

Pareceres

BANCO A — BRASIL S/A — (BANCO MÚLTIPLO)

HAROLDO MALHEIROS DUCLERC VERÇOSA

I — Dos fatos. II — A análise das questões propostas: II.1 — O mútuo de ações como forma de operação passiva das instituições financeiras: II.1.1 — A análise econômica; II.1.2 — A análise jurídica; II.2 — O tratamento a ser dado às perdas geradas em operações de empréstimo. Natureza de tais despesas. Sua classificação como perdas operacionais: II.2.1 — A visão da Receita Federal; II.2.2 — A natureza jurídica da operação de aluguel de títulos e seu enquadramento contábil; II.2.3 — Da utilidade e/ou necessidade da operação de aluguel de títulos e os resultados finais obtidos; II.3 — A data efetiva da incorporação do B pelo A para os efeitos legais: II.3.1 — A posição da Receita Federal; II.3.2 — Crítica fundamentada à posição da Receita Federal. Conclusão.

Parecer

Consulta-me Pinheiro Neto Advogados a respeito de algumas questões propostas no Processo Administrativo 10768.010249/85, decorrente de auto de infração relativo ao Imposto sobre a Renda da Pessoa Jurídica e à Contribuição Social sobre o Lucro Líquido, instaurado contra o BANCO A — Brasil S/A — (Banco Múltiplo) (A), sucessor por incorporação de BANCO A B S/A (Banco Múltiplo) (B). Importa, inicialmente, relatar os fatos relevantes para o deslinde das questões que me foram apresentadas.

I — Dos fatos

A é uma instituição financeira organizada sob a forma de sociedade por ações que, em 21.1.2002, incorporou o B. Em atendimento às determinações legais aplicáveis às empresas da espécie, os documentos inerentes à referida incorporação foram apresentados ao Banco Central do Brasil (BACEN) para a devida aprovação, conforme deter-

mina a Lei 4.595, de 31.12.1964, art. 10, inciso X, alínea c, *verbis*:

Compete privativamente ao Banco Central do Brasil:

(...).

X — conceder autorização às instituições financeiras, a fim de que possam:

(...).

c) ser transformadas, fundidas, incorporadas ou encampadas.

Observe-se que a entrega dos aludidos documentos ao BACEN foi efetuada no dia seguinte ao da incorporação, ou seja, em 30.1.2002, o que demonstra cabalmente a presteza daquela instituição no cumprimento das obrigações a seu cargo.

No entanto, em 9.10.2002, *somente depois de passados quase dez meses do protocolo dos documentos da incorporação perante o BACEN*, este Órgão dignou-se a aprovar a operação. Pouco tempo depois, no dia 7.11.2002, *os mesmos documentos foram apresentados perante o Registro Público das Empresas Mercantis e*

Atividades Afins para arquivamento, nos termos do art. 41, I, *b*, da Lei 8.934, de 18.11.1994, *verbis*:

Estão sujeitos ao regime de decisão colegiada pelas Juntas Comerciais, na forma desta Lei:

I — o arquivamento:

(...).

b) dos atos referentes à transformação, incorporação, fusão e cisão de empresas mercantis;

Para melhor visualização dos passos dados no tocante aos documentos em questão, apresenta-se o cronograma abaixo:

(i) 29.1.2002 — AGE de incorporação;

(ii) 30.1.2002 — Apresentação dos documentos ao BACEN;

Transcorrido, portanto, o prazo de um dia, suspenso até a data da aprovação do negócio pelo BACEN.

(iv) 9.10.2002 — aprovação da incorporação pelo BACEN;

(v) 7.11.2002 — entrega dos documentos à Junta Comercial para registro.

Transcorridos, portanto, 29 dias da volta da fluência do prazo que, somado ao dia já transcorrido, soma 30 dias, dentro, portanto, do prazo legal.

Em 20.6.2003 o A foi notificado do auto de infração acima indicado, que teve por objetivo a glosa de alegadas perdas incorridas nos exercícios de 1998 e 1999, relacionadas aos contratos de mútuo anteriormente firmados pelo B, do qual veio a ser sucessor pela incorporação de que se tem tratado.

A esse respeito, mencione-se que o B havia firmado contratos de mútuo de ações com as sociedades C, D e E — doravante aqui referidas como MUTUANES, que tiveram por alegado objetivo o da captação de recursos financeiros, pelo B para aplicação em suas atividades operacionais.

Pelo contrato de mútuo, em tela, as MUTUANES emprestaram ações ao B,

pelo prazo de 360 (trezentos e sessenta) dias, a partir de 7.7.1998. A título de remuneração, o B pagaria às MUTUANES, em 27.7.1999, aluguel equivalente a 0,5% (meio por cento) ao ano do valor das ações mutuadas, tendo se tomado como base a cotação média da Bolsa de Valores de São Paulo — BOVESPA —, na data do pagamento. Ao fim do contrato, o B tinha a opção de devolver as ações às MUTUANES, ou de comprá-las, nos termos das condições contratualmente estipuladas.

A respeito desses fatos, a Receita Federal no processo administrativo acima mencionado, entendeu que (i) houve manipulação do preço das ações mutuadas; (ii) os prejuízos experimentados pelo A nas operações de mútuo das ações em causa não correspondiam a perdas operacionais e não eram, portanto, despesas dedutíveis; e (iii) os efeitos do arquivamento da incorporação, efetuado pela Junta Comercial, deveriam ser contatos apenas a partir do seu deferimento por este Órgão e não retroativamente à data de 29.1.2002, data da Assembléia Geral Extraordinária de Incorporação.

Dessa forma, são colocadas as seguintes questões no presente Parecer, para apreciação:

1) Dentre as formas previstas para uma instituição financeira (Banco Múltiplo) captar recursos no mercado financeiro nacional e internacional, o empréstimo de ações é uma operação normal, usual para a atividade exercida pelas instituições financeiras?

2) Qual tratamento deve ser destinado às perdas geradas em operações de empréstimo de ações, considerando que, para a empresa mutuaría, essas despesas são equivalentes aos juros e à eventual valorização das ações a serem devolvidas? Essas perdas seriam perdas operacionais? e

3) Na hipótese em análise, a incorporação do BANCO A B S/A foi deliberada em 29.1.2002. Tempestivamente, os atos societários referentes à incorporação foram levados ao Banco Central do Brasil, para

sua aprovação. Em 9.10.2002, o Banco Central do Brasil aprovou expressamente a incorporação do BANCO A B S/A pelo BANCO A do Brasil S/A. Após a aprovação do BACEN, e dentro do prazo de 30 dias previsto pela legislação de registros públicos, os documentos referentes à referida incorporação foram levados à Junta Comercial dos Estados do Rio de Janeiro e de São Paulo para o competente arquivamento. Após a aprovação das competentes Juntas Comerciais, os efeitos da incorporação retroagem à data do evento, ou seja, no caso em tela, os efeitos da incorporação retroagem a 29.1.2002?

II — A análise das questões propostas

II.1 — O mútuo de ações como forma de operação passiva das instituições financeiras

II.1.1 — A análise econômica

As instituições financeiras, do ponto de vista econômico, são consideradas agentes intermediários entre os titulares de disponibilidades financeiras (agentes superavitários) a aqueles delas necessitados (agentes deficitários). Para tanto, realizam uma série de operações destinadas à captação de recursos, de um lado (operações passivas) e à sua destinação aos interessados, do outro (operações ativas).

A operação passiva mais costumeiramente realizada pelos bancos corresponde à captação de depósitos, nas modalidades à vista ou a prazo. No entanto, há limites econômicos para esse objetivo, considerando que a oferta de recursos para depósito no mercado brasileiro é extremamente baixa¹ e o seu produto fica sujeito a restrições governamentais quanto a limites operacio-

nais de aplicação. Além disso, a oferta desses recursos caracteriza-se como inelástica.

Explicando melhor.

O parco volume de recursos disponíveis no mercado é disputado pela grande quantidade de bancos em funcionamento no Brasil. Tendo em conta os objetivos de política monetária adotados pelo BACEN com o objetivo de controle da inflação, significativa parte desses valores é esterilizada naquela Autoridade Monetária sob a forma de depósitos compulsórios. Assim sendo, mesmo que uma instituição financeira consiga aumentar o nível dos seus depósitos, o resultado somente seria parcialmente aproveitado para fins de empréstimo à sua clientela, ou seja, aquilo que restasse disponível após a transferência da parcela relativa aos depósitos compulsórios. Estes até recentemente estavam fixados no patamar de 65% (sessenta e cinco por cento). Ou seja, de cada 100 reais depositados, 65 ficavam sujeitos ao recolhimento compulsório, portanto, disponíveis apenas 35 para aplicação. Além disso, parte desses recursos necessita estar aplicado em operações de curtíssimo prazo, para que a instituição possa deles fazer uso imediatamente, em caso de necessidade.

De outro lado, a oferta é inelástica, ou seja, há um volume fechado de recursos aplicados em depósitos, distribuídos entre os diversos bancos em funcionamento no País, que se eleva em montante e velocidade não expressivamente significativos. Portanto, a forma básica de aumento de depósitos está em ganhar mercado diante das instituições concorrentes, por meio de pesadas campanhas publicitárias e de estratégias operacionais diversas, as quais têm um custo elevado.

Como forma de contornar as dificuldades, acima enumeradas, vieram a ser desenvolvidas operações de empréstimo de ativos, como ouro e títulos ou valores mobiliários, entre outras. A par dessa motivação, o negócio em vista também se presta para que a instituição fugisse dos efei-

1. A esse respeito, anota o economista Joelmir Beting em sua coluna diária, publicada em *O Estado de S. Paulo*, do dia 18.9.2003 (Caderno de Economia, p. B-2), que o Brasil apresenta o mais baixo índice de oferta de crédito do mundo, equivalente apenas a 24,7% do PIB.

tos dos depósitos compulsórios sobre depósitos à vista, numa forma de *elisão financeira legal*, uma vez que tais operações foram devidamente regulamentadas pelo BACEN.

Essas operações apresentam a vantagem de proporcionar uma significativa “*alavancagem*” dos ativos disponíveis em mãos das instituições financeiras, quebrando a inelasticidade da oferta. No caso de ações, considerando que as sociedades anônimas somente podem adotá-las nas formas nominativas e escriturais segundo as regras da Lei das Sociedades por Ações (Lei 6.404, de 15.12.1974, arts. 31 e 34), para o fim das operações de que se fala os referidos títulos devem ser transferidos ao mutuante, nos registros correspondentes, podendo, dessa forma, ser vendidos a terceiros. Esse fato é de pleno conhecimento e aceitação do mutuante no momento da celebração do contrato. A obrigação do banco em devolver tais títulos àquele assume a forma pessoal, portanto, baseada na probidade e na boa-fé, geradoras da necessária confiança na celebração do negócio, que as partes devem adotar em tais contratos, como delas fala o novo Código Civil em seu art. 422.

Três partes estão necessariamente envolvidas nesta operação: (i) o proprietário dos títulos que, na forma de mutuante, interessa-se em aumentar o rendimento do ativo financeiro de que dispõe, acrescentando-o do valor do aluguel correspondente; (ii) o banco, intermediador da operação; e (iii) um investidor interessado em tornar-se proprietário daqueles ativos por um determinado período de tempo, auferindo o proveito econômico correspondente.²

Não há dúvida no sentido de que todas as partes da operação complexa acima referida assumem uma certa margem de risco, fato que é inerente ao mercado financeiro. Quanto ao Banco, seu risco é o de pa-

gar um valor mais elevado na recompra dos títulos que haviam sido vendidos a terceiros, quando tiver de devolvê-los ao mutuário. Mas risco também existe quando uma instituição capta recursos no exterior em moeda estrangeira, aplica-a no Brasil em moeda nacional e deve retornar o pagamento ao credor no exterior na moeda original, que pode ter-se valorizado de forma inesperada e expressiva, tal como ocorreu com o Real em relação ao Dólar recentemente.

O risco está presente em menor ou maior grau em todas as operações dos bancos. Por isso alguém já disse que eles são empresas perigosas. Isto porque operam criando enorme risco sobre uma frágil base de capital; estão sujeitos a riscos políticos e a fraudes; e sofrem *efeito cascata* na eclosão de crises econômicas.³

Não sendo o caso aqui de dissertar sobre os riscos genéricos dos bancos, deve ser observado que, no caso, o risco concernente ao aluguel de títulos é compensado em parte pelo fato de que os recursos correspondentes à sua venda pelo mutuante não ficam sujeitos ao depósito compulsório — como ocorreria no caso da captação de depósitos —, pois são contabilizados como ativo da instituição financeira. Dessa forma, fica eliminada uma das causas formadoras do *spread* na taxa de juros cobrados pelos bancos, correspondente ao montante dos depósitos compulsórios que é transferido ao BACEN. Assim sendo, o custo da captação de recursos por meio do aluguel de títulos era mais barato do que no caso de depósitos, assumindo-se o risco da elevação futura do preço das ações. Mas este efeito, por outro lado, pode ser minimizado — ou até mesmo eliminado — pela apropriação do lucro decorrente das operações ativas a serem, em seguida, celebradas com clientes do banco tomador das ações, fato inexplicavelmente não levado em conta pela Receita Federal.

2. Cf. Eduardo Fortuna, *Mercado Financeiro: Produtos e Serviços*, 15ª ed., Rio de Janeiro, Ed. Qualitymark, 2002.

3. Cf. Martin Wolf, “Por que os bancos são perigosos”, *Gazeta Mercantil* de 14.1.1998, p. A-3.

Veja-se, a propósito, que a captação de recursos por meio do aluguel de títulos estava sujeita ao recolhimento compulsório até 27.5.1998, no regime da Circular 2.511, de 2.12.1994, do BACEN. *Justamente a partir de 27.5.1998 tais operações foram excluídas do recolhimento do depósito compulsório, pois a Circular 2.820, daquela data, passou a adotar a alíquota zero para tais operações*, o que se encontra em vigor até hoje. Ora, como a captação de recursos por meio do aluguel de títulos, efetuada pelo B *ocorreu entre junho de 1998 e dezembro de 1999*, verifica-se claramente que a decisão a respeito foi tomada por aquela instituição financeira com o objetivo de angariar fundos com custo mais baixo, o que era, até, seu *dever profissional*, pois, de um lado, isto implicaria na possibilidade de praticar juros mais baixos em suas operações ativas e, do outro, dar-lhe-ia maior margem de segurança para enfrentamento dos riscos próprios do mercado.

Portanto, o resultado final de uma operação de aluguel de títulos deve ser visto, naquelas circunstâncias, de acordo com as seguintes variáveis, não considerados custos indiretos (administrativos, tributários etc.):

- a) (+) valor da venda dos títulos no mercado, após o contrato de locação;
- b) (-) valor do aluguel pago;
- c) (+) valor do lucro obtido nas operações ativas efetuadas com aqueles recursos;
- d) (-) valor da compra dos títulos para sua devolução ao locador (cujo preço pode ter-se mantido estável, valorizado ou desvalorizado).

Na hipótese sob exame, considerando-se que o aluguel era de 0,5% (meio por cento) ao ano, caso o preço das ações tivesse se mantido estável, uma aplicação média em operações ativas do banco com diversos clientes, na base de 40% ao ano (cerca de 15% acima da taxa básica da eco-

nomia, a SELIC), daria ao banco uma rentabilidade bruta de 39,5% ao ano, sem dúvida alguma um ótimo negócio. Havia, portanto, uma boa margem para enfrentar a valorização das ações sem que isso prejudicasse a lucratividade da operação como um todo. Esse fato afasta qualquer característica de temeridade na sua celebração, por parte dos administradores do A.

A remuneração de 0,5% (meio por cento) ao ano, acima citada, foi estabelecida em tal patamar levando-se em conta que o locador mantinha intactos todos os demais direitos patrimoniais inerentes aos títulos locados, como os dividendos, por exemplo.

II.1.2 — A análise jurídica

Do ponto de vista do direito, o aluguel de títulos tal como praticado no mercado, caracteriza-se como um *negócio indireto*, portanto, inteiramente afastado do campo da simulação ou da fraude.

O negócio indireto (ou de objeto indireto) é caracterizado pelo fato de dar-se a um determinado instituto jurídico uma destinação diversa daquela naturalmente por ele preenchida, que seria a sua *função básica*. Segundo Francesco Messineo, este instituto é empregado com uma *função instrumental*, no sentido de que se alcança por ele um resultado que poderia ser atingido de forma direta, a qual as parte, por alguma razão não desejam recorrer. No caso, a locação dos títulos tem por objeto econômico proporcionar ao banco disponibilidades financeiras.⁴ Por causa disso, a operação envolve uma passagem da propriedade daqueles documentos para o locatário, o que não é característica normal desse tipo de contrato, como se sabe, pois seu efeito econômico regular está na utilização por este

4. "Il contratto in genere", do *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*, coord. Antonio Cicu e Francesco Messineo, v. XXI, t. 2, Milão, Dott. A. Giuffrè Ed., 1972, pp. 570 a 572.

último de um bem que permanece no patrimônio do locador. Portanto, nesta *locação atípica*, enquanto o locador deseja apenas o recebimento do aluguel, o locatário tem em vista a incorporação de tais títulos no seu patrimônio, de modo que possa vendê-los no mercado, com isso levantando os recursos de que necessita para as suas atividades operacionais.

Assim sendo, a criatividade dos agentes econômicos valeu-se do instituto do aluguel dos títulos, de forma a ficar evidenciado que eles não saíam definitivamente do patrimônio do mutuante, sob o ponto de vista material. A instrumentalidade do negócio dependia, no entanto, que fosse feita a sua transferência para o banco tomador, de forma que a este fosse possível efetuar a venda dos títulos alugados, com a finalidade de levantar recursos no mercado para suas operações ativas. Ao final do contrato, o banco compraria os títulos no mercado, para o fim de devolvê-los ao proprietário mutuante, fechando-se os vários *pedaços* da operação. Os resultados esperados das operações ativas do banco deveriam, normalmente, ser aptos ao superamento dos custos apresentados, inclusive uma certa margem de segurança na eventualidade da valorização dos títulos dentro do período do contrato de locação.

Não se trata de simulação, uma vez que não está presente no negócio indireto o *caráter fictício* da primeira, pois este último é efetivamente desejado pelas partes em seus efeitos. Um dos exemplos mais conhecidos e utilizados no negócio indireto é a venda de um bem com a finalidade verdadeira de servir como garantia em operação de mútuo.

O Conselho Monetário Nacional — CMN veio a reconhecer expressamente a regularidade das operações de empréstimo de títulos, regulamentando-a por meio da Resolução 2.268, de 10.4.1996. Para a sua implementação o BACEN, por sua vez, editou a Carta-Circular 2.747, de 3.7.1997.

II.2 — O tratamento a ser dado às perdas geradas em operações de empréstimo. Natureza de tais despesas. Sua classificação como perdas operacionais

II.2.1 — A visão da Receita Federal

Dois pontos importantes se apresentam na apreciação da Receita Federal sobre o caso em pauta: (i) as ações objeto do contrato de empréstimo não faziam parte do ativo da empresa (item 208); e (ii) as despesas operacionais foram consideradas desnecessárias (item 210).

II.2.2 — A natureza jurídica da operação de aluguel de títulos e seu enquadramento contábil

Conforme foi verificado acima, o aluguel de ativos coloca-se na esfera do *negócio indireto*. Este, na sua realização complexa, tem como efeito jurídico necessário *transferência da titularidade provisória dos ativos durante todo o prazo do contrato*, como forma de se alcançar o objetivo econômico pretendido pela instituição financeira que o realiza, na busca de recursos financeiros para aplicação em suas atividades próprias. Para tal finalidade, os títulos em causa *são considerados bens fungíveis*, uma vez que se encontram custodiados junto a uma entidade especializada.

Nesse sentido, assim se expressa o art. 41 da Lei das Sociedades por Ações:

A instituição autorizada pela Comissão de Valores Mobiliários a prestar serviços de custódia de ações fungíveis *pode contratar custódia em que as ações de cada espécie e classe da companhia sejam recebidas em depósito como valores fungíveis*, adquirindo a instituição depositária a propriedade fiduciária de tais ações.

O fato do desvio da função originária de um instituto não é excepcional no ordenamento jurídico, pois no tradicional depósito bancário — chamado de depósito

irregular — o banco adquire a propriedade das importâncias depositadas, de maneira a que possa emprestá-las a terceiros como se coisa sua fosse.

Assim, embora as partes estejam celebrando um contrato de aluguel de ativos, a consecução de sua função econômica efetiva torna imprescindível que a propriedade do bem locado seja transferida provisoriamente ao locatário. Esta é a única forma de poder o banco locatário efetuar a venda do bem que lhe foi alugado, com a finalidade de levantar recursos a serem destinados em operações ativas de empréstimos. Ao final do contrato, considerando-se que as ações alugadas o foram com o caráter de fungibilidade, basta ao banco ir ao mercado e comprar títulos da mesma espécie, forma e classe.

Portanto, errou a Receita Federal quando disse que as ações objeto de contratos de locação sob exame não integram o ativo do banco locatário. Integram sim, durante todo o prazo do contrato. Para a comprovação desse fato basta verificar como deve ser feita a contabilização da operação, segundo o disposto na Carta-Circular 2.747, de 3.7.1997, feita em seguida de forma esquemática para melhor compreensão, considerando-se os lançamentos efetuados pela instituição financeira tomadora das ações por empréstimo, no caso o B:

1. Aquisição das ações recebidas por empréstimo

- Débito (conta do ativo): *títulos de renda variável*
- Crédito (conta do passivo): *credores por empréstimos de ações*

2. Remuneração contratada (encargos e emolumentos)

- Débito (conta de resultado): *despesas de empréstimos no país*
- Crédito (conta do passivo): *credores de empréstimos de ações*

3. Quando ocorre a valorização das ações

- Débito (conta de resultado): *despesas de empréstimos no país*

- Crédito (conta do passivo): *credores por empréstimos de ações*

4. Venda das ações

- Débito (conta do ativo): *bancos conta movimento*

- Crédito (conta do ativo): *títulos de renda variável*

5. Registro do ganho (ou perda) na venda das ações

- Débito (conta do ativo): *bancos conta movimento*

- Crédito (conta de resultado): *rendas de títulos de renda variável*

6. Pela liquidação do empréstimo (em dinheiro)

- Crédito (conta do passivo): *credores por empréstimos de ações*

- Débito (conta do ativo): *bancos conta movimento.*

O exame do esquema acima demonstra de forma muito clara as seguintes conclusões:

(i) os títulos objeto da operação de empréstimo são registrados no ativo do banco, tendo em contrapartida uma obrigação por empréstimo;

(ii) os encargos referentes ao contrato em tela são tomados a título de despesas da instituição mutuária;

(iii) a valorização das ações (*fato gerador de prejuízo*) é registrada como despesa de empréstimos;

(iv) a venda das ações (*operação de captação de recursos*) é contabilizada como entrada de recursos em favor da instituição, apenas mudando-se a posição de contas no ativo;

(v) a baixa das ações no ativo do produto é registrado como renda da instituição;

(vi) o pagamento do empréstimo, correspondendo ao término da operação, é registrado como despesa.

Fica, portanto, plenamente demonstrado o engano da Receita Federal na apreciação da operação sob exame.

Não pode deixar de ser registrado outro engano da Receita Federal quanto aos contratos de locação de títulos, cujos efeitos não poderiam ser negados por aquele Órgão pela falta do seu Registro em Cartório de Registro de Títulos e Documentos. Tendo em conta que os órgãos de fiscalização em sua diversa competência têm poderes para verificar todos os livros e documentos das entidades fiscalizadas, não podem arvorar-se à condição de terceiros para desconsiderarem documentos não registrados em cartório. O conceito de *terceiros* corresponde, justamente, àqueles que não têm acesso aos documentos e decisões internas de pessoas que podem afetar os seus interesses e direitos.

Para efeito do exercício do seu poder fiscalizatório a Receita Federal, no caso concreto como em qualquer outro, poderia examinar os livros e documentos do B — *como efetivamente o fez* —, bastando para isso dar início ao procedimento próprio. Ela teria razão em condenar o B no caso em que as operações controversas não tivessem sido devidamente contabilizadas e/ou faltassem os documentos correspondentes. Não foi este o caso, como se tem verificado ao longo deste Parecer.

II.2.3 — Da utilidade e/ou necessidade da operação de aluguel de títulos e os resultados finais obtidos

A base legal aplicável ao presente tema é o art. 242 do RIR/94, mal interpretado e utilizado pela Receita Federal:

Art. 242. São operacionais as despesas não computadas nos custos, *necessárias à atividade da empresa e à manutenção da respectiva fonte produtora.*

§ 1º. *São necessárias as despesas pagas ou incorridas para a realização de transações ou operações exigidas pela atividade da empresa.*

§ 2º. As despesas operacionais admitidas são as *usuais ou normais no tipo de transações, operações ou atividades da empresa.*

Por sua vez, o Parecer Normativo 32, de 17.8.1981, esclareceu que:

(i) *despesa necessária* é aquela essencial a qualquer transação (*sic*) ou operação exigida pela exploração das atividades, principais ou acessórias, vinculadas às fontes produtoras de rendimentos;

(ii) *despesa normal* é aquela que ocorre comumente no tipo de operações ou transações (*sic*) efetuadas e que, na realização do negócio, *apresenta-se de forma usual, costumeira ou ordinária.*

(iii) *usual* é a despesa habitual na espécie de negócio.

Esclareça-se, a propósito, que o termo “*transação*” constante do texto acima reproduzido, não foi utilizado com o seu sentido técnico-jurídico adequado, mas sim com o de *operação*.

Ora, está mais do que comprovado que as operações de aluguel de *ações* glosadas pela Receita Federal preencheram integralmente todas as exigências legais. A própria Receita Federal admitiu indubitavelmente que as despesas de aluguel de *ações* praticadas pelo B “eram necessárias ao incremento de suas atividades, sendo úteis e nitidamente operacionais, próprias da atividade financeira e que, se não obtivesse recursos dessa forma, teria *que obter, com risco, empréstimos nos mercados interno e externo*” (item 233 do Acórdão).

A Receita Federal houve por bem entender, no entanto, que:

(i) *não houve prova no sentido da efetiva necessidade de obter reiteradamente empréstimos com prejuízo, no caso, gerando as despesas glosadas* (item 233 do Acórdão DRJ/RJ01 4.065, de 27.6.2003);

(ii) as *ações* alugadas não tinham liquidez no mercado (item 246);

(iii) a glosa dos juros contratuais, do custo de captação dos recursos, dos resul-

tados gerados pela referida captação e das negociações no mercado *somente seria descabida se tivesse havido a comprovação de que tais despesas tivessem gerado resultados para a empresa e não deliberadamente (sic), para terceiros (item 251);*

(iv) somente seria cabível a dedutibilidade se os recursos fossem obtidos através da forma tradicional, como, por exemplo, empréstimos, depósitos à vista de seus clientes que, se comprovados, poderiam ser considerados necessários à sua atividade operacional, mas apenas se houvesse a comprovação da aventada necessidade da despesa.

Algumas observações importantes devem ser feitas para demonstrar a absolutamente errônea posição da Receita Federal.

Conforme visto acima, as operações de aluguel de títulos são perfeitamente válidas, *normais e usuais*, devidamente regulamentadas pelo BACEN. Ora, uma vez que elas podem ser efetuadas e se revestem de risco, *não se pode exigir que saiba o agente econômico com antecedência se o resultado final será financeiramente positivo ou negativo*. Neste ponto o raciocínio presente no julgamento da questão está completamente equivocada.

Recorrer ou não a essa modalidade de operação é prerrogativa do agente econômico, no exercício constitucional da autonomia privada. Daí ser absolutamente desnecessária qualquer comprovação de sua necessidade. Ela faz parte das opções regulares das instituições financeiras.

De outro lado, como operação de risco, *afastada a hipótese de manipulação*, não têm as partes condições de prever qual será o resultado financeiro no momento da extinção do contrato entre elas celebrado, tendo em vista as diversas variáveis imprevisíveis que operam sobre o preço daqueles ativos, em relação às quais somente se pode fazer um estudo de tendências.

Tão usuais são essas operações de aluguel de títulos que a Companhia Brasileira de Liquidação e Custódia (CBLIC) criou um

Banco de Títulos, com a finalidade de proporcionar aos investidores e interessados um sistema seguro para a sua realização, atuando aquela como contraparte no processo e oferecendo garantias aos participantes, com acesso por meio eletrônico.

A forma como a Receita Federal encarou o aluguel de ações ora analisado, e a exigência de comprovação da necessidade das despesas com aluguel de títulos equivaleria a exigir que uma empresa comercial comprovasse a necessidade de adquirir as mercadorias dos produtores que revenderia em seguida aos seus clientes. Uma vez que negócios façam parte da atividade regular da empresa, a comprovação é absolutamente desnecessária, pois a sua necessidade está implícita.

O fato das ações objeto de tais operações terem pouca liquidez no mercado não as tornava impróprias para a operação, bastando que houvesse interessados em comprá-las em um primeiro momento e em vendê-las no final do contrato para sua devolução ao locador, o que efetivamente ocorreu. As normas do BACEN não exigiram o requisito da liquidez na Resolução 2.268, de 10.4.1996, que regulamentou esse tipo de negócio.

Ao exigir que a dedutibilidade das despesas somente ocorresse caso o B se ativesse às operações bancárias tradicionais a Receita Federal infringiu a competência do Conselho Monetário Nacional que expressamente incluiu o aluguel de títulos como forma de captação de recursos pelas instituições financeiras e penetrou indevidamente na economia interna da empresa, cerceando as suas decisões administrativas e operacionais. E o que é pior, *exigindo que a empresa adotasse operações passivas de custo mais elevado naquele momento*, pois os depósitos estavam sujeitos a recolhimento compulsório e o aluguel de títulos não!

Essa exigência penaliza a própria instituição financeira e seus acionistas, pois obriga que ela opere sem a necessária flexibilidade, a um custo eventualmente mais alto de captação, como foi o caso em tela.

Para poder fazer empréstimos, o B necessitava levantar recursos financeiros. Sem tais recursos, a fonte produtora ficaria impossibilitada de realizar as suas atividades. Dinheiro é o oxigênio que dá vida aos bancos. Sem ele a instituição necessariamente fenece. E não podem os bancos contar apenas com o seu capital próprio para a realização de suas atividades operacionais. Do ponto de vista econômico são empresas intermediadoras entre fornecedores e usuários de recursos financeiros.

II.3 — A data efetiva da incorporação do B pelo A para os efeitos legais

II.3.1 — A posição da Receita Federal

A Receita Federal entendeu, sinteticamente, que a data da incorporação do B pelo A ocorreu apenas em 11.11.2002 e não em 21.1.2002, data da realização da Assembléia Geral que deliberou sobre aquele negócio. Para chegar a tal conclusão, a Autoridade Fiscal baseou-se nos seguintes argumentos:

(i) para que houvesse a incorporação, eram necessários a autorização do BACEN e o posterior arquivamento na Junta Comercial, bem como a publicação dos atos de incorporação (item 129 do Acórdão);

(ii) a incorporação poderia não ter ocorrido, caso o BACEN tivesse negado a devida autorização (item 130);

(iii) de acordo com o art. 132 do Código Tributário Nacional, a pessoa jurídica de direito privado que resultar de incorporação (no caso) é responsável pelos tributos devidos até a data do ato pelas pessoas jurídicas de direito privado fusionadas;

(iv) segundo o art. 227, § 3º, da Lei das Sociedades por Ações, aprovados pela Assembléia Geral da incorporadora o laudo de avaliação, *extingue-se a incorporada*, competindo à primeira proceder o arquivamento e a publicação dos atos da incorporação (destaques meus);

(v) aplicados o art. 35, VIII, da Lei 8.934, de 18.11.1994 (Lei do Registro Pú-

blico das Empresas Mercantis e Atividades Afins) e o art. 35, IX, do Decreto 1.800, de 30.1.1986 (Regulamento da Lei 8.934/1994), não podem ser arquivados os contratos ou estatutos das sociedades mercantis, ainda não aprovados pelo Governo, nos casos em que for necessária esta aprovação;

(vi) na forma do art. 36 da Lei 8.934/1994, o prazo para apresentação à Junta Comercial de documentos para fins de arquivamento é de 30 (trinta) dias contados da data da sua assinatura, a cuja data retroagirão os efeitos do arquivamento, sendo que além do prazo em tela, o arquivamento somente terá eficácia a partir do despacho que o conceder;

(vii) como a apresentação dos documentos da incorporação ocorreu além de 30 (trinta) dias da realização da Assembléia Geral que a aprovou, considerando que tiveram de ser antes submetidos ao BACEN para autorização, a eficácia do referido arquivamento somente teria ocorrido a partir do despacho que concedeu o ato.

II.3.2 — Crítica fundamentada à posição da Receita Federal

Ocorre que a interpretação e a aplicação dos dispositivos legais acima citados, por parte da Receita Federal, encontram-se eivadas de impropriedades, conforme será demonstrado em seguida.

A autorização do BACEN para o arquivamento de atos concernentes a instituições financeiras reveste-se da qualidade de *norma especial*, tendo em vista a condição particular daquelas empresas, que representam grande risco potencial para o mercado, em relação às quais torna-se necessário um juízo de valor por parte da Autoridade Monetária sobre as condições de sua realização.

Daí que o arquivamento daqueles atos na Junta Comercial competente, segundo a lei, somente pode ser efetuado depois que o BACEN conceder a devida autorização. Mas este órgão, pela complexidade dos es-

tudos que muitas vezes precisam ser efetuados, pode necessitar de um longo tempo para chegar a uma decisão, tal como ocorreu na incorporação sob exame. Daí que tornar-se-ia um *ato jurídico de objeto impossível* a exigência do atendimento do prazo de 30 (trinta) dias para apresentação à Junta Comercial dos atos dependentes de autorização daquele Órgão, mantendo-se elevado grau de incerteza entre todos os interessados com a possibilidade do surgimento de sérios prejuízos para as pessoas diretamente envolvidas e para o mercado em geral.

A esse respeito, Sílvio de Sálvio Venosa esclarece que revela-se como impossível o ato que estiver além das forças humanas,⁵ justamente a situação do A em relação ao atendimento do preceito legal de apresentação dos atos de incorporação à Junta Comercial no prazo corrido de 30 (trinta) dias.

Estaria igualmente afrontado o princípio constitucional da isonomia, pois, dentre as empresas cujos atos necessitam ser levados a arquivamento nas Juntas Comerciais, todas aquelas que dependem de prévia autorização de alguma agência reguladora — no caso, o BACEN — jamais conseguiriam fazê-lo no prazo legal de 30 dias, com prejuízo para si mesmas, para seus sócios e para terceiros com os quais eventualmente tivessem feito negócios, pois haveria dúvidas a respeito de quem seria o sujeito passivo da atribuição de responsabilidades no período.

Além disso, a própria Receita Federal reportou-se ao art. 227, § 3º, da Lei das Sociedades por Ações, no qual se lê que *aprovado pela Assembléia Geral da incorporadora o laudo de avaliação, extingue-se a incorporada, cabendo a primeira proceder ao arquivamento e a publicação dos atos da incorporação!*

A regra é claríssima em sua interpretação: no momento em que a AGE da socie-

dade incorporadora aprova o laudo de avaliação, a sociedade incorporada deixa de existir no mundo jurídico. Nem poderia ser de outra forma, considerando-se os efeitos econômicos decorrentes de tal operação, a atingir os acionistas da incorporadora e da incorporada. Devem, a partir daquele instante, ser praticados diversos atos de gestão pelos administradores da incorporadora, no atendimento de diversos interesses em jogo, que não podem ficar sustentados sobre a insegurança de uma autorização a ser dada pelo BACEN. Considere-se que, na imensa maioria dos casos, a aprovação é concedida, sendo exceção o caso contrário. Mesmo porque, esse tipo de negócios e sempre feito após consultas prévias informais feitas àquele Órgão pelos interessados.

Sabido que todas as instituições financeiras (inclusive os bancos) somente podem organizar-se sob a forma de sociedades por ações (Lei 4.595/1964, arts. 25 e ss.), o efeito do art. 227, § 3º da Lei Societária, acima referido, foi expressamente acatado pelo BACEN na regulamentação dos efeitos contábeis das incorporações (referenciados à data-base escolhida para o levantamento e avaliação da situação patrimonial da incorporanda), conforme se verifica pelo disposto na Circular 3.017, de 6.12.2000, quais sejam:

(i) elaboração e remessa das demonstrações financeiras das sociedades envolvidas no processo, individualmente, desde a data-base até a data da realização da AGE que tenha aprovado o laudo de avaliação (e o processo de incorporação ao qual corresponde);

(ii) apenas as demonstrações da incorporadora deverão continuar sendo elaboradas e enviadas àquele Órgão a partir da AGE, não mais as da sociedade incorporada que desapareceu do mundo jurídico naquela data-base;

(iii) como regra excepcional de transição, as variações patrimoniais das sociedades envolvidas, verificadas entre a data-base e a da AGE devem ser registradas se-

5. *Direito Civil*, Parte Geral, 3ª ed., São Paulo, Atlas, 2003, p. 412.

gundo as datas de sua ocorrência em contas próprias, *admitidos lançamentos por totalização até o último dia do mês da AGE de incorporação*; e

(iv) os documentos contábeis da sociedade incorporada deverão ser guardados por cinco anos, contados retroativamente da data-base da incorporação, o último dia em que aquela procederá a lançamentos individuais em seu próprio nome.

Portanto, a conciliação dos dispositivos legais em causa, dos diversos textos aplicáveis, somente pode dar-se pelo reconhecimento da existência de uma suspensão do prazo de apresentação dos documentos à Junta Comercial até que órgão competente — no caso, o BACEN — externar sua conclusão a respeito. A única exigência a esse respeito está na necessidade da apresentação dos atos de incorporação — com a eleição dos novos administradores — no prazo de 15 (quinze) dias do respectivo ato (Lei 4.595/1964, art. 33), ou seja, a AGE de incorporação, o que foi obedecido no caso concreto.

Dessa maneira, no caso concreto, efetivamente o Registro da incorporação concedido pela Junta Comercial deu-se dentro do prazo legal de (30) trinta dias e alcançou, portanto, efeito retroativo à data da realização da Assembléia Geral Extraordinária de Incorporação do B pelo A, ou seja, no dia 29.1.2002.

Conclusão

Em vista de todo o exposto,

I — Responde-se afirmativamente à primeira questão colocada pelo Consulente,

no sentido de que a operação de aluguel de ativos em geral — na qual incluem-se ações como ocorreu no caso sob exame — é uma operação normal e usualmente praticada pelas instituições financeiras, como tal regulamentada pelo Conselho Monetário Nacional e pelo Banco Central do Brasil. Na situação específica, a operação tornou-se particularmente atraente porque o depósito compulsório ao qual estava sujeita, veio a ser afastado justamente alguns dias antes de sua celebração, pois o BACEN estipulou a alíquota zero a seu respeito.

II — Em segundo lugar, ao contrário do que decidiu a Receita Federal e na forma do art. 242 do RIR/1994:

(i) as despesas de aluguel de títulos demonstraram ser cabalmente operacionais e necessárias à atividade da empresa e à manutenção da respectiva fonte produtora;

(ii) eram despesas necessárias à realização de transações ou operações exigidas pela atividade da empresa; e

(iii) regulamentadas pelo Conselho Monetário Nacional, eram despesas usuais ou normais dentro da atividade da empresa.

III — No caso sob exame, dentro das particulares circunstâncias nas quais os atos relacionados à incorporação tiveram de ocorrer, os seus efeitos retroagiram necessariamente à data do evento, ou seja, no caso em tela, os efeitos da incorporação devem ser computados para todos os fins de direito a contar de 29.1.2002.

É o nosso parecer.

São Paulo, 3 de outubro de 2003.