

19. Com referência aos preços públicos e às obrigações contratuais, poderá ser incluída nos atos normativos reguladores e nos atos jurídicos celebrados com as partes, disposição ou cláusula com a seguinte redação:

“As partes renunciam à faculdade que lhes assegura o art. 233 § único da Lei n.º 6.404, importando a cisão da empresa contratante em vencimento antecipado da dívida e responsabilidade solidária das empresas beneficiárias da cisão e da empresa cindida, qualquer que seja a forma da operação realizada.”

Aproveitamos o ensejo para reiterar-lhe, senhor Procurador-Geral, os protestos da nossa mais alta estima e consideração.

ARNOLDO WALD

PROCESSO N.º E-14/000 463/77

PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

Visto, de acordo com os pareceres da PG-3 (fls. 4/9) e da PG-7, Ofício n.º 42/77-AW (fls. 48/53).

Dê-se ciência aos Srs. Procuradores lotados na PG-3, na PG-7 e na PG-5, recomendando que na elaboração das minutas de atos normativos ou convencionais em que couber, seja inserida cláusula nos termos propostos no item 19 do parecer da PG-7 (fls. 52/53).

Transmitam-se cópias dos pareceres ora aprovados, bem como do presente despacho, aos Senhores Assessores-Chefes das Assessorias Jurídicas, das Secretarias de Estado, ao Gabinete do Exm.º Sr. Prefeito do Município do Rio de Janeiro e aos dirigentes das entidades da administração indireta do Estado.

Quanto à solicitação ao Exmo. Sr. Procurador-Geral da República, no sentido de que represente ao Supremo Tribunal Federal para interpretação do art. 233, parágrafo único, da Lei n.º 6.404, de 15-12-76, deverá aguardar-se, conforme tem sido entendido, que a norma do art. 119, I, 1, da Constituição Federal, na redação dada pela Emenda n.º 7, de 13-4-77, seja regulamentada ao Regimento Interno do S.T.F.

Rio de Janeiro, 19 de outubro de 1977

ROBERTO PARAISO ROCHA
Procurador-Geral do Estado

IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS
— Crédito — Bens arrematados em leilão — Impossibilidade.

Tele-Rio Eletrodomésticos Ltda. comunicou à autoridade fiscal que, havendo arrematado, em leilão realizado através do Juízo de Direito da 2.ª Vara Cível, bens integrantes da Massa Falida da Cia. Fábio Bastos Comércio e Indústria, entre os quais se encontram mercadorias da falida, aproveitou o crédito de ICM, no valor de Cr\$ 161.000,00, conforme refletido na Nota Fiscal de Entrada n.º 2.396 (fls. 3), que emitiu em 31 de março de 1976. Em consequência, informa que se debitará do tributo quando as mercadorias saírem de seu estabelecimento.

2. Diante dessa comunicação, a Inspeção Seccional fez intimar o contribuinte para que apresentasse a guia de recolhimento do imposto de que se originou dito crédito, vindo a resposta no sentido de que a responsabilidade do pagamento do tributo, nos termos da legislação aplicável, é do Síndico da Massa Falida, cujo nome fornece; salienta-se, porém, que em informação verbal prestada à compradora o mesmo Síndico afirmou não haver recolhido o imposto, instruindo o responsável pelo escritório central da compradora a dizer ao fiscal “que a guia se encontrava no processo falimentar” (fls. 26).

3. Em vista da divergência nas informações, a Divisão de Auditoria Tributária designou outro agente fiscal para esclarecer os fatos, apurando-se, então, em contacto com o advogado do Síndico, que até o momento não houvera o pagamento do imposto incidente sobre o produto da venda de mercadorias em hasta pública, efetivada em 10 de fevereiro de 1976, que parece ser o ato pelo qual a Tele-Rio adquiriu as mercadorias referidas na Nota Fiscal n.º 2.396.

4. Por fim, o Sr. Inspetor Regional da 12.ª IRF-RJ remeteu o processo a esta Procuradoria, “solicitando examinar a possibilidade da cobrança, em Juízo, do ICM e acréscimos legais incidentes sobre as mercadorias arrematadas em leilão...”

5. Como dispõem normas constitucionais (Em. Const. n.º 1, art. 23, II) e do Decreto-lei 406/68 (arts. 1.º e 6.º), o imposto sobre circulação de mercadorias — ICM, tem como fato gerador, em princípio, a saída de mercadorias de estabelecimento comercial, industrial ou produtor, sendo contribuinte, o comerciante, industrial ou produtor que promove a saída da mercadoria, o que a importa do exterior ou o que arremata em leilão, mercadoria importada e apreendida.

6. No caso do processo ocorreu a venda, em leilão judicial, de bens do ativo de empresa comercial falida, e o arrematante creditou-se do valor do ICM incidente sobre a operação.

7. Não tenho dúvida, após detido exame da legislação, da doutrina e da jurisprudência, de que não é possível chegar a outra conclusão senão a de que dito imposto é indevido e, portanto, sendo inviável sua cobrança pelo Estado, também não pode o arrematante creditar-se de seu valor, como informa ter feito.

8. Realmente, tratando-se de leilão judicial, a venda é promovida pelo Poder Público, atuando através da figura do Juiz que autorizou o leilão. Ainda se isso não se admitisse, ter-se-ia que a alienação fora realizada pelo falido o qual, salvo a hipótese — aparentemente não configurada *in casu*, de continuação de negócios (Lei de Falências, art. 74), além de não atuar sob intuito mercantil, isto é, revenda com objetivo de lucro, não pode exercer o comércio, segundo dispõem a Lei de Falências, arts. 40 e 138 e o Código Comercial, art. 2.º, item 4.º. Iguamente despidos da qualidade de comerciante se apresentam a massa falida e o síndico (mero administrador judicial, a exercer função pública), o qual aliás nada pode vender pois não é dono dos bens a ele confiados.

9. Na verdade, a arrematação judicial não representa uma etapa da circulação econômica pois, precedida da arrecadação compulsória, que tira do comércio os bens do falido, aí incluindo-se as mercadorias de seu negócio, é ato de Direito Público, de desapropriação judicial dos bens alienados, nada tendo em comum com os atos de circulação mercantil alcançados pelas normas de incidência do ICM.

10. Deve-se esclarecer, para evitar imputações de omissão, que o leilão mencionado no art. 6.º do Decreto-lei n.º 406/68 e no art. 9.º do Dec.-lei n.º 5/75, sobre o qual incidiria o ICM à conta do arrematante, é o que tenha por objeto mercadorias importadas e apreendidas, como esclarece o Min. A. Baleeiro ("Dir. Trib. Bras." — 2.ª edição, pág. 200). Ainda na mesma clave, acrescento que a meu ver não podem ser invocados a reger a espécie os incisos I e II do art. 11 do Dec.-lei n.º 5/75 porquanto, tratando-se de obrigação derivada, a título de responsabilidade, por conta de terceiro (Cód. Trib. Nac. art. 121), ou responsabilidade por substituição, como a ednomina Hector Villegas (Rev. de Dir. Público, vol. 30/276) é óbvio que ela só nasce onde exista a obrigação originária, isto é, a do contribuinte, devedor a título próprio. Sob idêntica inspiração, cogitei de chamar a reger a espécie a norma do art. 126 do Cód. Trib. Nacional, detendo-me, porém, ao atentar para a referência expressa a pessoa natural inserida no item II do mesmo artigo.

11. Também não me parece pertinente, *data venia*, cuidar de saber se o leiloeiro é comerciante ou não, tal como se faz no acórdão do E. Supremo T. Federal publicado na *Rev. de Dir. Público*, vol. 20/206, pois importa dizer é que, pelo menos no caso deste processo, o leiloeiro agiu como simples intermediário, sem nada vender. Mais correto, porém, é o V. Acórdão do E. Plenário (RTJ, vol. 58/475) que sustenta ser indevido o ICM nas vendas, feitas por leiloeiro, de bens móveis pertencentes a particulares não-comerciantes, donde conseqüentemente se tornar inviável a responsabilização tributária do leiloeiro. Tese acolhida, por igual, em decisão do T.J. de Pernambuco (B. Jurisp. Adcoas, 1970, pág. 444).

12. Acrescento, finalmente, que o E. Tribunal de Justiça do antigo Estado do Rio de Janeiro, em acórdão publicado em 6 de abril de 1974, referido no B. Jurisp. Adcoas, 1974, pág. 393, assentou que não incide o ICM sobre a arrematação de mercadoria, por comerciante, em hasta judicial, sob fundamento de não se tratar de ato mercantil.

13. Devo mencionar, para mais elucidar o debate, que na obra "ICM — Análise e Princípios Estruturais", de Ylves José de Miranda Guimarães (S. Paulo, 1976 págs. 139 a 141) aparentemente com base na legislação daquele Estado, são invocadas e expendidas opiniões contrárias ao ponto de vista que esposéi mas, *data venia*, sob fundamentos que se me afiguraram de todo inconvincentes.

14. Em conclusão, sugiro que se aconselhe a Administração Tributária a cientificar a Tele-Rio de que não se pode creditar do ICM relativo à aquisição de bens de massa falida, intimando-a a estornar o lançamento porventura feito, sob as cominações legais.

À sua consideração

Rio de Janeiro, 20 de abril de 1977.

HUGO MAURÍCIO SIGELMANN
Procurador do Estado

PROCESSO N.º 04/950.878/76
Tele-Rio Eletrodomésticos Ltda.

VISTO, de acordo com o lúcido parecer do Sr. Procurador-Assistente do Procurador-Chefe da PG-3 (fls. 13/17).

À Secretaria de Estado de Fazenda, para os fins indicados no parecer ora aprovado.

Em 2 de maio de 1977.

ROBERTO PARAISO ROCHA
Procurador-Geral do Estado