

O FATO GERADOR DO ICM

José Maria Rosa Tesheiner (*)

O objetivo do presente estudo é a determinação do conceito de operações relativas à circulação de mercadorias, na Constituição (Emenda Constitucional n.º 1, de 17/10/69, art. 23) e na legislação complementar (Decreto-Lei n.º 406, de 31/12/68).

Circulação é movimento, ou série de movimentos, do produtor (ou industrial) ao consumidor (ou usuário final). A circulação se perfaz num único movimento quando, por exemplo, produtor efetua venda direta a consumidor. Havendo intermediação, há série de movimentos, como na seqüência “produtor-atacadista-varejista-consumidor”.

Num primeiro sentido, operação de circulação é cada uma das etapas do movimento circulatório. Quando produtor efetua venda direta a consumidor, há uma única operação de circulação. Na seqüência “produtor-atacadista-varejista-consumidor”, há três. Se atravessa fronteira, a operação recebe o nome de importação, ou de exportação.

Num segundo sentido, operação de circulação é a causa da circulação, a energia ou impulso que produz o movimento. “Operação é a ação de uma potência ou de uma faculdade de que resulta certo efeito.” (FREIRE, Laudelino, *Grande e Novíssimo Dicionário da Língua Portuguesa*, 3. ed., Rio, José Olympio, 1957, v. 4.º). É o ato jurídico que determina o início, ou a continuação, do movimento circulatório. Cada operação tem a sua causa.

Distintos atos jurídicos são os instrumentos (papéis) que os documentam. O instrumento não é senão uma das formas do ato jurídico. Outra forma é a oral.

O imposto que hoje incide sobre o movimento de circulação de mercadorias incidia, outrora, sobre algumas das causas desse

(*) Consultor Jurídico do Estado do Rio Grande do Sul. Coordenador da Unidade de Defesa Judicial da Consultoria-Geral do Estado. Professor de Direito Processual Civil na Faculdade de Direito da UFRGS.

movimento (compra-e-venda, consignação) e, antes ainda, sobre certos instrumentos (**duplicatas de fatura, contas assinadas**), que documentavam a venda mercantil (SOUSA, Rubens Gomes de. Parecer. *Revista de Direito Administrativo*, Rio, 90: 428, out./dez. 67).

Começou-se, pois, tributando algumas das formas de venda mercantil. Para que recaísse o tributo sobre todas as suas formas, abandonou-se a forma, passando-se a tributar a própria venda mercantil. Acrescentou-se a consignação. O tributo passou a incidir sobre certos atos jurídicos. Para recair sobre quaisquer atos jurídicos, passou-se a tributar o efeito, isto é, cada uma das etapas do movimento circulatório. Partiu-se da forma do ato passou-se pelo ato mesmo e chegou-se ao efeito do ato.

No plano constitucional, **operação de circulação** pode indistintamente ser tomada no sentido de **cada uma das etapas do movimento circulatório**; ou de **ato que determina o início, ou a continuação, desse movimento**, porque tanto faz admitir-se a tributação do efeito, quanto admitir-se a tributação da causa, qualquer que seja.

Ter-se-á, com isso, chegado até ao fato econômico, abstraindo-se completamente da causa jurídica da circulação? Não, porque cada uma das etapas do movimento circulatório é visionada pelo Direito como efeito jurídico de um ato jurídico. Quem pensa que se chegou até ao fato econômico da circulação, raciocina como quem vê satélite em órbita terrestre, e não vê que ele continua preso à Terra. Em certas hipóteses, quem não vê a causa, não vê o efeito, como na transmissão da propriedade de mercadoria que não circula pelo estabelecimento do transmitente (Decreto-Lei n.º 406, de 31/12/68, art. 1.º, § 1.º).

Fora do plano constitucional, é preferível afirmar-se a incidência sobre a causa da circulação, a fim de explicar a não-incidência sobre certas causas da circulação, como o furto, que inevitavelmente determina movimento de circulação; e a venda, efetuada posteriormente ao vencimento do contrato de financiamento, pelo credor fiduciário, em razão do inadimplemento do devedor (Lei 5.589, de 3/7/70, art. 5.º).

Circulação é movimento. Compreendemos o que é movimento, porque podemos pensar o contrário: o não-movimento. Automóvel andando... automóvel parado. Movimento e ausência de movimento são conceitos relativos. De nossas casas, não apenas afirmamos que **estão imóveis**. Dizemos que **são imóveis** — e imóveis por natureza —. Entretanto, sabemos que elas estão circulando em torno do Sol, a 30 quilômetros por segundo...

RCGERS, Porto Alegre, 3(7): 133-144, 1973

Sobe aos céus, à frente de rubras labaredas, um fulgurante satélite. Em seu giro, sobrevoa mares e continentes, montanhas e planícies. A determinada velocidade, porém, já não circula. Mantém-se imóvel. E, na pracinha ajardinada, já não o perdemos de vista os olhos cegos da estátua que, estendendo o braço direito, para ele aponta, com o dedo indicador. O imóvel se movimenta... O que se movimenta permanece imóvel...

Movimento implica nas idéias de espaço e de tempo. Na fotografia, está imóvel o pássaro em vôo, porque excluiu-se o tempo. Vê: no quadro-negro da noite, estão imóveis todas as estrelas do céu, porque a distância apaga todas as distâncias. De algo, só podemos afirmar que se movimenta, ou que está em repouso, havendo ponto de referência. Por isso é que posso afirmar que estou imóvel, eu, que viajo pela espiral da Via-Láctea a 120 quilômetros por segundo!

Também o conceito de circulação de mercadorias implica nas idéias de espaço e de tempo, mas o espaço aqui considerado não é o da Física, mas o social, porque o ponto de partida é um homem, o ponto de chegada é um homem, e é um homem cada uma das estações em que descansam as mercadorias.

Um homem? Digo mal. Pode não ser um homem. O ponto representa uma unidade e somos nós que determinamos o que é que deve ser considerado uma unidade. No plano jurídico, cabe às normas jurídicas essa determinação. Ora, o Direito não vê os homens, vê a máscara atrás da qual se escondem: a pessoa. Vários homens atrás de uma só máscara, — eis aí a pessoa jurídica!

O bem que circula vai de uma para outra pessoa. É essencial, portanto, a existência do **outro**. Se não há relação interpessoal, não há circulação. Assim, não há circulação quando alguém consome o que produziu. Entretanto, há circulação quando os sócios consomem o que a sociedade produziu, porque as pessoas jurídicas têm existência distinta da de seus membros. O imposto pode incidir nas saídas de mercadorias de estabelecimento de produtor para estabelecimento de cooperativa de que faça parte (Decreto-Lei n.º 406, de 31/12/68, art. 1.º, § 4.º, IX), porque produtor e cooperativa são pessoas distintas.

Se um estabelecimento consome o que foi produzido por outro estabelecimento do mesmo contribuinte, há ou não circulação, conforme se considere ou não cada estabelecimento uma pessoa. Tudo depende, portanto, da interpretação que se dê à norma complementar: "Os Estados poderão considerar como contribuinte autônomo cada estabelecimento comercial, industrial ou produtor, permanente ou temporário, do contribuinte..." (Decreto-Lei n.º 406, de 31/12/68, art. 6.º, § 2.º). O Supremo Tribunal

RCGERS, Porto Alegre, 3(7): 133-144, 1973

Federal tem afirmado a não-incidência (RE 74.852-SP, D. J. U., 10/11/72, p. 7.733; RE 74.363-SP, D. J. U., 21/12/72, p. 8.779).

No plano constitucional, para que haja operação de circulação, é necessário e suficiente que haja alteração subjetiva, quanto à propriedade ou à posse da mercadoria.

No plano da legislação complementar, de regra, exige-se mais: um deslocamento físico da mercadoria (saída, entrada, fornecimento). Assim, ocorrendo venda de um estabelecimento, o imposto não incide sobre as mercadorias que nele se encontram, porque não ocorre saída.

Excepcionalmente, a transmissão da propriedade é fato gerador do tributo, independentemente de qualquer deslocamento físico:

a) nas hipóteses de alienação de mercadoria que não transita pelo estabelecimento do alienante (Decreto-Lei n.º 406, de 31/12/68, art. 1.º, § 1.º). Há **intermediação**, embora a mercadoria passe ao largo do estabelecimento do intermediário (alienante). Exemplos: importador aliena mercadoria que ainda se encontra depositada no porto; comerciante adquire e vende mercadoria depositada em armazém-geral; comerciante revende mercadoria adquirida de produtor, determinando-lhe que entregue diretamente àquele a quem revendeu;

b) nas hipóteses de alienação de mercadoria que o contribuinte remetera para armazém-geral (Decreto-Lei n.º 406, de 31/12/68, art. 1.º, § 2.º, II). O tributo incide no momento da entrega do **conhecimento de depósito**, nada importando que a mercadoria permaneça na posse imediata do armazém-geral e nele venha a perecer.

Quando mercadoria é remetida para depósito fechado do próprio contribuinte, no mesmo Estado, a saída considera-se ocorrida no lugar do estabelecimento remetente, no momento da transmissão da propriedade da mercadoria (Decreto-Lei n.º 406, de 31/12/68, art. 1.º, § 2.º, **in fine**). Aí, porém, há saída, porque é pela **tradição** que se adquire a propriedade de coisa móvel (Cód. Civil, art. 620). Reputa-se ocorrida a segunda saída no lugar da primeira, eis aí a significação dessa norma. Há diferença em relação à mercadoria depositada em armazém-geral, porque o **conhecimento de depósito** é título representativo. Quem tem a propriedade do conhecimento de depósito tem a propriedade da mercadoria (V. PONTES DE MIRANDA, *Tratado de Direito Privado*, Rio, Borsoi, 1956, t. 15, p. 415).

A legislação complementar geralmente exige o deslocamento físico da mercadoria, para a incidência do tributo, porque ele é

RCGERS, Porto Alegre, 3(7): 133-144, 1973

um sinal visível de movimento circulatório. Todavia, assim como — sem ele — pode haver operação de circulação, assim também — com ele — pode não haver. É sempre essencial que haja alteração subjetiva quanto à propriedade ou à posse da mercadoria. Mais ainda: nem toda alteração da posse implica em operação de circulação. Para que haja operação de circulação, é necessária a transmissão da posse **plena**.

O imposto incide sobre a transmissão da posse imediata, visível pelo deslocamento físico da mercadoria, se já ocorreu, ou está a ocorrer, também a transmissão da posse mediata. Incide sobre a transmissão da posse mediata, se houve antes a entrega da posse imediata.

Façamos a aplicação desses princípios, levando em conta que a transmissão da posse implica na **transformação** de uma situação jurídica inicial numa nova situação jurídica, em decorrência de fato jurídico.

1. Se não se transmite a posse, não há circulação. Por isso, o imposto não incide na entrega de mercadorias a empregado do contribuinte. “Não é possuidor aquele que, achando-se em relação de dependência para com outro, conserva a posse em nome deste e em cumprimento de ordens ou instruções suas (Cód. Civil, art. 487). A eventual autonomia dos veículos utilizados pelo contribuinte no comércio ambulante (Decreto-Lei n.º 406, de 31/12/68, art. 6.º, § 2.º, **in fine**) não justifica a exigência do tributo sobre as saídas para o veículo, se as mercadorias retornam ao estabelecimento de origem, deixando clara a inexistência de qualquer operação de circulação.

2. Havendo transmissão da posse plena, por efeito de um único fato jurídico, o tributo incide, haja ou não a transmissão da propriedade. (Transmissão simultânea das duas posses, mediata e imediata, isto é, da posse plena)

a) O contrato de compra e venda não é fato gerador do tributo, porque não transmite a propriedade nem a posse da coisa móvel vendida. O imposto incide sobre o ato-fato da tradição, de que resulta a nova situação jurídica: o adquirente torna-se dono e possuidor pleno da mercadoria.

b) O mesmo ocorre na doação.

c) Na venda com reserva de domínio, o vendedor conserva a propriedade da mercadoria. Isso, porém, é irrelevante. O comprador adquire a posse plena e, por isso, o imposto incide sobre o ato-fato da tradição.

RCGERS, Porto Alegre, 3(7): 133-144, 1973

“O nome, moderno e não romano, de *pactum reservati domini*, corresponde ao negócio jurídico pelo qual, na compra e venda, o vendedor se reserva o domínio, entregando ao comprador a posse livre e exclusiva.” (PONTES DE MIRANDA, *Comentários ao Código de Processo Civil*, 2.^a ed., Rio, Forense, 1959, t. 5.^o, p. 315)

d) O furto determina igual transformação. Entretanto, o imposto não incide, porque não há tradição (entrega-tomada). A saída é promovida pelo adquirente da posse, e não pelo transmitente.

2. Se há mera transmissão da posse imediata, conservando o transmitente a posse mediata, o imposto não incide. É o que ocorre nos casos de locação (STF, RE 72.412-SP, D. J. U., 19/5/72, p. 3.133), comodato (STF, RE 70.538-GB, D. J. U. ... 1/10/71, p. 5.309; RE 72.283-SP, D. J. U., 14/4/72, p. 2.174), depósito, usufruto, penhor, e também quando se subtrai a coisa ao executado, por efeito de penhora.

2.1. Havendo, posteriormente, a transmissão da posse mediata (tradição *brevi manu*), o imposto incide. (O imposto incide sobre a transmissão da posse mediata, se houve antes a entrega da posse imediata) É o que ocorre quando locatário, comodatário, depositário, usufrutuário ou credor pignoratício adquire a propriedade da coisa.

Vai-se generalizando, entre nós, o instituto do *leasing*, “através do qual, em linhas gerais, uma empresa financeira adquire determinado equipamento já destinado a certo usuário, e com este realiza um contrato de locação daquele bem, em que figura opção de renovação do contrato ou de compra por parte do usuário, pelo preço residual (preço de compra da financeira com os acréscimos de juros, despesas e lucro, deduzido o valor das prestações pagas a título de locação).

A venda do equipamento, do fabricante à empresa *leasing*, estará normalmente sujeita ao imposto, mas não assim a locação”. (BROCKSTEDT, Fernando. *O ICM*, Porto Alegre, 1972, p. 89)

Também incide o imposto quando o Estado entrega ao arrematante a posse plena do bem arrematado, perdendo o executado a posse mediata que detivera até então.

RCGERS, Porto Alegre, 3(7): 133-144, 1973

3. Se há mera transmissão da posse mediata, conservando o transmitente a posse imediata, o imposto não incide. É o que ocorre quando o executado se transforma em depositário da coisa penhorada. Conserva a posse imediata (a título de depósito), adquirindo o Estado a posse mediata. É também o que ocorre nas vendas com cláusula *constituti*: o vendedor continua com a posse imediata da coisa vendida, a título de locatário, por exemplo. Na alienação fiduciária em garantia, o fiduciante, pelo constituto possessório, se torna depositário do bem alienado. Há transmissão da posse mediata. O imposto não incide.

“A espécie do art. 66 e dos §§ 1.^o-10 da Lei número 4.728 é com transferência da posse própria mediata”. (PONTES DE MIRANDA, *Tratado de Direito Privado*, Rio, Borsoi, 1966, t. 52, p. 343)

3.1. Havendo, posteriormente, a transmissão da posse imediata, o imposto incide. (O imposto incide sobre a transmissão da posse imediata, se já ocorreu a transmissão da posse mediata) Exemplos: a coisa penhorada, em poder do executado-depositário, é entregue ao arrematante; o vendedor transformado em locatário (cláusula *constituti*), finda a locação entrega ao comprador a coisa. Na alienação fiduciária em garantia, o inadimplemento do fiduciante leva-o a perder a posse imediata. O imposto incidiria, não houvesse expressa disposição legal, excluindo a incidência (Lei 5.589, de 3/7/70, art. 5.^o).

Esclarecido o que é *operação de circulação*, resta-nos examinar o conceito de *mercadoria*.

No Direito Comercial, *mercadoria* é geralmente tomada no sentido de *coisa adquirida* (pelo comerciante) **para revender**, sendo, pois, relevante a intenção do adquirente.

Com tal conceito de *mercadoria*, falar-se em circulação de mercadorias é tão absurdo quanto falar-se em círculo quadrado. Se há circulação (movimento produtor-consumidor), o que circula não pode nunca ser *mercadoria*.

Efetivamente, se imaginamos a venda direta, do produtor ao consumidor, há circulação, mas não há *mercadoria*, porque o consumidor não adquire para revender. Se imaginamos a série de movimentos “produtor-atacadista-varejista-consumidor”, também não podemos afirmar que aquilo que circula é *mercadoria*, porque é *mercadoria* a coisa adquirida pelo atacadista; é *mercadoria* a coisa adquirida pelo varejista; mas não é *mercadoria* a coisa adquirida pelo consumidor. Donde o dilema: se dizemos *circulação*, incluímos o movimento final (varejista-consumidor), afas-

RCGERS, Porto Alegre, 3(7): 133-144, 1973

tando a idéia de mercadoria; se dizemos **mercadoria**, excluimos o movimento final, afastando a idéia de circulação.

“O conceito de **direito comercial** ou **direito mercantil**, como o de mercadoria e o de mercancia, correspondeu a momento histórico, que passou, sem que os juristas estivessem à altura de adaptar o sistema jurídico às novas circunstâncias da vida.”
(PONTES DE MIRANDA, *Tratado de Direito Privado*, Rio, Borsoi, 1956, t. 15, p. 381)

Na verdade, mesmo no Direito Comercial, não é unívoco o conceito de mercadoria. Nem sempre se fala em mercadoria no sentido de coisa adquirida para revender. O artigo 638 do *Code de Commerce* francês fornece um argumento decisivo:

“Ne seront point de la compétence de tribunaux de commerce (...) les actions intentées contre un commerçant, pour payement de denrées et marchandises achetées pour son usage particulier.”

Se comerciante adquire mercadoria, não para seu uso particular, mas para usá-la em seu comércio, a ação é comercial, nada importando que se destine ou não à revenda. (LYON-CAEN, Ch. & RENAULT, L., *Traité de Droit Commercial*, 2.^a ed., Paris, Pichon, t. 1.^o, p. 149)

Tal aquisição reputa-se **ato de comércio**, por conexão. (REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial*, São Paulo, Saraiva, 1971, p. 43)

Esta é, pois, a primeira observação a se fazer: nada importa a intenção do adquirente.

A segunda é, de que não se trata, aqui, de determinar o conceito de mercadoria referido aos atos de comércio, tal como no Direito Comercial. Trata-se de determinar o conceito de mercadoria referido às operações de circulação, que tanto podem ser praticadas por comerciantes, como por industriais e produtores (Emenda Constitucional n.^o 1, art. 23, II), inclusive cooperativas, sociedades de fins não-econômicos e órgãos da administração pública (Decreto-Lei n.^o 406, de 31/12/68, art. 6.^o, § 1.^o).

Sendo circulação o movimento do produtor ao consumidor, aquilo que circula somente pode ser coisa consumível. São consumíveis os bens móveis, cujo uso importa destruição imediata da própria substância, sendo também considerados tais os destinados à alienação (Cód. Civil, art. 51).

RCGERS, Porto Alegre, 3(7): 133-144, 1973

Não são, portanto, mercadorias, os bens **imóveis**. A incidência, aí, é do imposto de transmissão (Emenda Constitucional n. 1, art. 23, I). Móveis são os bens suscetíveis de movimento próprio, ou de remoção por força alheia (Cód. Civil, art. 47).

São mercadorias os bens móveis destinados à alienação. Não se atende, aí, à intenção do adquirente. Apenas se enuncia o termo da circulação. A coisa consumida, como o vinho e a cerveja bebidos na festa, já não pode circular. Vestidos, livros e tapetes, em poder do usuário final (consumidor, *lato sensu*), já não circulam. Podem, porém, ser repostos em circulação, se ele deci de aliená-los.

A afirmação de que os bens adquiridos para o ativo fixo não são mercadorias, porque não se destinam à alienação (STF, Ag. 54.044-SP, D. J. U. 7/3/72, p. 1.019), é verdadeira quanto ao presente e falsa quanto ao passado. Tais bens não são mercadorias, porque já não circulam. São bens que já se encontram em poder do usuário final, não se destinando a serem vendidos, no futuro. Foram mercadorias, porque foram destinados à alienação, tanto que foram adquiridos. A intenção do consumidor ou usuário final não projeta seus efeitos para trás. Se isso ocorresse, não seria nunca tributável a operação de alienação ao consumidor e o tributo não incidiria sobre a circulação, que é movimento do produtor ao consumidor. O imposto pode incidir sobre os bens destinados ao ativo fixo, porque eles conservam a sua qualidade de móveis, enquanto não forem imobilizados (Cód. Civil, art. 49).

Porque a idéia de circulação implica na de transmissão da propriedade ou da posse, é claro que não são mercadorias as coisas fora de comércio, isto é, as insuscetíveis de apropriação, e as legalmente inalienáveis (Cód. Civil, art. 69). “Ser extra-comércio apenas significa não poder ser objeto de transmissão, salvo lei especial.” (PONTES DE MIRANDA, *Tratado de Direito Privado*, Rio, Borsoi, 1954, t. 2.^o, p. 172)

Nada se oporia a que o **trabalho** fosse considerado mercadoria, porque tem um valor de troca e, às vezes, também um preço de mercado (BATTISTA, Michele. *Merce. II Digesto Italiano*, Torino, Torinese, 1904-11, v. 15, parte segunda, p. 40, n.^o 6). Em nossa Constituição, porém, o trabalho não é mercadoria. Tampouco são mercadorias os serviços, sobre os quais incide o imposto de igual nome (Emenda Constitucional n. 1, art. 24, II). Tampouco são mercadorias os demais bens incorpóreos, como direitos e ações, propriedade intelectual e industrial, fundo de comércio, bem como as energias.

RCGERS, Porto Alegre, 3(7): 133-144, 1973

“As energias (luz, calor, força, frio, som e semelhantes) não são corpóreas, no sentido de coisa corpórea (tal como a concebiam os séculos passados); a electricidade mesma não é tida por corpórea, inclusive a que se guarda no acumulador.” (PONTES DE MIRANDA, *Tratado de Direito Privado*, Rio, Borsoi. 1954, t. 2.º, p. 144)

Somente coisas corpóreas são mercadorias.

Não são mercadorias o dinheiro (moeda presente) e os títulos de crédito (moeda futura).

No princípio, não havia palavras para distinguir mercadoria e preço, porque predominava a troca. “Cada um, segundo as necessidades do momento e das circunstâncias, trocava o que lhe era inútil pelo que necessitava, pois acontecia ter a gente em excesso o que a outrem fazia falta. Como, porém, nem sempre coincidia possuísse um exatamente o por outro desejado e, reciprocamente, pudesse o primeiro oferecer o que estivesse o segundo disposto a aceitar, escolheu-se matéria cujo valor legal e perpétuo obviasse as dificuldades da troca *in natura*, pela igualdade de quantidade. Esta matéria, marcada de cunho público, tirou seu uso e poder, não tanto da sua substância, quanto da sua quantidade. Desde então já não se chamaram mais mercadorias ambas as coisas, mas uma somente: a outra passou a chamar-se preço.

Do mesmo modo por que as contingências da ordem econômica ensejaram a moeda presente — a pecúnia ou o dinheiro, contribuíram para que se batesse a moeda futura — o título de crédito, a funcionar com aquela, sua subsidiária e parceira, em busca do mesmo objetivo e no desempenho de idêntico papel financeiro.” (FERREIRA, Waldemar Martins. *Instituições de Direito Comercial*, 5.ª ed., São Paulo, Max Limonad, v. 1.º, t. 1.º, p. 12-4)

Em contraposição às coisas móveis corpóreas com valor intrínseco, denominam-se títulos de crédito os documentos representativos de um valor, que são também coisas móveis corpóreas, mas não constituem mercadorias. (CUCURELLA, Gabriel Avilés & AVILÉS, José Posi de. *Derecho Mercantil*, 3.ª ed., Barcelona, Bosch, 1959, p. 357-8)

RCGERS, Porto Alegre, 3(7): 133-144, 1973

Excetuados, pois, o dinheiro e os títulos de crédito, são mercadorias os bens móveis corpóreos, visionados não estatisticamente, mas em movimento do produtor ao consumidor.

São mercadorias os lubrificantes e combustíveis líquidos e gasosos. Aí, é a incidência do imposto único que exclui a incidência do ICM (Emenda Constitucional n. 1, art. 21 VIII).

Por igual razão, não incide o ICM sobre os minerais enumerados em Lei (Emenda Constitucional n. 1, art. 21, IX). Incide, porém sobre os minerais industrializados (ERE 69.825-RS, D. J. U., 30/3/73, p. 1.921), tais como tijolos e telhas (STF RE 74.361-AM, D. J. U. 21/12/72, p. 8.779; RE 74.110-PR, D. J. U., 23/2/73, p. 901; RE 75.559-RS, D. J. U., p. 1.704; RE 75.880-RS, D. J. U., 13/4/73, p. 2.393; RE 75.806-SC e 75.812-PR, D. J. U., 13/4/73, p. 2.393), mármore (STF, RE 75.201-PE, D. J. U., 11/12/72, p. 8.402) e granito beneficiados (STF, RE 69.825-RS, D. J. U., 10/3/72, p. 1.142), cal virgem ou hidratada (STF, RE 75.867-SP, D. J. U., 13/4/73, p. 2.393; RE 75.878-RS, D. J. U., 13/4/73, p. 2.393; RE 75.366-PR, D. J. U., 4/5/73, p. 2.911).

DJALMA VILELA nega a incidência do tributo na arrematação judicial: a) porque bem penhorado é bem inalienável; b) porque a arrematação é ato de direito público; e c) porque se trata de ato praticado pelo juiz, que não é nem produtor, nem industrial, nem comerciante (VILELA, Djalma de Souza. O ICM nas Arrematações Judiciais e nas Falências. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, 57(390)-58-62, abr. 68).

Não tem razão. A penhora não torna inalienável o bem. Fosse assim, como poderia o juiz aliená-lo? Aliás, a alienação de bem penhorado, ainda que pelo próprio executado, constitui negócio jurídico existente e válido. A alienação apenas não pode ser oposta ao exequente. Trata-se, pois, de mera ineficácia. Tampouco exclui a incidência a natureza pública do ato. Se o vendedor se recusa a entregar a coisa vendida, pode o comprador pedir ao juiz a execução específica, que se efetivará mediante a busca e apreensão da coisa devida (Cód. Proc. Civil, art. 992), seguindo-se o ato satisfativo da entrega. Seria absurdo que a Lei exigisse o imposto, no caso de cumprimento espontâneo da obrigação, e não o exigisse do vendedor inadimplente! Também é irrelevante que a tradição se efetue por ato do juiz, porque, na execução, o juiz adimple em lugar do executado.

O mesmo ocorre na falência.

RCGERS, Porto Alegre, 3(7): 133-144, 1973

Porque o imposto somente incide sobre as operações de circulação de mercadorias promovidas por produtores, industriais e comerciantes (Emenda Constitucional n. 1, art. 23, II), o estudo do fato gerador do ICM deve ser completado com o do sujeito passivo da obrigação tributária, o que ficará para outra oportunidade.

(*) Tese apresentada ao V Congresso Nacional de Procuradores de Estado, realizado na cidade de Caxias do Sul - RS., nos dias 14, 15, 16, 17 e 18 de outubro de 1973.