

destituída de validade tal tese. Assim, firmou-se no critério da constituição do capital social.

Detendo o Estado do Rio de Janeiro 98% do capital da BANRIO Crédito Imobiliário S.A. considerou a Câmara ser essa sociedade comercial uma sociedade de economia mista, mesmo não tendo sido instituída por lei e mesmo tendo por área de atividade comercial o mercado imobiliário. Sendo sociedade de economia mista a competência é da Vara da Fazenda Pública (art. 97, I, "a", do Código de Organização e Divisão Judiciárias).

Foram essas as razões que levaram a Câmara a considerar competente para conhecer a ação ordinária movida por Rubens Teixeira Mendes contra Empreendimentos Comerciais e Industriais S.A., em que figura como litisdenunciada a BANRIO Crédito Imobiliário S.A. o Juízo da 2ª Vara da Fazenda Pública.

Rio de Janeiro, 18 de julho de 1978.

**Des. Olavo Tostes**  
Presidente e vogal

**Des. Paulo Dourado de Gusmão**  
Relator

## EMBARGOS INFRINGENTES NA APELAÇÃO CÍVEL Nº 3.534

### 4º GRUPO DE CÂMARAS CÍVEIS

Embargante : Cia. Fiat Lux de Fósforos de Segurança.

Embargado : Estado do Rio de Janeiro.

Relator : Des. Euclides Felix de Souza

*ICM. Mandado de Segurança. Defere-se o pedido, em grau de Embargos Infringentes, para isentar do ICM a maquinaria importada pela impetrante para integrar o seu ativo fixo. Obediência à jurisprudência uniformizada deste Tribunal e à Súmula 597 do Supremo Tribunal Federal. Voto Vencido. Rejeição de preliminar de descabimento do Recurso. Votos Vencidos.*

### ACORDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos Infringentes na Apelação Cível nº 3534, em que é embargante CIA. FIAT LUX DE FÓSFOROS DE SEGURANÇA, sendo embargado o ESTADO DO RIO DE JANEIRO — acordam os Juízes do Quarto Grupo de Câmaras Cíveis do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro rejeitar a preliminar de não cabimento dos embargos, contra os votos dos Desembargadores Euclides Félix de Souza e Ivânio Caiuby, e receber os embargos, por maioria, vencido o Desembargador Barbosa Moreira.

Relatório, às fls. 127, incorporado neste aresto.

A douta maioria rejeitou a preliminar de não cabimento do recurso, em tema de Mandado de Segurança, quando decidido em grau de apelação, por maioria, tendo em vista o disposto no art. 530 do Código de Processo Civil. Os votos vencidos aderiam à súmula 597 do Supremo Tribunal Federal.

No mérito, foram recebidos os embargos, por maioria, diante da reiterada jurisprudência deste Tribunal de Justiça, reconhecida no processo de Uniformização de Jurisprudência nº 6, pelas Egrégias Câmaras Cíveis Reunidas, na esteira de jurisprudência predominante no Supremo Tribunal Federal (súmula 570), *verbis*: “O imposto de circulação de mercadorias não incide sobre a importação de bens de capital.”

Ora, está comprovado nos autos que a maquinaria importada do Exterior pela impetrante destina-se a integrar o seu ativo fixo, o próprio patrimônio, a serviço da sua produção industrial. Não incide, pois, o aludido imposto, razão por que se concede a segurança, nos termos do voto vencido de fls. 116.

Rio de Janeiro, 04 de setembro de 1978.

**Des. Ebert Chamoun**  
Presidente, sem voto

**Des. Euclides Félix de Souza**  
Relator

#### VOTOS VENCIDOS

**Des. Ivânio Caiuby**, vencido na preliminar, pois acolho o entendimento contido na Súmula nº 593 do Colendo Pretório.

**Des. J. C. Barbosa Moreira**, vencido no mérito, pelas razões constantes do voto anexo, datilografado.

Ciente, em 18.10.78.

**Mariza C. Villela Perigault**  
Procurador da Justiça em exercício

#### VOTO VENCIDO

**Des. J. C. Barbosa Moreira** — 1. Trata-se da conhecida questão da exigibilidade do ICM na entrada de bens destinados a integrar o ativo

imobilizado da empresa (chamados “bens de capital”). Na espécie dos autos, à época do fato gerador — ocorrido no antigo Estado do Rio de Janeiro —, já vigorava o Decreto-Lei federal nº 406, de 31.12.1968, cujo art. 1º, nº II, prevê a hipótese da “entrada em estabelecimento comercial, industrial ou produtor, de mercadoria importada do exterior pelo titular do estabelecimento”; e também o Decreto-Lei estadual nº 8, de 7.4.1969, cujo art. 1º, nº II, reproduzia o teor da norma editada pela União. O caso submetido à apreciação do E. Grupo enquadra-se perfeitamente na moldura legal, de modo que inexistente **quaestio facti** relevante. Restaria examinar a **quaestio iuris** concernente à legitimidade ou ilegitimidade da imposição.

É notório que uma opinião muito difundida nega tal legitimidade. Existindo regras legais que contemplam a tributação, a negativa tem de fundar-se necessariamente na **inconstitucionalidade** de semelhantes regras. Ora, a Constituição da República, no art. 24, nº II, atribui aos Estados e ao Distrito Federal competência para “decretar impostos sobre operações relativas à circulação de mercadorias, inclusive lubrificantes e combustíveis líquidos, na forma do art. 22, § 6º, realizada por produtores, industriais e comerciantes”. Os que recusam a exigibilidade do ICM na hipótese de que se trata devem buscar na interpretação do texto constitucional as razões de sua atitude. E é o que na verdade têm feito, com argumentos variados. Convém passá-los sistematicamente em revista, a fim de testar-lhes a consistência.

2. Primeiro argumento: na importação de bens de capital não há “mercadoria” que circule, porque só entra no conceito de “mercadoria” o bem **in concreto** destinado à revenda. Ora, de acordo com o art. 110 do Código Tributário Nacional, “a lei tributária não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance de 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”. Logo, não se podem entender abrangidos pela expressão “mercadorias” os bens que se importem para integração no ativo imobilizado.

**Data venia**, a premissa maior do raciocínio não está demonstrada, nem se pode, a meu ver, no direito brasileiro, demonstrar. O Código Comercial não contém definição de “mercadoria”. E, se examinarmos

os dispositivos em que aparece a palavra, com facilidade verificaremos que em mais de um ela é usada com total abstração do destino que aguarda o bem: assim, salvo engano, nos arts. 515, 516, 527, 622, 696, 705, 734, 769, 775, 778, 779, 784 e possivelmente noutros. Quando, por exemplo, o art. 622 estatui que "não se deve frete das mercadorias perdidas por naufrágio ou varação", ninguém suporá que a norma tenha afastada sua incidência pela circunstância de não se destinarem os bens importados à revenda pelo importador. Análoga observação caberia com referência a numerosas leis comerciais extravagantes, das quais se mencionam aqui, a título meramente exemplificativo, o Dec. nº 1.102, de 21.11.1903 (Lei dos Armazéns Gerais); o Decreto-Lei nº 6.319, de 6.3.1944; o Decreto-Lei nº 8.439, de 24.12.1945, que regulou o serviço de armazenagem nos portos organizados (vide, sobretudo, o art. 12, que alude a "mercadorias e peças acessórias importadas para uso de aeronaves e navios de guerra, bem como de navios-escola, ainda que mercantes, de nações amigas" — portanto, obviamente, sem **destinação de revenda**); o Dec. nº 19.473, de 10.12.1930, que regulou os conhecimentos de transporte de mercadorias por terra, água ou ar; a Lei nº 5.425, de 29.4.1968, que dispõe sobre serviços de despachantes aduaneiros; etc.

Como às vezes se invoca, no presente contexto, o direito francês, não parece fora de propósito assinalar que tampouco o **Code de Commerce** restringe o conceito de "marchandises" pela forma acima exposta. Com efeito: de acordo com o art. 632 do velho diploma, entre os "actes de commerce" inclui-se "tout achat de denrées et marchandises pour les revendre, soit en nature, soit après les avoir travaillées et mises en oeuvre, ou même pour en louer simplement l'usage". A cláusula "pour les revendre" seria supérflua, à evidência, se ao próprio conceito de "marchandise" já fosse inerente a destinação de revenda. E tanto não é, que a respectiva aquisição nem sequer deixa de constituir ato de comércio quando feita "pour en louer simplement l'usage".

3. Haverá, pelos menos, um conceito unívoco de "mercadoria" na doutrina comercial? Será exata a suposição de que os comercialistas, sem discrepância, só empregam a expressão para designar bem que se destine a ser revendido? Que uma corrente assim procede, de modo algum se nega; mas tal atitude está muito longe de ser universalmente

adotada. Inúmeros autores, de primeiríssima plana, abstraem daquela circunstância quando conceituam "mercadoria". Senão, vejamos:

"Mercadorias, é o nome que se dá aos objetos da atividade comercial" (PONTES DE MIRANDA, **Tratado de Direito Privado**, t. XV, 2ª ed., Rio, 1956, pág. 361).

"São mercadorias as coisas móveis que se compram e se vendem, por atacado ou a varejo, nas lojas, armazéns, mercados ou feiras, sejam produtos da natureza, sejam da indústria, na sua variedade imensa.

Mercadorias são, em geral, as coisas que se mercadejam, panos ou tecidos, secos e molhados, ferragens ou drogas" (WALDEMAR FERREIRA, **Instituições de Direito Comercial**, vol. 6º, S. Paulo, 1962, pág. 230).

"Por mercadorias se entendem todas as coisas móveis suscetíveis de serem objeto de comércio" (BENTO DE FARIA, **Direito Comercial**, Rio, 1947, vol. I, parte II, pág. 426; grifado no original).

"A palavra mercadoria tem acepção bastante ampla no comércio, abrangendo todo o gênero de coisa material apta para servir ao escambo" (HERNANI ESTRELA, **Curso de Direito Comercial**, Rio, 1973, pág. 237; grifos do autor).

"Chamamos mercadoria a tudo o que é suscetível de se comprar e vender" (GUILHERME HADDAD, verbete **Mercadoria**, in **Rep. Enc. do Dir. Bras.**, vol. 33, pág. 180; grifos do original).

"As coisas móveis, objeto de comércio, denominam-se genericamente mercadorias" (CUNHA GONÇALVES, **Da compra e venda no direito comercial brasileiro**, 2ª ed., S. Paulo, 1950, pág. 130; grifado no original).

Como se vê, a nota dominante não é a destinação do bem in concreto, num determinado momento, mas a sua simples aptidão para constituir objeto do tráfico mercantil. Nessa perspectiva — que não é, acentue-se, a de um ou outro escritor isolado, senão, como visto, a de amplo e destacado setor doutrinário —, para que se possa chamar "mer-

cadoria" a certo bem, não é necessário que ele efetivamente esteja, no instante considerado, a caminho da revenda: basta que seja comercialmente negociável.

O mesmo se dá na literatura estrangeira. Existem autores que, de fato, restringem a extensão do conceito de "mercadoria", exigindo a revenda como destino concreto do bem. Mas o ponto será tudo que se queira, salvo tranqüilo. Vejam-se, na França, estas lições:

"*Tout ce qui peut faire l'objet d'un commerce, être vendu ou loué est marchandise*" (MASSÉ, *Le droit commercial*, Paris, 1874, t. II, pág. 548).

"*Le mot marchandise (. . .) comprend tout ce qui est meuble et objet de commerce*" (LYON — CAEN et RENAULT, *Traité de droit commercial*, t. I, Paris, 1898, pág. 106).

"*Marchandises — Toutes choses mobilières pouvant faire l'objet du commerce et des spéculations des négociants ou marchands, ou intermédiaires*" (PERRAULT — CHARMENTIER, *Petit dictionnaire de droit*, Paris, pág. 173).

Na Itália:

"*Col termine "merce" si designano in genere le cose oggetto dell'attività commerciale*" (SPINELLI, verbete *Merce*, in *Diz. prat. di dir. priv.* de SCIALOJA, vol. III, parte III, pág. 990).

Nos Estados Unidos:

"*Merchandise — All commodities which merchants usually buy and sell, whether at wholesale or retail; wares and commodities such as are ordinarily the objects of trade and commerce*" (BLACK'S *Law Dictionary*, 4ª ed., St. Paul, 1951).

4. O decisivo, porém, obviamente, não será o conceito doutrinário, senão o consagrado entre nós de *lege lata*. Ora, os próprios comercialistas que preconizam a conceituação mais estreita reconhecem,

com franqueza louvável, afastar-se tal posição daquela em que se situa a lei brasileira. É o caso, v.g., de CARVALHO DE MENCONÇA, cuja autoridade habitualmente se invoca para apadrinhar a limitação conceptual. É verdade que, no *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*, Rio, 1934, vol. V, págs. 10 e 28, incluía o mestre entre as características da "mercadoria" a circunstância de destinar-se à revenda; daí ensinar que o mesmo bem podia assumir a condição de *mercadoria* em relação a certa pessoa (o vendedor) e de *simples coisa* em relação a outra (o comprador). Entretanto, logo adiante, na pág. 29, confessava lisamente o escritor que o conceito legal é mais amplo: "a palavra *mercadoria* não tem no Código Comercial sentido definido. Ora é empregada em antítese a cousas móveis, dinheiro, papéis de crédito, efeitos e valores, ora compreende **qualquer objeto que, tendo valor de troca, pode entrar na circulação comercial**" (grifou-se a parte final, onde reaparece a idéia da *simples aptidão* do bem para servir ao tráfico mercantil). E citava, em nota de rodapé, os arts. 200, 201, 219, 446, 816 e 874 do vetusto diploma.

Esse fato incontestável — a amplitude, a elasticidade, a largueza que o Código Comercial, para não falar de outras leis, imprime à expressão "mercadoria", tornando espúria qualquer tentativa de confinar-lhe o sentido no molde apertado que alguns propõem — vê-se igualmente posto em realce por WALDEMAR FERREIRA, *Tratado de Direito Comercial*, Rio — S. Paulo, 1944, 2º vol., pág. 72, e por GUILHERME HADDAD, verb. cit. Tal a realidade do nosso ordenamento positivo. O mais, *data venia*, é construção sobre areia.

5. Os bens que se importam para integração no ativo imobilizado são, sem dúvida, suscetíveis de circular mercantilmente. Logo, são *mercadorias*, na acepção do direito comercial brasileiro.

Perfeitamente legítimas, assim, à luz do art. 110 do CTN, as normas fiscais que como *mercadorias* tratam os mencionados bens. É o caso da Lei Complementar nº 4, de 2.12.1969, onde o art. 1º, nº VI, isenta do ICM "as entradas de *mercadorias* cuja importação estiver isenta do imposto de competência da União sobre a importação de produtos estrangeiros", e o art. 3º reza: "Nas saídas de bens de capital de origem estrangeira, promovidas pelo estabelecimento que, com a

isenção prevista no inciso VI do art. 1º, houver realizado a importação, a base de cálculo do imposto sobre circulação de mercadorias será a diferença entre o valor da operação de que decorrer a saída e o custo de aquisição dos referidos bens". Basta confrontar os dois dispositivos para verificar que a lei reputa "mercadorias" os bens de capital. E note-se, por importante, que se trata de Lei Complementar, da mesma hierarquia do CTN, com força bastante, pois, para derogá-lo, se fosse o caso. Em última análise, quem pretendesse insistir, *contra legem*, na tese do conceito restrito de "mercadoria", não poderia deixar ao menos de admitir que, nesta hipótese particular, estaria afastada pela Lei Complementar nº 4 a proibição constante do art. 110 do CTN, prevalecendo a noção ampla, que compreende os bens de capital.

Não parece necessário, todavia, chegar até aí. A inclusão dos bens de capital entre as "mercadorias" de modo algum ofende a regra do art. 110 do CTN. Dir-se-á que o estabelecimento, ao importar, por exemplo, máquina que não se destine à revenda, mas à integração do ativo imobilizado, age como qualquer particular que a importasse para seu uso pessoal. Ora, a única e bastante razão pela qual as hipóteses não se equiparam é a de que, por motivos de política fiscal, que não vêm ao caso, só se sujeitam à imposição as operações com mercadorias realizadas por produtor, industrial ou comerciante. Por isso, e apenas por isso, é que a importação para uso de particular não sofre a tributação. A argumentação *ad terrorem* despe, com essa simples consideração, todo valor persuasivo. Acrescente-se que um estabelecimento comercial, industrial ou produtor não perde tal qualidade ao adquirir bem que, em vez de destinar-se à revenda, haja de integrar-se no seu ativo imobilizado.

6. Mas o primeiro argumento brandido pelos que negam legitimidade à imposição apresenta uma variante, que importa examinar brevemente. Diz-se que o negócio realizado pelo estabelecimento importador não tem natureza comercial. Em verdade, a questão, a rigor, é irrelevante, porque nenhum dispositivo constitucional ou legal obriga a pressupor semelhante natureza para fazer tributável o fato. O indispensável é que se trate de mercadoria — e já ficou demonstrado, *data venia*, que de mercadoria se trata. Mas não convém deixar sem exame a objeção.

É certo que o Código Comercial, no art. 191, 2ª parte, diz considerar-se "unicamente mercantil a compra e venda de efeitos móveis ou

semoventes, para os revender por grosso ou a retalho, na mesma espécie ou manufaturados, ou para alugar o seu uso". A aplicação rigorosa desse texto, no seu teor literal, leva porém a dificuldades insuperáveis quando se tem de analisar a venda feita por comerciante a não comerciante, que adquira a coisa para uso próprio. Não se podendo negar a natureza comercial do ato visto ao ângulo do vendedor comerciante, seria preciso recorrer ao artifício de reconhecer-lhe caráter mercantil enquanto venda e por outro lado negar-lho enquanto compra. Verso e reverso do mesmo negócio jurídico teriam naturezas diferentes. Essa teoria, dita do "ato misto", cujo artificialismo ressalta, depara óbices de que dá notícia, entre outros, RUBENS REQUIÃO, *Curso de Direito Comercial*, S. Paulo, 1971, págs. 41/2. Com efeito: como determinar-se a disciplina a que se submete o negócio? Divergindo em algum ponto as regras civis e as comerciais, são estas ou aquelas que devem reger a matéria? É imprescindível que o contrato, no seu todo, fique sujeito a regulamentação única e homogênea; do contrário, certos litígios dele resultantes poderiam revelar-se insolúveis.

Dáí predominar largamente entre nós a doutrina da comercialidade de semelhantes atos. Nada importa a circunstância de não ser comerciante o comprador e, portanto, não ter o propósito de revender a coisa, nem de alugar-lhe o uso. Nesse sentido, CARVALHO DE MENDONÇA, *Trat. cit.*, vol. I, págs. 504 e segs.; PONTES DE MIRANDA, *Trat. cit.* t. XXXIX, págs. 95/6 (na pág. 95, chega o autor a dizer "sem relevância" o advérbio "unicamente" no art. 191 do Código Comercial); CUNHA GONÇALVES, *Da compra e venda cit.*, págs. 44, 52. Afasta-se também, assim, a variante do primeiro argumento. O negócio é comercial.

7. Segundo argumento: na importação de bens de capital não ocorre "circulação" de mercadorias, porque, quando o importador recebe a coisa e a integra no ativo imobilizado, está realizando mero deslocamento físico, material, sem relevo econômico nem jurídico. Observa-se desde logo que o argumento, a ser verdadeiro, provaria demais: por idêntica razão, tampouco haveria "circulação" ao importar-se bem destinado à revenda, já que a retirada da alfândega e o transporte até o estabelecimento importador, desse ponto-de-vista, em nada se singularizam pela simples circunstância de, numa hipótese, haver intuito de revenda, e na outra não. Em semelhante perspectiva, não se justificaria a desigualdade de tratamento fiscal: a tributação seria ilegítima inclusive no caso de bem que se vá revender.

A essa objeção tem-se respondido que a imposição tributária sobre a entrada da mercadoria é “mera antecipação de pagamento” (ALIO-MAR BALEEIRO, parecer in *Rev. For.*, vol. 250, pág. 149), ou que, apesar de pago por ocasião da entrada, na verdade estaria o imposto sendo recolhido em contemplação de uma circulação mercantil que só se configuraria quando se efetuasse a revenda (RUY BARBOSA NOGUEIRA, parecer in *Direito Tributário*, 5ª coletânea, S. Paulo, 1973, pág. 93). Com a devida vênia de tão altas autoridades, o sofisma é transparente. Uma coisa é a tributação da entrada, outra completamente distinta é a tributação da posterior revenda (“saída”), que terá como causa **novo fato gerador**. Se o pagamento feito quando da entrada fosse “mera antecipação” do futuro e eventual pagamento devido ao sair do estabelecimento a mercadoria, a consequência lógica seria a de que, se porventura não viesse ela a ser revendida, v.g. em virtude de perecimento intercorrente, teria direito o contribuinte à **repetição** do que pagara ao importá-la! O absurdo da ilação põe a nu a incorreção da premissa. Não se tributa a entrada “em contemplação” da saída posterior; tributa-se a entrada e, ao depois, tributa-se também a saída, uma e outra separadamente.

A entrada, em si, tem características de todo em todo invariáveis, quer o bem seja importado para revenda, quer o seja para integração no ativo imobilizado. Ou nenhuma dessas duas hipóteses sofre a incidência, ou ambas a sofrem. Qualquer diferenciação é aqui, **data venia**, infundada e arbitrária.

8. Voltando ao exame do argumento, há que apreciar a alegada inexistência de **circulação** pelo prisma econômico e pelo jurídico. O conceito econômico de “circulação” relaciona-se com uma sistematização clássica, que distinguia vários momentos ou etapas no fenômeno econômico: produção, circulação, distribuição, consumo. Tal modo de expor vem modernamente sendo abandonado; mas, se se quer colocar a questão nesse campo, afigura-se impossível, à luz das noções tradicionais, negar que ocorra circulação quando se importa um bem, mesmo para integrá-lo no ativo imobilizado da empresa. Lê-se no verbete **Circulation** do *Dictionnaire des Sciences Economiques*, redigido sob a direção de JEAN ROMEUF, Paris 1956, t. I: “*Sous le nom de circulation on a donc finalement désigné l'ensemble des phénomènes économiques qui concernent et accompagnent la transmission ou l'échange des biens*”. E no *Diccionario Económico de Nuestro Tiem-*

po, de MANUEL SERRA MORET, Buenos Aires, 1944, reza o verbete **Circulación**: “*Movimiento en sentido circular que, en economía, se interpreta como movimiento de mercadorías, de valores, dinero y propiedad mediante el intercambio. La riqueza entra en circulación en el momento en que busca comprador y se retira de la circulación cuando llega al consumidor, se atesora o se sustrae al mercado general*”. Mais não é preciso dizer para dissipar qualquer dúvida sobre a ocorrência de circulação, do ponto-de-vista econômico, na hipótese analisada.

Objeta-se, porém, que a propriedade dos bens de capital importados já se transferiu para o importador antes de atingir o território nacional, mediante a tradição operada com a entrega ao transportador (vide FRAN MARTINS, *Contratos e obrigações comerciais*, 4ª ed., Rio, 1976, págs. 212, 213). Com isso, desloca-se a questão do plano econômico para o plano jurídico, pois naquele aberraria do bom senso considerar que, para o estabelecimento importador, não há mudança econômica de espécie alguma com o efetivo recebimento do bem e sua incorporação concreta no ativo imobilizado: quem ousará sustentar que, para um industrial, a máquina já instalada em sua fábrica, e convertida assim em fator de produção, é mais valiosa economicamente do que um conhecimento de transporte que a representa apenas para certos fins jurídicos?

9. A questão de saber se há ou não há circulação jurídica, a rigor, comportaria uma preliminar. É que o texto legal aponta como fato gerador a **entrada** da mercadoria no estabelecimento. Quis-se desvincular a respectiva configuração de qualquer negócio jurídico específico, ao contrário do que sucedia com o antigo imposto de vendas e consignações, do qual, sabidamente, o ICM é o sucedâneo. Daí autorizadas opiniões no sentido de ser relevante, com exclusividade, o aspecto econômico da circulação. Deixando de lado, contudo, a preliminar, convém passar ao exame do argumento.

Os que negam a ocorrência de circulação ao ângulo jurídico partem da premissa de que no território nacional nada acontece senão mero deslocamento físico do bem. Juridicamente, tudo se passaria no estrangeiro, fora do alcance do poder impositivo do nosso fisco. Para que a argumentação faça sentido, é preciso substituir, como fato gerador do ICM, **in casu**, a pura e simples “entrada” do bem pela “opera-

ção" que a produz. Busca-se apoio para tanto, aliás, no texto constitucional, que fala em "impostos sobre operações relativas à circulação de mercadorias."

Aceita a premissa, *ad argumentandum*, resta saber em que consiste juridicamente a "operação" da qual decorre a entrada do bem no estabelecimento do importador. Consiste, é claro, numa compra e venda, celebrada entre ausentes. Mas, se assim é, torna-se fácil demonstrar que, ao contrário do alegado, a "operação" se realiza inteira no território nacional. Com efeito: emanando a proposta do importador, e feita no Brasil, incide o art. 1.087 do Código Civil, *verbis*: "Reputar-se-á celebrado o contrato no lugar em que foi proposto" — norma aplicável à compra e venda mercantil por força do disposto no art. 121 do Código Comercial (cf. FRAN MARTINS, *Contr. e obrig. com. cit.*, pág. 109). Não se chegará a outro resultado se se considerar revogado aquele dispositivo pelo art. 9º, § 2º, da Lei de Introdução ao Código Civil, *verbis*: "A obrigação resultante de contrato reputa-se constituída no lugar em que residir o proponente". De qualquer maneira, estará em território brasileiro o lugar do contrato, isto é, da "operação". É aqui, portanto, que esta se efetua; e com ela, na perspectiva acima indicada, a "circulação jurídica".

10. Terceiro argumento: haveria bitributação vedada, por ter o ICM o mesmo fato gerador do imposto de importação. De início, reitere-se aqui a objeção oposta ao argumento, segundo o qual não ocorreria "circulação": tal como aquele, também este prova demais, abrangendo, se fosse exato, a entrada de bens que se destinem à revenda. Exato, porém, não é. Os fatos geradores são perfeitamente distintos. No imposto sobre a importação, o fato gerador é a entrada do bem no território nacional (CTN, art. 19); no ICM, consoante o teor do art. 1º, nº II, do Decreto-Lei federal nº 406, de 31.12.1968, é a entrada da mercadoria importada — isto é, já trazida ao território nacional — "em estabelecimento comercial, industrial ou produtor". E, se se considerar, como querem alguns, que a tributação atinge na verdade a operação de que decorre a circulação da mercadoria, e não a mera entrada, vista como simples ocasião de exigibilidade do imposto, ainda mais visível se faz a distinção entre os fatos geradores, pois a operação é a compra do bem, realizada em nosso território, conforme se mostrou, mas anterior ao ingresso, nele, do bem adquirido.

R. Dir. Proc. Geral, Rio de Janeiro, (34), 1979.

De um modo ou de outro, por conseguinte, é fora de propósito cogitar de bitributação.

11. Quarto argumento: a imposição não se compadece com o caráter não cumulativo do ICM, do qual se abate, em cada recolhimento, o montante cobrado na precedente operação (Constituição da República, art. 23, nº II, *fine*), o que não é possível quanto a bens importados, porque antes não houve, nem podia ter havido, qualquer pagamento ao nosso fisco.

É óbvio, porém, que a não cumulatividade deve ser entendida em termos hábeis. Abate-se o montante cobrado em operação precedente, quando exista e seja tributável. Se não houve operação anterior — como ocorre, por exemplo, na hipótese de saída da mercadoria do estabelecimento onde foi fabricada — descabe, à evidência, cogitar de abatimento de um quantum que não se pagou. O mesmo se dirá dos casos em que a precedente operação, a existir, porventura escape à exigência fiscal. Dessa circunstância não se infere que o fato, sujeito à incidência segundo a lei, lhe fique, só por isso, subtraído. O quarto argumento, pois, não tem melhor sorte que os outros.

12. Um rápido olhar à doutrina mostra que não são escassas, nem desautorizadas, as vozes favoráveis à exigibilidade do ICM na entrada de bens de capital. O vol. 250 da *Rev. For.* publicou pareceres de vários juriconsultos sobre a matéria, dos quais a maior parte — três entre cinco — nesse sentido se manifestaram: ANTONIO GONÇALVES DE OLIVEIRA (págs. 111 e segs.), JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES (págs. 120 e segs.) e ALCIDES JORGE COSTA (págs. 131 e segs.), todos com abundante argumentação, fundada nos textos positivos, no direito e nos princípios científicos pertinentes.

A mesma tese foi sustentada pelo autor do Anteprojeto do CTN, RUBENS GOMES DE SOUSA, em parecer dado à ACREFI (*O ICM e a alienação fiduciária em garantia*, nº 5/2), onde ensinou: "Mercadoria, portanto, é toda coisa móvel (conceito que inclui os semoventes) que um comerciante (ou, para os efeitos do ICM, um industrial ou um produtor) adquira, produza ou detenha para vender por grosso ou a retalho, ou para alugar o seu uso, ou ainda para utilizar na produção de outras coisas móveis igualmente destinadas à venda ou ao aluguel". A cláusula ora grifada não deixa dúvida quanto à posição do exímio tributarista acerca do problema em pauta.

R. Dir. Proc. Geral, Rio de Janeiro, (34), 1979.

13. Resta unicamente a jurisprudência, que, em maioria, como se sabe, é contrária à legitimidade da exigência do ICM no caso vertente. Mas a invocação da jurisprudência, inclusive a do Colendo Supremo Tribunal Federal, mesmo compendiada na **Súmula**, vale como razão de decidir o que valem os fundamentos dos julgados.

É oportuno recordar em termos sumários a evolução, na matéria, da posição do Excelso Pretório. Os primeiros Arestos que versaram o problema negaram a possibilidade da tributação com referência a litígios surgidos noutros Estados, e basearam-se na inexistência de lei estadual que prevísse a entrada de tais bens como fato gerador. Assim os VV. Acórdãos da 1ª Turma, de 25.5.1973, R. E. nº 76.314, do Rio Grande do Sul, in *Rev. de Dir. Público*, vol 28, pág. 170; do Tribunal Pleno, de 9.3.1972, R. E. nº 72.414, de S. Paulo, in *Rev. Trim. de Jur.*, vol. 61, pág. 214; ainda do Tribunal Pleno, de 22.3.1973, R. E. nº 72.688, também de S. Paulo, in *Rev. de Dir. Público*, vol. 28, pág. 171. A doutrina desses julgados é inaplicável à espécie, pois no antigo Estado do Rio de Janeiro havia previsão legal.

Dos VV. Acórdãos indicados na Súmula (nº 570) como precedentes, o primeiro — e, salvo engano, o único integralmente publicado — foi o proferido em 18.9.1975, no R. E. nº 79.951, in *Rev. Trim. de Jur.*, vol. 78, págs. 215 e segs. Nele é que se assentou a tese da inexigibilidade do ICM, mesmo na presença de lei estadual impositiva. A leitura do V. Acórdão mostra que o eminente Relator, Ministro THOMPSON FLORES, além de argumentar fundamentalmente com a inexistência de norma em vigor no momento da entrada do bem, aditou breves considerações sobre a limitação da incidência aos casos de importação de bens destinados à revenda (págs. 220/1). Esse argumento foi desenvolvido no voto do eminente Ministro CUNHA PEIXOTO (págs. 222 e segs.), o qual entendeu também que não ocorria circulação e que a exigência do fisco violaria a sistemática do ICM, no aspecto da não cumulatividade. O eminente Ministro CORDEIRO GUERRA, enfim, insistiu na tecla da inexistência de circulação econômica (pág. 225). Todos esses argumentos, além de outros, já foram passados em revista e, **data maxima venia**, revelaram-se incapazes de resistir a uma análise menos ligeira.

14. A consagração de determinada tese jurídica na jurisprudência do Colendo Supremo Tribunal Federal não dispensa as demais Cortes

de Justiça de examinar a questão de direito nas espécies submetidas ao seu julgamento, nem as exonera da responsabilidade de resolvê-la como lhes pareça mais acertado. Aliás, não poucas vezes, o próprio Excelso Pretório tem-se afastado das proposições constantes da **Súmula**, quer revogando-as de modo expresso, quer simplesmente decidindo em contraste com elas, sem formalizar pela revogação a mudança de atitude. É natural que o faça: a inclusão em **Súmula** não torna vinculativa a tese, não lhe dá força de lei, e seria absurdo que, convendido do equívoco em que porventura haja incidido, persistisse o Colendo Supremo Tribunal Federal em prestigiar um enunciado que já não lhe espelha o entendimento. A **Súmula** não é, nem pode ser, uma camisa-de-força que impeça a evolução da jurisprudência.

Por isso mesmo, bem andarão os outros Tribunais do País, a meu ver, se se absterem de encampar passivamente as teses da **Súmula**. É claro que a inclinação constante do Excelso Pretório por certa tese constitui dado relevante, e nenhum órgão judicial se resolverá a contrariá-la sem madura reflexão. Mas nenhum, por outro lado, deve hesitar em fazê-lo, se estiver persuadido de que, assim procedendo, observará com maior fidelidade a lei, à qual nenhuma proposição da **Súmula** se pode sobrepor. Julgar em determinado sentido só para conformar-se à **Súmula** é atitude que, segundo me atrevo a crer, merece ao Direito e à Justiça, até porque furta ao próprio Colendo Supremo Tribunal Federal uma oportunidade de, em grau de recurso extraordinário, reconsiderar a questão.

Dai não me parecer, **data venia**, que tenha sido particularmente feliz a decisão deste E. Tribunal de Justiça, quando, na Uniformização de Jurisprudência nº 6, voltou atrás da posição anteriormente assumida, favorável à exigibilidade do ICM nas entradas de bens de capital, para aderir à antítese. E sobretudo ante a circunstância, sublinhada em seu lúcido voto vencido pelo eminente Des. EBERT CHAMOUN, de que **nenhum argumento se invocou** para justificar a mudança de atitude, quer durante a votação, quer no V. Acórdão, senão o puro fato de haver-se o Excelso Pretório fixado no entendimento contrário à legitimidade da tributação. Tal circunstância, para mim, e sempre com a devida vênia, desvaloriza como precedente o pronunciamento emitido na Uniformização da Jurisprudência nº 6, do qual ousou pensar que talvez não se haja baseado, afinal de contas, em convicção própria e sólida desta E. Corte.

15. Essas as razões pelas quais — deixando de lado o fato de que a não aplicação das normas impositivas somente se legitimaria com a prévia e regular declaração da respectiva inconstitucionalidade, sob pena de vulneração do art. 116 da Carta da República — ousei divergir, a meu malgrado, da douta maioria, para votar pelo recebimento dos embargos, confirmando o V. Acórdão da E. 1ª Câmara Cível.

## UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA Nº 13 NA APELAÇÃO CÍVEL Nº 6.187

### CÂMARAS CÍVEIS REUNIDAS

Apelante : Gloria Maria Ferreira Gomes Pinto  
Apelados : 1º) O Juízo da Vara de Registros Públicos  
2º) Oficial do 5º Ofício do Registro Geral de Imóveis  
da Comarca da Capital  
Relator : Des. Graccho Aurélio

*A cláusula genérica de obrigar herdeiros e sucessores não basta para a oponibilidade prevista no Art. 1.197 do Código Civil.*

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Uniformização de Jurisprudência nº 13, na Apelação Cível nº 6.187, em que é apelante Gloria Maria Ferreira Gomes Pinto e apelados 1º) O Juízo da Vara de Registros Públicos e 2º) Oficial do 5º Ofício do Registro Geral de Imóveis da Comarca da Capital.

Acordam as EE. Câmaras Cíveis Reunidas do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por maioria de votos, uniformizar a jurisprudência de acordo com a **ementa** acima.

Realmente, a cláusula genérica incluída pela praxe tabelioa de ser o contrato locativo oponível a herdeiros e sucessores não basta, **data venia**, para obrigar o comprador a respeitar o contrato locativo, que vincula apenas os pactuantes.

O comprador, na verdade, não é herdeiro, nem sucessor de qualquer dos contratantes originários, mas mero adquirente da coisa, em face do novo contrato de compra e venda.

A cláusula questionada é inserta nos contratos locativos para resguardar aqueles que substituem quaisquer das partes, como ocorre, por exemplo, nos casos de transformações ou incorporações de sociedades