IMPÔSTO DO SÊLO — INCIDÊNCIA SÔBRE EMPRÉSTIMO — FORMA JURÍDICA E REALIDADE ECONÔMICA

— O princípio informativo da lei do sêlo é o do seu caráter formal ou documental; só há incidência, via de regra, quando emitido o documento previsto para a tributação.

— Entende-se, pois, que há revogação do princípio documental sempre que a lei prevê a incidência em um papel diverso daquele que normalmente consubstancia a hipótese configurada.

— A obrigação tributária decorre da lei; à falta de expressa permissão legal, a hermenêutica da preponderância econômica viria a corporificar a aplicação da analogia extensiva, na criação de tributos não previstos em lei, o que encontra formal repúdio da doutrina.

— Interpretação do art. 49 da Tabela Anexa à Consolidação das Leis do Impôsto do Sêlo.

PARECER

1. O artigo 49 da Tabela anexa à Consolidação das Leis do Impôsto do Sêlo, a que se refere o Decreto n. 32.392, de 9 de março de 1953, com as alterações introduzidas pela Lei n.º 1.747, de 28 de novembro de 1952, estabelece a seguinte incidência:

“Art. 49. Empréstimos em geral, garantidos ou a descoberto.

Notas

(Lei n.º 1.747, de 1952)

1.º O impôsto será pago no contrato ou nos títulos representativos da dívida, ou, na falta de ambos, em ficha de con-

tabilidade ou no fôlio do Diário em que a operação foi registrada na escrita do devedor, ou, ainda, na do credor quando o devedor não tiver escrita comercial.

2.º Não estão sujeitos ao sêlo dêste artigo os saldos em conta corrente oriundos da movimentação da conta, nem quando se tratar de estabelecimentos bancários, os saldos de quaisquer contas.

3.º Os empréstimos garantidos por hipoteca, anticrese ou penhor, ficam sujeitos ao impôsto, de acôrdo com o art. 94 desta Tabela e Notas respectivas.

4.º O impôsto incidente sôbre contratos de financiamento de atividades rurais, quando feitos diretamente com os produtores ou suas cooperativas, será cobrado com o abatimento de cinqüenta por cento”.

2. No passivo do balanço da consultante figuram verbas que representam o saldo devedor de contas de adiantamentos recebidos de outras companhias, e contas a receber das mesmas. Nestas contas foram feitos lançamentos a crédito e a débito de empresas com as quais a consultante mantém relações comerciais.

3. Algumas das modalidades de lançamentos relativos às situações contábeis aludidas, com referência às outras empresas, são do tipo seguinte:

A crédito das mesmas, importâncias por elas pagas no interesse da consultante, para fechamento de câmbio com o Banco do Brasil, com o fim de satisfazer diversos encargos no exterior, assim como pagamento do principal e juros de financiamentos, ou mesmo de equipamentos ou materiais importados para a consultante.

A débito das referidas empresas, importâncias a elas pagas pela consultante, em liquidação de suas responsabilidades pelos créditos acima citados, e juros abonados sobre os saldos mensais dessas contas.

4. Diante do exposto, pergunta-se:

Incide o imposto previsto no artigo 49 da Tabela anexa à Consolidação das Leis do Imposto do Sêlo a que se refere o Decreto n.º 32.392, de 9 de março de 1953 sobre alguma das operações representadas pelos lançamentos acima referidos?

1. Trata-se de saber se a incidência prevista no artigo 49 da Tabela anexa à lei do sêlo (consolidação aprovada pelo Decreto n.º 32.392, de 9-3-1953, em obediência à Lei 1.747, de 28-9-1952), com as alterações sobrevindas em 1952, abrange os casos descritos na exposição e na consulta. Como esquema do presente estudo, convém adotar o seguinte roteiro: a) análise do verdadeiro sentido da modificação introduzida pela Lei 1.747, citada, quanto à definição tri-

butária da espécie prevista no referido artigo 49 da Tabela; b) em consequência da conclusão que será atingida nesse primeiro estágio da investigação, situar o conceito de empréstimo, ou mais precisamente, do mútuo — que é o negócio de que se trata —, fixando os elementos indispensáveis à sua configuração, no Direito Privado; c) apurar se, na hipótese de inoccorrência de tal contrato, com a integração necessária do Direito Privado, é possível pretender-se a êle equiparar, para fins de incidência do artigo 49 em tela, situações obrigacionais outras, inclusive tendo presente o princípio doutrinário da prevalência da substância econômica sobre a forma jurídica, e a viabilidade de ser êle acolhido no nosso sistema de direito positivo e invocado no caso especial do imposto do sêlo; d) aplicação das conclusões às situações descritas na consulta.

2. O princípio informativo da lei do sêlo é, sem dúvida, o do seu caráter formal ou documental (“Urkundprinzip”), que se cifra na afirmativa de que só há incidência, via de regra, quando emitido o documento previsto para tributação. Esse princípio, que vem sendo pacificamente aceito desde há algum tempo,¹ firmou-se como básico na aplicação do tributo, em termos que só admitem ignorá-los quando a lei expressamente o determine. Para perfeita compreensão do que seja o princípio documental, parece-nos essencial deixar claro que êle se integra pela exigência de que o papel que justificará a incidência seja o previsto na lei, como correspondendo à hipótese tributada, e não um papel qualquer, pois, em última análise, tratando-se de imposto pago por estampilha ou por verba lançada em documento, sempre haverá que existir algum documento onde seja feita a consignação do pagamento, por uma forma ou por outra. Entenda-se, pois, que há revogação do princípio documental sempre que a lei prevê a incidência em um papel diver-

1 Parecer de Rubens Gomes de Sousa, in “Revista dos Tribunais”, vol. 181, págs. 531 e segs., ou “Revista de Direito Administrativo”, vol. 19, págs. 344 e segs., ou “Revista Forense”, vol. 131, págs. 34 e segs.; idem, nosso, in “Revista Forense”, vol. 140, págs. 94 e seg.; e abundante jurisprudência citada nos mesmos, sem que tenha havido, desde então, mudança de orientação, ao propósito.

so daquele que normalmente consubstancia a hipótese configurada.

Assim, por exemplo, o princípio está afastado no caso do artigo 40 da Tabela, relativo aos contratos de construção, quando dispõe (Nota 2.^a) que, inexistindo contrato escrito, o selo seja pago nas quitações, pois tais documentos não são aqueles que o artigo considerou para a tributação normal. O mesmo se aplica ao artigo 1.^o da Tabela, e respectiva Nota 1.^a), que manda considerar tributável como abertura de crédito qualquer retirada feita em estabelecimento bancário, nos três casos referidos nas letras a) a c), pois, seja embora o imposto pago em fichas de lançamento, que são papéis, não no é no documento normalmente emitido para caracterizar o contrato de abertura de crédito.

Em parecer anterior, fizemos pormenorizada análise deste aspecto do problema, e lhe demos tratamento minucioso e esclarecedor da respectiva exegese.²

3. Como a maior parte dos litígios que vinham sendo deslindados pelo 1.^o Conselho de Contribuintes, ao propósito da prevalência do caráter formal ou princípio documental do tributo em tela, dissessem respeito a situações em as quais pretendia o fisco a incidência do artigo 49 em exame, sem a ocorrência de documento contratual configurador de mútuo, foi tentada, e com êxito, a alteração do dispositivo legal referido, para o fim de se libertar a respectiva aplicação do já reconhecido domínio pelo princípio documental, à semelhança do que em vários outros casos da Tabela anexa à lei do selo já havia sido feito, mediante a consignação de exceções a tal princípio, expressas em dispositivos determinando a incidência mediante pagamento do imposto em papéis outros, que não aqueles normalmente caracterizadores do negócio jurídico mencionado.

Sobreveio, em consequência, a Nota 1.^a), que tomou o lugar da anterior do mesmo número, que passou a ser a atual 2.^a). Tal Nota 1.^a) é assim redigida:

“O imposto será pago no contrato ou nos títulos representativos da dívida, ou, na falta de ambos, em ficha de contabilidade ou no fôlio do Diário em que a operação foi registrada na escrita do devedor, ou, ainda, na do credor quando o devedor não tiver escrita comercial”.

Vê-se, portanto, que a lei passou a exigir o imposto mesmo quando não houvesse emissão de contrato ou de título da dívida, determinando que ele seja pago, em tal caso, no instrumento contábil que registre a obrigação. Aí está uma nítida derrogação do princípio documental, para a hipótese do artigo 49, pois documento normal que exterioriza o mútuo é o respectivo contrato, ou o título da dívida, e não qualquer ficha de contabilidade, ou, menos ainda, o fôlio de algum livro comercial.

4. É de ressaltar, entretanto, que a modificação introduzida limitou-se à definição da exigibilidade do tributo mesmo sem necessidade de emissão do documento configurador da obrigação, vale dizer, foi confinada à revogação do princípio documental. O caso tributado não foi ampliado, ou sequer alterado. Continuou a ser, como já era, o de

“Empréstimos em geral, garantidos ou a descoberto”, sem que a lei houvesse ensejado possibilidade alguma de equiparação a empréstimos, de outras obrigações ou situações negociais que não tivessem aquela natureza intrínseca.

Disso não se têm dado conta, aparentemente, as autoridades administrativas, que vêm afirmando interpretações do novo dispositivo, tendentes a amparar sua extensão a hipóteses que, de modo algum, podem ser por ele abrangidas, porque, não caracterizando empréstimos, deixam de ser a estes equiparáveis, em vista de persistir, como dito, e sem qualquer ampliação, o caso de incidência que já vinha expresso em lei, antes do diploma de 1952.

5. Com efeito, em 14-9-1953 (*Diário Oficial* de 29-9-1953, pág. 16.400), o Diretor das Rendas Internas baixou Circular de n.^o 56, em a qual declara não

2 Nosso parecer, in “Revista Forense”, vol. 140, págs. 94 e segs..

incidirem no impôsto a que se refere o artigo 49 em referência, créditos por pagamentos ou antecipação de pagamento de salários, vencimentos, comissões, gratificações, honorários, retiradas “pro labore”, de empregados, viajantes, vendedores, representantes, sócios ou diretores de empresas, ou os por distribuição de lucros, desde que não vencessem juros; e mais, igualmente não cobertos pela tributação em causa, os créditos relativos a pagamentos antecipados de mercadorias para entrega futura, desde que emitidos contratos de promessa de compra e venda das mesmas.

Verifica-se no provimento acima reportado, que duas condições foram postas, a que deixasse de ser exigível o impôsto previsto no artigo 49, em exame: quanto aos créditos inicialmente relacionados, que os mesmos não vencessem juros; e, no que se refere a pagamentos antecipados de mercadorias para entrega futura, que houvesse sido firmado o compromisso de compra e venda das mesmas.

Qualquer dessas duas exigências se afigura descabida. A existência de juros não basta, de per si só, como adiante será esclarecido, para configurar empréstimo, pois que dêle se pode tratar, mesmo que juro algum seja ajustado ou pago, ao passo que em inúmeros outros tipos de contratos, que não empréstimos, encontra-se pacto de juros.

No que se relaciona com o requisito do compromisso de compra e venda das mercadorias a serem entregues futuramente, para que deixe de ser exigido o impôsto do artigo 49, tão pouco se pode admiti-lo, uma vez que não é a falta de instrumento formal de promessa de venda, que bastará a desfigurar o ajuste, e convertê-lo em empréstimo. Não se compreende que o contribuinte fique obrigado a emitir documento de um contrato desnecessário, para nêle pagar impôsto, e sômente assim ficar exonerado do que incidiria sôbre um ajuste inexistente.

6. O mais grave é que o Ministro da Fazenda, apreciando memorial da

Federação das Associações Comerciais do Brasil, em o qual pleiteava ela a declaração de que, mesmo na hipótese de vencerem juros, os créditos de empresas a seus empregados, sócios ou diretores, não caracterizariam o empréstimo, mas quando muito depósito, o qual, não sendo documentado escaparia à incidência do sêlo do artigo 49, manteve a interpretação consubstanciada na supracitada Circular n.º 56, do Diretor das Rendas Internas, e aprovou parecer da Direção Geral da Fazenda Nacional, no sentido da exatidão de dito ato normativo.³

O fundamento da Direção Geral da Fazenda Nacional, que deu apoio à decisão ministerial, consiste na equiparação do depósito irregular (o de coisa fungível) ao mútuo, que seria preconizada por João Luís Alves, Clóvis Beviláqua e Noé Azevedo, sômente cabendo alguma dúvida quanto ao acêrto dessa assimilação quando incorresse a fluência de juros. Essa compreensão do problema é evidentemente errada, como mais adiante passaremos a demonstrar.

7. Um passo certo no caminho do entendimento adequado do artigo 49 em exame, foi dado, sem dúvida, pelo Diretor das Rendas Internas, na Circular n.º 146, de 31-12-1954 (*Diário Oficial*, de 7-1-1955, pág. 265), ao esclarecer que o impôsto referido no artigo em causa não incide sôbre os lançamentos a crédito oriundos de pagamentos antecipados de mercadorias, por não se confundirem com os empréstimos.

Aqui, foi declarada a incorrência da exigibilidade do tributo, sem qualquer condição, diversamente do que fizera a anterior Circular n.º 56, que, como visto, subordinava a não incidência, a existir, firmado, compromisso de compra e venda das mercadorias. A Circular 146 merece aplauso, porque faz a interpretação correta do dispositivo legal.

8. Na recente Circular n.º 62, de 21-6-1955 (*Diário Oficial*, de 27-6-1955, pág. 12.492), o Diretor das Rendas In-

3 Processo SC 51.031/54, in “Revista Fiscal e de Legislação de Fazenda”, I. de Sêlo, 1954, n.º 231.

ternas volta a tratar do assunto, nos itens 3 a 8, e no 11, afirmando em suma: a) a incidência do artigo 49 quanto aos atos inominados que consig-nem a existência de mútuos ou confis-sões de dívidas, quanto às entradas de dinheiro, inclusive suprimentos de Caixa feitos por sócios, acionistas, diretores ou pessoas estranhas à empresa, mesmo que não vençam juros, e quanto às importâncias retidas nos cofres das empresas, quanto a lucros ou dividendos disponíveis, e retidos para aplicação no movimento mercantil das entidades, bem assim as bonificações, gratificações, comissões e semelhantes, desde que vençam juros ou que a respectiva entrega, pagamento ou restituição, estejam sujeitos a prazo (itens 3, 7 e 8); b): a não incidência do impôsto, quanto a créditos por pagamento ou antecipação de salários, vencimentos, gratificações, comissões, honorários, retiradas “pró-labore”, de empregados, viajantes, vendedores, representantes, sócios ou diretores de empresas, e os por dividendos ou lucros, desde que não vençam juros, os créditos por pagamento antecipado de mercadorias para entrega futura, os lançamentos relativos a pagamento ou recebimento de alugueres, seguros e impostos, nas contas das pessoas inicialmente aludidas (empregados, vendedores, viajantes, revendedores, sócios, diretores), e os lançamentos nas contas-correntes de viajantes, vendedores ou representantes de casas comerciais, que se referirem a adiantamentos para cobertura de despesas e a cobranças a favor da entidade, de mercadorias anteriormente vendidas.

Salvo os casos de reiteração das manifestações anteriores, excludentes da incidência, parece-nos que a recente Circular está bem fundada, quando, no inciso 7, declara tributáveis pelo artigo 49 quaisquer entradas de dinheiro ou suprimentos de Caixa, mesmo que não haja fluência de juros, pois que, já o antecipamos, essa circunstância não é decisiva na caracterização do empréstimo; é claro que se deve entender em termos, a expressão “entradas de dinheiro”, para que ela não abranja todo

e qualquer pagamento ou recolhimento, o que seria remarcado absurdo (exemplo de entrada que não corresponde a empréstimo: a para pagamento de dívida, de mercadoria, de serviço, etc.).

Mas, é evidentemente errada a afirmação de que todo e qualquer ato inominado de confissão de dívida se compreende na incidência do artigo 49. A confissão de dívida, como simples declaração de vontade, pode existir em todo e qualquer contrato não comutativo, sem que, só por isso, se trate de empréstimo.

Igualmente desacertada, a asserção de serem tributáveis as importâncias retidas nos cofres sociais, oriundas de lucros e dividendos, e desde que vençam juros ou haja prazo determinado para seu pagamento ou restituição, pois que, no caso, obviamente não há empréstimo, a circunstância da fluência de juros, já se o afirmou, é inexpressiva para a caracterização de tal negócio jurídico, e, além disso, a fixação de prazo para pagamento, no caso de lucros ou dividendos, não bastaria para definir o empréstimo, podendo perfeitamente ser uma simples condição, na deliberação de acionistas ou sócios, relativa ao prazo a partir do qual seria disponível o produto, por seus beneficiários.

9. É mister, pois, partir do pressuposto óbvio e inatacável, de que a Lei 1.747 não elasteceu a definição do negócio jurídico atingido pelo artigo 49 da Tabela, limitando-se a ampliar as hipóteses nas quais, em se tratando de empréstimo, seria devido o impôsto. Assim, quanto aos casos de verificação de contratos de tal natureza, que deixassem de ser reduzidos a documento, para os quais foi prevista a tributação na ficha de lançamento, ou no fôlio do Diário do devedor, e mesmo no do credor. Não ficou dispensada, é claro, a configuração do ajuste como sendo empréstimo. Somente após ficar claro que dêle se trata, é que vale aplicar a Nota 1.^a) introduzida no artigo 49 pela Lei 1.747.

10. Empréstimo é, segundo o Código Civil, um gênero que abrange duas modalidades: comodato e mútuo. O primeiro diz respeito a coisas não fungi-

veis, é gratuito, e costuma ser titulado “empréstimo de uso”, justamente pela circunstância de não trazer implícita a possibilidade de quem recebe o objeto deixar de devolvê-lo na própria espécie. O segundo, em contraposição, refere-se a coisas fungíveis, que o mutuário (recedor) pode consumir, obrigando-se a restituir na mesma espécie e equivalência, coisas correspondentes às recebidas, e não as próprias. Chama-se “empréstimo de consumo”.

Eis o que consta dos artigos 1.256 e 1.257 do Código Civil:

“Art. 1.256. O mútuo é o empréstimo de coisas fungíveis. O mutuário é obrigado a restituir ao mutuante o que dêle recebeu em coisas do mesmo gênero, qualidade e quantidade”.

“Art. 1.257. Este empréstimo transfere o domínio da coisa emprestada ao mutuário por cuja conta correm todos os riscos dela, desde a tradição”.

Portanto, pode-se desde logo declarar que são elementos integrantes e necessários do contrato de mútuo, a tradição da coisa mutuada ao mutuário, e a transmissão a êle, do respectivo domínio. A perfeita definição e a delimitação dos contornos do mútuo carecem, entretanto, de análise mais detida.

Cunha Gonçalves⁴ declara:

“São, pois, elementos do contrato: a) a transmissão de uma coisa fungível, em especial dinheiro; b) a entrega dessa coisa ao mutuário; c) o intuito do empréstimo para consumo dêste; d) a obrigação de restituir o mutuário ao mutuante coisa igual ou equivalente. Desde que falem êstes elementos, não haverá mútuo” (pág. 977).

E, mais:

“2.º É contrato *real*, visto que só se aperfeiçoa com a entrega da coisa pelo mutuante ao mutuário”.

3.º É contrato translativo da propriedade da coisa emprestada, como ex-

pressivamente declara o art. 1.257 do Cód. Civil brasileiro” (pág. 978).

Eduardo Espínola⁵ registra:

“É contrato *real, unilateral e gratuito* em princípio. O mutuário adquire a propriedade das coisas emprestadas, correndo por sua conta os riscos desde a tradição” (pág. 347).

E, em nota n.º 29:

“É contrato *real*, como o comodato, porque só se perfaz com a entrega do objeto. Salvo em alguns códigos, como o suíço e o polonês das Obrigações” (pág. 247).

E, ainda:

“Obrigações das partes contratantes. O mútuo só se constitui pela transferência do domínio da coisa emprestada, de sorte que, doutrinária e praticamente, não resulta do contrato alguma obrigação direta para o mutuante” (pág. 250).

E, em nota n.º 41:

“Como observa Clóvis Beviláqua, “é da essência do mútuo a translação da propriedade da coisa mutuada, desde a tradição, que perfaz o contrato”. Assim, não é do contrato que deriva a obrigação de transferir a propriedade da coisa, pois antes da transferência não há contrato, o que existe é a promessa de emprestar” (pág. 250).

Do mesmo modo, Carvalho de Mendonça:⁶

“Os *reais* (contratos) são os que, além do consentimento das partes, exigem para sua perfeição a tradição do objeto material da convenção. Exemplos, o mútuo, o depósito, o penhor e todos os demais contratos tendo por objeto uma *restituição*, visto como não se restitui senão o que anteriormente se recebera”.

E:

“O empréstimo, no sentido genérico (de *praetare*, dar, prestar), é o contrato mediante o qual uma das partes entrega certa coisa a outra parte com a

4 “Princípios de Direito Civil”, ed. Limonad, 1951, vol. II, págs. 977 e 978.

5 “Dos Contratos Nominados no Direito Brasileiro”, ed. Gazeta Judiciária, 1953, págs. 247 e 250.

6 “Tratado de Direito Comercial Brasileiro”, ed. Freitas Bastos, 1947, vol. VI, parte I, pág. 454.

obrigação desta restitui-la na sua integridade ou em coisa equivalente”.⁷

“O mútuo mercantil é contrato real. Veremos oportunamente que dêle decorre para o mutuário a obrigação de *restituir*, e sômente pode ser obrigado a restituir quem *recebeu* a coisa. O mútuo perfaz-se com a tradição da coisa emprestada (Cód. Civil, arts. 1.256 *verbis*... o que dêle recebeu”, e 1.257). O caráter de realidade do mútuo acentua-se perfeitamente com a obrigação de o mutuário restituir o *tantumdem*. A entrega da coisa emprestada por parte do mutuante não é, portanto, efeito do contrato *quale mutuo*, mas um dos elementos pressupostos pela sua própria natureza”.⁸

Ainda:

“Dois são os elementos essenciais do contrato de mútuo:

1.º — Que o mutuante transfira o domínio da coisa emprestada ao mutuário, operando-se a tradição desta coisa mediante qualquer das formas jurídicas pelas quais se opera a transferência da coisa vendida”.⁹

“Decorrem daí as conseqüências seguintes:

a) O mutuário torna-se proprietário da coisa que recebe emprestada”.

b) O mútuo é ato de alienação. Alienação, no sentido jurídico, é a transferência da propriedade.

c) Qualquer reserva de domínio por parte do mutuante ou de terceiro é incompatível com o mútuo.

d) Desde a tradição, todos os riscos correm por conta do mutuário”.¹⁰

“2.º Que o mutuário se obrigue a restituir o que do mutuante recebeu em coisas do mesmo gênero, qualidade e quantidade.

Esta obrigação constitui um dos elementos *sine qua non* do contrato de mú-

tuo. O mutuário restituirá coisas do mesmo gênero, qualidade e quantidade, isto é, barras de ouro por barras de ouro, café por café, açúcar por açúcar, dinheiro por dinheiro”.¹¹

“O contrato de mútuo, em regra, deve estipular o tempo exato para a restituição da coisa emprestada. Neste contrato, o tempo é um dos mais preciosos fatores, pois se a restituição houvesse de ser imediata, desapareceria a sua utilidade”.¹²

11. O Código Comercial, regulando o mútuo mercantil, não inova nos elementos integrantes do conceito derivado do Código Civil (arts. 247 a 255). O exame dos mesmos pode ser feito, portanto, simultaneamente, quer se trate de mútuo civil, ou do comercial.

Vimos que a tradição da coisa mutuada, pelo mutuante ao mutuário, é havida como elemento necessário integrante do negócio jurídico, não sômente porque consta da respectiva definição legal, em termos claros e categóricos, como porque a doutrina alinha o contrato de mútuo entre os chamados *reais*, pela própria índole do mesmo.

Está claro que a tradição, em qualquer contrato que a tenha como indispensável ao próprio aperfeiçoamento, pode ser real ou simbólica. Assim, na compra e venda, como em quantos outros apresentem com ela êsse ponto de afinidade. Não se impõe, no mútuo, que a entrega da coisa mutuada seja física. Basta que ela importe em colocar à disposição do mutuário a coisa emprestada. É o que observam Carvalho de Mendonça e Carvalho Santos. O primeiro declara:

“De ordinário, a tradição consiste na entrega material da soma emprestada pelo mutuante ao mutuário, diretamente ou por intermédio de terceiro, nos empréstimos em dinheiro. Pode, entretanto, efetuar-se a tradição pelo direito conce-

7 Op. cit. na Nota anterior, mesmo volume e tomo. pág. 314.

8 Id., id., id., pág. 321.

9 Id., id., id., págs. 325 e 326.

10 Id., id., id., págs. 325 e 327.

11 Id., id., id., pág. 328.

12 Id., id., id., pág. 331.

dido ao mutuário e do qual este use, de receber um crédito do mutuante, o que se verificará especialmente no caso do mutuante ordenar a terceiro (por exemplo um banco) de inscrever na conta do mutuário a importância do mútuo. Pode, igualmente, operar-se pela entrega da coisa ao mutuário, para que este a venda e fique com o produto a título de mútuo. Dá-se nesta hipótese duplo negócio jurídico, o mandato para vender a coisa e o empréstimo condicionado pela execução da venda”.

“A tradição pode operar-se *brevi manu*, por força do contrato de mútuo, quando o mutuário deva dinheiro ou outra coisa fungível por diferente causa, exemplo, em virtude de depósito, de mandato ou de venda”.¹³

O segundo, esclarece:

“Acontece, porém, que se a tradição é necessidade comum aos dois contratos, variam as conseqüências que ela acarrete para cada um, notando-se que no mútuo a tradição transfere a propriedade, enquanto que no comodato ela não opera a trasladação do domínio.

Sendo a tradição condição essencial ao contrato, enquanto não se verifica há apenas uma simples promessa de mútuo”.

“Pode, sem embargo, operar-se a tradição sem uma entrega material que acompanhe de perto o contrato, a exemplo do que ocorre na compra e venda, com a tradição ficta.

Pode acontecer, por exemplo, que o mutuário já possuisse a coisa a outro título, vindo o contrato de mútuo inverter seu título de posse. Há aí evidentemente a tradição, que se exige para o caso, operada em virtude de efeito do próprio contrato”.¹⁴

12. Fique bem claro, entretanto, que a tradição, possa embora ser ficta ou simbólica, como se dá com a compra e venda, precisa ocorrer. Não pode ser dispensada, sob pena de inexistir o contrato de mútuo. Assim, forçoso é, para que

se a tenha como verificada, mesmo no caso da entrega ficta ou simbólica, que o ato exteriorizador da mesma acarrete a disponibilidade da coisa, para quem a recebe. Carvalho de Mendonça o diz, incisivamente:

“Outra conseqüência daí resulta: a tradição real não se substitui pela simbólica senão quando o comprador por meio desta última obtém a disponibilidade efetiva da coisa que lhe foi vendida. De outro modo, não há tradição”.¹⁵

Nem são outros, os casos expressamente figurados no artigo 200 do Código Comercial, todos eles caracterizados dessa referida disponibilidade da coisa, pelo comprador.

Portanto, é mister deixar bem marcado, para ulterior aplicação aos casos concretos da consulta, das conclusões que vão sendo atingidas, que a tradição da coisa mutuada, sendo requisito essencial e insubstituível do mútuo, pode ser simbólica, sempre que se respeite o conceito dessa modalidade de entrega, e se verifique, na situação tipo, a efetiva disponibilidade por parte do mutuário. Não ocorre tradição alguma, sequer a simbólica, quando, por exemplo, alguém paga a terceiro por conta de outrem, evidenciando-se, no exemplo, tudo menos o mútuo da quantia dispendida, porque aquêle que se beneficiou com o pagamento ao terceiro, não adquiriu a propriedade da importância paga. Deixou, então, de haver tradição do objeto essencial do mútuo, o que corresponde a afirmar que de mútuo não se tratava.

13. Por outro lado, a fluência de juros não se apresenta como elemento bastante para caracterizar o mútuo, quando verificada, ou para afastar-lhe a existência, quando inócua. Por isso, já afirmamos ser errada a adoção do critério de configurar incidência, como de excluí-la, baseado tão somente na circunstância de haver convenção de tais frutos. Carvalho de Mendonça é taxativo:

13 Id., id., id., pág. 326.

14 “Código Civil Brasileiro Interpretado”, ed. Freitas Bastos, 1945, vol. XVII, págs. 433 e 434.

15 Op. citada na Nota 6, vol. VI, parte II, pág. 71.

“Não é de rigor nos empréstimos de coisas fungíveis a cláusula relativa a juros, isto é, a compensação do uso destas coisas, do perigo da restituição, e do favor prestado pelo mutuante ao mutuário. O mútuo é gratuito por natureza e não por *essência*, como o comodato. Queremos dizer, o mútuo não importa por si a obrigação de pagar juros. O mutuante somente os poderá exigir, se estipulados expressamente, ou determinados por lei”.¹⁶

Reciprocamente, pode-se dar o caso de convenção de juros em diversos contratos ou obrigações, que nada tenham de comum com o mútuo, de vez que se trata apenas de frutos civis, devidos em razão de relações negociais de vária natureza.

14. Lançados que foram, os contornos e os elementos necessários do contrato de mútuo, devemos passar à análise de outros negócios jurídicos que sóem ser-lhe assemelhados, ou que se procura ter como a êle equivalentes. O primeiro, na ordem lógica, seria o depósito irregular, vale dizer, o depósito de coisa fungível.

Já assinalamos que a decisão do Ministro da Fazenda, proferida em processo originado de memorial da Federação das Associações Comerciais (citado supra, n.º 6), apoiou-se na consideração de que os depósitos irregulares de dinheiro se confundem com o mútuo.

Em magnífico estudo, Wilson de Souza Campos Batalha analisa exatamente o problema da equiparação dos depósitos de dinheiro, aos mútuos contemplados no artigo 49 da Tabela anexa à lei do selo, concluindo pela impossibilidade da assimilação para incidência genérica do dispositivo.¹⁷

Com efeito, o contrato de depósito é definido, desde logo, como sendo aquêle em que o depositário recebe um objeto móvel para guardar, até que o depositante o reclame (art. 1.256 do Código Civil). Partindo do pressuposto de que o depositário deve restituir a própria

coisa recebida, e não outra equivalente, objetou-se que não é outro senão o mútuo, o contrato em que se faça depósito de coisas fungíveis, notadamente dinheiro. Procurou-se tirar argumento do disposto no artigo 1.280 do Código Civil, que manda aplicar ao depósito de coisas fungíveis, em que o depositário se obriga a restituir objetos do mesmo gênero dos recebidos, o estatuído no mesmo Código para o mútuo.

Vejamos como Carvalho de Mendonça¹⁸ analisa o problema:

“Fortíssimas objeções têm assediado o chamado depósito irregular. Que é este depósito, dizem, senão o mútuo sob outro nome? Apresenta êle os mesmos elementos essenciais do mútuo, a entrega de coisas fungíveis, a passagem da propriedade para aquêle que as recebe, a obrigação de restituir o *tantumdem*.

O Cód. Comercial, no art. 285, e o Cód. Civil, no art. 1.280, de acôrdo com a doutrina tradicional, não confundem êsse depósito de coisas fungíveis com o mútuo; aquêle manda observar as leis especiais da instituição dos bancos e êste dispõe simplesmente que êste depósito seja regulado pelas normas relativas ao mútuo. É instituto diferente do mútuo, ainda que subordinado às regras dêste.

O Código Comercial aplica ao depósito as disposições sôbre o penhor mercantil (art. 286); nem por isso se dirá que o depósito é o penhor. Não são os dois códigos, comercial e civil, que imprimem àquele contrato a etiqueta de depósito? Não é a linguagem bancária que assim o denomina? Não continua a jurisprudência nacional a reconhecer o depósito irregular?”.

.....
“Quais, então, os elementos que distinguem o depósito irregular do mútuo?”

Êsses elementos doutrinais resumem-se no seguinte: no depósito irregular, há sempre o escopo da guarda, no mútuo o seu fim principal e único é o *uso* da coisa. Não se alegue ser artificiosa a

16 Id. id. id., págs. 336 e 337.

17 “Revista de Direito Mercantil”, ano IV, n.º 2, págs. 323 e segs.

18 Op. cit. na Nota 6, vol. VI, parte II, págs. 445 e segs.

distinção. A alma da convenção, pondera Messa (“o que determina a sua natureza, não pode ser outra coisa que o fim querido pelas partes, pois a êste fim, exatamente, é subordinada a determinação dos direitos e dos deveres dos contratantes. A restituição tem em cada um dos casos razão diversa, que promana do escopo da entrega”.

.....
“O depósito irregular uma modalidade do regular, apesar de se lhe applicarem as regras do *mútuo*, visto operar a transferência da propriedade da coisa, seu objeto. Por êsse motivo a obrigação de guardar não subsiste com o rigorismo que se apresenta no depósito regular e do qual constitui o escopo fundamental”.

Com efeito, o simples fato de o Código Civil prever a applicação ao depósito de coisas fungíveis, do disposto quanto ao mútuo, não significa que um e outro contratos sejam iguais. Se tal fôsse o desiderato do legislador, diria pura e simplesmente que tal depósito seria equiparado, assemelhado ou equivalente ao mútuo, o que teria sentido muito diverso da mera remissão feita, nos termos do artigo 1.280, citado.

O próprio artigo 283 do Código Commercial manda sejam reguladas pelas normas previstas para o mandato ou a comissão, o depósito voluntário, e nem por isso confunde um instituto com os outros. No artigo 190, manda aplicar à comissão mercantil as regras estatuidas para o mandato, sem que se possa pretender com isso a identificação dos contratos. De acôrdo com essa distinção, entre mútuo e depósito irregular, manifestou-se Mendes Pimentel.¹⁹

15. Outra assimilação que se vê tentada, freqüentemente, pelas autoridades fiscaes, é a do mútuo com a conta-corrente gráfica, escritural. Está suficientemente esclarecido que, nem mesmo face

à lei do sêlo, é possível ignorar a profunda diferença existente entre o contrato de conta-corrente e o mero gráfico do deve e haver. Foi assinalado que esta não incide em impôsto, salvo nos casos expressamente previstos, de extratos da conta, e de ajuizamento, ao passo que aquêle seria tributável, quando documentado, por força do artigo 83 da Tabela anexa à lei do sêlo, em falta de outro que especificamente o abrangesse.²⁰

Para que se não pretenda estabelecer comunhão de conteúdos, entre o mútuo e o contrato de conta-corrente, o qual, a existir estaria taxado pelo artigo 83, mas que, se admitido idêntico àquêle, seria objeto de consideração para enquadramento no artigo 49, basta a remissão a Carvalho de Mendonça,²¹ que demonstra de modo conclusivo a profunda diferença substancial entre os dois institutos.

16. Restaria considerar a abertura de crédito, tributada no artigo 1.º da Tabela anexa à lei do sêlo, e que guarda diversidade também substancial do mútuo,²² notadamente pelo fato de que, podendo embora resultar nêle, ainda não é senão o compromisso de colocar importâncias ao dispor do creditado.

Entretanto, como está expressamente previsto tal ajuste, como caso especial de incidência, no citado artigo 1.º, perde interêsse o desenvolvimento das diferenciaes características, uma vez que o fisco jamais poderia pleitear o reconhecimento de impossibilidade de um tal contrato por força do artigo 49, que é aquêle que neste parecer nos importa.

17. Por fim, impõe-se deixar claro que *confissão de dívida* não é expressão equivalente a mútuo. Neste contrato existe a confissão de dívida, mas nem sempre que esta ocorre se configura o mútuo. É fácil de aceitá-lo. Confessar dívida é manifestação de vontade, pura

19 Parecer, in “Direito”, vol. V, págs. 50 e segs..

20 Pareceres citados na Nota (1).

21 Op. cit. na Nota (6), vol. VI, parte II, págs. 352 e segs..

22 Op. cit. na Nota (6), vol. VI, parte II, págs. 340 e segs.; Comentário in “Revista de Direito Mercantil”, ano I, n.º 2, págs. 375 e segs.; Ripert, “Traité Élémentaire de Droit Commercial”, ed. Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, Paris, 1948, pág. 794.

e simplesmente, e não ajuste de um contrato.

Sempre que se empenha alguém numa relação obrigacional não comutativa, dá-se a confissão de um débito a ser solvido em data futura: na compra e venda a prazo, na locação de serviços, na comissão mercantil, na locação de coisas, e em tantas outras.

Carece de tóda base lógica a pretensão de haver como igual ao contrato de mútuo, a manifestação de vontade comum a tantos outros. Vêde, ao propósito, o aresto do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, em Apelação Cível 8.643.²³

18. Tôdas as considerações até aqui desenvolvidas visam a demonstrar que o mútuo é um contrato informado de características e integrado de elementos que lhe não podem faltar, sob pena de se não tratar dêle, face ao Direito Privado. E mais, que outros negócios jurídicos, como notadamente o depósito irregular, de dinheiro, aos quais não são peculiares os dados componenciais do mútuo, deixam de ser a êle equiparáveis, para fins de definição civil ou comercial.

A etapa seguinte desta investigação tem por objeto apurar se, pressuposta a inassimilabilidade, no plano da conceituação privatística, admite-se para efeitos puramente tributários, tendentes a amparar a incidência no artigo 49 sob exame.

19. Deixamos demonstrado que o contrato de empréstimo, mais especificamente, o de coisas fungíveis — mútuo — tem, no Direito Privado, contórno e elementos integrantes necessários, sem observância dos quais, inexistem.

Visto como o artigo 49 da lei do sêlo alude a tal tipo de negócio jurídico, e ficou evidenciado que não tem, mesmo após o advento da Lei 1.747, outro campo de atuação que não seja êsse, sômente seria possível equiparar situações espelhadas em lançamentos contábeis que não reportassem os elementos e a configuração necessários, se a lei fiscal houvesse adotado expressamente uma

definição específica para efeitos tributários, que diferísse daquela referente do Direito Privado. Por exemplo: “para fins da incidência dêste artigo, equiparam-se aos empréstimos quaisquer lançamentos contábeis a crédito ou a débito de contas correntes, em tais ou quais condições”.

Se assim fôsse, e desde que na fixação dêsse conceito especial, não houvesse violação a princípios básicos, expressos ou implícitos, adotados na determinação das competências privativas, pela Constituição, admitir-se-ia a preeminência da norma tributária sôbre a do Direito Privado, para o efeito de elasticimento da incidência.

Não foi, entretanto, isso que o legislador fêz. Êle limitou-se a, sem ampliar o conceito de empréstimos ou dar dêle um outro que vigorasse para objetivos fiscais, declarar que o impôsto seria pago mesmo que inexistisse contrato ou título da dívida. Nada mais.

Ainda assim, poder-se-ia pretender que a lei tributária, visando os fatos jurídicos apenas no que êles traduzem de conteúdo econômico, deve ser interpretada e aplicada com abstração de quaisquer considerações quanto à forma das situações negociais?

20. Isso é, em última análise, o que preconizava a doutrina alemã, que presidiu, representada exponencialmente por Enno Becker, a elaboração da “Reichsabgabenordnung” (ordenamento financeiro do Reich), e certa facção da italiana propugna, com base esta última no artigo 8 da “Legge di Registro” (impôsto sôbre obrigações, do tipo do nosso proporcional, do sêlo), notadamente através da interpretação dita funcional, advogada por Benevenuto Griziotti.

A “Reichsabgabenordnung” alemã, na palavra de seu autor, o eminente Enno Becker, foi integrada de disposição expressa no sentido da consideração do conteúdo econômico, preponderantemente sôbre a forma jurídica, com o objetivo de evitar a evasão:

“Punto di partenza fu la prevenzione dell'evasione fiscale. Devo qui far luogo un ricordo. La cosa sembra aver poca relazione con ciò che sto dicendo, ma può condurci assai vicino al punto saliente. Nel 1918-19, quando già avevo preparato le parti più importanti della legge, tra cui gli obblighi dei contribuenti e di altre persone per l'accertamento dell'imposta, e le mie proposte erano state approvate in seno all'ufficio del Tesoro del Reich, mi fu qui osservato occasionalmente da fonte esperta: che io potevo fare ciò che volevo, ma che i contribuenti si sarebbero tuttavia sottratti all'imposizione con l'aiuto di trucchi ed artifici. Che questa era una vecchia esperienza. E, in realtà, varie disposizioni in leggi tributarie, in cui, in singoli casi determinati, venivano contemplate nello stesso tempo determinate fattispecie surrogatorie analoghe, erano state interpretate sbrigativamente in modo tale, che soltanto queste fattispecie delimitate nel modo più restrittivo fossero soggette all'imposta, ma tutto ciò che non cadeva nella lettera, dovesse essere esente”.²⁴

Muito embora o próprio autor declare, mais adiante, que o problema de reprimir a evasão apenas configurou um exemplo da necessidade da interpretação econômica, êle não esconde a importância que teve, na sua elaboração, o fato mesmo da evasão. De qualquer maneira, foi declarado expressamente, no artigo 4.º da “Reichsabgabenordnung”, que, na interpretação das leis fiscais se deveria ter em conta seu objetivo, sua significação econômica, e no artigo 6.º, que o recurso abusivo a formas de direito civil, com o fim de redução ou ilusão dos ônus tributários, seria baldado.

Posteriormente, o artigo 1.º, § 1.º da “Steueranpassungsgesetz” substituiu o dispositivo por um outro, que erigia em norma de interpretação geral das leis

tributárias a observância da concepção nacional-socialista. Sucedeu, porém, que êsse artigo 1.º, § 1.º, como o artigo 6.º da “Reichsabgabenordnung”, foram revogados, em 1946 e em 1953, como reportam os comentadores Hubschmann, Hepp e Spitaler,²⁵ assinalando a evolução verificada:

“Dies bedeutete die Ausschaltung nation sozialistischen Rechtsdenkens aus dem Steuerrecht, worunter ein Abgehen vom autoritären Staatsgedanken und ein Hinlenken zum rechtsstaatlichen Denken zu verstehen ist. Der Text könnte dahingehend formuliert werden, dass die Steuergesetze vom Standpunkt der demokratischen Staatsidee her auszulegen sind”.

21. Na Itália, desenvolveu-se a doutrina justamente a propósito de um imposto ao qual, no nosso entendimento, ela menor aplicabilidade deveria ter, ou seja, o imposto de “registro”, que incide sobre atos jurídicos formais. O artigo 8.º da lei respectiva dispôs:

“Le tasse sono applicate secondo l'intrinseca natura e gli effetti degli atti o dei trasferimenti, se anche non vi corrisponda il titolo e la forma apparente. Un atto che, per la sua natura e per i suoi effetti, secondo le norme stabilite nell'art. 4, risulti soggetto a tassa progressiva, proporzionale o graduale, ma non si trovi nominativamente indicato nella tariffa, è soggetto alla tassa stabilita dalla tariffa per l'atto col quale per la sua natura e per i suoi effetti ha maggiore analogia”.²⁶

Verifica-se, no texto supra, analisados os dois parágrafos em que se desdobra, que o conteúdo econômico está assegurado na parte primeira, com o óbvio sentido de que um ato, ainda quando tenha denominação diversa do que lhe corresponde em substância, será tratado segundo sua realidade intrínseca, e não pela formal. Isso significa que o *nomen*

24 “Accentramento e sviluppo del diritto tributario tedesco”, in “Rivista di Diritto Finanziario e Cienza delle Finanze”, 1937, parte 1.ª, pág. 155.

25 “Kommentar zur RAO und den Nebengesetzen”, ed. Otto Schmidt, Köln, 1954, vol. I, pág. 5 (Ao §§ 1-6), e vol. II, pág. 2 (§ 1.º — St. Anp. G).

26 “Codice delle Leggi Tributarie”, Giannini, Buzzetti e Scoca, ed. Giuffrè, Milano, 1949, pág. 603.

juris não preponderará sôbre a natureza da obrigação.

Não se pretenderá, entretanto, que haja derrogação de conceitos do Direito Privado, senão apenas que a mera designação dada a um ato, segundo o elenco do Direito Civil ou do Comercial, não basta para emprestar a êsse ato a natureza decorrente do seu nome, se na realidade êle se mostra diverso do insinuado. Até lá, ôbviamente todos vão. Ninguém pretenderá que um contrato de construção, por haver sido rotulado de mandato, deixe de sofrer incidência proporcional, para incorrer apenas no sêlo fixo de Cr\$ 3,00.

Mas, seja como fôr, a elaboração que se fêz dêsse dispositivo não ficou apenas nessa inferência lógica, que aceitamos sem qualquer contestação ou dúvida. Prestou-se à preconização de um abandono total dos conceitos conhecidos no Direito Privado, quando se tratasse de definir a natureza tributária de um ato, e ainda mesmo que o legislador fiscal houvesse omitido definir para fins específicos, diversamente do que o fizera o legislador privado. Pretendeu-se a simples análise do ato, sob o prisma de suas possíveis decorrências econômicas, pudesse desvirtuar-lhe a definição, substituir-lhe o enquadramento natural.

Nem se deu devida atenção à circunstância de que o próprio substrato econômico se presta a variações sem fim, tais sejam as nuances de que o intérprete deseja usar, para atribuir relevância maior a umas ou a outras conseqüências.

A compra e venda, como o uso, a locação, o comodato, têm em comum a utilizabilidade da coisa. Haverá, sômente nisso, base para se dizer que apresentam tôdas as figuras enunciadas, identidade econômica? Tal seja o ponto de vista que o hermenauta prefira escolher, parece admissível concluir que sim, como também que não, bastando que se abstraia a contra-prestação necessária, num caso ou noutro (até a inexistência de contra-prestação, na hipótese do comodato, que é contrato gra-

tuito) para que a coisa seja utilizável, e a igualdade aferida apenas pelo fato da utilização, se apresentará incontestável.

22. Berliri²⁷ diz que a simples prescrição do “*nomen juris*”, é pacificamente aceita pelos autores italianos, não sendo a êste propósito que as controvérsias se alçam:

“Ciò significa — e su tal punto tutti gli autori sono d'accordo — che se le parti hanno, per errore o per ignoranza, usato parole non rispondenti alla vera natura dell'atto il ricevitore deve procedere alla liquidazione della tassa in rapporto all'effettivo contenuto dell'atto senza arrestarsi alle erronee o imperfette espressioni usate dalle parti” (pág. 96).

Onde, entretanto, o autor se evidencia seguro e inatacável, é ao mostrar que, salvo expressa definição específica pela lei tributária, o conceito de um instituto referido, e que emana do Direito Privado há de ser êsse mesmo, tal como vive e atua no campo de onde foi tomado, uma vez que o legislador fiscal, podendo fazê-lo, deixou de lhe atribuir configurações e contornos diferentes. Eis, como se expressa:

“Non possiamo peraltro — prima di passare ad esaminare gli argomenti che dovrebbero dimostrare una siffatta tesi — non rilevare come l'ammettere senz'altro che “le espressioni del diritto privato, usato nel diritto tributario non hanno il loro significato originario, ma rappresentano la normale funzione economica dell'istituto al quale si riferiscono”; ammettere cioè che quando in una norma di diritto tributario si parla di vendita, di mutuo, di quietanza, si intendano cose diverse da quelle che con lo stesso nome si designano nel campo del diritto civile, verrebbe dire creare fatalmente la confusione della lingue”. (pág. 98).

“Non basta evidentemente dire che quando il legislatore tributario parla di vendita, di mutuo, di pagamento, intende cosa diversa da quella che con la stessa espressione è designata dal le-

27 “Le Leggi Del Registro”, ed. Giuffrè, Milano, 1950, págs. 95 e seqs..

gislatore civile: ciò non consente ancora di applicare la norma tributaria. Per far ciò è evidentemente necessario precisare che cosa il legislatore tributario intende per vendita, mutuo, pagamento, ecc. bisognerebbe cioè compilare una specie di vocabolario giuridico, che definisse il significato di tutte le espressioni usate dal legislatore tributario". (pág. 99).

E, mais adiante, dando cabal risposta ao argumento de Jarach, consistente em que a promessa de venda e a própria venda, embora juridicamente diversas, apresentam igual conteúdo econômico porque a promessa não cumprida, embora não resulte na venda, enseja ressarcimento, diz:

"Facile rilevare che tutte le obbligazioni, in caso di inadempimento, danno luogo al risarcimento dei danni: ed allora dovremmo dire che tutte le obbligazioni, o per lo meno quelle aventi per oggetto un bene materiale, sono vendite? L'appalto, il deposito, la locazione, il pegno, l'usufrutto, il comodato, ecc. dovrebbero considerarsi altrettante vendite, giacché se l'appaltatore, il depositario, il conduttore, l'usufruttuario, il creditore pignoratizio, non restituiscono la cosa, ad es. perchè distrutta, sono tenuti ai danni, che rappresentano l'equivalente?" (pág. 99).

Por fim, observa Berliri, e muito bem, sobre a capacidade contributiva que Jarach erige em razão única e definitiva para sobrepor a natureza econômica do ato tributável:

"L'errore dello Jarach, e non suo soltanto, consiste nel dimenticare che il giudizio sull'idoneità di un fatto a manifestare la cosiddetta capacità contributiva, cioè la capacità di pagare le imposte, è un giudizio riservato al legislatore e non mandatato all'interprete. Con la conseguenza che se, in ipotesi, il legislatore erri in un simile giudizio,

tale errore non può venire corretto dall'interprete". (pág. 100)

23. Outro autor que se devotou à doutrina da preponderância do conteúdo econômico sobre a forma jurídica, foi o suíço Blumenstein. Em seu conhecido e excelente estudo titulado "Gegenseitige Beziehungen zwischen Zivilrecht und Steuerrecht",²⁸ analisa êle profundamente, face ao Direito Financeiro, as possibilidades de vinculação ao Direito Civil, e formula diversas hipóteses de ocorrência de interpenetração de conceitos. Conclui por proscrever, mesmo nos casos em que a lei tributária não toma nítida posição quanto às definições do Direito Privado, a teoria que sustenta a vinculação da norma fiscal ao conceito privado. Mas, admite essa vinculação, sempre que da lei tributária não decorra, mesmo implícita uma delimitação peculiar, salvo se isso possibilitar a evasão.

Sem embargo, na Suíça mesmo, encontra-se repulsa à prevalência de caracterizações especificamente tributárias, derogantes das do Direito Civil quanto a situações que, face a estas não teriam validade, e que se tencionava fazer prevalentes para fins de incidência. Assim, o Tribunal Federal, em decisão de 25 de junho de 1948, afirmando:

"Les recourants ont voulu plutôt adapter la forme de la propriété aux prétendues circonstances économiques, mais sans respecter des formes essentielles pour qu'elle existe. Leur demande revient à faire reconnaître comme valable en droit fiscal un acte juridique qui est sans valeur en droit civil puisque les formes prescrites n'ont pas été respectées".²⁹

e a afirmação de Huber:

"Néanmoins, l'interprétation dite économique ne manque pas d'être contestée en Suisse".³⁰

28 In "Zeitschrift für Schweizerisches Recht". Basel. 1933. Heft 4. págs. 141 a) e segs..

29 "Révue de Droit Administratif et de Droit Fiscal", ed. F. Rouge, Lausanne. 5^e année, pág. 84.

30 "Bulletin for International Fiscal Documentation", ed. L. J. Veon, Amsterdam, vol. I, pág. 118.

24. Em erudito e bem fundamentado parecer, Bilac Pinto³¹ estudou, sob todos os aspectos, a possibilidade da adoção da teoria da prevalência do conteúdo econômico sobre a forma jurídica no Direito Tributário brasileiro, concluindo contra ela. Afirmou êle, então:

“A admissão da tese de que as autoridades fiscais podem opor uma apreciação econômica à definição legal do fato imponible ou que lhes é facultado eleger, por meio de critérios econômicos subjetivos, um devedor do imposto diverso daquele a quem a lei atribuiu a obrigação de pagar o tributo, equivale a esvaziar o princípio da legalidade do seu conteúdo”.

Estamos integralmente de acôrdo com o ilustre professor, nessa asserção. A obrigação tributária decorre da lei. É pacífico, e está expresso, com tôdas as letras, no artigo 141, § 24 da Constituição federal. Além disso, a complementar esse dispositivo, vem declarado na Carta Magna, ainda no capítulo dos direitos e garantias individuais (artigo 141, § 2.º), que ninguém pode ser obrigado a fazer ou a deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.

Portanto, para que o resultado da aplicação da lei fiscal segundo o conteúdo econômico atingido, fôsse possível sem afronta à Constituição federal, seria mister que algum dispositivo legal, ou buscasse alcançá-lo mediante equiparações expressas, de institutos diversos no Direito Privado, tornando-os assimilados para fins de incidência, ou, genericamente mandasse ao juiz ou a qualquer outro aplicador das normas, servirem-se de tal método interpretativo. Nesta segunda hipótese, ainda assim poder-se-ia questionar sobre a constitucionalidade de tal lei.

Entretanto, não há disposição alguma, do segundo tipo acima figurado, e as que eventualmente ocorrem do primeiro tipo, não dizem respeito ao caso focalizado neste parecer, que é justa-

mente o do âmbito de aplicação do artigo 49 da lei do sêlo.

25. Ademais, e ainda quando a doutrina aconselhasse a adoção, como certa e adequada, da interpretação econômica da lei tributária, ela não se compadeceria com a aplicação a um caso como o vertente, de imposto sobre atos jurídicos formais, qual o do sêlo. De resto, outro não foi o entendimento que prevaleceu na elaboração do Anteprojeto de Código Tributário Nacional, como se vê no texto oferecido pela Comissão Especial do Ministério da Fazenda ao titular da Pasta, e por êste submetido ao Presidente da República, que o encaminhou ao Congresso Nacional:³²

“Art. 74. A interpretação da legislação tributária visará sua aplicação não só aos atos, fatos ou situações jurídicas nela nominalmente referidos, como também àqueles que produzam ou sejam suscetíveis de produzir resultados equivalentes.

Parágrafo único. O disposto neste artigo não se aplica:

I. Às taxas;

II. Aos impostos cujo fato gerador seja a celebração de negócios, a prática de ato, ou a expedição de instrumento, formalmente caracterizados na conformidade do direito aplicável segundo a sua natureza própria”. (págs. 40 e 41).

Idêntica disposição se encontra no artigo 84 (pág. 44), que se refere à conceituação de atos tributáveis:

“Na conceituação de determinado ato, fato, ou situação jurídica, para efeitos de verificar se configura ou não o fato gerador e de definir a alíquota aplicável, ter-se-á diretamente em vista o seu resultado efetivo, ainda quando não corresponda ao normal em razão da sua natureza jurídica, com o objetivo de que a resultados idênticos ou equivalentes corresponda tratamento tributário igual.

Parágrafo único. Por exceção ao disposto neste artigo, são devidos indepen-

31 “Revista Forense”, vol. 132, págs. 51 e segs. ou “Revista de Direito Administrativo”, vol. 21, págs. 357 e segs., ou “Estudos de Direito Público”, ed. Revista Forense, 1953, págs. 155 e segs.

32 Ed. oficial. de 1954.

dentemente da efetividade ou permanência dos resultados do respectivo fato gerador:

I. As taxas;

II. Os impostos cujo fato gerador seja a celebração de negócio, a prática de ato, ou a expedição de instrumento, formalmente caracterizados na conformidade do direito aplicável segundo a sua natureza própria”.

Justificando os dispositivos, expôs a Comissão:

“Quanto aos segundos (exceção que nos interessa), o “princípio documental”, que os informa, dá ensejo à sua exigibilidade desde que formalmente caracterizado o ato, negócio ou instrumento objeto da tributação”. (pág. 181).

Portanto, e ainda que venha a ser erigida em disposição legal, pela promulgação do Código Tributário, a interpretação econômica não se aplicará ao imposto do sêlo.

26. Cumpre ter ainda presente que, à falta de expressa permissão legal, a hermenêutica da preponderância econômica viria a corporificar aplicação da analogia extensiva, na criação de tributos não previstos em lei, o que encontra formal repúdio da doutrina, — que só admite o emprêgo de tal método quanto à analogia por compreensão,³³ e pelos tribunais,³⁴ inclusive estrangeiros.³⁵

27. Deve ser ressaltado, ainda, que tanto sob o aspecto da predominância da

interpretação econômica, como da analogia por compreensão (que é admitida como método no Direito Tributário), o caso não comportaria qualquer assimilação, em vista da estrutura da lei do imposto do sêlo federal, que após enunciar diversos tipos nítidos e juridicamente marcados, de contratos e obrigações, alude, no artigo 83 da respectiva Tabela, ampla e genericamente, a

“Papéis não especificados — em que houver promessa ou obrigação de pagamento, de entrega ou transmissão de bens móveis e valores, sob qualquer modalidade, e bem assim os que contiverem distrato, exoneração, sub-rogação, caução ou outra garantia, sinal ou liquidação de somas e valores”.

Ora, aí está dito “papéis não especificados”, o que significa papéis não expressamente configurados em outros artigos da Tabela. A forma amplíssima por que está o artigo 83 redigido, cobre toda e qualquer espécie de obrigação. Acham-se, todavia, excluídos pela ressalva inicial, os que hajam sido referidos nos outros dispositivos da Tabela. Tudo que não ficar rigorosamente no particular, acederá ao geral, que é justamente esse artigo 83.

Evidencia-se, pois, impossível qualquer assemelhação dentro do artigo 49. Se houver de ser feita a aproximação por força do conteúdo do papel ela o levará para o âmbito do artigo 83.

Dessa circunstância deflui conseqüência de magna importância, que será assinalada nas conclusões deste parecer.

33 Artigo de Francisco de Souza Matos., in “Revista dos Tribunais”, vol. 134, págs. 512 e segs., ou “Revista de Direito Administrativo”, vol. 21, págs. 14 e segs., ou “Revista Forense”, vol. 134, págs. 600 e segs.; Antonio José Brandão, in “Revista Forense”, vol. 90, págs. 73 e segs., ou “Revista de Direito Administrativo”, vol. 33, págs. 67 e segs..

34 Tribunal Federal de Recursos: Apelação Cível 374 (Embargos), in “Revista Forense”, vol. 135, pág. 45. Recurso de Mandado de Segurança 1.096. in “Diário da Justiça” de 11-8-1952, pág. 3726, apenso; Mandado de Segurança 12, in “Diário da Justiça” de 30-8-1948, pág. 2188, apenso; Tribunal de Justiça de S. Paulo: Agravo 41.977, in “Revista de Direito Administrativo”, vol. 23, pág. 67.

35 Tribunal Fiscal de la Federación, do México, in “Revista del Tribunal Fiscal de la Federación”, año II, tomo III, n.º 16, pág. 1553, año I, tomo I, n.º 10, pág. 4496, año I, tomo II, n.º 8, pág. 3.274, e año I, tomo I, n.º 4, pág. 772.

28. Face ao que vimos de expor, entendemos que não pode ser pretendida uma equiparação ao negócio jurídico conhecido no Direito Privado como “empréstimo”, ou “mútuo”, de lançamentos contábeis que espelhem situações nas quais não concorram os requisitos e elementos que, naquele ramo do Direito, se fazem indispensáveis à plena caracterização das referidas hipóteses.

Assente que a lei sòmente cogita, mesmo depois da alteração verificada em 1952 (Lei 1.747), do idêntico contrato anteriormente tributado, sem ter entendido a incidência a outros casos, mas apenas prevendo que ela tenha lugar ainda que deixe de existir contrato ou título da dívida, é óbvio que se faz indispensável recorrer aos conceitos do Direito Privado, para apurar se existe ou não o ato tributado, eis que a lei fiscal não deu definição específica para o negócio jurídico referido.

Note-se que, afastando a aplicação do método dito funcional, de interpretação econômica, como impossível de ser acolhido com a conseqüência de permitir o enquadramento tributário por assimilação de conteúdos e desprezo da forma legalmente configurada, temos por desnecessário analisar os vários casos descritos na consulta, sob o prisma de seus conteúdos econômicos, o que não significa que aceitemos como idênticos nesse plano, ao que corresponde aos empréstimos mútuos, previstos na lei.

A parte final dêste trabalho volta-se, portanto, para o exame das situações contábeis em referência, para verificação, quanto a elas, da possível existência dos elementos que o Código Civil e o Comercial querem corporificados, para que ocorra o contrato previsto no artigo 49 da Tabela anexa à lei do sêlo.

29. Assentamos, nas etapas antecedentes dêste estudo, que:

a) o artigo 49 da lei do sêlo sòmente tributa empréstimos, e não outros negócios ou obrigações, em que pese haver, com a alteração trazida pela Lei

1.747, afastado a atuação do princípio documental;

b) o empréstimo (especificamente o mútuo, no caso), tem, no Direito Privado, um conceito que decorre da verificação de certos característicos definidores, sem a presença dos quais, êle não ganha existência;

c) o legislador tributário não formulou, para o contrato de que se cogita, um conceito próprio, diverso daquele que dimana do Direito Privado;

d) não é admissível, face aos anteriores pressupostos, buscar, pela doutrina da prevalência do conteúdo econômico, assimilações que tenham por base a identidade de efeitos, para conseqüente abrangimento no artigo 49 em exame, de lançamentos ou atos que deixem de corporificar o negócio jurídico mencionado, tal como êle se entende no Direito Privado; e, notadamente em caso de impôsto sôbre atos formais, com as peculiaridades do que está sendo analisado, seria insustentável a pretensão de aproximar ao artigo 49 qualquer ato ou negócio que deixasse de se apresentar integrado dos elementos nesse artigo previstos, em face da existência do artigo 83, que corresponde aos negócios e obrigações inominados.

É chegado o momento de dizer se os lançamentos contábeis referidos pela consulente, podem ser havidos como exteriorizadores de situações que se integrem como empréstimos (mútuos), pois que, sòmente êsses, em obediência às nossas anteriores conclusões, comportariam a incidência do artigo 49, mesmo que inexistentes contrato escrito ou título representativo da obrigação (Lei 1.747).

30. Os lançamentos que refletem créditos pela consulente a empresas que efetuaram, por conta dela, pagamentos ao Banco do Brasil, para fechamento de câmbio no interêsse daquela, a fim de saldar obrigações no estrangeiro, com reembolso de financiamentos, juros, e pagamento de equipamentos e materiais, não caracterizam mútuo, porque o

elemento primordial desse negócio jurídico, que é a tradição da coisa mutuada, não ocorreu.

Já admitimos que a tradição pode ser simbólica, mas convém reiterar a observação de que essa modalidade só se verifica quando haja disponibilidade, para o mutuário, da coisa mutuada. No caso torna-se evidente a impossibilidade de se configurar a tradição, mesmo simbólica, pois a quantia debitada à consulente, e por esta creditada às outras empresas, jamais foi por estas posta à disposição daquela, eis que foi paga diretamente a terceiros. Nem importa que o produto de tais pagamentos se tenha integrado no patrimônio da consulente, pois o objeto do mútuo é que deveria ter sido pôsto à disposição da devedora, para que se pudesse cogitar de tradição simbólica, e não aquilo que, como dinheiro supostamente mutuado, veio a ser adquirido.

Não se pode pretender que tenha havido tradição simbólica do objeto de uma compra e venda, se o comprador recebeu de terceiro alguma coisa que, com sua anuência, foi por esse terceiro dada em escambo daquela que o comprador adquiriu. No exemplo, a tradição efetivamente havida, a final, foi a título de escambo, e não de compra e venda, no que diz respeito ao primitivo comprador.

31. Quanto aos lançamentos a débito das empresas com as quais a consulente mantém relações comerciais, também se evidenciam incaracterizáveis como mútuos. Quanto àquelas que se referem a pagamentos da consulente às suas credoras, muito embora houvesse tradição e transmissão de propriedade das quantias enviadas, é claro que tais características não emprestam a todo e qualquer ato jurídico o caráter de mútuo. Se este não existe sem tais condições, a recíproca não é verdadeira. A própria liquidação de um mútuo preexistente, pelo pagamento e conseqüente tradição e transferência de propriedade

da quantia correspondente, não pode ser havida como novo contrato de mútuo.

No que se refere ao débito por juros sobre os saldos mensais do débito da consulente, na conta-corrente (gráfica e não contratual) mantida com as demais empresas, não pode caracterizar, de per si só, o mútuo, visto que ficou não ser peculiar a tal tipo de negócio jurídico o cômputo de juros.

32. De tudo quanto vem de ser exposto, decorre, como conclusão:

Sempre que se não possam identificar nos lançamentos contábeis elementos necessários à caracterização do mútuo, nenhum impôsto de selo é devido, porque, sejam embora muitos de tais lançamentos evidenciadores de relações contratuais ou obrigacionais, elas estariam excluídas do enquadramento previsto no artigo 49, em que pese eventualmente sua correspondência a atos previstos em outros dispositivos da Tabela, muito especialmente no seu artigo 83.

Entretanto, a revogação do princípio documental do impôsto (com o sentido que no início dêste parecer declaramos ser aquele que entendemos certo) foi especificamente feita no artigo 49, de sorte que a tributação por fôrça de outros, dependeria da existência de contratos ou instrumentos com as características referidas nos vários dispositivos incidentiais a êles pertinentes.

Os simples lançamentos não poderiam bastar para que o impôsto fôsse devido, a não ser dentro do âmbito restrito e típico do artigo 49, ou de algum outro no qual coubesse incluir obrigação não documentada, em razão de igualmente expressa revogação do princípio documental.

Assim pensamos, s. m. j.

Rio de Janeiro, 19 de julho de 1955.
Gilberto de Ulhoa Canto, Advogado no Distrito Federal.