IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS — INCORPORAÇÃO DE CAPITAL DE SOCIEDADE COMERCIAL — MANDADO DE SEGURANÇA — HONORÁRIOS DE ADVOGADO

— Não ocorre saída de mercadorias, para o efeito de cobrança do I.C.M., com a incorporação de lucros de uma firma individual em sociedade anônima.

— Em mandado de segurança, mesmo concedido, não cabe condenação em honorários de advogado.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Fazenda do Estado de Minas Gerais *versus* Aluizio Barbosa de Oliveira
Recurso extraordinário n.º 69.890 — Relator: Sr. Ministro
AMARAL SANTOS

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, por unanimidade de votos, conhecer do recurso e dar-lhe provimento, em parte, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas anexas.

Brasília, 27 de abril de 1971. *Luiz Gallotti*, Presidente. *Amaral Santos*, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Amaral Santos — Aluízio Barbosa de Oliveira, firma individual, entrou com o seu acervo para a integralização de capital da Sociedade Aluízio Barbosa de Oliveira — Engenharia, Sociedade Ltda.

Entendeu o Conselho de Contribuintes do Estado de Minas Gerais, pela Resolução n.º 18.617 (fls. 11), que, no caso, ocorre o fato gerador do ICM, uma vez que houve a transmissão da propriedade dos bens que constituem o acervo da firma individual para a sociedades que se formou.

Contra essa decisão impetrou mandado de segurança, que lhe foi concedido pelas duas instâncias.

Leio no voto do eminente Relator do acórdão impugnado, Desembargador Edésio Fernandes (fls. 74-5):

"A questão teve desate acertado pelo decisório de 1.ª instância. O impetrante foi notificado (fls. 13) para efetuar o pagamento da quantia de Cr$ 33.170,00, sob a alegação — "de que deixara de recolher o Imposto sobre Circulação de Mercadorias, relativamente aos bens transferidos em 29/12/67 para a firma "Aluízio Barbosa de Oliveira — Engenharia Sociedade Ltda.". Tais bens são móveis e utensílios. O Conselho de Contribuintes do Estado, pela Resolução de fls. 11, entendeu que na formação de sociedade, quando a firma individual entra com o seu acervo (fundo de capital ou negócio) para integralização de seu capital, ocorre o fato gerador do ICM, com o fundamento de que há transferência de propriedade desses bens. *Data venia*, não emprestou minha adesão a tal argumentação. É que não houve nenhuma saída de mercadoria, apenas se transformou uma sociedade limitada, que se constituiu com participação da firma individual de Aluízio Barbosa de Oliveira. Os bens da firma individual entraram apenas para integração de sua quota. Em tal hipótese não há que se falar em venda de

"fundo de comércio". Para que se caracterizasse o fato gerador do tributo (ICM), necessário seria que tivesse ocorrido a saída da mercadoria, e se isto não aconteceu, falta suporte legal para a exigência do tributo. A Lei n.º 4.337 manteve a mesma orientação quando era devido o Imposto de Vendas e Consignações, tanto que mandou assegurar a manutenção das normas anteriores relativas ao aludido imposto, sendo por demais sabido, conforme reiteradamente decidiam os Tribunais, que nas transformações de empresas comerciais não era devido aquele tributo. O ato em questão não enseja o pagamento do tributo, pois assim já se pronunciou o Departamento do Imposto do ICM, quando respondeu a uma consulta em hipótese idêntica, declarando às fls. 14: "se a integralização se fez com máquinas de propriedade particular de um dos sócios, comprovada a sua procedência com a nota fiscal respectiva, e seu proprietário não promovia, habitualmente, operações relativas à circulação de mercadorias, não há incidência do ICM".

É justamente isto que ocorre na espécie. Recorde-se que o Supremo Tribunal Federal, quando era vigente o Imposto de Vendas e Consignações, sustentava como predominante a jurisprudência de que tal tributo não incidia sobre transferência de bens em virtude de fusão ou incorporação de firmas ou sociedade (*RTJ*, 35/39 e 33/761).

A notificação fiscal não deve ser efetivada, porque viola ou ameaça direito líquido e certo do impetrante.

Confirmo a bem lançada decisão de 1.ª instância."

O nobre advogado, a esse respeito trouxe, ainda, publicação de consulta — ICM — recentemente publicada, em 29/5/69".

Ficou vencido o eminente Desembarbargador Sylvio Cerqueira. Leio (fls. 77-8):

"O que pretende o impetrante, indisfarçavelmente, é rever os termos da Resolução, não como ato ilegal ou abusivo de poder, violador de direito seu, quando, no exercício específico de suas atribuições, resolveu indeferir-lhe a pretensão de cancelar a notificação; o que êle deseja por meio deste mandado de segurança é forrar-se aos efeitos da notificação, decorrentes da decisão que ao seu recurso negou provimento; o que o impetrante ataca é a injustiça dessa decisão, tendo-a como contrária à jurisprudência do Supremo Tribunal, do Tribunal de Alçada de São Paulo, etc., se se lembrar de nosso eg. Tribunal, por inúmeras vezes, tem proclamado e reconhecido a mesma tese.

No respeitável pedido de segurança não há nenhuma referência a qualquer ato ilegal ou abusivo atribuível ao eg. Conselho de Contribuintes; o que dêle se vê é ferrenha crítica à sua resolução, com ataque às pessoas que a subscreveram, pelo fato de entenderem que pela incorporação de seus bens ao capital da nova firma, a primitiva era responsável pelo imposto de circulação de mercadorias.

Com esse entendimento, não se exorbitou o eg. Conselho; deu ele cumprimento aos preceitos legais e regimentais, cumpriu, especificamente, sua atribuição; se errou, o remédio há de ser propiciado por meio adequado, no Juízo ordinário e não por meio de mandado de segurança, via extraordinária, que só remedeia os casos de ilegalidade ou abuso de poder. O eg. Conselho não agiu nem por uma nem por outra forma; agiu estritamente dentro de sua função, obedecendo as normas e motivos de sua existência.

Se o impetrante se limita a investir contra a injustiça da decisão e não a ataca de ilegal ou proferida com abuso de poder, o remédio não pode ser mandado de segurança, eis que este não tem por fim ou escopo reparar injustiça de qualquer decisão.

Assim, conhecendo do recurso oficial, dou-lhe provimento para cassar a sentença recorrida.

Quanto ao mérito, nego provimento".

Inconformada, manifestou a Fazenda do Estado recurso extraordinário, pelas letras *a* e *d*, alegando que o aresto impugnado contrariou o art. 24, II, da Constituição, que prevê a competência dos Estados para cobrarem o ICM nas operações relativas à circulação de mercadorias; negou vigência ao art. 1.º da Lei n.º 1.533, de 31/12/51, à vista dos termos do voto vencido, ao art. 16, item II, combinado com o artigo 20 do Código Civil, ao confundir *formação* ou *fusão* com *transformação* de sociedades, e ao art. 52 da Lei n.º 5.172, de 25/10/66, em razão de não ter conhecido, no caso, a saída das mercadorias, de modo a configurar o fato gerador do ICM; e, finalmente, divergiu, inclusive no tocante à condenação em honorários, de julgados de outros Tribunais, dois quais apenas indica o repertório de jurisprudência em que são encontrados.

Impugnado (fls. 84-7), o apelo foi indeferido (fls. 88).

Processou-se, porém, à vista do despacho que proferi nos autos do Ag. 47.926-MG (fls. 89).

A recorrente ofereceu razões a folhas 91-7, não tendo o recorrido apresentado contra-razões (fls. 98).

Opina a douta Procuradoria-Geral da República pelo não conhecimento do recurso, nestes termos (fls. 102-3):

"1. Vincula-se o presente recurso à cobrança do Imposto de Circulação de Mercadoria sobre o montante dos bens da forma individual "Aloízio Barbosa de Oliveira" dados em pagamento de suas quotas na sociedade por quotas de responsabilidade limitada "Aloízio Barbosa de Oliveira — Engenharia Sociedade Ltda.".

2. Entendemos que não houve saída ou circulação de mercadoria, no sentido econômico de circulação de riqueza, que interessa ao Direito Tributário, não sendo bastante a "circulação jurídica", para caracterizar o fato gerador do Imposto de Circulação de Mercadoria.

3. Incensurável o v. acórdão recorrido. A recorrente se limitou a indicar os repertórios de jurisprudência, não transcrevendo nem ao menos as ementas dos arestos e muito menos mencionando os pontos de divergência com o acórdão recorrido (*Súmula* 291).

4. Houve, ainda, interpretação razoável, quanto ao alcance do art. 24, inciso II, da Constituição de 1967 e art. 52 da Lei federal n.º 5.172, de 25/11/66 (*Súmula* 400) e, da análise do acórdão recorrido, não resulta que se tenha negado vigência ao artigo 1.º da Lei federal n.º 1.533, de 31/12/51, nem do art. 16, inciso II, combinado com o art. 20 do Código Civil Brasileiro.

5. Em face do exposto, manifestamo-nos pelo não conhecimento de presente recurso e, se conhecido, por seu improvimento".

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Amaral Santos (Relator) — 1. O ponto central do recurso se acha nesta argüição da recorrente (fls. 80):

"...o próprio impetrante confessou que "levou para a sociedade todos os bens que compunham sua firma individual...", deixando claro, assim, ter havido a *saída* das mercadorias, de modo a configurar o *fato gerador* do ICM, ocorrendo, nesta parte, *a negação de vigência do art 52, da Lei federal* n.º 5.172, de 25/10/66".

Teria havido *saída* de mercadoria do recorrente para a sociedade em que se transformara donde configurar-se o *fato gerador* do ICM, e assim ser devido o imposto. Dando-se interpretação literal ao art. 52, n.º I, dessa lei, teria havido *saída* de mercadorias

do estabelecimento do recorrente para a *sociedade* em que o mesmo se transformara.

Mas, como bem observaram o voto vencedor do acórdão impugnado e o parecer da douta Procuradoria-Geral da República, na hipótese não ocorreu o fato gerador da *saída de mercadorias*. Em primeiro lugar porque, no caso, não se trata de *mercadorias*, no sentido que lhe dá a lei, isto é, bens destinados a transferência pelo estabelecimento comercial, industrial ou produtor. O que se deu foi a integração de "móveis e utensílios", como acentua o voto vencedor, de propriedade do estabelecimento, e que o constituíam, em uma sociedade em que o mesmo se transformou. Tais bens não são destinados, por sua natureza, a transferência, mas imobilizados, não são *mercadorias* no sentido em que a lei empregou o têrmo. A distinção é feita com absoluta juridicidade pelo acórdão recorrido, que expõe (fls. 74):

"Para que se caracterizasse o fato gerador do tributo (ICM), necessário seria que tivesse ocorrido a saída da mercadoria, e se isto não aconteceu, falta suporte legal para a exigência do tributo. A Lei 4.337 manteve a mesma orientação quando era devido o Imposto de Vendas e Consignações, tanto que mandou assegurar a manutenção das normas anteriores relativas ao aludido imposto, sendo por demais sabido, conforme reiteradamente decidiam os Tribunais, que nas transformações de Empresas comerciais não era devido aquele tributo. O ato em questão não enseja o pagamento do tributo, pois assim já se pronunciou o Departamento do Imposto do I C M, quando respondeu a uma consulta em hipótese idêntica, declarando às fls. 14: "se a integralização se fez com máquinas de propriedade particular de um dos sócios, comprovada a sua procedência com a nota fiscal respectiva, e seu proprietário não promovia, habitualmente, operações relativas à circulação de mercadorias, não há incidência do I C M".

É justamente isto que ocorre na espécie. Recorde-se que o Supremo Tribunal Federal, quando era vigente o Imposto de Vendas e Consignações, sustentava como predominante a jurisprudência de que tal tributo não incidia sobre transferência de bens em virtude de fusão ou incorporação de firmas ou sociedades (*R T J.*, 35/39 e 33/761)".

2. Também não vejo vulneração do art. 24. n.º II, da Constituição Federal, de 1967, porquanto a decisão impugnada não recusou ao Estado competência para decretar Imposto de Circulação de Mercadorias, mas tão-somente decidiu que sobre o ato jurídico da incorporação de uma firma em sociedade, com a integralização da quota social através de "móveis e utensílios" daquela, não se configurava operação relativa à circulação de mercadorias.

3. Outrossim, não transfigurou o aresto impugnado o conceito legal de sociedade mercantil, parecendo-me absolutamente inconsistente a alegação de que teria vulnerado o art. 16, n. II, c. c. o art. 20 do Código Civil.

4. Antecipando-se à notificação fiscal para pagamento de imposto que a autoridade coatora entendia ser devido, a fim de evitá-la e sofrer as conseqüências da execução, e fundado em que ilegal era a cobrança deste imposto, como o próprio acórdão recorrido reconheceu, direito líquido e certo tinha o recorrido para valer-se do mandado de segurança. Inócua, assim, a argüição de que ofendido haja sido o art. 1.º, da Lei n.º 1.533/51.

5. A recorrente não respeitou as exigências da *Súmula* 291 para a demonstração do dissídio jurisprudencial, limitando-se a indicar repertórios de jurisprudência em que seriam encon-

trados os arestos ditos divergentes. A respeito, todavia, na sustentação do recurso, esclareceu que um desses arestos é o que se encontra na *R T* 305/403, do T. J. de São Paulo que teria decidido, aliás, na consonância da jurisprudência deste Tribunal, que "em mandado de segurança, mesmo concedido, não cabe condenação da impetrada em honorários de advogado".

6. Em face do exposto, conheço do recurso em parte, no respeitante à condenação em honorários de advogado, e nessa parte, apenas nesse parte, lhe dou provimento para excluí-los.

EXTRATO DA ATA

RE 69.890 — MG — Rel., Ministro Amaral Santos, Recte., Fazenda do Estado de Minas Gerais (Advogado, Ronald Maganhães de Sousa). Recdo., Aluízio Barbosa de Oliveira (Adv., Luís Carlos de Portilho).

Decisão: Conhecido e provido, em parte, nânime.

Presidência do Sr. Ministro Luiz Gallotti. Presentes à sessão os Senhores Ministros Amaral Santos, Barros Monteiro, Djaci Falcão, Oswaldo Trigueiro e o Dr. Oscar Corrêa Pina, Procurador-Geral da República, substituto.