

Instituto Mackenzie
Biblioteca George Alexander
Direito

REVISTA DE DIREITO MERCANTIL INDUSTRIAL, ECONÔMICO E FINANCEIRO

Publicação do
Instituto Brasileiro de Direito Comercial Comparado
e Biblioteca Tullio Ascarelli
e do Instituto de Direito Econômico e Financeiro,
respectivamente anexos aos
Departamentos de Direito Comercial e de
Direito Econômico e Financeiro da
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Edição da
Editora Revista dos Tribunais Ltda.

REVISTA DE DIREITO MERCANTIL INDUSTRIAL, ECONÔMICO E FINANCEIRO

Fundador:

WALDEMAR FERREIRA

Diretor:

PHILOMENO J. DA COSTA

Diretor Executivo:

FÁBIO KONDER COMPARATO

Coordenador:

WALDÍRIO BULGARELLI

Redatores:

ANTONIO MARTIN, CARLOS ALBERTO SENATORE, HAROLDO M. VERÇOSA, JOSÉ ALEXANDRE TAVARES GUERREIRO, MAURO DELPHIM DE MORAES, MAURO RODRIGUES PENTEADO, NEWTON DE LUCCA, NEWTON SILVEIRA, PAULO SALVADOR FRONTINI, RACHEL SZTAJN, VERA HELENA DE MELLO FRANCO.

Serviços gráficos: Editora Parma Ltda., Av. Antonio Bardella, 280
- CEP 07220-020 - Guarulhos, SP, Brasil.

Edição e distribuição da

EDITORA 
REVISTA DOS TRIBUNAIS

Rua Conde do Pinhal, 78 — Caixa Postal 678
Tel. (011) 607-2433 Fax (011) 607-5802
CEP 01501-060 - São Paulo, SP, Brasil

SUMÁRIO

DOCTRINA

- **Do regime legal das operações realizadas no mercado de câmbio** — Arnoldo Wald 5
- **Banco Central: questões jurídico-políticas na Constituição de 1988** — Luis Fernando Schuartz 36
- **“Capital requirements and the Brazilian banking system”** — Paulo de Lorenzo Messina 49
- **Construção e operação do gasoduto para importação do gás boliviano: o exercício do monopólio do gás pela União** — Luiz Gastão Paes de Barros Leães 70
- **O preço de emissão das ações em aumento de capital** — José Mário Bimbato 81

ATUALIDADES

- **As licitações e contratos públicos: algumas anotações à Lei 8.666** — João Luiz Coelho da Rocha 95
- **Quotas de fundos imobiliários — Novo valor mobiliário** — Rachel Sztajn 104
- **O ICMS e a transferência interestadual de bens do ativo fixo** — Luiz Antonio Mattos Pimenta Araújo 109

JURISPRUDÊNCIA

- **Sociedade Anônima — Assembléia geral extraordinária de debêntures — Emissão — Conversão em ações preferenciais com e sem direito de voto — Direito de recesso dos acionistas minoritários** — José Alexandre Tavares Guerreiro 114

NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

- **As recentes mutações do sistema bancário francês, Jean Thibaud, advogado em Paris** — Arnoldo Wald 123
- **“Droit privé allemand, 1, Actes juridiques, droits subjectifs”, Claude Witz — (BGB, Partie générale, Loi sur les conditions générales d'affaires)** — Arnoldo Wald 125
- **O Direito na década de 1990: novos aspectos** — André Tunc..... 127

CURRICULUM DOS COLABORADORES DESTE NÚMERO:

ANDRÉ TUNC

Professor de Direito da Universidade de Paris I (Panthéon-Sorbonne)

ARNOLDO WALD

Advogado no Rio de Janeiro e em São Paulo; Professor Catedrático de Direito Civil da UERJ

JOÃO LUIZ COELHO DA ROCHA

Advogado

JOSÉ ALEXANDRE TAVARES GUERREIRO

Professor Assistente e Doutor de Direito Comercial da Faculdade de Direito da USP; Advogado em São Paulo e Brasília

JOSÉ MÁRIO BIMBATO

Mestre em Direito pela Universidade de Yale (EUA); Procurador do Estado do Rio de Janeiro

LUIS FERNANDO SCHUARTZ

Mestre em Direito pela Johann-Wolfgang-Goethe Universität (Frankfurt am Main); Monitor da Cadeira de Teoria Geral do Direito da Faculdade de Direito da USP

LUIZ ANTONIO MATTOS PIMENTA ARAÚJO

Professor Doutor de Legislação Tributária da Faculdade de Direito da USP

LUIZ GASTÃO PAES DE BARROS LEÃES

Professor titular de Direito Comercial da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

PAULO DE LORENZO MESSINA

Advogado

RACHEL SZTAJN

Professora livre-docente de Direito Comercial da Faculdade de Direito da USP; Advogada em São Paulo

ATUALIDADES

O ICMS E A TRANSFERÊNCIA INTERESTADUAL DE BENS DO ATIVO FIXO

LUIZ ANTONIO MATTOS PIMENTA ARAÚJO

1. O presente artigo versa sobre a autuação, pela Fazenda do Estado de São Paulo, das empresas que transferem bens de seu ativo fixo para filiais em outros Estados.

A LEGISLAÇÃO ANTERIOR

2. Tal problemática (transferência de bem do ativo imobilizado para estabelecimento da própria empresa) se mostra recente no âmbito das discussões relativas ao ICMS, isto porque, até bem pouco tempo, tais operações não eram tributadas pelo ICMS, tendo em vista a existência de isenção prevista no Regulamento do Imposto de Circulação de Mercadorias (RICM), (Dec. 17.727, de 27.9.81), (art. 5.º, XXX).

3. Como dito, de há muito que não era exigido imposto nessas hipóteses, praticamente desde a criação do ICM. De fato, a isenção respectiva vinha sendo de maneira sistemática objeto de Convênios entre os Estados-Membros, sendo que o último deles fora o de 1/75, onde a previsão constava da cláusula 1.ª, inc. III, letra c, reproduzida no último RICM.

4. Resumindo, a doutrina tinha (e ainda segue tendo) a transferência de bem integrante do ativo fixo de uma empresa como caso de não incidência, uma vez que não considerava (e tampouco continua considerando) como mercadoria e muito menos via (e ainda hoje não vê) essa transferência como circulação eco-

nômica. Em termos de RICM, como visto, essa não incidência foi incorporada como sendo uma isenção.

A LEGISLAÇÃO ATUAL

5. Ocorre que, com a promulgação da atual Constituição Federal, em 5.10.88, restou previsto no art. 41, do ADCT quanto segue:

“Os Poderes Executivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios reavaliarão todos os incentivos fiscais de natureza setorial ora em vigor, propondo aos Poderes Legislativos respectivos as medidas cabíveis.

§ 1.º. Considerar-se-ão revogados após 2 anos, a partir da data de promulgação da Constituição, os incentivos que não forem confirmados por lei.

.....
§ 3.º. Os incentivos concedidos por convênio entre Estados, celebrados nos termos do art. 23, § 6.º, da Constituição de 1967, com redação da Emenda 1, de 17.10.69, também deverão ser reavaliados e reconfirmados nos prazos deste artigo”.

6. Nesse diapasão, em 13.9.90, foi celebrado Convênio, de 60/90, que estabeleceu o seguinte:

“Cláusula 1.ª. As isenções, incentivos e benefícios fiscais concedidos anteriormente a 5.10.88, não reconfirmados pelos Convênios ICMS 30 a 59/90, de 13.9.90, estarão revogados a partir de 5.10.90”.

Vale ressaltar que existe o Comunicado CAT 42, de 29.10.90, orientando a atividade fiscalizadora neste sentido.

7. Com base nesse entendimento o fisco estadual, a partir de 5.10.90, passou a tributar as transferências de ativo fixo para estabelecimento do mesmo titular. Todavia, este benefício, como foi dito, já tradicional na disciplina do imposto, apareceu novamente, de forma parcial, em função de Convênio celebrado em 12.12.90, de 70/90, principalmente porque se apresenta injusta a tributação nessas hipóteses, e acarreta inúmeros problemas práticos. O texto do convênio é claro, a saber:

“Cláusula 1.ª. Ficam isentas as operações internas de saídas:

I — entre estabelecimentos de uma mesma empresa, de bens integrados ao ativo imobilizado e produtos que tenham sido adquiridos de terceiros e não sejam utilizados para a comercialização ou para integrar um novo produto, ou, ainda, consumidos no respectivo processo de industrialização”.

8. Muito embora o benefício tenha sido parcialmente reeditado, na medida em que as operações interestaduais foram excluídas de sua abrangência, certamente houve o entendimento (implícito) de que nessas operações o imposto não deveria ser mesmo exigido.

9. No Regulamento do ICMS (RICM), aprovado pelo Dec. 33.118, de 14.3.91, por força do disposto no art. 8.º, as isenções foram listadas no Anexo I, onde se reproduz na Tabela II, item 35, o teor da convenção supracitada. Assim, ficaram a descoberto as operações interestaduais de transferência de bens do ativo fixo para estabelecimento do mesmo titular.

10. Todavia, as transferências de bens do ativo imobilizado para outros estabelecimentos do mesmo titular, sejam eles situados no mesmo ou noutros Estados da Federação (operações internas ou interestaduais), constituem-se em fatos contidos no campo da não incidên-

cia, isto porque não se configuram, na espécie, os elementos da hipótese de incidência do imposto, o ICMS.

A POSIÇÃO DA DOUTRINA

11. A doutrina e, em especial, o emérito Juiz do Tribunal de Impostos e Taxas do Estado de São Paulo, Dr. Ylves José de Miranda Guimarães, já há muito tempo apontava, na vigência do anterior RICM, que:

“... claudica, em alguns casos, de precisa configuração jurídica. Assim, a nosso ver, constituem casos típicos de não incidência:

a) as saídas de bens integrados ao ativo fixo de um estabelecimento com destino a outro pertencente ao mesmo titular, previstas no inc. XXXIV. Evidentemente a saída destes bens, pela sua natureza e pelo seu destino, não constituem fato gerador do ICM. Realmente, os bens integrados no ativo fixo não constituem mercadoria, como coisa posta no giro mercantil. Por sua vez, a destinação destes bens pertencentes a estabelecimentos, embora diferentes, de um mesmo titular, vale dizer, de uma mesma empresa, ou seja, de um só sujeito passivo, não caracteriza também fato coletável, pela inexistência de mudança de titularidade, não constituindo conseqüentemente operação de circulação de mercadoria e sim mera saída física ou movimentação do mesmo bem”, (*ICM — Análise e Princípios Estruturais*, Ed. LTr, S. Paulo, 1976, pp. 105-106).

12. A Constituição Federal, no art. 155, é clara ao prever que compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir imposto sobre: “operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior”.

13. Ora, no caso concreto não há se falar em mercadoria. Segundo Walter

Gaspar, in *ICMS Comentado*, “mercadoria no contexto da Lei Tributária instituidora do ICMS significa o objeto ou bem produzido ou adquirido com a finalidade de venda ou revenda” (Ob. cit., Rio, Ed. Liber Juris, 1990, p. 18).

14. Nesse sentido, transcreve-se lição do Prof. Ives Gandra da Silva Martins, suficiente para espantar eventual dúvida sobre a matéria discutida, qual seja:

“Mercadoria é, portanto, aquele bem destinado ou destinável ao comércio e que não se confunde com o bem próprio, indistinguível a operações mercantis. Mercadoria não se confunde, portanto, com bem de capital ou aquele bem de uso e disponibilidade próprios, o qual seu titular não deseja negociar.

Um comerciante ou industrial pode possuir bens, que sejam ou não mercadorias, na exata medida em que sua destinação fique caracterizada. Um fabricante de móveis, que possua móveis no seu ativo fixo e no estoque, tem ao mesmo tempo, móveis que são mercadorias e móveis que não o são” (*Curso de Direito Tributário*, S. Paulo, Saraiva, CEEU, 1992, p. 298).

15. No caso em espécie a cadeia econômica da mercadoria rumo ao consumidor final já se completou, sendo que o imposto foi devidamente recolhido naquela ocasião. Não existe uma operação de circulação de mercadoria. O bem encontra-se no ativo imobilizado de empresa que o desloca de um estabelecimento para outro, para atender necessidade de produção. O bem transferido não integra de qualquer forma o produto fabricado pela empresa, nem tampouco é consumido no processo de produção, pelo contrário, faz parte de seus meios de produção. Aliás, não existe a necessária mudança de titularidade nas operações em apreço ou, ainda, inexistente circulação econômica do bem.

16. Ademais, ao tempo da Constituição Federal de 1969, o E. STF, nas questões de importação de bens de capital, editou a Súmula 570, cujos

termos a seguir são reproduzidos: “O imposto de circulação de mercadorias não incide sobre a importação de bens de capital”.

17. Ora, na aquisição de bens de capital, ainda segundo o Prof. Ives Gandra da Silva Martins, “ocorrendo a tradição mercantil fora do País, no momento de sua entrada nos limites da soberania das leis nacionais, já seriam tais bens da titularidade do importador, que os utilizaria como bens de capital”. Ou seja, parte-se do pressuposto de que bens de capital não são mercadorias (Idem, pp. 298 e 299).

18. Muito embora a discussão em torno da tributação na entrada de bens de capital provenientes de importação tenha perdido relevância em face da promulgação da Nova Constituição Federal, que ampliou o campo de incidência do novo imposto especificamente nesses casos, houve praticamente o reconhecimento, a nível constitucional, de que bens integrados ao ativo fixo não são mercadorias. Nesse passo, a Lei Maior, a par de ter definido o núcleo da hipótese de incidência do ICMS no art. 155, inc. II, estabelece no § 2.º, inc. IX, letra *a* do mesmo artigo, que o aludido imposto incidirá também: “sobre a entrada da mercadoria importada do exterior, ainda quando se tratar de bem destinado *a consumo ou ativo fixo* do estabelecimento, assim como sobre serviço prestado no exterior, cabendo o imposto ao Estado onde estiver situado o estabelecimento destinatário da mercadoria ou do serviço” (grifos nossos).

19. Válido realçar que se ampliou o núcleo de incidência do imposto versado mas, é oportuno ressaltar também, que tal acréscimo de abrangência impositiva não descaracteriza a posição doutrinária anteriormente exposta, antes a reforça, eis que passou a atingir bem destinado a consumo ou ativo fixo o que significa tributar a importação de equipamentos importados para integrar o ativo fixo de uma empresa. Portanto, um equipamen-

to adquirido no mercado interno ou externo para integrar o ativo fixo de uma empresa, paga o ICMS sobre esse bem, independentemente do fato de vir a ser ativado, ou não.

20. Descaracterizou-se a não incidência em razão da destinação dos bens porém, é preciso deixar claro, o fato de se tributar agora a aquisição de bem (equipamento) para ativo fixo não o torna mercadoria (eis que não é destinado à venda) mas, reforça o ponto de vista doutrinário que a transferência de bem do ativo fixo de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte, não importa se localizado neste ou em outro Estado, não implica em considerá-lo mercadoria e, muito menos, em ter havido circulação econômica, estes sim, pressupostos fáticos da ocorrência do fato gerador do ICMS.

21. Fundamental é destacar que bem de capital não tem a mesma acepção em economia e em direito porém, *in casu*, o sentido jurídico tributário não discrepa, antes roborava o conceito econômico. Economicamente, capital designa elementos reais que colaboram na produção de bens e serviços. Juridicamente, bem de capital é tido como um bem qualquer (móvel ou imóvel) que integra o capital de uma pessoa jurídica, donde a expressão jurídico-contábil “ativação”, significando tratar-se de bem que não se destina à venda; que não integra o ativo circulante; que não constitui objeto de comércio conforme enunciado em seu contrato social. Daí toda consideração doutrinária de não se tratar de mercadoria.

22. Igualmente importante é enfatizar que não há se falar em circulação econômica porque, em não se tratando de mercadoria mas, de equipamento do ativo fixo que é transferido de território paulista para a filial em outro Estado, impossível alegar que “houve mudança de etapa no processo de circulação da mercadoria” no dizer do saudoso Prof. Rubens Gomes de Souza, já que de mercadoria não se trata e tampouco saiu

da propriedade do contribuinte. Circulação física de bem não é fato gerador tanto do antigo ICM quanto do atual ICMS pois, se o fosse, pagar-se-ia imposto pelo roubo de mercadoria!

23. Ultimando a correta colocação da questão, mais dois pontos devem ser abordados. Primeiro, uma citação de Paul Samuelson, Prêmio Nobel de Economia, que é de se trazer à colação:

“Investimento líquido, ou criação de capital, é o aumento líquido do capital real da comunidade (equipamentos, edifícios, estoque de mercadorias etc). Enquanto os leigos falam de investimento quando adquirem um terreno, umas ações ou qualquer título de propriedade, para os economistas, ao contrário, tudo isto não é senão mera transferência, onde um investe, outro saca. Tecnicamente, só há investimento líquido quando se cria um novo capital real... Assim, pois, temos que a poupança e o investimento são feitos por diferentes pessoas e por razões distintas entre si. A criação líquida de capital é realizada principalmente pelas empresas, e sua quantidade varia enormemente de um ano ao outro, de uma década a outra” (*Curso de Economia Moderna*, 16.^a ed., Madrid, Aguilar, 1968, p. 239).

24. O sentido da citação retro é explicitar que, *in casu*, não se pode falar em circulação econômica e tampouco em investimento efetivo para criação real de capital mas, de mera transferência de equipamento do mesmo contribuinte de um para outro estabelecimento situado noutro Estado. Logo, não se trata, perdoe-se a reiteração, de mercadoria e tampouco de circulação econômica, donde não se poder aludir, seja economicamente, em investimento, seja juridicamente, em ocorrência do fato gerador do ICMS. Tanto econômica quanto juridicamente se trata de um *non sense*.

25. O segundo ponto a ser tratado, é que a circunstância da anterior legislação enquadra o fato como uma isenção, em realidade e como já afirmado, não torna uma não incidência em isenção ou

benefício fiscal. Este é instituto de Direito Financeiro e pode significar tanto uma não tributação (isenção), como redução na tributação de um ou vários impostos ou, ainda, crédito fiscal etc. Isenção é instituto de Direito Tributário, significando uma exclusão do crédito tributário (v. CTN, arts. 175, 179), enquanto não incidência é fato ou situação de fato não incluída na área da incidência tributária. Sobre o tema, a distinção entre “não incidência, imunidade e isenção”, há se conferir o artigo do Prof. Walter Barbosa Corrêa que há 30 anos clareou o debate (*RT* 335/37).

26. Esta pontualização se destina a espancar eventual dúvida de que as disposições da legislação citada, mormente, o art. 5.º, XXX do RICM (v. item 2 retro), o art. 41 do ADCT (v. item 5, supra) e a cláusula 1.ª do Convênio 60/90 (v. item 6, anterior), mesmo aludindo a isenções, incentivos e benefícios fiscais, não tem o condão de transformar em qualquer desses institutos uma clara e inofismável situação de não incidência.

DECISÃO DO TIT

27. Neste sentido, o próprio Tribunal de Impostos e Taxas do Estado de São Paulo (TIT), em recentes decisões, tem dado ganho de causa ao contribuinte, reconhecendo a improcedência da cobrança do imposto sobre a circulação física, internamente ou entre Estados.

28. Vale destacar a decisão proferida pelo TIT, no julgamento de recurso interposto, em caso semelhante, contra decisão monocrática que manteve a multa aplicada pelo fisco estadual — relativa à transferência para estabelecimento do mesmo titular situado em outro Estado de bem de ativo imobilizado, reconhecendo a improcedência do auto de infração — por entender, conforme a melhor doutrina, que a mera circulação física não é hipótese de incidência do ICMS.

29. Cita-se o voto proferido pelo Juiz Carlos Eduardo Duprat que, no mencionado julgamento, com acerto, distinguiu circulação econômica da circulação física:

“A matéria em foco nestes autos, qual seja, a transferência interestadual de um bem do ativo imobilizado, tem gerado, realmente, bastante controvérsia.

...

Estariam estes bens dentro do campo de incidência? A isenção então concedida e aceita pacificamente estaria correta? Não seria um caso de não incidência confundido com uma isenção? A discussão em torno deste assunto se me afigura perfeitamente válida. Ainda que, a princípio, tenha seguido a orientação no sentido pretendido pelo Fisco, qual seja, o da tributabilidade das operações em causa, melhor examinando o assunto, chego à conclusão de que, de fato, a saída destes bens, pela sua natureza e seu destino, não constituem fato gerador do ICMS, por isso que não constituem mercadoria, e sua saída é meramente circulação física ou movimento do mesmo bem, sem qualquer conteúdo econômico. Sua saída, assim, interna ou mesmo interestadual não está sujeita ao tributo em causa. Não se trata de uma isenção, como admitida por um largo espaço de tempo, mas sim de uma operação com as características de não incidência do tributo.

Com base nestas resumidas considerações e considerando que a operação realizada está cercada das características da não tributabilidade, é o meu voto pelo provimento do recurso de fls”. (Processo DRT-1-9.335/91).

CONCLUSÃO

30. Em conclusão, não há se falar na tributação pelo ICMS das operações de transferência de bens do ativo imobilizado para estabelecimento de mesmo titular, ainda que situado em outro Estado da Federação.