

DA NÃO INCIDÊNCIA DO IRRF SOBRE RENDIMENTOS DECORRENTES DE CONTRATO DE MÚTUO ENTRE EMPRESAS COLIGADAS, ATÉ O ADVENTO DA LEI Nº 10.833/03.

*Donovan Mazza Lessa
Advogado no Rio de Janeiro.*

1. Do regime de tributação pela retenção na fonte.

O imposto de renda retido na fonte não é conceitualmente tributo diverso do imposto de renda previsto no art. 43 do CTN, mas, ao reverso, trata-se do mesmo imposto, revestido de uma técnica diferenciada de arrecadação.

Segundo AMILCAR DE ARAÚJO FALCÃO¹, imposto de renda é aquele que incide *sobre o aumento ou incremento do patrimônio decorrente do emprego do capital, do trabalho ou da combinação de ambos, expresso em dinheiro ou nele determinável, e apurável em um momento ou período de tempo.*

Com efeito, o elemento temporal é aspecto fundamental da hipótese de incidência do Imposto de Renda, na medida em que o que se tributa é o acréscimo patrimonial (obtido em razão do emprego do trabalho, do capital, ou da combinação de ambos, ou ainda dos proventos de qualquer natureza – art. 153, II da CF e art. 43 do CTN) auferido pelo contribuinte em um determinado intervalo de tempo, que, segundo a legislação brasileira do imposto de renda, é de um ano (de 1º de janeiro a 31 de dezembro).

Nessa linha, somente no encerramento do ano-calendário é que se poderá auferir o resultado efetivamente obtido pelo contribuinte, oportunidade em que serão contabilizadas as receitas e as despesas apuradas durante todo o período, apontando-se a existência de eventuais prejuízos fiscais ou de lucro apto à tributação.

Entretanto, apesar da lógica do Imposto de Renda reclamar uma apuração anual, a legislação brasileira determina – para que a União não fique um ano inteiro aguardando a arrecadação do imposto – que, em determinadas situações, haja antecipação do recolhimento do imposto de renda. São os casos do imposto recolhido por estimativa (para pessoas jurídicas tributadas pelo lucro real) e a retenção do imposto de renda na fonte, pela qual a fonte pagadora retém parte da renda devida ao beneficiário e a recolhe diretamente aos cofres públicos.

Entretanto, a retenção do imposto por parte da fonte pagadora está longe de ser uma tributação definitiva, já que é, na verdade, mera ante-

¹ Imposto de Renda e Lucros Extraordinários, 1ª ed., Edições Financeiras S/A, 1.963.

cipação de imposto potencialmente devido pela beneficiária dos pagamentos no final do ano calendário. Ao final do ano-calendário o contribuinte, através da declaração de ajuste anual (DIPJ – para as pessoas jurídicas optantes pelo lucro real), declara todas as receitas auferidas ao longo do ano, incluindo-se aí as derivadas de operações financeiras e equiparadas (caso dos mútuos, como será visto) para então confrontar com as despesas e deduções legais, de modo a encontrar a base de cálculo sobre a qual incidirá o Imposto de Renda. Do montante de IR apurado, o contribuinte diminui o imposto recolhido antecipadamente (retenção na fonte e IR pago por estimativa), para então verificar se há imposto a pagar no final do ano-calendário ou se há crédito em razão de pagamento antecipado a maior.

Como se observa, o imposto retido não só não é definitivo como pode, inclusive, nem ser devido². Basta que o contribuinte, na sua declaração de ajuste anual, demonstre que teve prejuízos e não lucro no ano-calendário, hipótese em que nada haverá de recolher a título de imposto de renda para o ano-calendário, fazendo com o que o tributo pago antecipadamente por meio de retenção na fonte seja indevido e transformado em crédito para o exercício seguinte.

Após este breve panorama sobre o imposto de renda retido na fonte, passa-se agora a analisar sua incidência sobre as operações de mútuo entre empresas coligadas, que é o objeto deste estudo.

2. Da inexistência de obrigação de reter IRRF em pagamentos de juros decorrentes de contrato de mútuo realizados entre empresas controladoras, controladas, coligadas e interligadas até o advento da Lei n 10.833/03.

Foi a lei nº 8.981/95 que primeiro estabeleceu a tributação por meio do IR Fonte para as aplicações financeiras de renda fixa (art. 65) e variável (art. 72), nos seguintes termos:

SEÇÃO I

Do Mercado de Renda Fixa

“Art. 65. O rendimento produzido por aplicação financeira de renda fixa, auferido por qualquer beneficiário, inclusive pessoa jurídica isenta, a partir de 1º de janeiro de 1995, sujeita-se à incidência do Imposto de Renda na fonte à alíquota de dez por cento.

§ 4º O disposto neste artigo aplica-se também:

c) aos rendimentos auferidos pela entrega de recursos a pessoa jurídica, sob qualquer forma e a qualquer título,

² Há, no entanto, casos de tributação exclusiva por meio do IRRF (cuja legalidade é discutível), sem posterior ajuste anual, como o IR incidente sobre o 13 salário e sobre os rendimentos das aplicações financeiras das pessoas físicas.

independentemente de ser ou não a fonte pagadora instituição autorizada a funcionar pelo Banco Central do Brasil.”

SEÇÃO II

Do Mercado de Renda Variável

“Art. 72. Os ganhos líquidos auferidos, a partir de 1º de janeiro de 1995, por qualquer beneficiário, inclusive pessoa jurídica isenta, em operações realizadas nas bolsas de valores, de mercadorias, de futuros e assemelhadas, serão tributados pelo Imposto de Renda na forma da Legislação vigente, com as alterações introduzidas por esta lei.”

Conforme se extrai do texto legal, a autorização para tributação dos contratos de mútuo por meio do IR Fonte está prevista no item c do § 4º do art. 65 da referida lei (rendimentos auferidos pela entrega de recursos a pessoa jurídica, a qualquer título). Neste contexto, vale ressaltar que a própria lei nº 8.981/95 considera que os contratos de mútuo não se caracterizam como aplicação financeira de renda fixa, mas, de todo modo, determina a aplicação do IR Fonte sobre seus rendimentos.

Isto porque, considerasse a lei os contratos de mútuo como aplicação financeira de renda fixa, a exigência do IR Fonte decorreria diretamente do *caput* do art. 65, e não haveria a necessidade de outro comando legal (art. 65, §4º, c) determinar a aplicação do regime de tributação também para o caso do mútuo. Ou seja, apesar de não ser aplicação de renda fixa, a lei determina que se tribute o mútuo como se assim fosse.

Veja-se o que diz RENATO A. GOMES DE SOUZA³:

*“As linhas mestras da sistemática atual de tributação dos rendimentos de aplicações financeiras foram traçadas pela Lei nº 8.981, de 20.01.1995. Muita mudança já houve deste então, mas o arcabouço, a estrutura, ainda é a mesma. Trata ‘Da tributação das operações financeiras’, o Capítulo VI da Lei, cuja Seção I cuida ‘Do mercado de Renda Fixa’, e a II se incumbem ‘Do Mercado de Renda Variável’. **O primeiro artigo da Seção I (o 65) sujeita ao IRF ‘O rendimento produzido por aplicação financeira de renda fixa...’ – sem defini-la (como se fosse um conceito supralegal, de pública sabença, a dispensar explicações...). E o §4º acrescenta: ‘O disposto neste artigo aplica-se também’ a três outras coisas (que não são aplicações financeiras, portanto, pois, se fossem, o §4º seria dispensável, as três coisas já estariam compreendidas no próprio caput). O §4º constitui o que na técnica legislativa se chama***

³ Artigo denominado “Aplicações Financeiras – Tributação”, in *Tributação nos Mercados Financeiro e de Capitais e na Previdência Privada*, Ed. Quartier Latin, Coordenação Heleno Taveira Torres, p.298/299.

equiparação (dar a alguma coisa o mesmo tratamento prescrito para outra, embora ontologicamente diversa) – o que a lei pode fazer, sem dúvida (mas apenas a lei, frise-se, nunca a autoridade fiscal, ao lhe dar aplicação, nem mesmo qualquer outro texto normativo de hierarquia infralegal).

No entanto, apesar da lei equiparar o mútuo às aplicações financeiras de renda fixa para fins de IR Fonte, o fato é que nas operações de mútuo entre empresas controladoras, controladas, coligadas e interligadas esta retenção era dispensada pela própria lei, nos termos de seu art. 77:

“Art. 77. O regime de tributação previsto neste Capítulo não se aplica aos rendimentos ou ganhos líquidos: (Redação dada pela Lei nº 9.065, de 1995)

I - em aplicações financeiras de renda fixa de titularidade de instituição financeira, inclusive sociedade de seguro, previdência e capitalização, sociedade corretora de títulos, valores mobiliários e câmbio, sociedade distribuidora de títulos e valores mobiliários ou sociedade de arrendamento mercantil; (Redação dada pela Lei nº 9.065, de 1995)

II - nas operações de mútuo realizadas entre pessoas jurídicas controladoras, controladas, coligadas ou interligadas, exceto se a mutuaria for instituição autorizada a funcionar pelo Banco Central do Brasil”

Registre-se que a norma do inciso II do art. 77 da Lei n 8.981/95 não importava em *isenção de imposto de renda – IRPJ* sobre os rendimentos auferidos em contratos de mútuo de empresas coligadas, mas sim *afastamento da retenção do imposto na fonte* no momento do pagamento dos juros. Ou seja, as receitas dos juros decorrentes do mútuo deveriam ser oferecidas à tributação pelo imposto de renda – IRPJ por ocasião da apresentação da declaração de ajuste anual da empresa beneficiária dos pagamentos, não existindo, contudo, obrigação de retenção do imposto na fonte.

Posteriormente, veio a lume a lei nº 9.779/99, que em seu art. 5º estabeleceu o seguinte:

“Art. 5º Os rendimentos auferidos em qualquer aplicação ou operação financeira de renda fixa ou de renda variável sujeitam-se à incidência do imposto de renda na fonte, mesmo no caso das operações de cobertura (hedge), realizadas por meio de operações de swap e outras, nos mercados de derivativos.

Parágrafo único. A retenção na fonte de que trata este artigo não se aplica no caso de beneficiário referido no inciso I do art. 77 da Lei nº 8.981, de 1995, com redação dada pela Lei nº 9.065, de 20 de junho de 1995.”

Apesar da lei tratar apenas das operações financeiras de renda fixa e variável (e não tratar da questão do mútuo, como expressamente fez a lei nº 8.981/95, tanto para equipará-la à aplicação de renda fixa para estabelecer o IR Fonte – art. 65 §4º, c, como para isentar da retenção os mútuos das empresas coligadas – art. 77, II), o Fisco interpretou que a lei nº 9.779/99 havia revogado a isenção do IR Fonte para os rendimentos dos mútuos entre empresas controladoras e controladas, havendo consolidado seu entendimento por meio da IN SRF nº 07/99 (repetido posteriormente nas IN's 123/99 e 25/01), pela qual pretendeu regulamentar as disposições da nova lei. Veja-se:

“Art. 1º. Os rendimentos auferidos em qualquer aplicação ou operação financeira de renda fixa ou variável sujeitam-se à incidência do imposto de renda na fonte, mesmo no caso das operações de cobertura, hedge, realizadas por meio de operações de swap e outras, nos mercados de derivativos.

§1º O disposto neste artigo aplica-se, inclusive, aos rendimentos de operações de mútuo de recursos financeiros entre pessoa jurídica ou entre pessoa jurídica e pessoa física.

§2º. No caso de mútuo entre pessoas jurídicas, a incidência do imposto ocorre, inclusive quando a operação for realizada entre empresas:

- a) controladoras e controladas;***
- b) coligadas;***
- c) interligadas.”***

A simples leitura do art. 1º da IN, está a indicar, sem qualquer dúvida, que ela extrapolou a norma legal a ser regulamentada, pois acrescentou ao art. 5º da Lei nº 9.779/99 hipótese de incidência de IR Fonte (*recitius*, IRRF sobre rendimentos de mútuo entre empresas controladoras e controladas, coligadas e interligadas) não prescrita no dispositivo legal regulamentado.

Isto porque o art. 5º da Lei nº 9.779/99 não revogou a isenção do IR Fonte concedida pelo inc. II do art. 77 da Lei nº 8.981/95 aos rendimentos de mútuo entre empresas controladoras, controladas, coligadas e interligadas. E não revogou porque simplesmente não tratou desta questão, cuja regulamentação continuou submetida à lei anterior (lei nº 8.981/95).

Como foi visto, a lei nº 8.981/95 regulou a tributação das aplicações financeiras, tanto de renda fixa como variável. Em seu bojo, tratou também da tributação dos contratos de mútuo, dando-lhe tratamento equivalente ao dado às aplicações financeiras de renda fixa (incidência de IR Fonte) sem embargo de dar tratamento especial à tributação do mútuo entre empresas coligadas (isenção do IR Fonte).

Já o art. 5º da lei nº 9.779/99, ao prever a incidência do IR Fonte sobre os rendimentos auferidos em *qualquer aplicação financeira de renda fixa ou renda variável, ou operações de cobertura (hedge), realizadas por meio de operações de swap e outras*, não aborda a questão da tributação dos contratos de mútuo, de modo que não se pode considerar que tenha havido revogação das disposições anteriores a este respeito, tanto para determinar a incidência do IR Fonte sobre os contratos de mútuo quanto para isentar da retenção os contratos de mútuo entre empresas controladoras e controladas.

Neste sentido, para o caso **dos autos em discussão** é indiferente que o parágrafo único do art. 5º da Lei nº 9.779/99 tenha afastado a incidência do IR Fonte apenas para os casos previstos no inc. I do art. 77 da Lei nº 8.981/95, na medida em que o *caput* do artigo não teve mesmo o condão de atingir o regramento específico para a tributação dos contratos de mútuo e especialmente quanto à isenção conferida pelo inc. II do art. 77. Ou seja, o fato do parágrafo único do art. 5º da Lei nº 9.779/99 apenas isentar do IR Fonte as hipóteses previstas no inc. I do art. 77 da Lei nº 8.981/95 (aplicações em renda fixa de titularidade de instituição financeira) não significa que tenha revogado a isenção concedida no inc. II do mesmo dispositivo legal, na medida em que este inciso II trata de matéria específica não regulada pelo *caput* do art. 5º da Lei nº 9.779/99.

Em síntese, o que se tem é o seguinte:

- 1) A lei nº 8.981/95 estabeleceu o regime geral de tributação por meio de IR Fonte para as aplicações financeiras, tratando de modo especial à tributação dos rendimentos de mútuo (atribuindo-lhe o mesmo regime das aplicações de renda fixa para fins de exigência do IR Fonte) e ainda mais especificamente a dos mútuos entre empresas controladoras e controladas (outorgando-lhe isenção).
- 2) O art. 5º da lei nº 9.779/99 cuida de regra geral da tributação das operações financeiras (tanto fixa quanto variáveis), ampliando-as inclusive para as operações de hedge, mas não trata especificamente da tributação dos mútuos;
- 3) Se a norma específica da tributação dos mútuos e a norma específica sobre a isenção do IRRF sobre os rendimentos dos contratos de mútuo entre empresas coligadas não foram objeto da lei nº 9.779/99, não se pode considerar que o art. 5º desta lei tenha revogado a isenção outorgada pelo inc. II do art. 77 da Lei nº 8.981/95.

Não há, portanto, que se falar em revogação tácita da isenção concedida pelo inc. II do art. 77 da lei nº 8.981/95 pelo art. 5º da lei nº 9.779/99, até mesmo porque para que se considere que tenha havido revo-

gação tácita de um dispositivo, é preciso que a lei nova tenha expressa e efetivamente tratado da matéria objeto da lei anterior. Neste sentido, as precisas palavras de ROQUE ANTÔNIO CARRAZA⁴:

“A revogação, também, pode ser tácita, quando haja incompatibilidade entre as novas disposições e as precedentes ou quando a nova lei regular toda a matéria disciplinada na anterior.

A verificação da incompatibilidade da lei nova com a antiga é um desafio que põe à prova a argúcia seja do intérprete, seja do aplicador do Direito. Uma coisa, porém, é incontroversa: a revogação tácita não se presume, devendo, portanto, ser cabalmente demonstrada. (...)

Em homenagem à segurança jurídica, o intérprete e o aplicador só podem dar pela revogação tácita quando a superposição é onipatente, manifesta e insofismável. Afinal, intérprete e o aplicador não são legisladores, e nem podem fazer-lhes as vezes – o que ocorreria caso derogassem, via labor exegético, lei que, na realidade, continua em vigor.

~~No caso dos autos~~ *In casu*, a lei nova não abordou a questão específica tratada na lei anterior (tributação dos mútuos e isenção no IRRF nos casos de empresas controladoras e controladas), de modo que não há revogação tácita, pois, como lembrou CARRAZA, esta não se pode presumir.

Outrossim, há ainda um outro aspecto, que se refere ao fato de que a isenção concedida aos mútuos entre coligadas deve ser considerada como objeto de norma jurídica especial, específica, que trata um caso pontual, ao passo que a norma do art. 5º da lei nº 9.779/99 é norma de caráter geral. Neste particular, é cediço que a norma geral não revoga norma específica, mas ao contrário, com ela convive. É o ~~caso dos autos~~ que se passa no caso em questão, em que a lei posterior, de caráter amplo e geral, não abordou a matéria veiculada na norma da lei anterior, específica para a tributação dos mútuos entre empresas controladoras e controladas.

Pela clareza da lição, vale conferir outra vez as palavras de ROQUE ANTÔNIO CARRAZA⁵:

“Ainda a propósito do assunto, lembramos que a lei de caráter especial não revoga, nem é revogada pela lei de caráter geral (art. 2, § 2º da LICC).

De fato, a lei especial circunscrita a um ponto particular não altera o disciplinamento geral da matéria.

⁴ Imposto sobre a renda (perfil constitucional e temas específicos), ed. Malheiros, p.504

⁵ Idem anterior, p. 505.

Logo, a conhecida parêmia lex specialis derogat generalis há de ser entendida em termos: lei especial não revoga a lei geral, mas apenas, a ela prefere nos pontos que expressamente regula. Aí não se verifica uma revogação, mas pelo menos em circunstâncias normais, a aplicação simultânea das duas leis (a geral e a especial) – cada uma, é claro, ao caso nela previsto.

De sua parte, a lei de caráter geral, conforme acima adiantamos, também não revoga a lei especial (lex posterior generalis non derogat priori speciali), a menos que tal declare de modo expresso.

Logo, por ser a tributação dos mútuos entre empresas controladoras e controladas objeto de norma específica, e por não ter a lei nº 9.779/99 disposto de modo diverso neste particular, é manifesto que não houve a revogação da isenção concedida pelo inc. II do art. 77 da Lei nº 8.981/95 pelo art. 5º da lei nº 9.779/99.

Neste diapasão, a atuação do fisco com base na IN SRF nº 07/99 (e suas sucessoras IN nº 123/99 e 25/01) é manifestamente ilegal, posto que a tributação pelo IR Fonte sobre os rendimentos de contratos de mútuo entre empresas controladoras e controladas não encontra respaldo no art. 5º da Lei nº 9.779/99, ao qual a instrução normativa pretensamente teria regulamentado. E, como é de saber comezinho, somente lei formal pode revogar dispositivo de lei anterior, mormente em matéria tributária, onde vige o princípio da estrita legalidade. Logo, as Instruções Normativas da SRF não são e nem nunca foram instrumentos hábeis a revogar a isenção concedida pela lei nº 8.981/95.

Por último, a comprovar de modo definitivo que a lei nº 9.779/99 não havia revogado a isenção conferida pelo inc. II do art. 77 da lei nº 8.981/95, diga-se que a referida isenção somente foi revogada pelo art. 94 da Lei nº 10.833/2003, que dispôs o seguinte:

“Art. 94. Ficam revogados:

I - as alíneas a dos incisos III e IV e o inciso V do art. 106, o art. 109 e o art. 137 do Decreto-Lei nº 37, de 1966, este com a redação dada pelo art. 4º do Decreto-Lei nº 2.472, de 1988;

II - o art. 7º do Decreto-Lei nº 1.578, de 11 de outubro de 1977;

III - o inciso II do art. 77 da Lei nº 8.981, de 20 de janeiro de 1995;

IV - o art. 75 da Lei nº 9.532, de 10 de dezembro de 1997;

V - os §§ 5º e 6º do art. 5º da Lei nº 10.336, de 28 de dezembro de 2001; e

VI - o art. 6º da Lei nº 10.637, de 30 de dezembro de 2002, a partir da data de início dos efeitos desta Lei.”

Ora, tanto o inciso II do art. 77 da lei nº 8.981/95 não estava revogado pelo art. 5º da lei nº 9.779/9 que foi preciso que uma lei posterior viesse a revogá-lo de modo expresso. Certamente, estivesse tal dispositivo tacitamente revogado, não haveria qualquer razão para a lei nº 10.833/2003 expressamente fazê-lo novamente. Sem sombra de dúvidas, não se pode aceitar que a lei nº 10.833/2003 tenha apenas *reforçado* uma revogação anterior, como quer fazer crer o Fisco.

Conforme dito no *caput* do art. 94 da lei nº 10.833/03, apenas a partir da entrada em vigor desta última é que o inciso II do art. 77 da Lei nº 8.981/95 **fica** revogado, até mesmo porque o art. 94 não faz qualquer menção que pudesse autorizar uma interpretação diferente. Ou seja, até o início da vigência da lei nº 10.833/03, a isenção veiculada no inc. II do art. 77 da lei nº 8.981/95 era válida e irradiava plenos efeitos.

Por fim, diga-se que o entendimento da doutrina especializada⁶ sobre o tema é o mesmo. Veja-se o que diz CELSO HIROYUKI HIGUCHI⁷:

*“A Receita Federal, sem base legal, expediu a IN nº 7 de 1999, substituída pela IN nº 25, de 06-03-01, onde definiu que sujeitam-se à incidência do imposto de renda na fonte os rendimentos auferidos pela mutuante em operações de mútuo entre pessoas jurídicas, inclusive quando realizadas entre controladora e controlada, coligadas ou interligadas. **O inciso II do art. 77 da lei nº 8.981/95 foi revogado pelo inciso III do art. 94 da lei na 10.833/03. Esta revogação expressa foi o reconhecimento de que as duas instruções não tinham base legal.**”*

Claro, portanto, a manutenção da isenção do IR Fonte sobre os rendimentos dos contratos de mutuo das empresas coligadas, conferida pelo inc. II do art. 77 da Lei n 8.981/95, até o início da vigência da Lei n 10.833/03.

3. Da jurisprudência sobre o tema.

Em âmbito administrativo, são em maior número as decisões favoráveis à exigência do IR Fonte sobre os rendimentos auferidos em con-

⁶ No mesmo sentido, EDMAR OLIVEIRA ANDRADE FILHO, ao afirmar que “*somente com o advento da Lei nº 10.833/03 é que foi revogado o preceito da Lei nº 8.981/95. De fato, o art. 94, III, da Lei nº 10.833/2003 revoga, agora e expressa e verdadeiramente, o inciso II do art. 77 da Lei nº 8.981/95. Somente a partir do advento desta norma revogadora é que a tributação na fonte tornou-se legítima, isto é, com fundamento em lei.*” (*Imposto de Renda de Empresas*, Ed. Atlas, 3ª Edição, p. 689.)

⁷ *Imposto de Renda das Empresas – Interpretação e Prática*, IR Publicações, 31ª Edição, p. 528.

tratos de mútuo entre empresas coligadas, a partir da vigência da Lei n 9.779/99. Tais decisões, no entanto, não trazem maiores meditações sobre o tema, cedendo à interpretação apressada do art. 5 da Lei n 9.779/99.

De todo modo, há no conselho precedente favorável aos contribuintes, conforme o aresto abaixo:

*“IMPOSTO DE RENDA NA FONTE. OPERAÇÕES DE MÚTUO REALIZADAS ENTRE PESSOAS JURÍDICAS CONTROLADORAS, CONTROLADAS, COLIGADAS OU INTERLIGADAS - Nos termos do art. 144 do CTN a obrigação tributária de pagar o imposto é definida pela lei aplicável à época da ocorrência do fato gerador. **A isenção do imposto de renda na fonte incidente nas operações de mútuo realizadas entre pessoas jurídicas controladoras, controladas, coligadas ou interligadas, fixada pelo inciso II, art. 77 da Lei n° 8.981 /1999, deixou de existir apenas com a edição da Lei n° 10.833, de 29 de dezembro de 2003, que no inciso III de seu art. 94, revogou - a. Incabível a exigência do imposto de renda na fonte sobre os rendimentos dessa espécie nos anos - calendários de 2000 e 2001. Recurso provido.**” (1º Conselho de Contribuintes / 6a. Câmara / ACÓRDÃO 106-13.917 em 14/04/2004 - IRF - Ano(s): 1997 a 2001, Relator Sueli Efigênia Mendes de Britto, dj de 25.06.2004)*

No âmbito judicial, a jurisprudência dos Tribunais Regionais Federais se encaminha em sentido favorável aos contribuintes, sendo muitos os precedentes. Confira-se:

“TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA. RENDIMENTOS ORIUNDOS DE OPERAÇÃO DE MÚTUO DE RECURSO FINANCEIRO ENTRE PESSOAS JURÍDICAS. LEI 9.779/99 E INSTRUÇÃO NORMATIVA SRF 007/99. INOVAÇÃO DA ORDEM JURÍDICA.

1. A operação de mútuo entre empresas coligadas, interligadas, controladora e controlada encontra-se abrigada pela isenção conferida pelo art. 77, II, da Lei 8.981/95.

2. A incidência do Imposto de Renda prevista no art. 5º da Lei 9.779/99 abrange os rendimentos em operação de renda fixa e variável, não fazendo qualquer menção com relação às operações de mútuo.

3. A Instrução Normativa SRF 007/99, ao estabelecer a incidência do Imposto de Renda sobre os rendimentos oriundos de operações de mútuo de recursos financeiros, a pretexto de regulamentar a Lei 9.779/99, inovou a ordem jurídica.

4. *Apelação e remessa oficial improvidas.*” (TRF/1, AMS 199901000785940, Segunda Turma, Rel. Ivani Silva da Luz, dj de 23/05/2002)

“MANDADO DE SEGURANÇA. TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA RETIDO NA FONTE. OPERAÇÕES DE MÚTUO. NÃO INCIDÊNCIA. LEI Nº 9.779/99. INSTRUÇÃO NORMATIVA SRF 007/99. INOVAÇÃO DA ORDEM JURÍDICA. PRECEDENTES DAS EG. CORTES REGIONAIS.

- Afastada a alegação de se tratar de simples impugnação de ato normativo em tese, assim como a de inexistência de ato ou ameaça concreta de ato ilegal ou abusivo, haja vista que o mandado de segurança impetrado apresenta nítido caráter preventivo, buscando a impetrante evitar ato futuro da autoridade administrativa, consistente na atividade fiscal de lançamento, com base na Instrução Normativa SRF nº 007/99.

- A jurisprudência dos Tribunais Regionais vem se firmando no sentido de que a Instrução Normativa em comento, ao estabelecer a incidência do Imposto de Renda sobre os rendimentos de operações de mútuos a recursos financeiros, extrapolou sua função estritamente regulamentar para inovar a ordem jurídica, uma vez que o art. 5º da Lei nº 9.779/99 não faz qualquer previsão quanto às referidas operações.

- Recurso provido” (TRF/2, AMS 29427/RJ, Quarta Turma, Rel. Benetido Gonçalves, dj de 12/12/2003)

“IMPOSTO DE RENDA. OPERAÇÕES FINANCEIRAS. OPERAÇÕES DE MÚTUO. EMPRESAS CONTROLADAS, CONTROLADORAS, COLIGADAS, INTERLIGADAS. LEI Nº 8.981/95. LEI Nº 9.779/99. IN-SRF Nº 07/99. NÃO INCIDÊNCIA.

1. O art. 77, II, da Lei 8.981/95 isentou do imposto de renda as operações de mútuo realizadas entre empresas controladas, controladoras, coligadas e interligadas.

2. O art. 5º da Lei 9.779/99, ao prever genericamente que os rendimentos auferidos em qualquer aplicação ou operação financeira de renda fixa ou de renda variável sujeitam-se à incidência do imposto de renda na fonte, não revogou a isenção.

3. A IN-SRF 07/99 não é meio hábil para revogar isenção concedida pela Lei 8.981/95, a pretexto de regulamentar a Lei 9.779/99.” (TRF/4, AMS 200071050066280/RS, Primeira Turma, Rel. Maria Lúcia Luz Leiria, dj 17/12/2003)

O STJ, por sua vez, no julgamento do REsp n 509963/BA, realizado por sua Primeira Turma de Direito Público em 18/08/05, contrariou o

posicionamento dos Tribunais Regionais Federais, decidindo pela incidência do IRRF desde o início da vigência da Lei n 9.779/99. Veja-se a ementa:

“TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. INEXISTÊNCIA DE FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL NA DECISÃO QUE RECONHECE A EXTRAPOLAÇÃO DOS LIMITES DA LEI POR INSTRUÇÃO NORMATIVA. INTELIGÊNCIA DA SÚMULA 636/STF. INAPLICABILIDADE DA SÚMULA 126/STJ. REVOGAÇÃO DO 77, II, DA LEI 8.981/95 PELO ART. 5º, § ÚNICO, DA LEI 9.779/99.

1. Não consubstancia fundamento de natureza constitucional, a exigir a interposição de recurso extraordinário, a afirmação de que instrução normativa extrapolou os limites da lei que pretendia regulamentar. Trata-se de mero juízo de legalidade, para cuja formulação é indispensável a investigação da interpretação dada pelo acórdão recorrido aos dispositivos cotejados, incidindo, portanto, a orientação expressa na Súmula 636/STF, segundo a qual "não cabe recurso extraordinário por contrariedade ao princípio constitucional da legalidade, quando a sua verificação pressuponha rever a interpretação dada a normas infraconstitucionais pela decisão recorrida".

2. O art. 5º da Lei 9.779/99, ao dispor que "os rendimentos auferidos em qualquer aplicação ou operação financeira de renda fixa ou de renda variável sujeitam-se à incidência do imposto de renda na fonte", excetuando apenas a hipótese do "inciso I do art. 77 da Lei 8.981/95" (§ único), revogou a disposição do art. 77, II, da Lei 8.981/95.

3. Não há ilegalidade na IN 7/99 da SRF, cujas disposições fundamentam-se nos arts. 5º da MP 1.788, de 28.12.1998, e 5º da Lei 9.779/99, de igual teor.” (REsp 509963/BA, Primeira Turma, Rel. p/ acórdão Min. Teori Zavascki, dj de 03.10.05)

Apesar de haver prevalecido na Turma o voto ~~de~~ proferido pelo e. Min. Teori Zavascki (seguido pelos ministros José Delgado e Francisco Falcão), com a devida *venia*, entendemos mais acertado o voto proferido pelo il. Ministro Luiz Fux, transcrito abaixo:

“Originariamente, a presente demanda versa Mandado de Segurança impetrado pela ora Recorrida visando a eximir-se do pagamento de Imposto de Renda incidente sobre operações de mútuo de recursos financeiros entre pessoas jurídicas ou entre pessoa física e jurídica, argumentando, para tanto, que a Instrução Normativa SRF 007/99 extrapolou o conteúdo da Lei 9.779/99, a pretexto de regulamentá-la.

(...)

A tributação das operações financeiras tem previsão na Lei 8.981/95, alterada pela Lei 9.065/95, que em seu art. 65, § 4º, este diploma legal prevê a incidência da referida exação nas seguintes situações:

a) às operações conjugadas que permitam a obtenção de rendimentos predeterminados, realizadas nas bolsas de valores, de mercadorias, de futuros e assemelhadas, bem como no mercado de balcão;

b) às operações de transferência de dívidas realizadas com instituição financeira, demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil ou com pessoa jurídica não-financeira;

c) aos rendimentos auferidos pela entrega de recursos a pessoa jurídica, sob qualquer forma e a qualquer título, independentemente de ser ou não a fonte pagadora instituição autorizada a funcionar pelo Banco Central do Brasil.

(...)

Ocorre que, por força do disposto no art. 77 da Lei 8.981/95, as operações de mútuo restaram expressamente excluídas dessa tributação, consoante é perceptível conferir:

Art. 77. O regime de tributação previsto neste capítulo não se aplica os rendimentos ou ganhos líquidos:

I - omissis

II - nas operações de mútuo realizadas entre pessoas jurídicas controladoras, controladas, coligadas ou interligadas, exceto se a mutuária for instituição autorizada a funcionar pelo Banco Central do Brasil;

Argumenta a Recorrente que, com o advento da Lei 9.779/99, os rendimentos nas operações de mútuo realizadas entre pessoas jurídicas controladoras, controladas, coligadas ou interligadas, que não se sujeitavam ao regime de tributação na fonte, passaram a sujeitar-se, nos termos do art. 5º, retrotranscrito.

Como se infere da leitura atenta dos dispositivos legais pertinentes, não há previsão legal para a incidência do Imposto de Renda nas operações de mútuo, in casu.

Deveras, ao regular a tributação das operações financeiras de renda fixa ou variável, a Lei 9.779/99 não fez qualquer menção aos rendimentos auferidos em operações de mútuo, donde se conclui pela impossibilidade de tributar-se essas operações, porquanto, como é cediço, o poder tributante encontra limites no princípio da reserva legal, que só autoriza a cobrança de tributos mediante a edição de lei.

Conforme assinalado pelo v. aresto recorrido, a Instrução Normativa SRF 007/99, a pretexto de regulamentar a

multicitada Lei 9.779/99, extrapolou seus contornos, inovando a ordem jurídica.

Isto porque o art. 1º da citada Instrução Normativa acrescentou ao art. 5º da Lei regulamentada hipóteses de incidência não prescritas nesta. Enquanto o art. 5º da Lei 9.779/99 prevê a incidência do Imposto de Renda na fonte em face de rendimentos auferidos "em qualquer aplicação financeira de renda fixa ou de renda variável, ou operações de cobertura (hedge), relaizadas por meio de operações de swap e outras, nos mercados de derivativos", a referida IN determinou que se aplicasse a mesma regra aos rendimentos de operações de mútuo de recursos financeiros entre pessoas jurídicas controladas e controladoras, coligadas e interligadas.

Ao contrário do que afirma a ora Recorrente, a Lei 9.779/99 não revogou o art. 77 da Lei 8.981/95, que exclui da tributação as operações de mútuo nela especificadas, uma vez que não dispôs, neste particular, de modo diverso do previsto na legislação precedente.

Infere-se desse contexto, que a lei não previu a tributação das operações de mútuo sub examen, não podendo veículo normativo hierarquicamente inferior determinar a incidência do tributo, sob pena de ofensa ao princípio da legalidade.

Last but not least, conquanto o inciso II do art. 77 da Lei 8.981/95 tenha sido revogado pela Lei 10.833/03, cumpre salientar que lei nova não alcança fatos ocorridos anteriormente à sua vigência."

Na mesma linha é o bem fundamentado voto proferido pela Min. Denise Arruda, para quem a "A simples leitura do art. 1º da referida instrução normativa (IN nº 07/99) está a indicar, sem qualquer dúvida, que ela extrapolou a norma legal a ser normatizada ou regulamentada, pois acrescentou ao art. 5º da Lei 9.779/99 hipóteses de incidência não-prescritas no dispositivo legal regulamentado."

Seja como for, a existência dos bem fundamentados votos divergentes registrados no REsp 509963, somada à farta jurisprudência dos TRF's favorável aos contribuintes, indica a possibilidade de haver mudança no posicionamento do e. STJ em julgamentos posteriores, até porque um dos mais importantes argumentos em prol da manutenção da isenção, qual seja, sua expressa revogação somente com a Lei n 10.833/03, parece não ter sido devidamente observado no julgado.

4. Conclusões.

Em síntese, após a análise feita neste estudo, conclui-se o seguinte:

- 1) A isenção de IRRF sobre os rendimentos auferidos em contratos de mútuo entre empresas controladoras, controladas, coligadas e interligadas, concedida pelo inciso II do art. 77 da Lei n 8.981/95 não foi revogada pelo art. 5º da Lei n 9.779/99, o que somente aconteceu com a edição da Lei n 10.833/03;
- 2) Nesse período, a fonte pagadora não estava obrigada a efetuar a retenção do imposto quando do pagamento de juros à empresa beneficiária, que, por sua vez, deveria oferecer tal receita à tributação por meio de sua declaração de ajuste;
- 3) As Instruções Normativas da Secretaria da Receita Federal n 07/99, 123/99 e 25/01 não encontram respaldo na Lei n 9.779/99, de modo que extrapolam o poder regulamentar do poder executivo, motivo pelo qual não são aptas a autorizar a exigência de IRRF sobre os contratos de mútuo entre empresas coligadas até o início da vigência da Lei n 10.833/03.