

PROCESSO	- A.I. Nº 299314.0016/01-3
RECORRENTE	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO	- WHITE MARTINS DE CAMAÇARI SOCIEDADE ANÔNIMA
RECURSO	- RECURSO DE OFÍCIO - Acórdão 1ª JJF nº 0274-01/02.
ORIGEM	- INFAS CAMAÇARI
INTERNET	- 10.12.02

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0418-12/02

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. ATIVO IMOBILIZADO INCORPORADO SEM REDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO NA OPERAÇÃO ANTERIOR DE DESINCORPORAÇÃO. Não há incidência do ICMS na operação de cisão, em que os bens da empresa cindida integrem uma nova empresa, em que haja continuidade das operações. O tratamento dado, equivalente à operação de transferência de mercadorias não causou prejuízo à Fazenda Pública Estadual. Infração descaracterizada. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício interposto pela Fazenda Pública Estadual contra Decisão da 1ª Junta de Julgamento Fiscal que houvera julgado improcedente o Auto de Infração nº. 299314.0016/01-3, exigindo pagamento de imposto no valor de R\$3.799.511,19, em decorrência de utilização indevida de créditos fiscais de ICMS na incorporação de bens do ativo imobilizado anteriormente adquiridos por parte do contribuinte sem que o mesmo tivesse aplicado a redução da base de cálculo de bens adquiridos com menos de um ano e tributado os mesmos bens com mais de um ano de uso.

A 1ª JJF entendeu que, em verdade, no caso ora comentado, não houve uma desincorporação de ativos e consequente incorporação dos mesmos ao ativo imobilizado do contribuinte. Justificou sua conclusão afirmando que o fato jurídico descrito nos autos se constitui em hipótese de não incidência do imposto, em conformidade com o art. 6º, XI, “b”, do RICMS/97, por se adequar ao conceito de transformação.

O citado dispositivo disciplina que não incide ICMS nas transmissão de propriedade de estabelecimento industrial, comercial ou de outra espécie, havendo continuidade das atividades do estabelecimento pelo novo titular, inclusive nas hipóteses de transferência; e em caso de sucessão “inter-vivos”, tais como venda de estabelecimento ou fundo de comércio, transformação, incorporação, fusão ou cisão.

Segundo a Decisão Recorrida, o fato jurídico também pode ser caracterizado como uma cisão, definida no art. 229 da Lei nº 6.404 (Sociedades Anônimas), pois se trata de “operação pela qual a companhia transfere parcelas do seu patrimônio para uma ou mais sociedades, constituídas para esse fim, ou já existentes, extinguindo-se a companhia cindida, se houver versão de todo o patrimônio, e dividindo-se o seu capital, se parcial versão”.

Assim é porque o aumento da demanda de gases industriais deu origem a motivos para a criação de uma nova empresa, “White Martins de Camaçari Sociedade Anônima” a partir do parque

industrial já instalado da WMGINE, sendo esta extinta posteriormente. De forma que os ativos imobilizados foram integralizados em ações na empresa constituída, e os bens do ativo adquiridos na fase inicial de ampliação decorreram da empresa extinta para a empresa nova. Os fatos descritos se fundamentam em documentações acostadas aos autos.

Daí, a Decisão Recorrida passou a esmiuçar a repercussão tributária no caso em lide. Disse que antes de 01/11/96 o ICMS incidia na aquisição de ativos decorrentes de operações internas e interestadual à alíquota cheia, sem direito aos respectivos créditos.

Com a LC nº 87/96, por sua vez, o ICMS sobre ativos passou a dar direitos a crédito fiscal. No caso de desincorporação com menos de um ano, havia uma redução da base de cálculo de 95% e anulação do crédito; com mais de um ano, não havia tributação nem crédito a não ser no caso de o bem ser depreciado em cinco anos e aplicado na produção de mercadoria tributadas pelo ICMS, situação na qual o Estado suportaria o crédito.

Após entender que os bens do ativo da WMGINE foram transferidos para a WM Camaçari S.A, e, nesta operação, tais bens continuaram sendo utilizados na produção de mercadorias tributadas da mesma forma que antes, tal operação deveria ser desonerada, mas tendo sido o imposto destacado e lançado, cabe interpretar os fatos à luz do princípio da não-cumulatividade e do não prejuízo ao Estado.

A WMGINE efetuou Denúncia Espontânea em 13/07/01 com pedido de parcelamento de débito constante das Notas Fiscais nºs 2477 e 2481, ambas referentes a transferência de ativos para a WM Camaçari S.A., na qual se considerou a base de cálculo sem redução, fato que demonstra a boafé da empresa. Entretanto, de acordo com o já descrito, não se aplica a disciplina tributária da desincorporação, mas sim da movimentação de ativos de uma empresa para outra, cujos titulares são os mesmos donos da empresa extinta, muito embora a empresa anterior tenha se extinguido. Se assim é, aplicou a regra do art. 56, I, sobre transferência de mercadorias pertencentes ao mesmo titular – o valor da operação – combinado com o art. 2º, I, do RICMS/97.

Do exposto, embora sendo um caso de não incidência do imposto, o contribuinte recolheu o imposto na base de cálculo correspondente ao valor do custo histórico corrigido, sendo que o mesmo valor que foi pago pela WMGINE gerou crédito idêntico a nova empresa WM Camaçari S.A, logo, o débito se equiparou ao crédito suportado pelo Estado, não gerando prejuízos ao erário.

VOTO

Concordo com o raciocínio desenvolvido da Decisão Recorrida, porque preserva o equilíbrio obrigacional entre as partes, tanto sob o fundamento do princípio da não-cumulatividade, protetor do contribuinte, quanto sob o fundamento do não prejuízo ao Estado, protetor do fisco.

De acordo com os elementos processuais, tem-se o seguinte fato jurídico: diante do aumento da demanda de gases industriais, houve a criação da empresa “White Martins de Camaçari Sociedade Anônima” a partir do parque industrial já instalado da WMGINE, sendo esta extinta posteriormente. Os ativos imobilizados foram integralizados em ações na empresa constituída e os bens do ativo adquirido na fase inicial de ampliação decorreram da empresa extinta para a empresa nova. No mais, tudo se manteve como antes, as atividades comerciais, o estabelecimento comercial e os mesmos sócios da antiga empresa.

A aplicabilidade de norma impositiva do tributo aos fatos jurídicos relacionados a essa transição deve levar em conta, primeiramente, à definição do fenômeno jurídico anteriormente descrito. Daí se trazer a lume o art. 6º, XI, “b”, do RICMS/97. Esse dispositivo informa que não incide ICMS na transmissão de propriedade de estabelecimento industrial, comercial ou de outra espécie, havendo continuidade das atividades do estabelecimento pelo novo titular, inclusive nas hipóteses de transferência; **e em caso de sucessão “inter-vivos”, tais como venda de estabelecimento ou fundo de comércio, transformação, incorporação, fusão ou cisão.**

Transformação, incorporação, fusão e cisão são conceitos jurídicos pertinentes ao ramo do direito comercial e lá aonde se encontra o significado de tais conceitos. Então, dispõe o art. 229, da Lei nº 6.404 (Sociedades Anônimas), que cisão é a “operação pela qual a companhia transfere parcelas do seu patrimônio para uma ou mais sociedades, constituídas para esse fim, ou já existentes, extinguindo-se a companhia cindida, se houver versão de todo o patrimônio, e dividindo-se o seu capital, se parcial versão”.

Verifica-se, por isso, que a situação fática emergente dos autos se subsume ao conceito jurídico de cisão, uma vez que houve transferência do patrimônio da empresa extinta, WMGINE, para a nova empresa, WM Camaçari S.A., e como a cisão é hipótese de não incidência do imposto, conforme o citado art. 6º, XI, “b”, do RICMS/97, não haveria que se falar em recolhimento do mesmo.

Porém, esse não foi o procedimento adotado e, diante do ocorrido – destaque e lançamento do imposto - deve se fazer uma interpretação da norma tributária com o objetivo de pacificar a relação obrigacional, ou seja, impedir a não-cumulatividade e a ocorrência de prejuízo ao Estado.

A WMGINE efetuou Denúncia Espontânea em 13/07/01 com pedido de parcelamento do débito constante das Notas Fiscais nºs 2477 e 2481, ambas referentes a transferência de ativos para a WM Camaçari S.A., na qual se considerou a base de cálculo sem redução e deste modo o imposto foi recolhido. O fato demonstra a boa-fé da empresa.

Para corrigir o equívoco, como não houve a desincorporação do ativo, mas sim a sua movimentação de uma empresa para outra, cujos titulares são os mesmos donos da empresa extinta, muito embora a empresa anterior tenha se extinguido, deve-se, portanto, ser aplicada a regra do art. 56, I, combinado com o art. 2º, I, do RICMS/97.

A operação de transferência dos bens da WMGINE para a nova empresa WM Camaçari S.A. foi tributada integralmente, sendo o valor debitado na conta corrente da empresa extinta, valor favorável ao Estado. Mas esse valor corresponde exatamente ao crédito fiscal atribuído a nova empresa, valor desfavorável ao Estado, o qual fica sujeito as regras de desincorporação no prazo de cinco anos, como previsto na legislação tributária que vigorava no período de ocorrência do fato gerador. Portanto, não há prejuízo para o Estado.

Do exposto, embora sendo um caso de não incidência do imposto, o contribuinte recolheu o imposto na base de cálculo correspondente ao valor do custo histórico corrigido, sendo que o mesmo valor que foi pago pela WMGINE gerou crédito idêntico a nova empresa WM Camaçari S.A, logo, o débito se equiparou ao crédito suportado pelo Estado.

Julgo acertada a Decisão Recorrida e, assim, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso apresentado.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2^a Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER o Recurso de Ofício apresentado e homologar a Decisão Recorrida que julgou IMPROCEDENTE o Auto de Infração n.^º 299314.0016/01-3, lavrado contra **WHITE MARTINS DE CAMAÇARI SOCIEDADE ANÔNIMA**.

Sala das Sessões do CONSEF, 20 de Novembro de 2002.

JOSÉ CARLOS BOULHOSA BAQUEIRO - PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

JOSÉ CARLOS BARROS RODEIRO - RELATOR

MARIA HELENA CRUZ BULCÃO - REPR. DA PROFAZ