

CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Acórdão nº 16.645

Sessão do dia 04 de dezembro de 2018.

RECURSO VOLUNTÁRIO Nº 16.327

Processo nº 04/450.247/2012 (reunido)

Processo nº 04/450.248/2012 (reunido)

Recorrente: **FEGAM ENGENHARIA LTDA.**

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

Relator: Conselheiro **DOMINGOS TRAVAGLIA**

Representante da Fazenda: **SÉRGIO DUBEUX**

**ITBI – NOTAS DE LANÇAMENTO – INTIMAÇÃO
– NULIDADE NÃO CARACTERIZADA**

Não há vício a inquinar de nulidade o processo quando, relativamente a ato administrativo anterior ao procedimento de ofício, não fica demonstrado prejuízo ao exercício do direito de defesa pelo Contribuinte. Preliminar de nulidade do processo rejeitada. Decisão unânime.

**ITBI – NÃO INCIDÊNCIA – VERIFICAÇÃO DE
PREPONDERÂNCIA – DECADÊNCIA**

Para efeito de lançamento do imposto, quando verificada causa excludente da não incidência reconhecida sob condição, conta-se o prazo decadencial de cinco anos a partir do primeiro dia do exercício seguinte ao previsto na lei para essa apuração. Inteligência do inciso I do art. 173 do Código Tributário Nacional, combinado com o § 3º do art. 6º da Lei nº 1.364/1988. Preliminar de decadência não acolhida. Decisão unânime.

**ITBI – INCORPORAÇÃO DE IMÓVEIS EM
REALIZAÇÃO DE CAPITAL – INATIVIDADE DO
ADQUIRENTE – INCIDÊNCIA**

A inatividade do adquirente, nos períodos definidos no art. 6º da Lei nº 1.364/88, acarreta a inaplicabilidade da não incidência prevista no inciso I, do § 2º, do art. 156 da Constituição da República. Recurso voluntário improvido. Decisão unânime.

**IMPOSTO SOBRE A TRANSMISSÃO DE BENS
IMÓVEIS**

CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Acórdão nº 16.645

R E L A T Ó R I O

Adoto o relatório da Representação da Fazenda, de fls. 112/113, que passa a fazer parte integrante do presente.

“FEGAM ENGENHARIA LTDA., já devidamente qualificada, recorre a este Egrégio Conselho, em face da decisão do Senhor Coordenador da Coordenadoria de Revisão e Julgamento Tributários — F/CRJ, que, em 06/11/2013 (fls. 74/79), JULGOU IMPROCEDENTE a impugnação apresentada às Notas de Lançamento do Imposto sobre a Transmissão de Bens Imóveis e de Direitos a Eles Relativos, realizada Inter-Vivos, por Ato Oneroso — ITBI, que inaugura o presente e outros dois processos, reunidos, mantendo-as integralmente.

De antemão deve ser registrado, como ventilado na epígrafe, que a Coordenadoria de Revisão e Julgamento Tributários, com base no art. 13, § 2º do Decreto "N" n.º 14.602/1996, reuniu este administrativo aos de n.ºs 04/450.247/2012 e 04/450.248/2012, em vista da identidade das hipóteses.

Todos os três imóveis — Il n.ºs 0190312-9, 0271391-5 e 0271390-7 — foram incorporados ao patrimônio da Recorrente em 09/11/2005, por meio do registro na JUCERJA do contrato social de formação da empresa, como forma de realização do capital do sócio Paulo Fernando da Luz Moreira.

Conforme relatado pela instância *a quo*, por meio de procedimento próprio, de pedido de reconhecimento de não incidência tributária (proc. n.º 04/324.244/2006, ora em apenso), a administração fazendária municipal reconheceu o direito, sob condição resolutória. O implemento da condição consistia — e, como de regra, consiste — em que não houvesse predominância de receitas indicativas de operações imobiliárias dentre as receitas operacionais da adquirente no triênio subsequente à aquisição.

Com vistas a verificar o perfil da empresa a partir de suas receitas contábeis, o sujeito passivo, uma vez devidamente notificado, quedou-se inerte.

Ato contínuo, e vinculado, foi efetuado o lançamento objeto de contestação.

As razões defendentes são assim fulcradas:

- (i) haveria suposta ausência da ciência da intimação para que apresentasse a documentação contábil da empresa, referente ao triênio subsequente às aquisições imobiliárias;
- (ii) decadência do direito de a Fazenda Pública Municipal constituir o crédito, vez que passado mais que um lustro das transmissões imobiliárias;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Acórdão nº 16.645

- (iii) não possuir em seu contrato social as finalidades que vedam a fruição do benefício constitucional; e
- (iv) esteve inativa durante todo o período apuratório,

Analisadas todas as questões, a Coordenadoria de Revisão e Julgamento Tributários julgou improcedente o pleito, com base em parecer que precede a decisão.

Ainda irresignado, tempestiva e devidamente representado, o sujeito passivo reiterou seu inconformismo, vindo a remeter a matéria a esta C. Corte mediante a peça de fls. 83/94 e mais docs. que aparelham o recurso voluntário, ocasião em que, salvo adaptações de texto, repetiu a peça impugnatória.

O pedido levado a esta E. Casa é pela nulidade da “intimação realizada nos autos do apenso PA n.º 04/324.244/2006 e [para] anular todo o processo a partir da referida intimação; e/ou cancelar o lançamento do ITBI ora exigido, com a consequente extinção do crédito tributário correspondente”.

Resumo:

Notas de Lançamento nºs 039, 040 e 041, de 23 de janeiro de 2012, notificadas ao Contribuinte em 05.02.2013 – fls. 07-v. – ITBI na incorporação de imóveis em realização do capital social
CNPJ: 08.240.476/001-01

Imóveis transacionados:

- 1 – Rua Conselheiro Lampreia, 169 – Cosme Velho – Rio de Janeiro – RJ – CEP 22241-220 - Inscrição imobiliária: 0190312-9
- 2 – Rua Conselheiro Lampreia, 0, lote 22, PA 14393 – Cosme Velho – Rio de Janeiro – RJ – CEP 22241-230 – Inscrição Imobiliária: 0271390-7
- 3 – Rua Conselheiro Lampreia, 0, lote 23 – Cosme Velho – Rio de Janeiro – RJ – CEP 22241-220 – Inscrição Imobiliária: 0271391-5

A Representação da Fazenda requereu a rejeição das preliminares de nulidade do processo, por cerceamento do direito de defesa e de decadência, suscitadas pelo Contribuinte e, no mérito, opinou pelo improvimento do recurso.

É o relatório.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Acórdão nº 16.645

V O T O

Observa-se que o reconhecimento da não incidência do ITBI para as transações em lide, através do processo 04/324.244/2006, em anexo, foi firmado em 30.10.2006, às fls. 31, pela autoridade competente da F/CET/SUBTF, reprimando as condições legais para a sua efetiva ocorrência.

Essa decisão, portanto, se construiu lastreada no art. 156, § 2º, I, da Constituição Federal, que estabelece a não-incidência do ITBI sobre a transmissão de bens ou direitos incorporados ao patrimônio de pessoa jurídica, em realização de capital, salvo quando a atividade preponderante do adquirente for a compra e venda desses bens ou direitos, locação de bens imóveis ou arrendamento mercantil.

Os critérios para a determinação da preponderância da atividade imobiliária encontram-se insculpidos nos §§ 1º, 2º e 3º do art. 37 do Código Tributário Nacional e seguem reproduzidos nos §§ 1º, 2º e 3º do art. 6º da Lei nº 1.364/1988, com as alterações da Lei nº 2.277/1994, a seguir transcritos:

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;

[...]

§ 1º O disposto neste artigo 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.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Acórdão nº 16.645

Como se vê, porém, vencido o interstício para a verificação da preponderante entre as receitas operacionais do requerente, intimado – Intimação nº 131/2011, de 14.06.2011, com ciência em 13.07.2011, conforme fls. 38-v do processo 04/324.244/2006 -, o Contribuinte deixou de apresentar os livros e documentos requeridos no período regulamentar.

Tal fato fez repercutir no âmbito da Gerência de Fiscalização do ITBI a desconsideração da não incidência reconhecida sob condição, implicando a lavratura dos lançamentos inicial e reunidos, para o fim de exigir os impostos incidentes nas transmissões das propriedades dos imóveis, à presunção de haver receitas preponderantes excludentes do incentivo fiscal.

Insurgiu-se a agora Recorrente contra a exação, alegando nulidade de todo o processo, porque não teria sido intimada regularmente da necessidade de apresentação dos livros e documentos comerciais da pessoa jurídica, nulidade também, em face da decadência do direito de a Fazenda constituir os créditos e, quanto ao mérito, a insubsistência dos lançamentos, tendo em vista o direito assegurado pela Constituição à não incidência do imposto nas incorporações de imóveis e realização de capital social, a par ter estado inoperante no período.

Às fls. 41, com anexos de fls. 42/65, a Recorrente veio aos autos reafirmando ter estado inoperante no período e, em fls. 69/72, foram prestadas informações pela Fiscal de Rendas autora do procedimento, tendo em vista as disposições do art. 86 do Decreto “N” nº 14.602/96.

Assim instruídos os autos, com base no parecer de 06.11.2013, às fls. 74/78, foi proferida decisão pelo Senhor Coordenador da Coordenadoria de Revisão e Julgamento Tributários, em fls. 79, julgando improcedente a impugnação apresentada.

Fundamentou sua decisão, mediante demonstração de que houve sim a intimação regular para a apresentação de livros e documentos comerciais pela impugnante, não havendo se falar em prejuízo ao seu direito de defesa; que não houve decadência, tendo em vista que a contagem do prazo somente se permitiu a partir do primeiro dia útil após transcorrido o interstício legal para a verificação da atividade preponderante e que, no mérito, a pessoa jurídica deixou de atender ao pressuposto lógico de que o incentivo fiscal só é aplicável se constatadas atividades operacionais da empresa, conforme jurisprudência administrativa que colaciona.

Cientificado dessa decisão, verifica-se que o Recorrente apresenta como razões de recurso a reedição dos argumentos oferecidos quando da impugnação, quais sejam, nulidade do processo em virtude de falha na intimação para apresentar livros e documentos comerciais, possível decadência do direito de a Fazenda constituir o crédito e a pretensão de que, inobstante a não realização de atividades no período, a não incidência no caso é garantida pela Constituição Federal.

Não assiste razão à Recorrente para o seu protesto.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Acórdão nº 16.645

Relativamente à alegação de que seria nulo este processo, porque teria havido prejuízo para a sua defesa ao não ser regularmente intimada a apresentar os livros e documentos requisitados pela fiscalização no curso dos autos apensos, que trataram do pedido de reconhecimento de não incidência e culminou com a iniciativa de ofício do órgão lançador após o interstício legal, resta demonstrado que, conforme consta de fls. 38-v, do processo 04/324.244/2006, apenso, a Intimação 0131, de 14.06.2011, foi entregue na Rua Pirapuã, 96, bloco 82, apto. 205, em 13.07.2011, endereço informado como de domicílio tributário do Recorrente às fls. 02 daquele processo.

Ademais, a oportunidade de realizar a comprovação do preenchimento dos requisitos legais para a fruição da não incidência reconhecida sob condição, mediante a apresentação dos documentos requisitados e necessários a esse fim, manteve-se em aberto até quando, em contrapartida, o Recorrente veio aos autos afirmando que esteve inoperante no período de 09.11.2005 a 08.11.2008.

Não há pois, falar-se em cerceamento do direito de defesa a implicar nulidade dos atos que se seguiram à malfadada Intimação, pelo que REJEITO essa preliminar.

No segundo ponto, o fundamento para a alegação de decadência seria o fato de já ter havido o transcurso do prazo de 5 (cinco) anos desde a data das transmissões das propriedades dos imóveis, o que implicaria nulidade a inquirir os lançamentos a ela notificados já no curso de 2013.

Conforme inúmeros julgados desta Casa, não assiste razão ao Recorrente.

No presente caso, como sói ocorrer em situações como a que ora se cogita, o lançamento do imposto somente poderia ser efetuado após transcorrido o prazo de verificação da preponderância entre as receitas do Recorrente.

E, conforme se verifica, tratando-se de imóveis incorporados em realização do capital social mediante Contrato da empresa, que teve o ato correspondente registrado na Junta Comercial do Estado do Rio de Janeiro em 09.11.2005, o interstício a se observar é o do art. 6º, § 3º, da Lei nº 1.364/88, levando-se em conta os três anos subsequentes à data de aquisição dos imóveis. Portanto, de 09.11.2005 até 08.11.2008

Antes de decorrido esse prazo, não poderia a autoridade fazendária proceder aos lançamentos do impostos porventura devidos.

Nos termos do artigo 173, I do Código Tributário Nacional, extingue-se o direito de a Fazenda constituir o crédito tributário em 5 (cinco) anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ser efetuado.

Assim, a contagem do prazo decadencial teve início em 1.º de janeiro de 2009, extinguindo-se em 31 de dezembro de 2013.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Acórdão nº 16.645

As Notas de Lançamento foram lavradas em 23.01.2012 e notificadas ao Recorrente em 05.02.2013, portanto dentro do prazo decadencial. Não há, pois, como se reconhecer decadência no caso.

Nestes termos, voto NÃO ACOLHENDO a preliminar de decadência.

Quanto ao mérito, melhor sorte não socorre a Recorrente.

Trata-se, como se relatou, de situação em que o Recorrente, tendo reconhecida a não incidência do imposto na aquisição da propriedade dos imóveis em realização do capital social, nos termos do inciso I do art. 6º da Lei nº 1364, de 19.12.1988, teve desconsiderada a aludida decisão em virtude de não lograr demonstrar, ao final, conformidade entre a disposição legal e a realidade dos fatos submetidos à consideração.

Observe-se, como ela própria deixa evidenciar em suas petições, no período reservado para a aferição da atividade preponderante, nenhuma receita operacional auferiu, afastando-se, por isso, do pressuposto lógico que inspira a norma excludente da tributação, como enfatizado pela douta Representação da Fazenda.

Sobre isso, vale reprimir, com destaques, como em reiteradas manifestações da douta Representação da Fazenda, excerto da obra de Carlos Maximiliano, que bem informa do contexto em que se há de perquirir a consagração ou não da não incidência do imposto:

Carlos Maximiliano, em sua obra "Hermenêutica e Aplicação do Direito" (Ed. Forense, 1988, páginas 313 e 314), ensina:

Interpretam-se estritamente os dispositivos que instituem exceções às regras gerais firmadas pela Constituição. Assim se entendem os que favorecem algumas profissões, classes, indivíduos, excluem outros, estabelecem incompatibilidades, asseguram prerrogativas, ou cerceiam, embora temporariamente, a liberdade, ou as garantias da propriedade. Na dúvida, siga-se a regra geral. Entretanto **em Direito Público** esse preceito não pode ser aplicado à risca: **o fim para que foi inserto o artigo na lei sobreleva a tudo. Não se admite interpretação estrita que entrave a realização plena do escopo visado pelo texto.** Dentro da letra rigorosa dele procure-se o objetivo da norma suprema: seja este atingido, e será perfeita a exegese. (grifos nossos)

Indo, então, em busca do espírito do legislador.

Aliomar Baleeiro, em sua obra Direito Tributário Brasileiro (páginas 271/273, 11ª edição), ensina:

A origem da não incidência, constante do art.36 do CTN, é a Emenda Constitucional nº 18/65, mas os Textos Constitucionais posteriores repetiram-na.[....]

CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Acórdão nº 16.645

A Emenda Constitucional nº 18/65, do ponto de vista econômico, contém várias disposições de política fiscal endereçadas às modificações conscientes da conjuntura e das estruturas, **visando ao desenvolvimento econômico**. A exclusão do imposto nas transmissões para formação de empresas, sob a forma de pessoas jurídicas, notadamente sociedades anônimas, é uma delas, protegendo-se, também, a desincorporação, desde que os bens voltem ao patrimônio dos que as incorporaram à firma. [...]

A interpretação deve levar em conta o objetivo da disposição, que pretende facilitar as incorporações e fusões, no pressuposto de que elas imprimem eficiência às empresas.

[...]

Se o início das atividades da firma adquirente data de menos de 2 anos, ela gozará do benefício fiscal, sujeita, porém, a perdê-lo e ser compelida ao pagamento do imposto, caso nos três anos posteriores à aquisição verificar-se a preponderância dos negócios imobiliários.

[...]

Obviamente, a empresa adquirente deve estabelecer esse valor pelos meios administrativos ou, na impossibilidade ou inaceitabilidade deles, por vistoria e arbitramentos judiciais...

[...]

Receita operacional entende-se a dos negócios normais da empresa, principalmente o que ela compra ou adquire para vender ou locar, enfim, **a resultante do conjunto de suas operações** [...] (grifos nossos)

Vale observar que a Recorrente, sobre o tema, argumenta que a não incidência no caso é aplicável irrestritamente, ressaltando apenas a demonstração da realização em caráter preponderante de atividade excludente.

Mas, certamente, não é assim que a questão se resolve.

Sendo, como é, a franquia da lei condicionada e para atender ao propósito que a justifica, não pode o sujeito passivo se esquivar do dever de oferecer informações sobre a suas operações, militando em seu desfavor ainda, por outro lado, a certeza de que não teria auferido quaisquer receitas no período a se considerar.

Essa questão não é nova neste Colegiado, havendo se consagrado em situações semelhantes a tese de que não se mantém a não incidência do imposto em casos tais, quando, no interstício legal, a pessoa jurídica deixa de ingressar de fato no mercado cumprindo as suas pretensões contratuais.

Diante do exposto, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso voluntário em lide.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Acórdão nº 16.645

A C Ó R D ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos em que é Recorrente: **FEGAM ENGENHARIA LTDA.** e Recorrido: **COORDENADOR DA COORDENADORIA DE REVISÃO E JULGAMENTO TRIBUTÁRIOS.**

Acorda o Conselho de Contribuintes:

- 1) Por unanimidade, rejeitar a preliminar de nulidade do processo, por cerceamento do direito de defesa, suscitada pelo Contribuinte, nos termos do voto do Relator;
- 2) Por unanimidade, rejeitar a preliminar de decadência, suscitada pelo Contribuinte, nos termos do voto do Relator; e
- 3) No mérito, por unanimidade, negar provimento ao recurso voluntário, nos termos do voto do Relator.

Ausentes das votações 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

DOMINGOS TRAVAGLIA
CONSELHEIRO RELATOR