

NEGÓCIOS DE MÚTUO ENTRE EMPRESAS
DO MESMO GRUPO ECONÔMICO

Antonio da Silva Cabral
Mestre em Direito pela USP
Sócio do IBDT

INTRODUÇÃO

Um dos casos ainda não regulados pelo Imposto de Renda é a tributação em conjunto de empresas que pertençam ao mesmo grupo econômico. Quando da edição do Decreto-lei nº 1.598/77 tentou-se dar um tratamento adequado à matéria, mas o tempo se encarregou de destruir p esforço inicial e a legislação específica acabou por ser revogada.

O fisco sempre desconfiou das operações realizadas entre empresas do mesmo grupo, ora pretendendo ver distribuição disfarçada de lucros em negócios celebrados entre essas empresas, ora tentando tributar as operações como simples distribuição de lucros.

O Decreto-lei nº 2.065/83 veio consagrar a tese no sentido de que os negócios de mútuo entre empresas do mesmo grupo deveriam ser feitos de tal modo que pelo menos a correção monetária fosse computada. Na verdade, este mandamento só teve sua razão de ser num primeiro momento, pois pegou as empresas desprevenidas, já que o próprio Fisco, anteriormente, permitia que os empréstimos entre essas empresas fossem realizados sem cobrança de juros e correção monetária. Atualmente, as empresas não deixam, em sua maioria, de obedecer ao art.21 do Decreto-lei nº 2.065/83. A razão é muito simples: passaram a contratar os empréstimos com juros e correção monetária, pois o que é receita para o mutuante é despesa operacional para a mutuária. Deste modo, as receitas e as despesas, por princípio, se anulam, pois se processam entre empresas do mesmo grupo.

Deixando de lado, no entanto, esta sorte de considerações, que fariam parte, se fosse o caso, de lege ferenda, passo à análise da lei positiva.

O presente estudo tem dupla finalidade:

a) demonstrar que muitos contribuintes estão procedendo de maneira equivocada,

ao entenderem que o art.21 do Decreto-lei nº 2.065/83 sō se aplica ao mūtuο em dinheiro, quando, em realidade, o dispositivo visou, tambēm, o mūtuο em mercadorias;

b) demonstrar que o Fisco, por sua vez, estā procedendo a autos de infração ilegais, ao entender que ē mūtuο todo "capital financeiro posto ā disposiçāo de outra sociedade", o que se contrapõe, frontalmente, ao conceito de mūtuο.

I - CONCEITO DE MŪTUO

1.1. ORIGEM DO INSTITUTO DO MŪTUO, NO DIREITO ROMANO

O mūtuο ē um dos institutos mais antigos da humanidade. Para o caso, basta partir do direito romano, lembrando o cēlebre trecho das Institutas, 3, 14, que foi repetido com maior extensāo no Digesto, XII, 1, 2 pr. § 2º, definindo o mūtuο como a entrega de coisas que se determinam pelo peso, nūmero e medida:

"Mutui autem datio in iis rebus consistit quae pondere, numero mensurave constant..."

Ainda no Digesto, encontra-se um trecho do jurisconsulto Paulo (D.XII, 1, fr.

2 pr.), no qual ele diz que "damos em mūtuo não para recuperar a mesma coisa específica que demos (se assim fora, tratar-se-ia de comodato ou de depōsito), mas do mesmo gênero, pois se fosse de gênero diverso, por exemplo, se recebesse mos vinho ao invēs de trigo, não seria mūtuo". No original:

"Mutuum damus recepturi non eandem speciem, quam dedimus (alioquin commodatum erit, aut depositum): sed idem genus: nam si aliud genus, velut, ut pro tritico vinum recipiamus."

Entre os romanos havia o emprēs timo de dinheiro que se submetia ao sistema do simbolismo da pesagem numa balança (per aes et libram) e entre o mutuante e o mutuário se estabelecia o que eles chamavam de nexum, que era diferente do instituto do vinculum juris, que sō posteriormente apareceu, numa época mais evoluída, em virtude do qual ficava estabelecido que se o devedor não devolvesse a coisa emprestada ficaria sujeito a execução pelo sistema da manus injectio, pois desde logo se considerava certa e líquida a dívida.

O emprēstimo que se fazia sem essas formalidades era conhecido como muttum, tal

vez derivado do grego moitos, que significava "troca" (conf. FLORENCIO I. SEBASTIAN YARZA, Diccionario Griego-Español, que atribuiu esta palavra à influência do povo da Sicília).

Ao se reportar à origem romana do mútuo, acentuou, ainda, PONTES DE MIRANDA (Tratado de Direito Privado, vol.XLII, pág.6):

"Cumpre advertir-se que a entrega material já não era exigida a rigor. Nem pelo próprio mutuante. Podia ser, por exemplo, certo devedor (ULPIANO, L.15, D., de rebus creditis si certum petetur et de conditione, 12, 1). Admitiu-se mesmo o mútuo se o outorgante e o outorgado pactavam que o mesmo mútuo se constituísse com o que o outorgado deveria por outra causa (e.g., contrato de compra-e-venda). A respeito, atente-se na interpolação da L.1, § 34, pr., D. mandati vel contra, 17, 1. Outrossim, havia mútuo se A entregava a B o bem, para que o vendesse e ficasse com o preço, em contrato de mútuo (ULPIANO, L.11, pr., D., de rebus creditis si certum petetur et de conditione, 12, 1)."

Por fim, cabe lembrar que o mutuante tinha a seu favor as ações nascidas da

stipulatio certi: a actio certae creditae pecuniae, se o que se emprestou fora dinheiro, e a condictio triticaria se o que se emprestou fora outro bem fungível.

1.2. CONCEITO DE MÚTUO, NO DIREITO PÁTRIO

O mútuo é espécie do negócio jurídico denominado EMPRÉSTIMO. Sob a denominação de empréstimo compreendem-se os contratos de MÚTUO e COMODATO, como espécies de empréstimo de uso e empréstimo de consumo que têm em comum o fato de envolverem a entrega de um objeto para ser utilizado e restituído.

O mútuo é definido no art. 1.256 do Código Civil como sendo o empréstimo de coisas fungíveis, sendo que o mutuário é obrigado a restituir ao mutuante o que dele recebeu em coisas do mesmo gênero, qualidade, na mesma linha, portanto, do direito romano. O art. 247 do Código Comercial define este instituto como o empréstimo mercantil, quando a coisa emprestada pode ser considerada gênero comercial, ou destinada a uso comercial, e pelo menos o mutuário é comerciante.

É chamado de contrato real, pois só se realiza quando a entrega da coisa for efe

tuada. Pode ser do tipo gratuito ou oneroso. Em direito civil o mútuo se tem sempre como gratuito, desde que não sejam estipulados juros. Em qualquer hipótese, porém, se o mutuante não restitui, no tempo aprazado, a coisa mutuada, incorre em mora e fica adstrito ao pagamento de juros moratórios.

O objeto do mútuo é coisa fungível, e não apenas o dinheiro. Por este particular é que o mútuo se distingue do comodato. Neste, a coisa entregue pode ser fungível, mas há obrigação de se restituir a mesma coisa, na sua identidade, enquanto que uma coisa não-fungível pode ser objeto de comodato, mas nunca essa coisa poderá ser objeto de mútuo. Dar coisa não-fungível para receber outra é permuta. Além do mais, no mútuo se transfere a "propriedade" do bem e não meramente sua "posse".

O empréstimo pode ser em dinheiro ou em bens. Primitivamente, este segundo era mais usado. Conforme acentuou PONTES DE MIRANDA (op. cit., pág.5):

"O empréstimo de dinheiro vem, hoje, no primeiro plano; porém não foi sempre assim. Já o era na vida romana, tal como a conhecemos através do direito romano. Antes, havia o empréstimo de produtos naturais,

o que ressalta nos papíros que correspondem ao Egito do tempo do rei Ptolomeus. A evolução foi para o empréstimo de dinheiro. Depois, para as múltiplas espécies de negócios jurídicos de crédito."

No estágio atual do direito civil há três momentos a serem obedecidos, no contrato de mútuo:

- a) o contrato de empréstimo;
- b) o acordo de transferência;
- c) a tradição da coisa.

A finalidade do mútuo pode ser diversificada. Conforme lembrou PONTES DE MIRANDA (op. cit. pág. 9):

"O mútuo pode ter finalidade, escopo, que resulta de alguma cláusula, ou de lei. Por exemplo: A dá em mútuo a B, para que pague o que deve a C, ou para que acabe a construção do edifício (pode ser, até, que A tenha pré-contrato para a compra de andar, ou de apartamento), ou para que B compre uma casa ou escritório. Para que nasça a B o dever de aplicação, é preciso que haja cláusula ou pacto expresso. Fora daí, a aplicação do bem fungível é simples motivo."

TUO

O mútuo tem um sentido econômico e um fim jurídico. Conforme disse PONTES DE MIRANDA (op. cit., pág.17):

"Em seu sentido econômico e em seu fim jurídico, o mútuo opera a transferência de propriedade do bem fungível, quer tenha o mutuante, ou não, direito a juros (percentagem ou outra quantidade que corresponda ao aproveitamento temporário pelo mutuário). Tanto há mútuo entre pessoas amigas, que prestam o dinheiro com o só intuito de restituição, como o mútuo entre os agiotas, que cobram pela dação do dinheiro mais do que seria razoável que exigissem."

O mutuário recebe o bem ou o dinheiro e o emprega como lhe aprouver, dentro do que ficou estipulado. O importante é que restitua um bem do mesmo gênero, qualidade e quantidade. Tanto no comodato quanto na locação transferem-se bens (mas só sua posse), devendo a coisa retornar ao comodante ou ao locador. Não assim no mútuo.

A consideração do sentido econômico e do fim jurídico deixa entrever, pois, que

sob o primeiro aspecto o mūtuo é negócio temporário - já que o bem é entregue e consumido ou empregado pelo mutuário -, enquanto sob o aspecto jurídico o mūtuo é negócio com relação jurídica permanente ou duradoura. Por isso é possível a cobrança de juros, pois embora sendo instantânea a transferência do bem, o negócio é duradouro. Trata-se de negócio jurídico de restituição. Daí ter PONTES DE MIRANDA afirmado: "Economicamente, o mūtuo é contrato de crédito." De acordo com suas palavras:

"Em todos os mūtuos, o patrimônio do mutuante diminui, no tocante ao bem empregado, e no lugar que estaria vazio fica o crédito contra o mutuário."

Cabe notar que no mundo moderno a tendência é para considerar o mūtuo como contrato oneroso e, por isso, sujeito a juros. Cito, a propósito, o Código Civil italiano, em cujo art.1.815 se lê:

"1.815 - Salvo diversa seja a vontade das partes, o mutuário deve pagar juros ao mutuante" (Salvo diversa volontà delle parti, il mutuario deve corrispondere gli interessi al mutuante)."

No Código Civil brasileiro, em-

bora elaborado no início do século, também se encontra a possibilidade de cobrança de juros. Lê-se no art. 1.262:

"É permitido, mas só por cláusula expressa, fixar juros ao empréstimo de dinheiro de outras coisas fungíveis."

Chamo a atenção para o fato de que a cobrança de juros é permitida não só para o caso de empréstimo de dinheiro como também para o empréstimo de mercadorias ("ou outras coisas fungíveis").

No Código Comercial, art. 248, lê-se:

"Em comércio podem exigir-se juros desde o tempo do desembolso, ainda que não sejam estipulados, em todos os casos em que por este Código são permitidos ou se mandam contar. Fora destes casos, não sendo estipulados, só podem exigir-se pela mora no pagamento de dívidas líquidas e nas ilíquidas só depois de sua liquidação. Havendo estipulação de juros sem declaração do quantitativo, ou do tempo, presume-se que as partes convieram no juros da lei, e só pela mora."

O mútuo é tido, conforme acima, como contrato real, que SAVIGNY (System des heutigen Römischen Rechts, vol.III, pág. 312) chamava de dinglicher Vertrag, em contraposição ao contrato consensual puro ou contrato meramente obrigacional, justamente por envolver entrega de coisa (Dinge) que é suporte para o direito real, de tal sorte que o contrato recaia sobre a coisa e não só a dívida constitui objeto do contrato. A mesma doutrina é adotada na Itália por ROBERTO DE RUGGIERO (Istituzioni di Diritto Privato, vol.II, 6a.ed., pág. 369), por MARIO ROTONDI (Istituzioni di Diritto Privato, Milano, 1938, pág. 476), por FRANCESCO MESSINEO (Manuale di Diritto Civile e Commerciale, vol. II, 2, 7a.ed., pág. 43) e muitos outros.

Diz o art. 1.256 do Código Civil:

"O mútuo é o empréstimo de coisas fungíveis. O mutuário é obrigado a restituir ao mutuante o que dele recebeu em coisa do mesmo gênero, qualidade e quantidade."

Curiosamente, o Projeto de Código das Obrigações, de 1965, previu o mútuo como tendo natureza "consensual", quando consignou no art. 551:

"Pelo mútuo, uma das partes obriga-se a transferir à outra a propriedade de coisa fungível, restituindo o mutuário o que houver recebido, em coisa do mesmo gênero, qualidade e quantidade."

O Projeto considerou, portanto, o contrato de mútuo como negócio consensual, em discordância com a origem romana do instituto e com a tradição brasileira, que sempre viu no mútuo um negócio real e não consensual. O Projeto de Código Civil, de 1975, voltou atrás e passou a adotar a tese do mútuo como contrato real (arts. 595 a 601). Entendo que o Projeto de Código Civil foi mais feliz, pois a traditio, em negócios de mútuo, é importante, sob pena de se ter, apenas, um pactum de mutuo dando e não um contrato de mútuo.

III - O MÚTUO PREVISTO NO DECRETO-LEI Nº 2.065/83

Para maior clareza, transcrevo o texto desse dispositivo:

"Art. 21 - Nos negócios de mútuo contratados entre pessoas jurídicas coligadas, interligadas, controladoras e controladas, a mutuante deverá reconhecer, para efeito de determinar o lucro real, pelo menos o valor

correspondente à correção monetária calculada segundo a variação do valor da ORTN.

Parágrafo único - Nos negócios de que trata este artigo não se aplica o disposto nos artigos 60 e 61 do Decreto-lei 1.598, de 26 de dezembro de 1977."

O texto do artigo se inicia com a expressão NOS NEGÓCIOS DE MÚTUO. Reporta-se, simplesmente, ao instituto do mútuo, que é próprio do direito privado. Cabe recordar, aqui, o velho ensinamento do Código Tributário Nacional:

"Art.109 - Os princípios gerais de direito privado utilizam-se para a pesquisa da definição, do conteúdo e do alcance de seus institutos, conceitos e formas, mas não para definição dos respectivos efeitos tributários."

Ao se reportar, pois, ao instituto do mútuo, o Decreto-lei nº 2.065/83 trouxe para o mundo tributário o conceito, a definição, o conteúdo e tudo o mais referente a esse instituto de direito privado. Se o direito não distinguiu entre mútuo em dinheiro e mútuo em coisas, vale aqui o velho princípio:

"NÃO PODE O INTÉRPRETE DISTINGUIR, ONDE A LEI NÃO DISTINGUE."

A introdução a este estudo teve por objetivo demonstrar que o nosso direito, dentro, aliás, da mais lídima tradição romana, sempre entendeu que o mútuo poderia ser representado por dinheiro ou por coisas. Pelo contrário, conforme acentuou-se anteriormente, o mútuo de coisas foi celebrado desde a mais remota antiguidade, sendo que o mútuo representado por dinheiro apareceu bem depois.

Nem se olvide este outro dispositivo do Código Tributário Nacional:

"Art. 110 - A lei tributária não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado, utilizados, expressa ou implicitamente, pela Constituição Federal, pelas Constituições dos Estados, ou pelas Leis Orgânicas do Distrito Federal ou dos Municípios, para definir ou limitar competências tributárias."

Ensinarão-nos nos bancos acadêmicos que os ramos do Direito se diversificam exatamente porque cada qual tem seus institutos, princípios, conceitos e formas próprios. Quando, pois, o direito público toma por empréstimo um instituto como o mútuo, haverá de respeitar o mo

do de ser desse instituto.

Tive oportunidade de acentuar, também, que o mútuo envolve, na realidade, dois aspectos:

a) um empréstimo de coisa fungível (seja dinheiro ou outro bem da natureza);

b) supõe uma relação jurídica obrigacional, nascendo, daí, um crédito do mutuante contra o mutuário, quer se trate de empréstimo em dinheiro, quer se trate de empréstimo de outra coisa fungível.

Volto, agora, ao final do art. 109 do Código Tributário Nacional, no qual está dito que os princípios de direito privado devem ser utilizados para a pesquisa da definição, do conteúdo e do alcance de seus institutos, mas não para definição dos respectivos efeitos tributários.

Este é o aspecto mais importante do art. 21 do Decreto-lei nº 2.065/83. Não se preocupou a lei com a distinção entre mútuo em dinheiro e mútuo em bens fungíveis, conforme pensam alguns, mas nos efeitos tributários do mútuo, quer se trate de empréstimo em dinheiro ou em outro bem fungível.

O aspecto fundamental do art.21 está no fato de, respeitando a DEFINIÇÃO, o CONTEÚDO, o ALCANCE, o CONCEITO e, sobretudo, as FORMAS de mútuo, ter atribuído a este instituto um EFEITO TRIBUTÁRIO, próprio, específico, peculiar, característico de Direito Tributário, a saber: reconhecimento da correção monetária nos mútuos celebrados entre empresas de um mesmo grupo, AINDA QUE ESTA CORREÇÃO MONETÁRIA NÃO TENHA SIDO ESTIPULADA ENTRE AS PARTES.

Criou a lei verdadeira FICÇÃO, isto é, considerou como se estipulada fosse a correção monetária, ainda que não contratada entre as empresas envolvidas.

Quem vem acompanhando a evolução da legislação tributária sabe muito bem que os negócios de mútuo entre empresas do mesmo grupo econômico sempre chamou a atenção das autoridades financeiras e tributárias. Durante muito tempo se discutiu se o mútuo sem a cobrança dos encargos financeiros envolveria ou não operação financeira disfarçada. Os estudiosos da matéria acabaram por concluir que não havia operação financeira por inexistirem pressupostos básicos para tal como: ausência de intuito especulativo, inexistência de finalidade lucrativa, falta do elemento intermediação, efetivação do repasse

sem afetar o mercado financeiro, etc. (conf. HENRY TILBERY, Comentário ao DL nº 2.065, Resenha, 1983, pág.126; ALBERTO XAVIER, Os empréstimos entre pessoas jurídicas e a lei bancária, in Informativo Dinâmico IOB, SP, 1982, pág. 783 a 785).

No âmbito da Secretaria da Receita Federal discutia-se se essas operações representavam hipótese de distribuição disfarçada de lucros. Chegou-se, até, a baixar o Parecer Normativo CST nº 43, de 1981, no qual se fazia alusão a distribuição disfarçada de lucros na hipótese de o acionista controlador se beneficiar ou propiciar benefício a uma empresa dependente.

O Decreto-lei nº 2.065/83 acabou, assim, com a discussão acerca da possibilidade ou não de haver distribuição disfarçada de lucros entre sociedades do mesmo grupo econômico. Acontece que o "caput" teve uma abrangência que muitos não percebem. Teve a lei por objetivo abarcar todos os negócios de mútuo, e não apenas os negócios representados por empréstimos em dinheiro. A hipótese dos mútuos em dinheiro foi abordada, apenas, no parágrafo único, mas isto será melhor analisado adiante.

Na verdade, a possibilidade de

haver fraude por parte das empresas, mediante o mútuo de favorecimento, ficou eliminada, em face da ficção criada pelo art.21, no sentido de que sempre haverá a mutuante de reconhecer pelo menos a correção monetária relativa ao mútuo. Este é o espírito da lei. Poderia, até, ter acontecido que os autores da redação do art.21 tivessem pensado em atingir apenas o mútuo em dinheiro, mas o fato de não terem dito que a correção só seria exigida no mútuo, caso se tratasse de empréstimo de dinheiro, tornou a lei bastante abrangente. Se não tiveram a intenção, acertaram, involuntariamente, pois não só no mútuo em dinheiro há possibilidade de favorecimento de outra empresa do grupo.

O art.21 não objetivou regular a correção monetária sobre dívida contraída em dinheiro ou em coisas. Conforme terei oportunidade de referir mais adiante, o art.21 teve por objetivo considerar uma dívida de dinheiro, isto é, uma dívida na qual não se cogitara da correção monetária, como dívida de valor, sujeita a atualização imposta por lei, contratiando o que fora contratado entre as partes, utilizando-se da figura da ficção jurídica.

Já dizia CLÓVIS BEVILÃQUA (Código Civil dos Estados Unidos do Brasil, Comentá-

rio ao art.1.256): "O mūtuo gratuito nāo assume grande importāncia na vida social. É um contrato benēfico, um auxílio desinteressado. Dos juros é que se originam graves questōes econōmicas."

Poder-se-ia parafrasear CLŌVIS e dizer que da correção monetária do mūtuo é que se originam graves questōes. Uma delas estā, justamente, no fato, jā vārias vezes acentuado acima, de que o mūtuo supōe, de um lado, a entrega de coisa fungível, mas, de outro, faz nascer um crédito a favor do mutuante.

O procedimento contābil, nos vārios mūtuos de mercadorias, é realizado da seguinte forma:

NO EMPRÉSTIMO

- D - *Empréstimos de Mercadorias*
- C - *Estoques*

NO RETORNO

- D - *Estoques*
- C - *Empréstimos de Mercadorias*

O mūtuo representado pela entrega de mercadorias ou matérias-primas em estoque importa em duas consequências: de um lado, a entrega desses bens; de outro, a abertura, no ati-

vo, de uma conta representativa do crédito que o contrato de mútuo representa. Ora, esse crédito deverá ser corrigido, por força do art.21 do Decreto-lei nº 2.065/83. Se, no momento do mútuo, a mercadoria valia 10, um ano depois não poderá reingressar no estoque, novamente, pelos mesmos 10, sem que essa importância tenha sofrido correção monetária.

É a consequência lógica da FICÇÃO criada pelo art.21 do Decreto-lei nº 2.065/83. Pouco importa se esses 10 se referiam a dinheiro ou a mercadoria: a lei manda se corrija esse crédito que está escriturado em conta de ativo.

IV - ANÁLISE DA POSIÇÃO CONTRÁRIA AO MÚTUO EM MERCADORIA

4.1 a) A questão da ficção jurídica.

Um aspecto que se pretende salientar, pois, é o de que o art.21 do Decreto-lei nº 2.065/83 é exemplo típico daquilo que os juristas apelidam de FICÇÃO JURÍDICA, isto é, de um fenômeno produzido no mundo jurídico em virtude de a lei criar hipóteses contrária à realidade dos fatos. Sabe o legislador que as coisas não acontecem no mundo fático conforme diz

a hipótese legal, mas admite-se, por mera ficção, que os fatos devem ser considerados como se na realidade tivessem acontecido da forma prevista na norma.

RUBENS GOMES DE SOUZA (Pareceres - 1 - Imposto de Renda, Res.Trib., S.Paulo, 1975, Edição póstuma, nº 26, pág.73) escreveu em um de seus pareceres, ao interpretar os artigos 243 e 245 do RIR/66, que as ficções legais deveriam ser entendidas como:

"...normas contrárias à realidade material, destinadas a produzir um efeito contrário ao que ocorreria se aquela realidade fosse deixada livre para atuar. Em outras palavras, se não existissem os artigos 243 e 245 as despesas a que o primeiro se refere viriam reduzir o lucro líquido, ao passo que as receitas elencadas no segundo viriam majorar o lucro bruto. Mas, existindo aqueles dispositivos e somente por força deles, certas receitas são excluídas do cômputo do lucro (isto é, tratadas como despesas) e, inversamente, certas despesas são adicionadas ao lucro (isto é, tratadas como receitas)." (grifei)

As considerações do Mestre são

elucidativas. A ficção faz com que uma despesa seja tratada como receita, contrariando toda lógica e invertendo a ordem reinante no mundo dos fatos. Por isso, RUBENS definiu as ficções legais como:

"...as normas jurídicas ancilares ou subsidiárias, cuja única função é a de atribuir a determinado fato material um determinado efeito jurídico diverso do que lhe é próprio, a fim de permitir a aplicação, à quele fato material, das normas jurídicas dispositivas previstas para fatos materiais diferentes (GENY, Science et Technique en Droit Prive Positif, Paris, 1921, Parte III, pp.360-447; DABIN, La Technique de l'Elaboration du Droit Positif, Bruxelles, 1953, pp.235 e 275; ENNECERUS - NIPPERDEV, Parte General del Tratado del Derecho Civil, trad. espanhola, Barcelona, 1947, vol.1, Tomo I, pág.113; PUGLIATTI, Milão, 1961, vol.9, pág.85)." (grifei)

Explora-se, inteligentemente, as incongruências a que conduziria a correção monetária dos mútuos levados a efeito mediante entrega de mercadorias, já que a mutuante ficaria prejudicada. Esquece-se, no entanto, de que também no caso dos mútuos realizados em dinheiro,

sem cobrança de correção monetária, a mutuante fica prejudicada duplamente: quer por não ter cobrado a correção monetária, o que faz com que o dinheiro devolvido, na realidade, seja menor do que o emprestado, já que retorna corroído pela inflação, quer porque, além de não ter recebido um rendimento, ser obrigada a pagar um tributo sobre um rendimento não recebido. Poder-se-ia acrescentar: um absurdo ainda maior está no fato de se cobrar tributo sobre um "prejuízo", pois se o dinheiro foi devolvido a menor o tratamento tributário deveria ser de perda e não de ganho conforme diz a lei. Por conseguinte, não só no caso de o mútuo ser realizado em mercadorias é que a mutuante fica prejudicada.

Na ficção há dispensa de prova.

Como escreveu RUBENS GOMES DE SOUZA, no mesmo parecer acima citado (nº 27, pág.74), ao lembrar lição de ALFREDO AUGUSTO RECKER, para quem a ficção como presunção absoluta não é norma probatória:

"Concordando, nota PUGLIATTI (op.cit., § 22) que a característica da ficção legal é criar uma verdade jurídica diferente da verdade natural, a sua natureza é extamente oposta à de uma norma de prova, ou seja, é a de uma norma que dispensa a prova, quando não a proíba."

Por isso mesmo é que o art. 109 do C.T.N. com muita razão determina que os princípios gerais de direito privado utilizam-se para a pesquisa da definição, do conteúdo e do alcance dos seus institutos, conceitos e formas, mas não para a definição dos respectivos efeitos tributários. Ao empregar a palavra "mútuo", a lei tributária reportou-se a um instituto de direito privado, o que faz com que o intérprete não possa confundir, por exemplo, o mútuo com o comodato. Por outro lado, os efeitos atribuídos aos mútuos entre empresas do mesmo grupo são diversos dos previstos no direito privado.

Um outro aspecto que, por vezes, se despreza é o da interpretação literal de dispositivo que trata de ficção jurídica. Ao contrário da interpretação em geral, que deve levar em conta não só a literalidade da norma como também o seu aspecto teleológico ou finalístico, histórico, sistemático, lógico, epistemológico, etc., no caso de norma que prevê ficção, justamente por se tratar de lei contra a realidade dos fatos, a interpretação literal se impõe a todas as outras. Conforme disse RUBENS, no parecer que venho citando (nº 31, pág.76):

"...a norma de ficção legal esgota todo o seu conteúdo jurídico com a simples apli-

cação do que nela se dispõe literalmente. De modo que a aplicação, às normas de ficção legal, do método literal de interpretação não significa a adoção de uma hermenêutica restritiva e por isso condenada, mas, ao contrário, uma interpretação que coincide integralmente com a única finalidade visada pela norma. Em outras palavras, entendida e aplicada literalmente, a norma de ficção legal terá realizado integralmente a única finalidade para a qual foi prevista, de acordo, pois, com o que recordamos ser a função própria da hermenêutica. Por conseguinte, aplicar a norma de ficção legal além do que nela literalmente se contém implicaria em interpretação extensiva, tão condenável quanto a restritiva porque tira da lei ilações que nem a sua letra nem o seu espírito autorizam, ampliando-lhe o alcance para um campo que não foi visado por ela."

Não se pode, pois, analisar o art.21 do Decreto-lei nº 2.065/83 como se tratasse de hipótese de PRESUNÇÃO legal, quando, em realidade, a lei criou uma FICÇÃO, isto é, não supôs que nos negócios de mútuo a correção monetária fosse uma constante ou uma consequência lícita.

gica. Pelo contrário, sãpõs que nesses negõcios entre empresas do mesmo grupo o normal ẽ nãõ existir correção monetãria. Enquanto na presunção o importante ẽ a lõgica, na ficção o importante ẽ a nãõ-realidade, pois sabe o legislador que as coisas nãõ aconteceram conforme faz supor a lei, mas tem a realidade como se as coisas tivessem acontecido da forma prevista na norma. Lembro, a propõsito, os dizeres de ALFREDO AUGUSTO BECKER (teoria Geral do Direito Tributãrio, 2a.ed., pãg. 461):

"As presunções ou sãõ o resultado do raciocínio ou sãõ estabelecidas pela lei, a qual raciocina pelo homem...Na ficção, a lei estabelece como verdadeiro um fato que ẽ provavelmente (ou com toda certeza) falso. Na presunção a lei estabelece como verdadeiro um fato que ẽ provavelmente verdadeiro. A verdade jurĩdica imposta pela lei, quando se baseia numa provãvel (ou certa) falsidade ẽ ficção legal; quando se fundamenta numa provãvel veracidade ẽ presunção legal." (grifei)

No caso do art.21 do Decreto-Lei nõ 2.065/83, tãõ clara ẽ a ficção que a correção monetãria, ao contrário do que sõi acontecer, ẽ feita extracontabilmente, no LALUR, jus-

tamente por se saber que essa correção não existiu em realidade.

Em razão do que ficou dito anteriormente, não se pode aceitar a tese sustentada por alguns, a saber, que embora o mútuo possa ser efetuado em bens, o art. 21 do Decreto-lei nº 2.065/83 pretendeu atingir, apenas, o mútuo representado por empréstimos em dinheiro.

Ao se aceitar tal visão, adotar-se-ia interpretação restritiva da lei. Ora, não é dado ao intérprete coartar o âmbito de abrangência da norma, seja ela de direito privado, seja de direito público, máxime em se tratando de norma tributária, que supõe obediência, antes de tudo, ao princípio da legalidade. Conforme disse CARLOS MAXIMILIANO (Hermenêutica e Aplicação do Direito, pág. 246):

"Quando o texto menciona o gênero, presume-se incluídas as espécies respectivas; se faz referência ao masculino, abrange o feminino; quando regula o todo, compreendem-se também as partes (In toto et pars continetur, Gaio, no Dig., liv.50, tit. 17, frag.113). Aplica-se a regra geral aos casos especiais, se a lei não determina evidentemente o contrário (BERRIAT SAINT-PRIX,

op.cit., nº 44 e nota 1; BLACK, op. cit., pág. 196-198 e 201-203).

Ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus:

Onde a lei não distingue, não pode o intérprete distinguir."

A seguir, o mesmo CARLOS MAXIMILIANO dava este outro Conselho (op. cit. pág. 247):

"Quando o texto dispõe de modo amplo, sem limitações evidentes, é dever do intérprete aplicá-lo a todos os casos particulares que se possam enquadrar na hipótese geral prevista explicitamente; não tente distinguir entre as circunstâncias da questão e as outras; cumpra a norma tal qual é, sem acrescentar condições novas, nem dispensar nenhuma das expressas (GIUSEPPE FALCONO, Regulae Juris, 2a.ed., pág. 50; BERRIAT SAINT-PRIX, op.cit., nºs 45-48)."

A interpretação não pode levar a estender a norma além dos seus limites, como acontece, por exemplo, quando se pretende estender uma isenção a hipótese não contemplada pela lei, nem deve restringir seu sentido a tal ponto de se mutilar a norma.

É bem verdade que os tribunais por vezes constroem o direito, mas não criam normas e não poucos se têm dedicado ao estudo da função criadora do direito exercida pelos juizes. BRUTEAU chamou a atenção, por exemplo, para o fato de que no direito romano os juriscônultos distinguiam a LEX (a lei escrita) do JUS (a lei aplicada pelos tribunais). Os estudiosos suíços falam, por vezes, do que eles chamam de "normas de borracha". É evidente que não existe norma tão clara que se aplique, sem qualquer dúvida, pois as palavras, como acentuara JEHERING têm um conceito central, mas possuem também uma zona periférica e é esta zona periférica que traz perturbação para o intérprete. Como disse JEHERING, quem anda no meio da floresta, à meia noite, sem qualquer iluminação ao redor, não terá dúvida em afirmar que está caminhando na escuridão; mas quando o caminhante se acha na rua, por volta das quatro horas da manhã e os primeiros raios do sol já se fazem pressentir, não tem a mesma certeza se poderá dizer que ainda está na escuridão ou no lusco-fusco da manhã. Ora, também em direito é essa zona periférica do conceito que traz perplexidade. No caso, pergunta-se: por que restringir o conceito de mútuo, se a lei não o restringiu ?

4.2 b) A relação CUSTO/PREÇO. A circunstância de a conta Mercadorias apresentar um custo dos produtos vendidos-CPV a menor, no ano em que receber de volta as mercadorias emprestadas e, portanto, um volume de receitas a maior, prova justamente o acerto da lei, pois essa espécie de negócio, que só se faz com uma empresa do mesmo grupo econômico já que se trata de um negócio de favorecimento, e não com terceiros, representa o que o vulgo chama de "negócio de mãe para filho".

O prejuízo que a empresa "mãe" sofre, para amparar a empresa "filha" está a demonstrar, exatamente, a justificativa adequada para a aplicação do art. 21 não só aos casos de empréstimos em dinheiro como também aos empréstimos feitos em bens.

Tem-se dito frequentemente que o particular pode organizar seus negócios de tal sorte que não está obrigado a pagar mais imposto do que deve. O reverso da medalha também é verdadeiro: o fisco não está adstrito a receber menos imposto do que o devido só porque o particular pretendeu organizar seus negócios de acordo com seus interesses particulares.

4.3 c) O contrato escrito. Pou-

co importa que não haja contrato escrito entre a mutuante e a mutuária (sua coligada). Crêem alguns que não haveria de se falar em apropriação contábil de correção monetária ou juros dos créditos oriundos dos referidos empréstimos de mercadorias.

Parece-me que a realidade é bem outra, pois o fato de o contrato não estar formalizado por escrito não vem ao caso, já que contratos verbais também têm validade.

No direito romano, conforme consta do Digesto, havia quatro espécies de contratos: re, verbis, litteris e consensu. Os primeiros (re) eram os que, hoje, são denominados contratos reais e que se faziam mediante a solenidade da pesagem do bronze numa balança (per aes et libram) e implicavam, conforme salientei, não só na tradição da coisa como também no emprego de forma própria (a pesagem simbólica). Assim, os romanos consideravam como dentro desse ritual o mútuo, o depósito, o penhor e o comodato.

Os contratos verbais (verbis) eram celebrados mediante stipulatio e promissio, que também exigiam fórmulas solenes e o sistema simbólico (per aes et libram).

Os contratos literais (*litteris*) ou escritos é que supunham forma própria, por escrito, como no caso da expensilatio que tinha sua inscrição no Codex ou na Tabula accepti et expensi.

Os contratos feitos por mero consenso (consensu) eram do tipo da emptio-venditio, da locatio-conductio, da societas e do mandatum.

Já na Idade Média se desenvolveu a teoria do pacta sunt servanda, que acabou ingressando no Código Civil francês de 1804, no art. 1.134. Com o advento da Escola do Direito Natural, do sec. XVIII, adotou-se por todos os recantos a fórmula: solus consensus parit obligationem, deixando de lado, justamente, todo e qualquer resquício de formalismo para se fixar no consenso, no acordo de vontades, pouco importando ao contrato se é celebrado por escrito ou não. Chegou-se, assim, à fórmula de Pothier que consta no art.1.101 do Código Civil francês, o qual define o contrato como a "convenção pela qual uma ou mais pessoas se obrigam a dar, fazer ou não fazer alguma coisa".

No direito brasileiro, o art.82 do Código Civil considera como elementos realmente essenciais do contrato: agente capaz, ob-

jeto lícito e forma prescrita ou não defesa em lei. Logo, a forma escrita só é obrigatória quando a lei assim o definir. Esta norma se encontra no art. 124 do Código Comercial e, no Código Civil, além do citado art. 82, também os arts. 130 e 145.

A forma escrita está ligada à questão da prova e não à validade do contrato. Assim, a melhor maneira de se provar que alguma coisa foi convencionada entre duas ou mais pessoas é a forma escrita, com a devida autenticação, na forma do art. 135 do Código Civil.

De resto, ao prever a correção monetária do mútuo, a lei se utilizou de FICÇÃO jurídica. Isto significa, em termos de escrituração contábil, que a correção monetária haveria de se submeter a escrituração extracontábil, exatamente pelo fato de o acordo não ter sido realizado a parte rei, por escrito.

4.4 d) O parágrafo único do art. 21 do DL nº 2.065/83. Alguns se apegam a este parágrafo, que diz:

"Nos negócios de que trata este artigo não se aplica o disposto nos artigos 60 e 61 do Decreto-lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977."

Para que se entenda melhor a razão deste parágrafo impõe-se remontar ao próprio Decreto-lei nº 1.598/77. Em sua exposição de motivos ficou dito o seguinte:

"28. Os artigos 60 a 62 criam nova disciplina dos lucros distribuídos disfarçadamente, que leva em consideração os preceitos da lei de sociedade por ações sobre a responsabilidade de administradores e do acionista controlador. O novo regime distingue entre lucros distribuídos a pessoas físicas ligadas, a administradores, sócios ou titular da empresa (art.60) e ao acionista controlador da companhia (art. 61). No caso de acionista controlador, o projeto considera a personalidade jurídica das entidades que se interpõem entre a companhia e o acionista, como instrumentos da distribuição disfarçada (art.61), parágrafo 1º, letra B), sem impedir, todavia, a comunicação de resultados entre sociedades, no caso de grupos constituídos nos termos do capítulo XXI da nova lei de sociedades por ações (art.61, parágrafo 3º)."

A preocupação do parágrafo único do art. 21 do Decreto-lei nº 2.065/83 foi, pois, dizer que toda esta problemática não se

aplicaria ao caso de mútuo. Com receio de aplicação da disciplina própria a respeito do acionista controlador, já antes deste decreto-lei muitas empresas se preocupavam em contratar o mútuo por escrito, com estipulação de juros e correção monetária, na forma habitualmente feita pelo mercado.

Comentando o citado art.21, HENRY TILBERY escreveu (Comentário ao Decreto-lei nº 2.065 - Artigos 1º a 21 - Resenha, S.Paulo, 1983, pág. 126 a 128):

"A posição da Receita Federal face a esta situação foi definida no Parecer Normativo SRF nº 43 de 23.11.1981, que distinguiu duas facetas nestas situações: uma, quando se verificaria distribuição disfarçada de lucros através da figura de acionista controlador; a outra na ausência dos pressupostos caracterizadores de distribuição disfarçada, caso em que o Parecer concluiu, que os encargos financeiros correspondentes aos recursos levantados pela empresa mutuante, "devem ser rateados entre os beneficiários dos recursos na exata proporção dos capitais que forem repartidos.

Obedecendo a esta orientação evoluiu uma prática de empresas em situações desta na

tureza firmarem, por cautela, contratos de mútuo com prazo máximo de resgate de até 2 anos e com ressarcimento dos encargos financeiros do mercado. Nos casos quando o acionista controlador de sociedade anônima mutuante tinha, direta ou indiretamente, interesse na sociedade mutuária, a conseqüente ameaça de distribuição disfarçada de lucros - que em princípio poderia ter ocorrido pela aplicação do Artigo 61, § 1º, letra "b" do Decreto-lei nº 1.598/77 - foi evitada, pois o negócio foi excepcionado desta configuração pelo contrato por força do § 1º, letra "b" do artigo 60º do mesmo diploma legal. Por outro lado, na ausência de ligação por controle comum pelo acionista controlador, a previsão contratual do ressarcimento dos encargos financeiros solucionou a exigência formulada no Parecer Normativo referido.

O artigo 21º consagra este procedimento em nível legal, dirimindo dúvidas e restringindo o reembolso dos encargos financeiros ao limite mínimo da variação das ORTN."

Na verdade, é necessário ler o parágrafo único do art.21 do Decreto-lei nº 2065/83 como está descrito, deixando de lado "elocu-

brações" ou "imaginações" a respeito, o que esse parágrafo fez foi, como disse TILBERY, tranquilizar os contribuintes sobre a polêmica antes existente, a saber, se a falta de correção monetária, no mútuo entre empresas, poderia ensejar hipótese de distribuição disfarçada de lucros. O parágrafo único dá a resposta: não há tal possibilidade. O dispositivo foi lógico: se o "caput" mandava cobrar pelo menos a correção monetária, significava que a lei afugentara a possibilidade de distribuição disfarçada de lucros, que consistiria justamente na falta de correção monetária.

Alguns, no entanto, tentam derivar a discussão para outro campo, alegando que o fato de o parágrafo único ter feito menção ao art.60 do Decreto-lei nº 1.598/77, teria em mira, inclusive, o inciso V deste art.60, no qual se previa distribuição disfarçada de lucros quando a pessoa jurídica emprestava dinheiro a pessoa ligada. E conclui-se que a clara intenção do dispositivo legal foi, alcançar tão somente as hipóteses de mútuo que pudessem configurar distribuição disfarçada de lucros, ou seja, os mútuos representados pelos empréstimos em dinheiro.

Conquanto o argumento seja inte-
ligente, não cabe essa espécie de interpretação,
por vários motivos.

Em primeiro lugar, se bem obser-
vado, com tal argumento entende-se que o art.
21 do Decreto-lei nº 2.065/83 foi baixado para
interpretar o Decreto-lei nº 1.598/77. Ledo en-
gano. O diploma de 1983 veio criar hipótese no-
va de tributação e não simplesmente dizer se os
arts.60 e 61 do diploma de 1977 se aplicavam ou
não aos negócios de mútuo.

O art.21 do Decreto-lei nº 2.065/
83 foi exigência dos acontecimentos anteriores.
Como se sabe. o Decreto-lei nº 1.598/77 criara
hipótese, que não vingou, de as empresas de um
mesmo grupo serem tributadas em conjunto. Assim
sendo, não havia que se pensar em cobrar corre-
ção monetária de si mesmo. De acordo com a ela-
boração primitiva do Decreto-lei nº 1.598/77,
não haveria de se pensar em cobrança de correção
monetária nos mútuos entre empresas do mesmo gru-
po porque a receita de correção monetária seria
anulada pela despesa respectiva, já que as em-
presas mutuante e mutuária haveriam de apresen-
tar uma declaração de rendimentos consolidada.
Com o desaparecimento da tributação em conjunto,
o mútuo, sem a cobrança de juros e correção mo-

netária entre empresas do mesmo grupo acarretaria distorções, como é óbvio. Foi para corrigir essa prática, tolerada, inclusive, pela Secretaria da Receita Federal, que o art.21 fixou a regra de nestes casos sempre se ter pelos menos a correção monetária como se tivesse sido contratada, ainda que realmente não o tivesse sido. Por isso é que os intérpretes deste artigo sempre disseram que o reconhecimento da correção se faria extracontabilmente, apenas no LALUR.

Em segundo lugar, a interpretação contrária esbarra nos ensinamentos dos velhos mestres do Direito, como SAVIGNY, GENY, CARLOS MAXIMILIANO, entre outros, que sempre acentuam ser necessário interpretar-se o "caput" de um artigo como a regra geral e o parágrafo como a regra especial, ou como exceção ao que foi estabelecido no "caput".

No art.21 fixou-se a regra geral, no sentido de que todo mútuo entre empresas do mesmo grupo estaria sujeito ao reconhecimento, por parte da mutuante, da respectiva correção monetária. O parágrafo fixou regra especial, isto é, tendo-se em vista as discussões havidas sobre distribuição disfarçada de lucros, ficava solucionada a questão provocada pela apli

cação dos artigos 60 e 61 do Decreto-lei nº 1.598/77. Ora, concluir que o art. 21 do Decreto-lei nº 2.065/83 sô se reportou a mútuo em dinheiro é ir longe demais.

4.5 e) O Problema da Correção Monetária

Alega-se, também, que o empréstimo de dinheiro acarreta redução do patrimônio líquido não coberta por qualquer receita ou atualização, gerando, pois, lançamento a débito da conta de correção monetária do balanço, aumentando o saldo devedor (dedutível) ou reduzindo o saldo credor (tributável) desta conta, de forma a acarretar diminuição do lucro líquido da empresa mutuante e a decorrente redução do imposto de renda.

Pergunta-se: por que o mútuo de mercadorias também não acarreta fenômeno semelhante ?

É óbvio que, tendo cedido mercadorias de seu estoque e não exigindo correção monetária, caiu a empresa no mesmo caso. Quando se efetua o empréstimo em dinheiro, diminui-se a conta CAIXA, por exemplo, e quando se empresta mercadoria diminui-se a conta ESTOQUES, ou se

melhante, mas ambas as contas fazem parte do ATIVO CIRCULANTE, de tal sorte que, sob o aspecto da correção monetária o efeito financeiro é o mesmo.

Esquece-se de que no momento em que se empresta determinada mercadoria imediatamente se transforma essa mercadoria em crédito a seu favor. Conforme disse BULHÕES PEDREIRA (Correção Monetária das Demonstrações Financeiras, EXPED, 1978, pág. 13):

"Os créditos monetários variáveis (em moeda nacional com cláusula de correção monetária, ou em moeda estrangeira) e os créditos "de valor" apresentam características que os aproximam dos ativos não-monetários sob o aspecto da inflação.

O crédito "de valor" tem por objeto prestação que não é definida como determinada quantidade de moeda, mas em outro padrão de valor, ou está sujeita a determinação segundo índices ou critérios preestabelecidos. É o caso, por exemplo, de crédito em valor outro, ou indexado.

O crédito em moeda nacional com cláusula de correção monetária é pecuniário, mas quantidade de moeda que o devedor deve prestar está sujeita a modificação segun-

do regras preestabelecidas.

O crédito em moeda estrangeira é da mesma natureza porque a inflação interna reflete-se na taxa de câmbio, que é a relação de troca entre a moeda nacional e a estrangeira. Se a taxa de câmbio aumenta, o crédito aumenta, o crédito em moeda estrangeira produz, quando convertido, maior quantidade de moeda nacional.

Os efeitos da inflação sobre esses créditos são iguais aos observados nos ativos não monetários: seu valor não está ligado à sorte do poder de compra da moeda, mas sua expressão monetária varia com a inflação.

Os efeitos monetários sobre as obrigações "de valor", em moeda estrangeira ou moeda nacional sujeita a correção, são os mesmos: a inflação aumenta o número de unidades monetárias que exprime seu valor."

Hã, ainda, uma outra consideração a se fazer: se o estoque da mutuante está financiado e esta empresta parte ou a totalidade desse estoque financiado, haverã de corrigir o valor das obrigações e considerará como despesas os juros respectivos, etc., em detrimento do fisco, pois não ofereceu nem receitas nem correção monetária ativa.

Sempre que se deixa o direito para se perquirir motivos "econômicos" facilmente se resvala para a ilegalidade. Conforme disse BULHÕES (op. cit., pág. 15):

"Grande parte do ativo circulante da empresa em geral é representada por ativos monetários (caixa, depósitos bancários e direitos de crédito), que diminuem de valor com a inflação." (grifei)

Mais adiante, haveria BULHÕES de comentar a respeito de créditos da empresa (op. cit., pág. 28):

"O artigo 39 do decreto-lei não inclui entre as contas sujeitas a correção as que registrem créditos ou obrigações em moeda nacional sujeita a correção, indexados ou em moeda estrangeira. Esses créditos e obrigações devem ser atualizados na época do balanço (Lei nº 6.404/76, art. 183, nº I, in fine e art. 184, nºs II e III), e as variações monetárias decorrentes da atualização são computadas da determinação do lucro real (art. 18 do decreto-lei); mas essa atualização não é parte do procedimento legal de correção monetária das demonstrações financeiras.

A lei distingue entre variações monetárias e correção monetária das demonstrações porque:

a) as variações decorrem de disposições legais ou contratuais que regulam créditos e obrigações, que podem seguir critérios diferentes da base adotada para a correção monetária das demonstrações financeiras;

b) as variações monetárias são receitas ou despesas que resultam dos critérios de avaliação de elementos do ativo e passivo circulante ou a longo prazo; enquanto que a correção monetária apenas atualiza o custo histórico de elementos estáveis da estrutura financeira do patrimônio."

Por conseguinte, as variações monetárias também influenciam na apuração do lucro e o Decreto-lei nº 1.598/77 já previra a possibilidade de a lei determinar a atualização dos créditos.

Sem razão o raciocínio no sentido de que a mutuante haveria de pagar caro por ter emprestado mercadorias sem cobrar correção monetária, já que o valor das vendas seria maior. Em primeiro lugar, com a inflação galopante qual

quer empresa que tem mercadorias em estoque sofre essas consequências, pois o preço de reposição por vezes será muito maior do que o preço de custo original. Além disso, muitas vezes tem acontecido, até, que o preço de reposição é maior do que o próprio preço das vendas anteriores. Em segundo lugar, de acordo com esse raciocínio, a venda, em geral, só ocorreria no exercício seguinte. Neste caso, a se levar às últimas consequências essa tese, só ocorreria postergação de imposto, ou melhor, pagamento de imposto a maior como se fosse uma espécie de penalidade por ter favorecido sua coligada. Vai-se, assim, de imaginação em imaginação, afastando-se da realidade e do que disse a lei.

Quando uma empresa, por exemplo, compra mercadorias sem a devida documentação, não poderá considerar o valor dessas mercadorias como custo operacional. O custo, no entanto, existiu. Por aí se vê que nem sempre o raciocínio econômico ajuda no deslinde das questões.

V - NEGÓCIOS AFINS, CONSIDERADOS POR ALGUNS COMO SE MÚTUO FOSSE

Com a vontade firme de descobrir negócios de mútuo entre coligadas, que não estão

submetidos a correção monetária, muitos vêm encarando os créditos obtidos em certos negócios jurídicos como se fossem provenientes de contratos de mútuo. A seguir, cito alguns exemplos de casos ocorridos.

5.1 - MÚTUO E MANDATO

A palavra mandato encontra seu étimo no latim (manus datio), como o ato de dar a mão é, por isso mesmo, sempre se inseriu no gênero de negócios gratuitos. O mandato implicava, no direito romano, em atividade cujo objetivo consistia em cuidar dos negócios de alguém. No direito brasileiro o art. 1.288 do Código Civil assim define o instituto: "Opera-se mandato, quando alguém recebe de outrem poderes, para, em seu nome, praticar atos ou administrar interesses. A procuração é o instrumento do mandato".

O Código Civil é claro, ao distinguir mandato de procuração. Esta é simples instrumento do mandato, mas nem toda procuração envolve mandato e nem todo mandato existe necessariamente com a procuração. Nem se há de confundir o mandato com a gestão, a qual envolve os atos de controle, de vigilância, de planejamento, etc. Também não se confunde com a locação de serviços, podendo ambos ser unilaterais. Nesse

artigo do Código a palavra procuração está por "documento" no qual consta o mandato. A procuração, porém, é outorga de poder de representação, e não se confunde com o mandato, este considerado como um contrato entre o mandante e o mandatário. A procuração é dação de poder e, portanto, negócio jurídico unilateral.

O mandato pode ser: a) expresso ou tácito; b) verbal ou escrito; c) gratuito ou oneroso. O parágrafo único do art. 1.290 do Código Civil diz que presume-se gratuito, quando se não estipulou retribuição, exceto se o objeto do mandato for daqueles que o mandatário trata por ofício ou profissão lucrativa.

Um aspecto interessante: o mandato pode ser não só para que o mandatário cuide de assunto do mandante, mas para que cuide de assunto de terceiro ou, até, do próprio mandatário. Assim, pode A outorgar mandato a B a fim de que este cobre uma dívida de C e fique com esse dinheiro para, por sua vez, saldar a dívida que o mandante A tinha para com o mandatário B. Célebre é o texto de GAIUS (L.2, pr., mandati vel contra, 17,1): "Contraí-se mandato entre nós ou se tem mandato somente por minha utilidade, ou somente por alheia, ou por minha e por tua, ou pela tua e pela alheia. Se te mando só por

tua utilidade, supervācuo ē o mandato, e por is
so dele nenhuma obrigaçāo nasce" (Mandatum inter
nos contrahitur, sive mea tantum gratia tibi
mandem sive alliena tantum sive mea et alliena
sive mea et tua sive tua et alliena, quod, si
tua tantum gratia tibi mandem, supervacuum est
mandatum et ob id nulla ex eo obligatio nascitur).

Como neste País tudo pode acon-
tecer, por incrível que pareça já se entendeu
que o mandato recebido por determinado sōcio de
empresa foi realizado com o fito de esconder um
negōcio de emprēstimo entre a empresa A e sua co-
ligada, a empresa B. Ora, quando o sōcio de A
atuou como mandatārio para contrair emprēstimo
em favor de B, de maneira alguma fez com que a
primeira empresa se tornasse credora da segunda,
por mūtuo, simplesmente porque o emprēstimo foi
feito por um banco em favor de B, e não pela em-
presa A, embora o sōcio de A tenha recebido man-
dato para interferir no negōcio.

5.2 - MEDIAÇÃO E MÚTUO

Outro equívoco que vem ocorren-
do, ē o de se confundir negōcios que envolvem
simples mediaçāo com negōcios de mūtuo.

A mediação é atividade pela qual uma pessoa (mediador) põe em contato pessoas que querem contratar, sem estar vinculado a qualquer delas como colaborador, ou como dependente, ou como outorgado de poder de representação ou de outro poder. Por isso mesmo, supõe a mediação que haja imparcialidade, ainda que o mediador se ja o maior interessado no negócio. O agente de câmbio ou o corretor não se qualificam como mediadores. Tanto o comissário quanto o corretor ou o mandatário estão ligados ao negócio do qual participam. Já o mediador é sempre um estranho no negócio do qual serve como mediador. Porque nenhuma relação jurídica existe entre o mediador e as partes contratantes, pode ele desvincular-se do negócio a qualquer tempo.

Não existe o contrato para mediação; o que há é a atividade do mediador de contratos, que recebe uma remuneração como se fosse um gestor de negócios alheios. Por outro lado, conforme disse PONTES DE MIRANDA (op.cit. pág. 235): "A mediação sô se faz contrato quando começa algum efeito, mesmo o efeito mĩnimo.. A mediação é contrato, mas sô se conclui quando há resultado." Mais adiante disse ele: "A relação jurídica entre o mediador e o interessado ou os interessados somente se irradia quando, con-

cluindo-se o contrato, se hã de ter o recebimento da ajuda como assunção de dīvida."

Nã hã de ser confundida a mediação com os seguintes contratos:

a) contrato de corretagem. Na mediação o mediador nunca participa do contrato, enquanto o corretor pode ser incluído no contrato. Isto sem falar no fato de que para ser corretor é necessãrio possuir matrícula, o que nã acontece com o mediador.

b) Contrato de comissão. O comissionãrio participa das tratativas e da conclusã do negōcio, ao passo que o mediador é sempre um estranho ao negōcio jurīdico.

c) Contrato de agēncia. Neste contrato hã estabilidade, permanēncia e duração intencional da atividade, por conta de outrem. O agente tem o dever de levar a cabo as conclusōes do contrato em determinado local. Enquanto a imparcialidade é caracterīstica da mediação, nã o é no contrato de agēncia. O agente estã des de o inīcio, no mundo jurīdico, e age dentro dele, o mesmo nã acontecendo com o mediador.

d) Contrato de intermediação. Este nã é sinōnimo de mediação. Conforme expli

citou PONTES DE MIRANDA (op.cit., pág.243): "Se A incumbe C de interpor-se, com contratos com B, para conclusão de determinado negócio jurídico bilateral entre A e B, sendo a sua atividade no exclusivo interesse de A, que lhe prestará remuneração, se concluído o negócio jurídico, há contrato de intermediação, e não mediação ou contrato de mediação."

e) Mandato. Não se confundem mediação e mandato. O mandatário pode atuar em lugar do mandatário; o mediador nunca atua em lugar de qualquer das partes. O mandatário conclui uma ação, atua internamente em nome do mandante; o mediador atua sempre de fora e não conclui nada, somente trata. O mandatário é parcial, atua em nome do mandante; o mediador é imparcial.

f) A gestão de negócios. CLÓVIS BEVILÃQUA (Código Civil dos Estados Unidos do Brasil, ed.hist., pág.452) definiu o instituto: "Gestão de negócio é a administração oficiosa de negócio alheio, feita sem procuração. É um mandato espontâneo e presumido, porque o gestor procura fazer aquilo de que o dono do negócio o encarregaria, se tivesse conhecimento da necessidade de tomar a providência reclamada pelas circunstâncias. Mais adiante, acrescentou: "A relação jurídica origina-se do fato da gestão, e a

lei a disciplina, como se se originasse do mandato. O fato da gestão é a manifestação da vontade de tratar de negócios de outrem."

No dizer de DEMOGUE (Traité des Obligations en Général, III, n.5): "A gestão será, pois, admitida em todos os casos, em que o gerente praticar um ato que o gerido teria, provavelmente, praticado, segundo os usos ou a sua situação subjetiva" (apud CLÓVIS, op.cit., pág. 452).

Não há semelhança entre a gestão de negócios e a mediação, pois o gestor pratica atos por conta de outrem e atua dentro do negócio, enquanto tal não acontece com o mediador.

Em qualquer destes negócios sempre que surgir um crédito e esse seja contabilizado em determinada empresa não se poderá, de forma alguma, considerar esse crédito como um empréstimo.

5.3 - COMPRA E VENDA A PRAZO E

MÚTUO

Outra questão que vem provocando equívocos diz respeito à compra e venda a prazo entre coligadas. O vendedor vende, por vezes, pelo preço à vista e, ao invés de cobrar o pre-

ço, de imediato, escritura a venda em conta corrente que mantêm com a coligada. Contam-se juros sobre essa importância creditada, em muitos casos, pois o capital representado pela mercadoria vendida fica imóvel sem que o seu retorno venha a compor, novamente, o capital de giro do vendedor. Por vezes, no entanto, não se cobram juros nem correção monetária.

Embora as empresas sejam coligadas, não há como se proibir a cobrança dos juros, que são "interesses" ou "usuras" (do direito romano). Os juros não deixam de ser os frutos do capital e não podem deixar de ser cobrados. Pergunta-se: se numa compra-e-venda entre coligadas não forem cobrados juros e correção monetária haverá possibilidade de se aplicar, ao caso, o art. 21 do Decreto-lei nº 2.065/83 ?

Embora o Fisco venha atuando as empresas, neste caso, com base nesse art. 21, a resposta à pergunta há de ser negativa, eis que compra-e-venda a prazo não equivale a mútuo, mesmo que o valor da operação seja lançado em conta corrente da vendedora. Costumam alguns dizer que, num mundo de inflação galopante seria ingenuidade pensar em alienação a prazo sem correção monetária. Embora esta seja a realidade, não

é possível, por outro lado, ver numa compra-e-venda a prazo o mesmo que um contrato de mútuo.

Se uma empresa A venda para uma empresa B alguma espécie de mercadoria, a prazo, tem-se aí, quando contratadas, duas operações: uma de compra-e-venda e outra de crédito em favor da compradora, caso não se queira considerar a compra-e-venda a prazo como operação típica. Ainda assim, esse crédito a favor de A não é operação de mútuo. Conforme visto no início, a dação de mútuo é a dação de coisas que consistem em peso, número e medida, as quais são devolvidas no mesmo gênero, número e medida. Ora, se a empresa A dá mercadorias e, ainda que depois de certo prazo, recebe de B dinheiro, mútuo não houve, mas compra-e-venda, pela existência de coisas, de preço e de acordo, que compuseram a alienação.

Embora autores que interpretam o Digesto tenham visto a existências de mútuo em negócios de compra-e-venda (ULPIANO, L.15, D., de rebus creditis si certum petetur et de conditione, 12, 1), bem como numa interpretação da L. 1, § 34, pr.D, mandati vel contra, 17, 1), a verdade é que no direito brasileiro (Código Civil, art. 1.256) o mútuo é sempre empréstimo de coisas fun

gíveis e o mutuário é obrigado a restituir ao mutuante o que dele recebeu em coisas do mesmo gênero, qualidade e quantidade.

Com razão escreveu PONTES DE MIRANDA (op.cit, pág.11): "O credor em contrato de compra-e-venda, ou outro contrato, pode concluir outro contrato, ou incluir naquele cláusula de ficarem os bens comprados ou adquiridos, ou o preço, em poder do devedor, a título de mútuo. É o pacto de mútuo de prestação, de mútuo de convenção (Vereinbarungsdarlehen).". Há aí, portanto, outra dívida que deve ser provada e não somente presumida.

Conforme disse PONTES DE MIRANDA (op.cit., pág.12): "Se alguém compra e fica a dever o preço, pagável, por partes, em diferentes datas, há a figura da compra e venda a prestações. Se, porém, o interessado entrega o bem como avaliação para que o adquirente fique a dever, como mutuário, o valor, há dois contratos, o de compra-e-venda e o de mútuo, pois que se considerou concluído o contrato de compra e venda e satisfeita a dívida do preço (G. PLANK, Kommentar, II, 545; H. DERNBURG, Das Bürgerliche Recht, II, 2, 267)."

Não se pode aprovar, pois, o entendimento no sentido de se considerar toda compra-e-venda a prazo entre coligadas como hipótese de mútuo, para os efeitos do art.21 do Decreto-lei nº 2.065/83, sem qualquer fundamento para se dividir, aĩ, dois contratos: o de mútuo e o de alienação.

5.4 - MÚTUO E PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS

Certa empresa, na qualidade de transportadora, presta serviços de transporte para sua coligada e registra em sua conta corrente um crédito a seu favor, correspondendo ao frete.

Entendem alguns que em casos como este deve ser exigida a correção monetária, com base no art.21 do Decreto-lei nº 2.065/83, uma vez que o valor da prestação de serviços de transporte de cargas foi levado diretamente para uma conta corrente e, por outro lado, entre o momento do registro da operação e o efetivo pagamento pela beneficiária decorre um longo período.

Nada impede que uma empresa preste serviços à sua coligada e escrete o respectivo preço do serviço em conta corrente que man

têm com a beneficiária. Afinal, a venda de serviços, neste caso, se comporta como se fosse uma venda de mercadorias e o que foi dito, acima, para compra-e-venda a prazo, se aplica aos caso de venda de serviços que se transforma em crédito em conta corrente.

5.5 - MÚTUO E COMODATO

Ao se examinar a contabilidade de uma distribuidora de combustíveis, verificou-se que esta fornecia para os postos de gasolina que vendiam os produtos de sua marca os tambores, nos quais o revendedor armazena o álcool e a gasolina, sob regime de comodato. Entendeu-se que a comodante deveria ter cobrado juros e correção monetária sobre o valor dos tambores cedidos gratuitamente ao posto de gasolina.

Aplica-se, ao caso, o art. 21 do Decreto-lei nº 2.065/83 ?

Nada mais equivocado, pois comodato não é mútuo. O art.1.248 do Código Civil define o comodato como o empréstimo gratuito de coisas não fungíveis, em contraposição, pois, com o mútuo que, embora pertencendo ao gênero "empréstimo", possui a diferença especí

fica, que é o fato de supor que a coisa emprestada é sempre coisa fungível.

Se, por exemplo, a empresa A empresta à empresa B títulos de crédito como ações ao portador, para que B comprove, perante um banco (ou qualquer outro motivo) sua capacidade financeira, não se deu o mútuo.

Hã, ainda, outras observações. No mútuo transfere-se não sã a posse como também a propriedade do bem. No comodato sã se transfere a posse. Alem disso, conforme o próprio nome o sugere, o comodatãrio sã tem o cãmodo do bem, enquanto o mutuãrio adquire o prãprio bem. Por fim, o comodatãrio tem o dever de restituir o mesmo bem (idem), enquanto o mutuãrio sã estã adstrito a restituir o mesmo gãnero, quantidade e qualidade (tantundem).

5.6 - MÚTUO E CONTRATO DE CONTA CORRENTE

PONTES DE MIRANDA (Tratado, cit., LXII, pãg.120) forneceu a seguinte definiçãõ:

"Contrato de conta corrente é o contrato pelo qual os figurantes se vinculam a que se lancem e se anotem, em conta, os crãdi

tos e débitos de cada um para com o outro, sō se podendo exigir o saldo ao se fechar a conta."

Pela definição logo se percebe não existir possibilidade de se confundir mūtuo com contrato de conta corrente, como também não existe qualquer identidade entre mūtuo e abertura de crédito. Estamos diante de três espécies de acordos que de maneira alguma se confundem, embora, na contabilidade, o contrato de abertura de crédito se exteriorize mediante conta corrente.

O contrato de conta corrente não envolve em si nenhum acordo para empréstimo de dinheiro. A promessa, neste caso, está, apenas, em se escriturarem os créditos decorrentes de operações em que os contratantes sejam titulares. No contrato de conta corrente não se faz um mūtuo nem se abre um crédito, mas se convencionam o que fazer com créditos passados, presentes e futuros. Nessa conta vão sendo lançados débitos e créditos que se excluem mutuamente e o saldo da conta sō é exigível quando se dá o vencimento do contrato de conta corrente, embora, para efeitos fiscais e por força do princípio da competência de exercícios, se possa considerar

o contrato vencido a cada fim de exercício social, sobretudo quando se convencionou a cobrança de juros e correção monetária sobre os débitos que realmente devam sofrer esses encargos.

Sempre, no entanto, convém ter em mente a regra geral, no sentido de que conta corrente, conforme o próprio nome indica, é uma conta que corre para um desfecho, assim como o rio que corre para desaguar no mar. Cito a lição de PONTES DE MIRANDA (op.cit., pág.119):

"Do contrato de conta corrente não se irradiam relações jurídicas creditícias (que são relações jurídicas obrigatórias entre os figurantes), mas apenas o dever de lançar e anotar os créditos de um e de outro, e, para o outro figurante, o de ater-se a esses lançamentos e anotações."

Mais adiante haveria de escrever:

"Os negócios jurídicos de que resultam os créditos e os débitos são estranhos à conta corrente, que a eles apenas se refere, para os submeter à escrituração específica."

Este é um aspecto para o qual

tanto o Fisco quanto os contribuintes não vêm atentando, querendo aquele se computem juros e correção monetária sobre quantias escrituradas em conta corrente sō porque estão em conta corrente, como se esta conta representasse um mútuo em si mesmo. Esquecem-se de que o importante é a análise do negócio jurídico que deu motivo ao lançamento em conta corrente.

É um erro, frequentemente encontrado na escrituração de empresas e em atos normativos do Fisco, encarar-se a conta corrente como se esta representasse uma dação recíproca de empréstimo, quando o importante seria analisarem-se os negócios jurídicos que motivaram os débitos ou créditos em conta corrente. Nem há que se calcular correção monetária e juros sobre determinada quantia escriturada em conta corrente justamente porque, enquanto existir a conta corrente nenhum dos contratantes poderá exigir a obrigação do outro. Tal sō ocorrerá quando a conta corrente for fechada. O que é exigível é, repita-se, o saldo da conta corrente.

O que domina, pois, o contrato de conta corrente é o princípio da reciprocidade: ao mesmo tempo em que se lança um crédito, tem-se que considerar o que a débito existe, de

modo a sempre se apurar um saldo, não se podendo lançar uma quantia simplesmente como mútuo, sem se atentar para o fato de que essa conta supõe a relação débito-crédito.

Além do mais, o contrato de conta corrente é consensual, enquanto o contrato de mútuo é real. Não há, pois, como se tomar um pelo outro.

Em homenagem à sabedoria do Mestre, transcrevo o que disse PONTES DE MIRANDA (Tratado de Direito Privado, 3a.ed., 1984, vol. LXII, pág. 132):

"MÚTUO E CONTRATO DE CONTA CORRENTE - O que mais caracteriza o contrato de conta corrente é que as prestações prometidas são atividades computísticas e contabilísticas. Não há mútuo, nem promessa de mútuo. Quando se fecha a conta corrente ocorre o reconhecimento é que se estabelece nova relação jurídica, pois os créditos constantes dos saldos-expedientes, sobre os quais se pode convencionar fluírem juros, são créditos com pretensões paralisadas, por sua função meramente contábil. A falta de atenção de muitos juristas à exterioridade, em relação aos créditos entrados, do conteúdo e da função do contrato

de conta corrente, levou ao desespero, a ponto de ter um jurista francês afirmado haver sujeito (ente moral) na conta corrente. Não há, tão-pouco, abertura recíproca de crédito, porque os créditos entrados ficam sem pretensão eficaz e sem ação eficaz, mesmo no que se refere aos saldos-expedientes.

Uma vez que o contrato de conta corrente torna inexigíveis os créditos entrados e os próprios saldos-expedientes, tem-se de reconhecer que ele, se não corta a pretensão e a ação, que deles se irradiam, as coarta - as paraliza - durante o curso da conta. Não se pode dizer que os saldos-expedientes são outros créditos, que se põem no lugar dos que foram computados, nem que há sucessivas compensações, porque a compensação é instituto jurídico, e os saldos-expedientes, atos meramente instrumentais. Apenas atendem esses a atividades contabilísticas, mesmo quando se hajam de computar juros."

É necessário, pois, que se deixe de lado a corrente que ora se alastra pelo país, no sentido de ver a conta corrente como uma hipótese de mútuo, Esta tendência que, ini-

cialmente, beneficiava o Fisco, passou, agora, a ser objeto de manipulação por empresa do mesmo grupo, pois descobriram elas que, seguindo a tese do Fisco, podem computar juros e correção monetária sobre qualquer quantia da conta corrente, criando, por vezes, despesas de juros e correção monetária completamente inexistentes.

5.7 - PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEIS E CONTRATO DE MÚTUO

Quando se começa a divagar sobre questões jurídicas, a imaginação não tem limites. Qualquer pessoa é capaz de distinguir um contrato de mútuo do de promessa de compra-e-venda. Pois bem, por incrível que pareça, o Diário Oficial do dia 29.08.89, estampou a ementa do Acórdão nº 101-78.407/89, no seguinte sentido:

"A promessa de compra e venda de imóvel não configura negócio de mútuo, não lhe sendo aplicável o disposto no art. 21 do Decreto-lei nº 2.065/83."

Nem sequer se confundiu a promessa de compra-e-venda com a promessa de mútuo dando, o que, embora incorreto, seria menos errado.

Estã na hora de se deixar imagi
nação de lado e ater-se ao que dispõe a lei. A-
final, quase todos os tributaristas deste País
jã escreveram sobre o princípio da legalidade e
cumpre não perder de vista que toda tributaçãõ
é sempre ex lege.

VI - MÚTUO E OPERAÇÃO FINANCEI- RA

Hã tendências por parte de cer-
tos intérpretes para se levar ao extremo o be-
nigna amplianda, em favor dos contribuintes, em
razão do que, por exemplo, estende-se alêm dos
seus limites as normas que concedem incentivos
fiscais. Por outro lado, o Fisco procura, por
vezes, colocar em prática o in dubio pro fisco.
O pior é que nestes casos nem sempre existe qual
quer dúvida sobre o assunto.

Foi assim que o Parecer Normati
vo CST nº 23, de 22 de novembro de 1983, intro-
duziu uma tese que tem levado o Fisco a cometer
inúmeros deslizes. O ítem 2.1 desse ato normati
vo diz o seguinte:

*"Não tem relevância a forma pela qual o em
préstimo se exteriorize; contrato escrito
ou verbal, adiantamento de numerário ou*

*simples lançamento em conta corrente, qual-
quer feitio que configurar capital finan-
ceiro posto à disposição de outra socieda-
de sem remuneração; ou com remuneração fi-
nanceira inferior àquela estipulada na lei,
constitui fundamento para aplicação da nor-
ma legal."*

O parecer foi além de toda ima-
ginação, quando definiu o mútuo como "capital
financeiro posto à disposição de outra socieda-
de", contrariando não só o art. 1.256 do Código
Civil, citado no início deste trabalho, como até
mesmo o art. 247 do Código Comercial, que defi-
ne o mútuo mercantil como sendo "empréstimo mer-
cantil, quando a coisa emprestada pode ser con-
siderada gênero comercial, ou destinada a uso
comercial, e pelo menos o mutuário é comercian-
te". Daí, porém, estender o conceito de mútuo a
capital financeiro posto à disposição de outra
sociedade vai um abismo.

Se, ainda, se confundisse mútuo
com qualquer empréstimo, seria compreensível,
pois o mútuo é uma espécie de empréstimo, con-
forme acentuou CARVALHO DE MENDONÇA (Tratado,
vol. VI, 2a.parte, nº 729).

Não se pode ficar impassível

diante do fenômeno hodierno de se ver mútuo até em simples conta corrente, como se qualquer crédito ou qualquer débito representasse um empréstimo, nem se ver nas operações de empresas que agem na gestão de negócios contratos de mútuo. Há quem diga que as comissões contabilizadas numa empresa são consideradas como "mútuo disfarçado", e assim por diante.

Afinal, passa-se, sem autorização legal, a encarar o mútuo não só como empréstimo, mas também como uma operação financeira qualquer.

Nunca é demais voltar-se ao velho Digesto, que nos ensina ser o mútuo um contrato que envolve a dação de coisas que se determinam pelo peso, número e medida, o que faz com que o vetusto Código Civil estabelecesse que o mutuário é obrigado a restituir ao mutuante o que dele recebeu em coisas do mesmo gênero, qualidade e quantidade.

VII - A ETERNA LIÇÃO DO PROF. RUY BARBOSA NOGUEIRA

A grande lição que me ficou do tempo em que estudei na USP foi a veneração ao

sagrado princípio da legalidade, sempre incutido pelo Prof. Ruy Barbosa Nogueira. As sucessivas Constituições da República têm assinalado que ninguém pode ser obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei, que mais se especifica em outro princípio constitucional: nenhum tributo será exigido ou aumentado sem que a lei o estabeleça. Até hoje, guardo a lição do Mestre, nos idos de 1965, quando escreveu no seu "Da Interpretação e da Aplicação das Leis Tributárias" (pág. 24):

"Em face desse princípio "(o da legalidade)", em nosso sistema não pode ser aplicado método interpretativo de construção, integração, analogia ou extensão, de que resulte a criação ou modificação do tributo, pois se a lei não o previu, ele não pode surgir ou tornar-se maior ou menor, por outra via. O tributo só existe se criado por lei e na medida por ela criada."

Teve este estudo o objetivo de criticar a posição de certos contribuintes, que desejam coartar a lei a fim de só admitirem a tributação sobre a correção monetária relativa a mútuos contratados em dinheiro, bem como contrapor-se à interpretação de certo setor do Fisco que deseja ampliar o âmbito da norma a ponto

de considerar como se mútuo fosse, por mera analogia, institutos outros que nada têm a ver com o mútuo.

CONCLUSÃO

Em razão do exposto, impõe-se deixar bem clado o seguinte:

1. No direito brasileiro define-se o mútuo como o empréstimo de coisas fungíveis em que o mutuário é obrigado a restituir ao mutuante o que dele receber em coisa do mesmo gênero, qualidade e quantidade. Por conseguinte, envolve o conceito de mútuo não só os casos em que a coisa mutuada é dinheiro como também aqueles em que o objeto do mútuo é um bem ou mercadoria.

2. O art. 21 do Decreto-lei nº 2.065/83, ao se reportar a negócios de mútuo quis abranger não só os empréstimos em dinheiro como também os representados por bens ou mercadorias.

3. O art. 21 do Decreto-lei nº 2.065/83 é hipótese de ficção legal, e não de presunção, pelo que se impõe dar prioridade à

interpretação literal, sem se coartar nem ampliar o que está na norma.

4. Por força do princípio da legalidade não se pode ampliar o conteúdo da norma contida no art. 21 do Decreto-lei nº 2.065/83 com o fito de se entender a obrigatoriedade da correção monetária sobre créditos resultantes de atividades ou de operações outras, que não envolvam mútuo, tais como: mandato, mediação, corretagem, comissão, agenciamento, intermediação, gestão de negócios, compra-e-venda a prazo, prestação de serviços, comodato, conta corrente, promessa de compra-e-venda de imóveis e semelhantes.

5. Por via de consequência, não tem apoio na lei o entendimento do Fisco, no sentido de que qualquer operação que configure "capital financeiro posto à disposição de outra sociedade, sem remuneração ou com remuneração financeira inferior àquela estipulada na lei" é um contrato de "mútuo".