

VOTO EM SEPARADO

Pedimos vista do processo a fim de poder estudá-lo e melhor compreender a posição do i. Relator.

Em dois casos afins, fora de qualquer dúvida, na conferência dos bens, não cabe o recolhimento do ICM: 1 — Conferência para fusão de empresas em que a nova organização assume o ativo, o passivo, os direitos e deveres inclusive dos impostos; 2 — Na sucessão, em que os direitos e deveres são assumidos, podendo ainda a sucessora utilizar-se dos livros fiscais em uso pela sucedida.

No caso presente a empresa conferente dos bens o fez de uma de suas seções, que não tinha existência como pessoa jurídica, pois, pertencia ao todo que era a empresa, da qual foi extraída uma parte de suas máquinas, suas matérias-primas e alguns produtos em elaboração, para, na forma do que se conveniou chamar de conferência de bens, efetuar o pagamento de sua subscrição ao capital da nova empresa.

Mesmo se afirmando que não houve saída física desses materiais, parece-nos que, fora de qualquer dúvida, houve uma saída econômica; mas mesmo assim considero ainda que juridicamente essa saída física foi promovida, tendo em vista que a primeira empresa tem como endereço a Av. Presidente Wilson, enquanto a nova empresa foi constituída tendo como endereço a Av. do Estado. Pela leitura do processo a autuada afirma que esses dois endereços pertencem ao mesmo imóvel, daí considerar que não havendo uma saída física, houve no sentido jurídico e, indubitavelmente, no sentido econômico.

Entretanto, considerando que à época dos fatos a Secretaria da Fazenda considerava legal a operação como foi executada; considerando ainda, que tendo sido autuada a nova empresa, houve por bem este Tribunal dar-lhe ganho de causa para julgar a operação legítima, "in casu" voto com o i. Relator, pela conclusão.

Sala das Sessões, em 3 de agosto de 1983.

a) William Eid.

VOTO EM SEPARADO

1. Conforme colocou a autuada, trata-se de saber se a "conferência de bens móveis ao capital de sociedades, como forma de integralização da parcela subscrita na constituição do mesmo, sem que haja movimentação física dos bens referidos, pode ou não ser considerada como uma "operação relativa à circulação de mercadorias". Sustenta a negativa com apoio no pare-

cer do saudoso Rubens Gomes de Souza, "in" RDA n.º 90, págs. 427/437 e na resposta à Consulta n.º 8.954.

2. De seu turno, a Fiscalização assevera que há incidência, citando as respostas da CT às Consultas n.ºs 10.789 e 11.931.

3. Requeri vista, porque ao longo do processo são mencionadas as respostas às seguintes Consultas: n.ºs 3.791, 10.789 e 11.931, da lavra do Dr. José Roberto Mello, no sentido da incidência do ICM; n.ºs 8.954 e 12.938, da lavra do Dr. Ademar José Potiens, no sentido da não-incidência do ICM. Estas duas respostas foram publicadas no Boletim Tributário págs. 291 e 743, respectivamente.

4. Estou em que pode haver incidência do ICM sem saída física, como na hipótese da fabricação de ferromental que permanece em poder do respectivo fabricante (cf. resposta à Consulta n.º 998/83 publicada no Boletim Tributário n.º 245, págs. 892/895 e não-incidência com a ocorrência de saída física como no caso de mudança de estabelecimento.

5. De outro lado, a Consultoria Tributária respondeu que há incidência do ICM no caso de "fusão" dos estabelecimentos matriz e filial, antes divididas por parede, embora sem a movimentação física (cf. Boletim Tributário, pág. 684).

6. "Data venia", estou em que a melhor interpretação se encontra nas respostas às Consultas n.ºs 8.954 e 12.938. Há transmissão da propriedade, mas não há ocorrência do fato gerador previsto na legislação do ICM. Respondi à Consulta n.º 10.968 (cf. Boletim Tributário págs. 426/427), no caso de venda de estabelecimento e concluí pela não-incidência, escrevendo: "Correta a interpretação da consulente, por isso que, inexistindo saída da mercadoria, nem se caracterizando 'in casu' qualquer das chamadas saídas fictas indicadas no art. 2.º do RICM, força é concluir que não há incidência sobre a venda de estabelecimento".

7. Finalmente, entendo menos exata a assertiva fiscal de fls., no sentido de que, tendo a autuada se creditado por ocasião da entrada das matérias-primas e outros bens, a falta de estorno equivale a "lucro extra auferido indevidamente em prejuízo do Erário do Estado". A nova sociedade "in casu", começou a operar sem crédito nenhum. Ora, se a empresa efetuasse o estorno e a nova firma não se creditasse, o prejuízo seria dos Contribuintes e não do Erário. A tese da incidência sustentada pela Fiscalização seria menos onerosa, porque a empresa lançaria o débito, mas em compensação a outra aproveitaria o crédito.

Esta razão, ensejar o aproveitamento do crédito pela nova sociedade, talvez tenha inspirado a resposta à Consulta n.º 12.177, publicada no Boletim Tributário n.º 151, págs. 671/672.

8. Ainda que se admita, como a autuada, tenha havido mudança de orientação, estou em que "in casu" bem decidiu o i. Relator, cujo voto, com a devida vênia, subscrevo.

Sala das Sessões, em 29 de agosto de 1983.

a) Álvaro Reis Laranjeira.

VOTO EM SEPRADO

1. Discute-se neste autos se a conferência de bens móveis e mercadorias ao capital de sociedades, como forma de sua integralização, sem que haja movimentação física dos bens referidos, pode ou não ser considerada como uma "operação relativa à circulação de mercadorias".

Solicitei vista dos autos para formular e fundamentar meu voto.

2. A tese fazendária procura sustentar que houve circulação de mercadoria em seu sentido econômico e jurídico. Teria havido circulação jurídica, na medida em que é indiscutível nos autos a transmissão da propriedade dos bens.

Por outro lado, com razões que o tempo não manteve, o parecer do grande tributarista Rubens Gomes de Souza, invocado pela recorrente, não mais encontra adeptos na moderna doutrina. Disse o mestre: "Por ora, pode-se resumir dizendo que o fato gerador do ICM é a saída física da mercadoria do estabelecimento comercial, industrial ou produtor, sendo irrelevante o título jurídico de que tal saída decorra, e bem assim o fato desse título envolver ou não uma transmissão da propriedade".

3. Em precioso estudo, Hamilton Dias de Souza demonstra a insuficiência de tais teorias, na aplicação do fato gerador do ICM em relação à tese da saída física.

Em relação à tese da transmissão da propriedade, por exemplo na saída matriz-filial, apresenta o gravíssimo inconveniente de "não permitir a arrecadação do ICM nos Estados onde ocorrem os fatos materiais que identificam a circulação física das mercadorias". ("O Fato Gerador do ICM" — em Caderno de Pesquisas Tributárias n.º 3 — coord. Ives Gandra da Silva Martins — ed. Resenha Tributária 1978, pág. 238).

4. No quanto interessa à questão posta nestes autos, convém veri-