IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS — BENS MÓVEIS VENDIDOS POR LEILOEIRO

— Não incide o imposto sobre circulação de mercadorias sobre vendas por leiloeiro, de bens móveis de particulares, que não sejam comerciantes, industriais ou produtores.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Estado de Pernambuco *versus* Manoel Alves Maia Neto
Recurso extraordinário n.º 71.827 — 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, não conhecer do recurso, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas anexas.

Brasília, 14 de dezembro de 1971. *Oswaldo Trigueiro*, Presidente. *Amaral Santos*, Relator.

RELATÓRIO

O *Sr. Ministro Amaral Santos*: O acórdão impugnado, confirmatório da sentença inicial, concedeu mandado de segurança ao leiloeiro oficial Manoel Alves Maia Neto, para livrá-lo do recolhimento do ICM, no entendimento de que, quando a venda efetuada por leiloeiro lhe é cometida por alguém não comerciante, industrial ou produtor, não é ele responsável por esse imposto, somente o sendo quando o comitente é comerciante.

Leio a ementa da decisão impugnada na parte que interessa ao presente recurso (fls. 56):

"Imposto de Circulação de Mercadorias. Por ele não é responsável o leiloeiro, quando a venda é cometida por

quem não é comerciante, industrial ou produtor."

O acórdão foi proferido, no mérito, por maioria, tendo prevalecido o voto do Desembargador Natanael Marinho, que acolheu, em todos os seus termos, o seguinte parecer do Dr. Procurador da Justiça (fls. 70-3):

"Sr. Presidente, peço a palavra:

V. Exa., Sr. Presidente, fez a leitura de um voto, proferido já em um caso decidido nesta Câmara, por maioria de votos. Tenho aqui na minha pasta um parecer que ofereci no agravo de petição n.º 67.427, do qual V. Exa. seria o Relator e que, por motivo de férias, teve outro Relator, cuja confirmação da sentença foi, na oportunidade, julgada à unanimidade. Assim, tomo a liberdade, para esclarecimento da matéria, de ler a parte do parecer que escrevi na época e que foi acolhido aqui na Câmara e, conseqüentemente, mantida a sentença concessiva da segurança:

"A segurança foi requerida com a finalidade de evitar que a Fazenda Estadual cobrasse da impetrante o Imposto de Circulação de Mercadorias, em todos os leilões que procedesse. Arrima o pedido no art. 19, inc. III, da Lei n.º 5.954, que conceitua o leiloeiro como contribuinte substituto. Entendendo a recorrente ser o leiloeiro comerciante, pretendeu exigir-lhe a cobrança do ICM em todos os leilões que realizasse. Ora, é sabido que o leiloeiro realiza operações comerciais e civis nas suas agências, sendo as primeiras reguladas pelo Código Comercial e as segundas pelo Civil." Doutrina Carvalho de Mendonça: "As vendas comerciais efetuadas em leilão têm a segurança que lhes dá a lei comercial. As vendas civis em leilão são reguladas pela legislação civil. O leiloeiro não pode funcionar nelas como comerciante" (J. X. Carvalho de Mendonça, *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*, vol. II, p. 378). Então, nas vendas de imóveis, de efeitos de não comerciantes, há uma operação civil, naturalmente, regulada pela legislação respectiva. Ora, o ICM é tributo privativo de comerciantes, industriais e produtores. Como um corolário, tem-se que quem paga aquele tributo é tido como comerciante. Consoante disposto no art. 36, letra *a*, 1.º, do Decreto-lei n.º 21.981, de 19.10.32, ao leiloeiro é proibido comerciar, sob pena de destituição, no seu nome ou de outrem, direta ou indiretamente. Ainda com apoio no insigne Carvalho de Mendonça, verifica-se que a estrutura jurídica do contrato entre o leiloeiro e o vendedor, é de comissão ou mandato. Logo, ele atua em nome do comitente ou do outorgante, sendo, nesta hipótese, o imposto devido, mas, pelo outorgante ou comitente. E a lei estadual, quando declara que o leiloeiro é contribuinte substituto quis se cobrir da omissão do pagamento, pelo devedor principal da obrigação fiscal, no ICM. Nesta hipótese é ainda pago o tributo em nome do comerciante. Para melhor elucidar a hipótese da venda civil, onde não há pagamento do ICM, admite-se um funcionário público estadual, proibido de comerciar, art. 199, inc. VII e VIII, e com a pena de demissão, no caso de desobediência, art. 209, inc. XII, tudo da Lei n.º 6.123, vendendo em leilão efeitos. O leiloeiro por sua vez, também proibido de comerciar, não pode pagar o imposto. E quem o irá pagar? Evidentemente que nenhum dos dois, uma vez que a operação é civil e indevido é o imposto. Logo, procedente é a lesão a direito do impetrante, sanável pela via do *writ*. Não me impressionou."...

Aqui vou parar, porque já foi, inclusive, rejeitada pela Câmara a preliminar.

Então, tem-se dois aspectos. Ao leiloeiro é proibido comerciar. Se ele paga um imposto privativo do comerciante, que seria a forma indireta de individuar o comerciante, ele estará infringindo a lei e com a pena de destitui-

ção. Mas, o problema do contribuinte substituto é para que o estado não fique a descoberto do pagamento do ICM, quando houver uma operação comercial, mas, esta operação comercial que o leiloeiro realiza, ele realiza em decorrência de um mandato. E, então, ele, como mandatário não é o sujeito ativo da obrigação fiscal; deve ser pago o imposto pelo mandante. Então, quando a lei fala em contribuinte substituto, é no caso em que o devedor da obrigação se recusa a pagar. Então, o estado vai em cima do leiloeiro. Mas, este imposto, nestas circunstâncias, ainda assim mesmo, é pago em nome do comerciante e não em nome do leiloeiro.

Por isso, em que pese não ter oferecido parecer neste processo, mas como já é o terceiro caso que vem a esta Câmara e já se forma uma jurisprudência no sentido de se ter o leiloeiro como isento de pagar o ICM, eu quis chamar, com a minha modesta colaboração, a atenção da Câmara para as discussões que aqui já se processaram e já são quase como uma afirmação de jurisprudência."

Ficou vencido o eminente Relator, Desembargador Cláudio Vasconcelos, nestes termos (fls. 64-9):

"O ilustre titular da Vara Privativa da Fazenda Estadual, em sua decisão, acolheu a tese sustentada pelo advogado do impetrante na petição inicial deste feito, de que o leiloeiro ao vender em público pregão bens pertencentes a pessoas físicas, não comerciantes, ou produtores, não está sujeito ao pagamento do Imposto de Circulação de Mercadorias.

Esta Câmara, ao julgar o RMS n.º 66.658, que versava caso absolutamente idêntico ao ora em julgamento, acolheu a tese já mencionada, confirmando a decisão do juiz que isentava o leiloeiro do pagamento do imposto, contra o meu voto, pois entendi ser devido o tributo. Como não esteja convencido do desacerto do ponto de vista que naquela oportunidade sustentei, passo a repetir a matéria, expondo os mesmos argumentos expostos naquele julgamento, que são os seguintes:

"Toda a questão, como se vê, gira em torno da interpretação que se quer dar ao disposto no inc. III, do art. 19, da Lei estadual n.º 5.954, de 29.12.66, que assim determina: "Art. 19. Considera-se responsável pelo imposto, na qualidade de contribuinte substituto: I — *omissis;* II — *omissis;* III — o leiloeiro, com relação à mercadoria que vender por conta alheia". Face a esse dispositivo, entende a impetrante da segurança que o imposto só é devido quando os leiloeiros vendem mercadorias pertencentes a contribuintes de fato, porque, nesta hipótese, os leiloeiros serão realmente *contribuintes substitutos.* Se, porém, vendem mercadorias pertencentes a particulares — não contribuintes — os leiloeiros não poderão ser considerados *contribuintes substitutos* pois não se substitui o que não existe. Essa questão de estarem ou não os leiloeiros isentos do pagamento de impostos é velha, e já foi várias vezes levada às barras dos tribunais. Afirma o douto prolator da sentença apelada, a fls. 36: "O leiloeiro não é comerciante. Não é industrial. Não é produtor". Face a tão categórica afirmativa, é de se indagar: Em que categoria profissional o douto magistrado enquadra os leiloeiros? Exercerão, porventura, um *munus* público? Que o leiloeiro é comerciante de um tipo especial, não resta qualquer dúvida, pois não pode exercer aquela profissão quem esteja impedido de ser comerciante (art. 3.º, letra *a*, do Decreto n.º 21.981, de 19.10.32). Ocorre ainda que o leiloeiro é obrigado a se inscrever na Junta Comercial, onde seus livros são autenticados (arts. 8.º, 9.º, 31 e 32, do Decreto n.º 21.981). E, finalmente, está sujeito a falência nos precisos termos do art. 188, inciso IX, da Lei de Falências. Os doutrinadores, entre estes Carvalho de

Mendonça, ensinam que os leiloeiros são comerciantes. De tal entendimento não destoa a jurisprudência dos tribunais. Já a 5.ª Câmara do Tribunal de Apelação do Distrito Federal assim decidiu: "O leiloeiro é comerciante, e, assim sendo, goza da proteção legal ao fundo de comércio" (ver *Rev. For.*, 101/95). Se os leiloeiros são comerciantes, ao movimentarem mercadorias, vendendo-as em publico leilão, quer as mesmas pertençam ou não a comerciantes, produtores ou industriais, estão sujeitos ao pagamento do imposto que o estado está a exigir, com fundamento no art. 19, inc. III. Observe-se, mais uma vez, o que estabelece o inciso III, do art. 19, da Lei n.º 5.954: "O leiloeiro com relação à mercadoria que vender por conta alheia". Onde a distinção que se pretende estabelecer entre mercadorias pertencentes a comerciantes, produtores, industriais e particulares no mencionado dispositivo legal? Ali se cogita para efeito de cobrança de imposto tão-somente da mercadoria que o leiloeiro *venda por conta alheia*. A denominação de *contribuinte substituto*, que tão grande impressão causou ao prolator da sentença, a meu ver, não passa de uma dessas sutilezas tão a gosto dos que se negam a pagar impostos. O leiloeiro, ao dar saída às mercadorias alheias, que recebeu para vendar em público pregão, está praticando ato mercantil, sujeito ao pagamento de imposto previsto em legislação estadual, como comerciante que, na realidade, é. A questão da cobrança de impostos aos leiloeiros não é nova, como já disse. O Supremo Tribunal Federal ao julgar o RE n.º 6.558, de 1.11.49, de que foi Relator o Ministro Lafayette de Andrada, assim decidiu: "Os leiloeiros estão sujeitos ao Imposto de Venda se Consignações". (ver *R.F.*, 129/444)".

O imposto atual, exigido pelo estado, é justamente aquele que substitui o Imposto de Vendas e Consignações a que se refere a decisão do Supremo Tribunal Federal.

Como se vê, não é de agora que os senhores leiloeiros procuram fugir ao pagamento de impostos que, em verdade, descontam do produto, obtido com a venda das mercadorias alheias. Pagando imposto sobre o produto das mercadorias alheias que vendem em público leilão, o leiloeiro, como comerciante que indiscutilvelmente é, age como substituto, pois representa aqueles que lhe entregaram mercadorias para serem vendidas em público leilão.

Trata-se, sem sombra de dúvida, de atividade mercantil, que os particulares fazem por intermédio do leiloeiro. Logo, o leiloeiro nada mais faz do que substituir aquelas pessoas, comerciantes, industriais, produtores, ou mesmo particulares, no exercício de sua profissão, que é privativa sua, pois nenhuma outra pessoa, sem autorização legal, pode leiloar bens.

Por esses fundamentos dou provimento ao recurso de ofício para, reformando a sentença apelada, denegar a segurança, cassada, conseqüentemente, a liminar concedida e julgar prejudicado o agravo interposto pelo Estado de Pernambuco. Condeno o agravante ao pagamento das custas.

É o meu voto."

Em recurso extraordinário, pelas letras *a* e *d*, alega o Estado de Pernambuco que a decisão impugnada negou vigência aos arts. 3.º *a*, 8.º, 9.º, 31 e 32 do Decreto n.º 21.981, de 19.10.32, e 1.º e 188, IX, do Decreto-lei n.º 7.661, de 21.6.45, legislação essa que considera o leiloeiro comerciante, e divergiu, nesse sentido, de aresto do Tribunal de Justiça do antigo Distrito Federal (*R.F.*, 101/95) e de decisão deste eg. Supremo Tribunal Federal, proferida no RE n.º 6.558 (xerocópia do *Diário da Justiça* anexa), e, bem assim, ao reconhecer ao recorrido a não obrigatoriedade de recolher o ICM sobre as mercadorias saídas de seu estabelecimento comercial, contrariou o

art. 24, II, da Constituição de 1967, e negou vigência aos art. 52, I, e 58 e seu § 1.º, do Código Tributário Nacional.

Impugnado às fls. 82-6, o recurso foi admitido a fls. 88, sustentado às fls. 90-100 e contra-arrazoado às folhas 102-8.

Oficiando nos autos, opina a douta Procuradoria-Geral da República pelo não conhecimento do recurso, nestes termos (fls. 118-9):

"1. Com base em legislação inspirada no art. 128, do Código Tributário Nacional, pretende o Estado de Pernambuco cobrar ICM dos leiloeiros ou, mais precisamente, do recorrido.

2. Malgrado a qualidade de comerciante que é atribuída por leis aos leiloeiros; apesar da possibilidade de serem levados à falência, a natureza de suas atividades tem de ser enfocada, mesmo do ângulo fiscal, no conjunto do sistema jurídico que rege o País e não, apenas, sob a incidência da lei tributária estadual.

3. Definindo as atribuições dos leiloeiros consigna o art. 19 do Regulamento a que se refere Decreto número 21.981, de 19.10.32, com as modificações introduzidas pelo Decreto n.º 22.427, de 1.2.33, *verbis*:

"Art. 19 (Decreto n.º 22.427, de 1.2.33). Compete ao leiloeiros públicos, pessoal e privativamente, a venda em público pregão, dentro de suas próprias casas ou fora dessas, de tudo de que, por autorização de seus donos, forem encarregados, tais como móveis imóveis, mercadorias, utensílios, semoventes e demais efeitos e a de bens móveis e imóveis pertencentes às massas falidas ou ilquidantes quando gravadas com hipoteca".

4. Pela disposição acima citada, cabe ao leiloeiro vender os mais variados tipos de objetos, de propriedade sujeita a diversos regimes jurídicos, não podendo ser juridicamente aplicável a todas as suas vendas a figura da substituição, na responsabilidade pelo crédito tributário, mesmo porque muitas delas, por seu intermédio realizadas, não se acham sujeitas, por sua natureza, à incidência do ICM, como é o caso, por exemplo, da venda de imóveis.

5. Conservada na atual Constituição, a natureza eminentemente mercantil do ICM (art. 23, inc. II, da Constituição Federal), não merece reparo o v. acórdão recorrido, que consagrou o melhor direito e a melhor doutrina.

6. Em face do exposto, somos pelo não conhecimento do presente recurso e, se conhecido, por seu improvimento."

É o relatório.

VOTO

O *Sr. Ministro Amaral Santos* (Relator): Pelos fundamentos do parecer da douta Procuradoria-Geral da República, não conheço do recurso. Aliás, esta Turma decidiu nesse sentido, no RE n.º 70.023, também de Pernambuco, Relator o eminente Ministro Barros Monteiro, em caso absolutamente idêntico, tendo por conteúdo a mesma lei estadual (Lei n.º 5.954, de 29.12.66, art. 19, item III), tendo esse acórdão sido confirmado em embargos, por acórdão relatado pelo eminente Ministro Bilac Pinto, que está assim ementado:

"Embargos. Leiloeiro. ICM. Não incide o ICM sobre as vendas, feitas por leiloeiros, de bens móveis de particulares, que não sejam comerciantes, industriais ou produtores. Fundamentos do acórdão atacado. Embargos não conhecidos."

Assim, ressalvando o meu ponto de vista, pois considero o leiloeiro comerciante (Waldemar Ferreira, *Tratado de Direito Comercial*, 1960, 2.º v., n.º 275, p. 213 e seg., e 14.º v., n.º 3.466, p. 132; *Instituições de Direito Comercial*, 1954, 4. ed., 1.º v., n.º 135, p. 202; Rubens Requião, *Curso de Direito Comercial*, 1971, n.º 113), mas, atendendo a que a questão pode ser decidida no campo exclusivo da interpretação da lei fiscal, não conheço do recurso.

EXTRATO DA ATA

RE n.º 71.827 — PE — Rel., Ministro Amaral Santos. Recte.: Estado de Pernambuco (Adv., Joaquim Correia de Carvalho Júnior). Recdo.: Manoel Alves Maia Neto (Adv., Sérgio Higino Filho).

Decisão: Não conhecido, unanimemente.

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