

7. Na hipótese de preços públicos, poder-se-ia alertar os órgãos interessados sobre a conveniência de inserir disposições apropriadas nos atos normativos reguladores do relacionamento prestador do serviço-usuário. Quando, porém, se tratar de obrigações contratuais, creio que caberia incluir disposições adequadas nos correspondentes instrumentos, em face das circunstâncias de cada caso, recomendando-se, pela natureza da matéria, que seja ouvida a Procuradoria de Assuntos Administrativos, como já sugeriu o Sr. Procurador Gil Costa Alvarenga.

A sua consideração.

Rio de Janeiro, 19 de abril de 1977.

HUGO MAURICIO SIGELMANN
Procurador do Estado

PROCESSO N.º E-14/000.463/77
Of. n.º 232/PG/77 de 10-2-77

Senhor Procurador-Geral,

1. Pelo Ofício n.º 232/77 de 10 de fevereiro passado, V. Ex.^a solicitou à Procuradoria de Assuntos Tributários que se manifestasse quanto à interpretação a ser dada ao parágrafo único do art. 233 da nova Lei das S.A. (Lei n.º 6.404 de 15-12-76), especialmente no tocante aos créditos — tributários ou não — do Estado e do Município.

2. A preocupação de V. Ex.^a decorreu do fato do referido artigo sujeitar a responsabilidade da nova empresa (decorrente da cisão parcial) pelos débitos da sociedade cindida a uma notificação prévia dos credores, no prazo de 90 dias a partir da cisão, na hipótese de existir estipulação das partes neste sentido.

3. A Procuradoria de Assuntos Tributários, manifestando-se, a fls. 4 a 6 e 7 a 9, esclareceu que prevalecem sobre o novo texto legal as normas do Código Tributário Nacional e, em particular, os artigos 123, 184 e 185, por serem de ordem pública enquanto o art. 233 § único da Lei n.º 6.404 cria simples faculdade, sendo evidentemente norma supletiva ou dispositiva.

4. Acresce que o Código Tributário Nacional constitui Lei Complementar à Constituição, como já foi salientado, não podendo, pois, ser derogado por lei ordinária.

R. Dir. Proc. Geral, Rio de Janeiro, (33), 1978

5. Finalmente, a norma da Lei das S.A. é, no caso, de caráter geral, enquanto o Código Tributário é norma especial, não importando, pois, a nova regulamentação da matéria em revogação das normas tributárias (art. 2.º da Lei de Introdução — Decreto-lei n.º 4.657).

6. A cisão surgiu no direito contemporâneo como uma forma de transferência parcial ou total do patrimônio de uma sociedade para outra ou outras, na qual a sociedade que se divide desaparece, passando os seus bens e obrigações para novas empresas (no caso da cisão total) ou sofre redução do seu capital (cisão parcial), passando uma parte do seu patrimônio para outra empresa. É, assim, possível que haja a extinção da sociedade primitiva, com o surgimento de duas novas empresas (cisão total), ou que perdure a empresa antiga, com capital reduzido, ao lado de nova empresa (cisão parcial). A cisão também pode beneficiar empresas já existentes, operando-se então uma espécie de cisão-fusão.

7. Trata-se de um procedimento de desconcentração da empresa, com a finalidade de reorganização industrial, de racionalização ou de especialização, sendo a sua estrutura simétrica à fusão, que o direito já consagra há muito tempo. Algumas legislações preferem denominar a cisão parcial de desincorporação *scorporazione* no direito italiano). Teríamos, assim, respectiva e simetricamente a fusão e a cisão, a incorporação e a desincorporação, que a nova legislação brasileira preferiu denominar cisão parcial.

8. Até 1966, o direito estrangeiro não regulamentou a cisão parcial ou total, sendo, todavia, admitida pela jurisprudência e pelos órgãos administrativos como uma forma atípica de transformação das sociedades. Decompunha-se então a cisão em dois momentos distintos e sucessivos: a redução do capital social (cisão parcial) ou a extinção da sociedade (cisão total) com a entrega dos bens aos acionistas e em seguida a formação, com esses bens, pelos mesmos acionistas, de nova (ou novas) sociedades. A dificuldade do procedimento então adotado decorria de sua maior complexidade e das eventuais implicações fiscais que oneravam a operação.

9. Logo após a Segunda Guerra Mundial, a doutrina e a jurisprudência italiana foram admitindo gradativamente a licitude da cisão, desde que resguardados adequadamente os direitos dos credores e dos acionistas (*V. Società per Azioni, Casi e Materiali di diritto commerciale*, coleção dirigida por F. Bonelli e outros, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1974, vol. 2, pág. 1.904).

10. Coube, todavia, ao direito francês regulamentar de modo específico a cisão, estabelecendo o regime de garantias dos credores em tal hipótese. Efetivamente, o Código francês das Socie-

R. Dir. Proc. Geral, Rio de Janeiro, (33), 1978

dades, de 24 de julho de 1966, tratou dos vários tipos de transformações de sociedades, fazendo referências especiais à fusão, à fusão-cisão e à cisão propriamente dita.

11. O art. 385 do Código francês estabeleceu a solidariedade das empresas oriundas da cisão ou beneficiárias da mesma em relação aos débitos da empresa cindida. O art. 386 admitiu, todavia, que fosse estipulada a exclusão da solidariedade, caso em que os credores poderiam impugnar a operação. Diz o mencionado artigo, que inspirou o nosso legislador:

“Par dérogation aux dispositions de l'article précédent, il peut être stipulé, que les sociétés bénéficiaires de la scission ne seront tenues que de la partie du passif de la société scindée mise à la charge respective et sans solidarité entre elles.

En ce cas, les créanciers non obligataires de la société scindée peuvent former opposition à la scission dans les conditions et sous les effets prévus à l'article 381, alinéas 2 et suivants.”

12. O prazo da impugnação foi fixado pelo direito francês em 30 dias (art. 261 do Decreto 67.236, de 23-3-1967), entendendo, outrossim, a lei que é válida a estipulação de vencimento antecipado do débito no caso de fusão.

13. A legislação francesa também esclarece que no caso de cisão, a substituição de devedor não envolve novação (art. 385). Diante da impugnação do credor, os tribunais franceses determinam o pagamento imediato do crédito ou a concessão de garantias adequadas, a menos que seja provado, pelo devedor, que a fusão em nada afetou a situação do crédito (art. 381 do Código das Sociedades com o acréscimo decorrente da Lei n.º 67.559/1967).

14. A jurisprudência francesa tem considerado que o art. 386, que admite a exclusão de solidariedade no caso de cisão, não deve prevalecer em caso de fraude contra credores, tendo a Corte de Cassação, em acórdão de 1967, 1970 e 1971, entendido que, na hipótese de fraude, a cisão se torna inoponível aos credores.

15. Comentando essas decisões, o Professor ROGER HOUIN teve o ensejo de esclarecer que:

“Il n'est pas sans exemple qu'un scission de société ait un but de fraude, à l'égard des créanciers de celle-ci surtout lorsqu'elle n'est pas dans une bonne situation financière: une partie substantielle de l'actif est apportée à l'une des sociétés nouvelles, tandis que l'autre prend

en charge la totalité du passif. Une jurisprudence constante décide qu'une telle fraude rend la scission inopposable aux créanciers sociaux qui conservent le droit de recourir contre les deux sociétés nouvelles”. (Revue Trimestrielle de droit commercial, janeiro-março 1972, pág. 59).

16. Tendo o artigo da Lei das S.A. sido inspirado nas disposições do Código francês das sociedades, devem prevalecer, em nossa legislação, os mesmos princípios já consagrados na França. Assim, admite-se que as partes possam contratualmente afastar a exclusão da solidariedade prevista no art. 233 na forma do seu § único, que é norma dispositiva, e considera-se, outrossim, a mencionada exclusão inoponível aos credores e anulável a cisão, no caso de fraude, nos precisos termos dos artigos 106 e seguintes do nosso Código Civil.

17. Examinando os diversos créditos que o Estado e o Município podem ter contra as empresas e que poderiam ser afetados pelo § único do art. 233, chegamos, pois, à seguinte conclusão:

a) no tocante aos créditos tributários, prevalecem as normas do Código Tributário Nacional;

b) em relação aos créditos não tributários passíveis de inscrição em Dívida Ativa, deverá o Estado tentar recebê-los mesmo no caso de cisão, com base na sua equiparação aos créditos tributários, nos termos do parecer do Procurador Milton Flaks de fls. 10 a 47 do presente processo;

c) quanto aos preços públicos e obrigações contratuais, poderá haver a estipulação de norma afastando previamente a aplicação do art. 233 § único.

18. A fim de ficar esclarecido que o art. 233 § único não deve prevalecer em relação à Dívida Ativa, continuando a vigorar, na matéria, mesmo em caso de cisão, as disposições do Código Tributário Nacional, poderia ser feito ofício ao Exm.º Sr. Procurador-Geral da República para que, nos termos da nova redação dada ao art. 119, inciso I, letra I) da Constituição Federal, pela recente Emenda n.º 7, represente ao Excelso Supremo Tribunal Federal, a fim de ser interpretado o art. 233 § único da Lei n.º 6.404, com a finalidade de ser declarada a inoponibilidade da estipulação das partes aos créditos que constituem a Dívida Ativa das Pessoas Jurídicas de Direito Público.

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.