes do empréstimo compulsório devido à Eletrobrás, a correção monetária só se torna devida no momento do resgate do crédito. Embora a Eletrobrás, como empresa devedora, possa ou deva promover anualmente a atualização de sua dívida, isto não quer dizer que os titulares desses direitos de crédito tenham a disponibilidade econômica ou jurídica do valor correspondente à correção monetária, que só estará disponível na ocasião do resgate. O titular do crédito não tem meios legais, ou extralegais, que lhe permitam exigir o valor da correção monetária antes do respectivo resgate, o que vale dizer que inexistente qualquer disponibilidade, seja econômica ou jurídica e, por conseqüência, qualquer fato gerador hábil para obrigar ao pagamento do tributo. Esses direitos de crédito têm sofrido modificações seguidas através do tempo e, no longo período de vinte anos, é bem possível que se sujeitarão a outras alterações, capazes até de modificar o regime

de sua correção monetária. Tais vicissitudes estão a demonstrar que o montante da correção monetária é simples expectativa de ganho, se se pode qualificar de ganho a mera atualização de valor. A Eletrobrás, ao que se sabe, não procede ao crédito individualizado em benefício de cada um dos detentores dos títulos por ela emitidos, sejam obrigações ao portador ou não, o que enfatiza a absoluta ausência da disponibilidade econômica ou jurídica do valor da correção antes do resgate. E nem parece materialmente possível a individualização desse eventual crédito, pelo menos quanto às obrigações ao portador, que podendo ser negociadas e transferidas por simples tradição manual, não enseja oportunidade para identificação de seus titulares. E nem a lei exige essa identificação (Decreto-lei 1.089/70, art. 15, § 2.º, consolidado no art. 331 do atual Regulamento do Imposto de Renda).

7.1.3. Assim sendo, não há que se discutir aqui o regime de competência ou o de caixa ou financeiro, porque num ou noutro é indispensável que ocorra a disponibilidade econômica ou a jurídica da correção monetária, para que seja devido o imposto de renda.

7.2. Não desconhecemos o fato de algumas empresas procederem, anualmente, ao registro da correção monetária dos direitos de crédito em causa, com base no Parecer Normativo CST/108/78, que sem dúvida pode comportar interpretação outra diversa da que sustentamos neste estudo. A perfeição do balanço, contudo, parece ficar comprometida quando se estima um direito de crédito por valor acima do seu custo, se inexistente valor de mercado, como é o caso do empréstimo compulsório constituído em forma de *crédito*, por natureza inegociável. E nem parece ser diferente a situação das obrigações ao portador, que embora negociáveis, não podem ser avaliadas, nos termos da lei das sociedades por ações, por valor superior ao do mercado, o qual, ao que se sabe, não chega a ultrapassar o valor do custo de aquisição.

7.2.1. Necessário reconhecer, no entanto, que as empresas que agirem exclusivamente de acordo com a *letra* do art. 11 do Parecer Normativo citado, sob o ponto de vista fiscal não devem ser molestadas, e nem haveria, pensamos, a dupla tributação a que alude o ilustre Jorge Gusman Ascêncio, pelos motivos que expusemos no item 6.3 deste trabalho. Seria de aplicar-se, na pior das hipóteses, o disposto no parágrafo único do art. 364 do Regulamento do Imposto de Renda, sem falar-se em multa, tendo em vista o que prescreve o art. 100, parágrafo único do CTN.

7.2.2. O que teria levado tais empresas a procederem à contabilização anual da correção monetária seria, talvez, o desejo de evitarem a possível conseqüência de terem que promover a escrituração contábil e fiscal de *toda a correção* no exercício do resgate dos títulos, com o gravame do recolhimento da totalidade do tributo num único exercício.

8. Pelos elementos expostos neste estudo não será difícil compreender que estamos enfrentando uma legislação complexa, redigida sem técnica apropriada, que tem propiciado as mais variadas interpretações sobre a contabilização da correção monetária do crédito decorrente do empréstimo compulsório devido à Eletrobrás. Mesmo os especialistas e estudiosos da matéria divergem sobre a correta exegese dos textos legais aqui referidos.

Seria, por isso, de boa inspiração político-fiscal e de inquestionável utilidade, a iniciativa, por quem de direito (possivelmente as autoridades fazendárias), no

sentido da revisão de toda a legislação relativa ao empréstimo compulsório objeto deste trabalho, na parte referente aos dispositivos fiscais que prevêem a tributação, pelo imposto de renda, dos rendimentos produzidos por esse empréstimo compulsório.

Nesse mister seria importante considerar que, nos termos da nova lei das sociedades por ações (art. 183, I) o custo de aquisição dos direitos de crédito, representados por obrigações ou por outros títulos sem os efeitos daquelas, não pode ser alterado, para registro de correção monetária, senão até o valor de mercado.

Considerando que é indiscutível que o titular desses créditos, antes de seu resgate, nunca terá a disponibilidade jurídica ou econômica da totalidade da correção monetária, o registro desta, para a avaliação anual do direito de crédito, não pode ultrapassar a diferença entre o custo de aquisição e o valor de mercado. Não existindo valor de mercado, a rigor não haveria possibilidade de alteração anual do custo de aquisição.

9. E nem seria impróprio que essa correção monetária, contabilizada ou não, ficasse imune à tributação do imposto de renda, tendo em vista o argumento já antes utilizado de que, em se tratando de um empréstimo, nada mais justo que sua devolução se faça em quantia exatamente igual àquela que foi aplicada em caráter compulsório.

O imposto sobre a correção monetária não permite que a quantia restituída se identifique, em termos de poder aquisitivo, com a que foi aplicada, já que para isso seria necessário preservar a integridade dessa correção monetária, mutilada pelo imposto de renda que se está exigindo do contribuinte consumidor de energia elétrica.

9.1. No caso não seria incorreta a afirmação de que a correção monetária não tem características de rendimento capaz de suportar a tributação do imposto de renda, que deveria incidir apenas sobre os juros. A não ser assim o contribuinte sujeito ao empréstimo compulsório jamais receberá o que emprestou, se considerarmos o desgaste do poder aquisitivo da moeda no longo período de vinte anos. Isso, naturalmente, se não for contida a espiral inflacionária, causa direta da correção monetária, a qual desaparecerá se aquela inexistir.

9.2. Tendo em vista a especial natureza desse empréstimo, submetido pela Constituição Federal (art. 21, § 2.º, II) ao mesmo regime constitucional idealizado para os tributos, poder-se-ia objetar, com base no § 2.º do art. 97 do CTN, que a correção monetária em causa não constitui um acréscimo do valor do empréstimo, sendo vazia de conteúdo econômico no sentido de produzir obrigação de ordem tributária. O contribuinte, pelo tão-só fato da aludida correção monetária, não recebe mais do que entregou compulsoriamente à Eletrobrás. A devolução do empréstimo compulsório, devidamente atualizado, permite apenas ao titular do crédito a recomposição do seu patrimônio, desfalcado por aplicações obrigatórias inteiramente desvinculadas dos objetivos sociais. A objeção de que se estaria criando uma exceção ao princípio da tributabilidade das correções monetárias, poder-se-ia responder que a natureza do crédito justifica a exceção, como aconteceu na hipótese do item 5.2 (cinco-dois) da Portaria MF/80, de 1.º.3.1979, a respeito da atualização do preço de alienação de imóveis, cujo lucro se sujeita ao imposto de renda nos termos do Decreto-lei 1.641, de 7.12.1978.

9.3. Nem é coisa diferente o que diz Bulhões Pedreira às pp. 478 e 479 do seu magnífico *Imposto Sobre a Renda — Pessoas Jurídicas*, vol. I, onde esclarece que a correção monetária é simples quantidade adicional de moeda necessária para exprimir, em poder aquisitivo atual o valor original do capital financeiro aplicado. Ela não é remuneração pela cessão do uso do capital, mas sim o *próprio capital* (grifo nosso). E à p. 197 da mesma obra, quando definindo a disponibilidade jurídica, informa que esta só ocorre depois de verificadas todas as condições necessárias para que se torne efetiva a disponibilidade do ganho.