

CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Acórdão nº 16.644

Sessão do dia 04 de dezembro de 2018.

RECURSO VOLUNTÁRIO Nº 18.460

Recorrente: **GRANDE PARADA PARTICIPAÇÕES EIRELI - ME**

Recorrido: **COORDENADOR DA COORDENADORIA DE REVISÃO E
JULGAMENTO TRIBUTÁRIOS**

Relator: Conselheiro **ABEL MENDES PINHEIRO JUNIOR**

Representante da Fazenda: **RAUL ARARIPE NETO**

**ITBI – INCORPORAÇÃO DE IMÓVEIS EM
REALIZAÇÃO DE CAPITAL SOCIAL – FALTA
DE PROVA DAS REAIS OPERAÇÕES DA
SOCIEDADE**

A falta de prova em relação às reais operações da Recorrente impossibilita analisar se as receitas são operacionais ou não e inerentes à área imobiliária. Recurso voluntário improvido. Decisão unânime.

**IMPOSTO SOBRE A TRANSMISSÃO DE BENS
IMÓVEIS**

R E L A T Ó R I O

Adoto o relatório da Representação da Fazenda, de fls. 68/69, que passa a fazer parte integrante do presente.

“Trata-se de recurso interposto por Grande Parada Participações Eireli – ME contra decisão do Sr. Coordenador da Coordenadoria de Revisão e Julgamento Tributários – F/SUBTF/CRJ que indeferiu a impugnação apresentada contra a Nota de Lançamento nº 392, de 2016, relativa ao ITBI incidente sobre a incorporação, em realização de capital, do imóvel situado na Rua Almirante Guilhem, nº 317, ap. 202, Leblon, inscrito sob o nº 0719946-6.

Anteriormente, a Empresa, por meio do processo nº 04/450537/2014, solicitou o reconhecimento da não incidência do ITBI. O pedido foi deferido sob condição de posterior verificação da atividade preponderante.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Acórdão nº 16.644

Em 2015, a Empresa foi chamada a trazer elementos para a verificação da atividade preponderante. A Empresa solicitou prazo para atender a solicitação, mas acabou nada apresentando. Diante disso, o órgão lançador efetuou o lançamento.

Inconformada, a Empresa interpôs impugnação, onde alegou, em resumo, que a conjunção 'nem' introduzida no inciso I do § 2º do art. 156 da Constituição Federal comprova a existência de duas orações distintas que se referem a diferentes imunidades; que a imunidade relativa à realização de capital é incondicional e prescinde da demonstração da inexistência de preponderância da atividade imobiliária sobre a atividade empresarial; que não pode o legislador infraconstitucional limitar a utilização do benefício por meio de regulamentações abusivas; que o art. 37 do CTN impôs regras que limitaram o exercício do direito, uma vez que a Constituição Federal não se referiu ao meio pelo qual deve ser demonstrada a atividade preponderante; que os tribunais têm reconhecido a inexistência de atividade imobiliária preponderante por outros meios, levando em conta o objeto social, e não somente pela apuração das receitas; que não se aplica a regra da preponderância quando o alienante transmitir a totalidade dos bens da pessoa jurídica; que os imóveis foram incorporados à empresa na integralidade dos bens imóveis dos alienantes; que não foram juntados documentos demonstrando a preponderância; que a receita da sociedade no período referido decorre unicamente de receita não operacional e que preenche todos os requisitos para a fruição da imunidade.

O órgão lançador, em sua promoção, informou que o lançamento foi efetuado na presunção da existência de atividade imobiliária preponderante, uma vez que a contribuinte não atendeu à intimação e que, ao consultar o Sistema da Receita Federal, verificou que a empresa efetuou a venda do imóvel situado na Rua Indianópolis, nº 128, BX/SL ap. c, L, Três Figueiras, Porto Alegre, dentro do período.

O Sr. Coordenador da F/SUBTF/CRJ julgou improcedente a impugnação por considerar, em síntese, que a imunidade em questão não se aplica quando a atividade preponderante do adquirente for a compra e venda de bens ou direitos, locação de bens imóveis ou arrendamento mercantil; que, quanto à conjunção aditiva "nem", sua função na gramática é exatamente ligar duas orações com igual sentido; que, quando o dispositivo define que o imposto não incide sobre a primeira hipótese e nem sobre a segunda, está fazendo uma ligação entre as duas situações; que, por conseguinte, o benefício da não incidência não se aplica em ambos os casos quando houver atividade imobiliária preponderante; que o lançamento tributário é ato administrativo vinculado à lei, não cabendo discutir se a lei é boa ou não; que a forma estabelecida em lei para caracterizar a preponderância das atividades de compra e venda, locação e arrendamento mercantil das sociedades sujeitas ao pagamento do imposto não é a simples informação sobre o objeto social da sociedade, mas a origem das receitas no período estipulado; que o § 4º do art. 37 do CTN apenas se refere à apuração da atividade preponderante, excluindo do cálculo as receitas decorrentes dos bens ou direitos que foram transmitidos em conjunto com a totalidade do patrimônio jurídico da pessoa jurídica alienante; que não seria possível a inserção de artigo na norma complementar para determinar nova hipótese de não incidência do ITBI além daquelas definidas na Constituição

CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Acórdão nº 16.644

Federal; que a Empresa não apresentou seus livros contábeis para a verificação da atividade preponderante, como determina a legislação, mesmo que intimada a fazê-lo, e que, embora tenha informado não ter auferido qualquer receita operacional no período estipulado, a Fiscalização identificou a venda de um imóvel dentro daquele intervalo de tempo.

Inconformada, a Empresa interpôs recurso, onde alega, em resumo, que segundo o Texto Constitucional, o âmbito de aplicação da condicionante da atividade preponderante se estende apenas à hipótese de transmissão de bens ou direitos decorrente de fusão, incorporação, cisão ou extinção de pessoa jurídica; que, em se tratando de transmissão de bens ou direitos incorporados ao patrimônio de pessoa jurídica em realização de capital, a imunidade é incondicional, independentemente da verificação de sua atividade preponderante; que o lançamento que deu ensejo ao suposto crédito tributário se lastreia na falta de recolhimento de ITBI em operação de transferência de bens imóveis, em integralização de capital; que a regra de imunidade é plena, e direciona-se ao legislador infraconstitucional, impedindo-o de instituir o tributo em comento sobre os fatos, bens ou pessoas abrangidas pela norma imunizante; que, assim sendo, não há que se falar em limitação infraconstitucional à imunidade, a qual deve ser interpretada sempre em sentido amplo; que não há propriamente a transmissão do imóvel, haja vista que o imóvel representa a participação do seu proprietário na sociedade, não devendo, também por esse motivo, incidir tributo na operação realizada; que a Constituição Federal não prevê o meio pelo qual deverá ser demonstrada a atividade preponderante, de modo que a disposição do CTN, limitando a demonstração por meio de apuração da receita, acaba por ultrapassar os limites constitucionalmente estabelecidos; que a efetiva demonstração da atividade empresarial preponderante, contudo, não pode ser limitada às receitas da empresa, o que contraria a Constituição Federal de modo a mitigar os direitos do contribuinte; que os tribunais pátrios têm reconhecido a inexistência de atividade imobiliária preponderante por outros meios que não a apuração das receitas; que é inaplicável a regra da preponderância ante à integralização total dos bens da pessoa jurídica, conforme o art. 37, § 4º, do CTN; que a Lei nº 1.364, de 1988, sequer seguiu o rito municipal para edição de lei complementar, sendo mera lei ordinária; que o alienante transmitiu a totalidade de seus bens que estavam em outra pessoa jurídica, fazendo incidir o disposto no § 4º do art. 37 do CTN, não sendo necessário verificar a preponderância da atividade; que a disposição do § 4º do art. 37 do CTN, funciona como condicionante da própria regra prevista em seu *caput*; que o contrato social denota o rol de imóveis integralizados, os quais constituem a totalidade dos bens do alienante; que o Município do Rio de Janeiro conclui verificada a regra sem juntar aos autos documento algum que demonstre a preponderância de receitas que afirma haver; que o art. 37, § 4º, do CTN, não estabelece nova hipótese de não-incidência, apenas consagra a regra geral do ITBI, que é a de sua não incidência em genuínas operações societárias, assim confirmando a natureza do imposto; que a receita da sociedade no referido período decorre unicamente de receita não operacional; que o art. 16, inciso II, da Instrução Normativa nº 247 da Comissão de Valores Mobiliários dispõe que a diferença verificada, ao final de cada período, no valor do investimento avaliado pelo método da equivalência patrimonial, deverá ser apropriada pela investidora como receita ou despesa não operacional, quando corresponder a eventos que resultem na variação da porcentagem de participação no capital social

CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Acórdão nº 16.644

da coligada e controlada; que, desde 2011 até março de 2015, não ocorreram receitas ou essas foram não operacionais, não havendo como aplicar a regra da preponderância em período de inatividade ou quando não houveram receitas operacionais, e que, mesmo considerando essa receita, esta não define a atividade preponderante, eis que decorrente de participações em outras empresas. A Recorrente requer a reforma da decisão recorrida.”

A Representação da Fazenda opinou pelo improvimento do recurso.

É o relatório.

V O T O

Trata-se de recurso interposto por Grande Parada Participações EIRELI-ME contra decisão do Sr. Coordenador da Coordenadoria de Revisão e Julgamento Tributários - F/SUBTF/CRJ que indeferiu a impugnação apresentada contra a Nota de Lançamento nº 392, de 2016, relativa ao ITBI incidente sobre a incorporação, em realização de capital, do imóvel situado na Rua Almirante Guilhem, nº 317, apto. 202, Leblon, inscrito sob o nº 0719946-6.

Como bem esclarecido no relatório, a Recorrente, por meio do processo nº 04/450.537/2014, solicitou o reconhecimento da não incidência do ITBI. O pedido foi deferido sob condição de posterior verificação da atividade preponderante, nos termos do art. 6º, inciso II da lei nº 1364/88, como segue:

Art. 6º - O imposto não incide sobre a transmissão dos bens ou direitos, quando:

I - incorporados ao patrimônio de pessoa jurídica em realização de capital;

II - decorrente de fusão, incorporação, cisão ou extinção de pessoa jurídica;

[...]

CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Acórdão nº 16.644

§ 1º - O disposto nos incisos I e II não se aplica, quando o adquirente tiver como atividade preponderante a compra e venda de bens imóveis ou direitos a eles relativos, a locação de bens imóveis, a cessão de direitos relativos a bens imóveis ou o arrendamento mercantil.

§ 2º - Caracteriza-se a atividade preponderante, quando mais de cinquenta por cento da receita do adquirente, nos dois anos anteriores e nos dois anos posteriores à aquisição, decorrem de transações mencionadas no parágrafo anterior.

§ 3º - Se o adquirente iniciar suas atividades após a aquisição ou menos de dois anos antes dela, apurar-se-á a preponderância referida no parágrafo anterior, levando-se em conta os três anos subsequentes à data de aquisição.

[...]

§ 5º - Verificada a preponderância, tornar-se-á devido o imposto, nos termos da lei vigente à data da aquisição, sobre o valor do bem ou direito nessa data, com os acréscimos legais.

§ 6º - O disposto no §1º não se aplica à transmissão de bens ou direitos, quando realizada em conjunto com a totalidade do patrimônio da pessoa jurídica alienante, sem prejuízo do disposto no art. 6º-A

A Recorrente tomou ciência desta decisão da qual constou o seguinte texto:

Fica o adquirente dos imóveis ora cientificado de que a verificação da atividade preponderante, para fins de atendimento às normas legais supracitadas, far-se-á mediante a apresentação, à Coordenadoria do ITBI, dos balanços e demonstrativos analíticos de receitas e despesas, bem como de outros elementos considerados necessários pela autoridade competente

Em 07/12/2015 a Recorrente foi chamada a trazer elementos para a verificação da atividade preponderante. A Recorrente solicitou prazo para atender a solicitação, e acabou não apresentando. Diante disso, o órgão lançador efetuou o lançamento.

Como, em 05/07/2016, nada havia sido trazido aos autos, a Fiscalização do ITBI concluiu que a causa para tal procedimento foi a empresa possuir atividade preponderante de operações com imóveis, hipótese que exclui a não incidência do ITBI, e emitiu a nota de lançamento.

Como o parecer da fiscal de rendas, Sra. Monica dos santos Vieira, fls. 54/55v, peço vênias para fazer parte de meu voto, como segue:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Acórdão nº 16.644

[...] não merece prosperar o argumento de que um meio de apurar a preponderância seria pela análise do objeto social da empresa, pois a forma estabelecida em lei para caracterizar a preponderância das atividades de compra e venda, locação e arrendamento mercantil das sociedades sujeitas ao pagamento do imposto não é a simples informação sobre o objeto social da sociedade, mas sim a origem das receitas obtidas pela empresa no período estipulado, conforme dispõem os parágrafos 2º e 3º do artigo 6º da Lei n.º 1.364/88, já transcrito acima.

À Gerência de Consultas Tributárias da Coordenadoria de Consultas e Estudos Tributários (F/SUBTF/CET-1), conforme estabelecido nos arts. 126 e 132, ambos do Decreto nº 14.602, de 1996, compete decidir sobre o pedido de reconhecimento da não incidência a que se refere o presente processo.

Não vejo como prosperar o Recurso Voluntário, uma vez que, a falta de informação por parte da Recorrente com respeito a comprovação da preponderância de sua receita, se seria ou não inerente às operações imobiliárias, a fiscalização do ITBI identificou que a Recorrente efetuou a venda de um apartamento situado na Rua Indianapolis 128, BX/SL apto C, L, Três Figueiras, Porto Alegre, em 23.10.2014, dentro do período de fiscalização, compreendido entre 09/05/2011 a 08/05/2015, isto porque o ato da incorporação do imóvel foi registrada na Junta Comercial do Estado do Rio Grande do Sul, em 08.05.2013.

Não houve qualquer contestação da Recorrente quanto a esta operação e a falta de prova em relação às reais operações da Recorrente impossibilita qualquer análise quanto à classificação de suas receitas, se operacionais ou não. Além disso no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas, consta como atividade principal: a compra e venda de imóveis próprios, conforme demonstrado às fls. 24 do processo nº 04/450.537/2014.

Face ao exposto, concluo não ter ficado demonstrado nos autos que a Recorrente faz jus ao benefício da não incidência do imposto, e assim, comungo com a Representação da Fazenda e voto pelo IMPROVIMENTO do Recurso Voluntário, mantendo-se a decisão recorrida.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Acórdão nº 16.644

A C Ó R D ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos em que é Recorrente: **GRANDE PARADA PARTICIPAÇÕES EIRELI - ME** e Recorrido: **COORDENADOR DA COORDENADORIA DE REVISÃO E JULGAMENTO TRIBUTÁRIOS**.

Acorda o Conselho de Contribuintes, por unanimidade, negar provimento ao recurso voluntário, nos termos do voto do Relator.

Ausentes da votação os Conselheiros DENISE CAMOLEZ e ALFREDO LOPES DE SOUZA JUNIOR, substituídos, respectivamente, pelos Suplentes ANDREA VELOSO CORREIA e EDUARDO GAZALE FÉO.

Conselho de Contribuintes do Município do Rio de Janeiro, 10 de janeiro de 2019.

DENISE CAMOLEZ
PRESIDENTE

ABEL MENDES PINHEIRO JUNIOR
CONSELHEIRO RELATOR