

Recurso Tributário n.º 225/2020

Relator: Conselheiro Charles Douglas Corrêa

RELATÓRIO

1. Trata-se de Recurso interposto por Empresa Geradora de Energia e Administradora de Bens Próprios Rio do Peixe Ltda, em face da DECISÃO ADMINISTRATIVA N.º 0897/2019/GSFA5 (fls.516-518), que indeferiu o requerimento objeto do Processo Administrativo n.º 2018043571, no sentido de que fosse fornecida certidão de não-incidência do ITBI, para os imóveis incorporados no capital social da empresa, identificados pelas matrículas de n.º 25186, 44734, 44735, 58573, 58574, 58575, 58576 e 81424, todas do 1º ORI dessa Comarca.

2. A referida decisão administrativa concluiu pela impossibilidade de atendimento do pleito formulado pela contribuinte porque: (a) a requerente possui atividade imobiliária; (b) a contabilidade apresentada não merece fé; (c) conforme as regras aplicáveis vigentes, especialmente a Lei Municipal 859/89, a transmissão de propriedade deve ser tributada pelo ITBI.

3. Irresignada, em sede de Recurso Voluntário (fls.519-521), a Recorrente sustenta a reforma da decisão porque aduz que a empresa recorrente está amparada em preceitos legais, não cabendo interpretações diversas ao texto da lei, fundamentando seu entendimento:

- a) A integralização dos referidos imóveis, ocorreu na 3ª Alteração Contratual, datada em 04/04/2013, e que no período em que a receita preponderante deveria ser verificada, de 2011 a 2015, a empresa não obteve receita;
- b) A ausência de escrituração das despesas com os imóveis, deve-se ao fato de ter a Prefeitura de Balneário Camboriú emitido as guias em nome dos sócios, e portanto, não devem ser escriturados e nem suportados pela empresa enquanto não forem transferidos para o seu nome, descartando assim, qualquer possibilidade de suprimento de caixa e de receitas não escrituradas;
- c) O objeto social da empresa não é atividade imobiliária, de acordo com o que consta no contrato social e em suas alterações, bem como, com as informações constantes no cadastro da Receita Federal;
- d) De que a alegação quanto a não merecer fé pública não deve prosperar, visto que toda a sua escrituração espelha a movimentação realizada

4. É o relatório.

VOTO

5. Atendidos os pressupostos de admissibilidade (fl. 35-v), conheço do recurso.
6. A Recorrente quando se insurge acerca da incidência de ITBI, primeiramente, deve ter ciência de que o referido imposto é de competência municipal, e que a norma prevista tanto na Constituição Federal (art 156 §2º I) quanto no Código Tributário Nacional (art 36, I e II), tratam da exceção à regra, pois o benefício da “não incidência” só deve ser concedido se observadas algumas formalidades, visto que a regra geral é tributar as transmissões, quer seja pelo ITCMD, quando for por doação ou causa mortis, quer seja pelo ITBI, nos demais casos, e concluir de modo diverso seria contrariar diretamente o que dispõe as Legislações Federal e Municipal.
7. Ocorre que, diferentemente do que aduz a Recorrente, não ficou evidenciado de que a integralização dos imóveis ao capital social da empresa, ocorreu de conformidade com o que vem sendo pacificado na Jurisprudência.
8. Isto posto, a fim de fundamentar tal posicionamento, importante transcrever o que está disciplinado nos diplomas legais, retro-citados:

(Constituição Federal)

Art.156. Compete aos Municípios instituir impostos sobre:

(...)

II - transmissão *inter vivos*, a qualquer título, por ato oneroso, de bens imóveis, por natureza ou acessão física, e de direitos reais sobre imóveis, exceto os de garantia, bem como cessão de direitos a sua aquisição;

(...)

§ 2º O imposto previsto no inciso II:

I - não incide sobre a transmissão de bens ou direitos incorporados ao patrimônio de pessoa jurídica em realização de capital, nem sobre a transmissão de bens ou direitos decorrente de fusão, incorporação, cisão ou extinção de pessoa jurídica, salvo se, nesses casos, a atividade preponderante do adquirente for a compra e venda desses bens ou direitos, locação de bens imóveis ou arrendamento mercantil;

II – Compete ao Município da situação do bem.

(Código Tributário Nacional)

Art. 36. Ressalvado o disposto no artigo seguinte, o imposto não incide sobre a transmissão dos bens ou direitos referidos no artigo anterior:

I - quando efetuada para sua incorporação ao patrimônio de pessoa jurídica em pagamento de capital nela subscrito;

II - quando decorrente da incorporação ou da fusão de uma pessoa jurídica por outra ou com outra.

Parágrafo único. [...]

Art. 37. O disposto no artigo anterior não se aplica quando a pessoa jurídica adquirente tenha como atividade preponderante a venda ou locação de propriedade imobiliária ou a cessão de direitos relativos à sua aquisição.

§ 1º Considera-se caracterizada a atividade preponderante referida neste artigo quando mais de 50% (cinquenta por cento) da receita operacional da pessoa jurídica adquirente, nos 2 (dois) anos anteriores e nos 2 (dois) anos subsequentes à aquisição, decorrer de transações mencionadas neste artigo.

§ 2º Se a pessoa jurídica adquirente iniciar suas atividades após a aquisição, ou menos de 2 (dois) anos antes dela, apurar-se-á a preponderância referida no parágrafo anterior levando em conta os 3 (três) primeiros anos seguintes à data da aquisição.

§ 3º Verificada a preponderância referida neste artigo, tornar-se-á devido o imposto, nos termos da lei vigente à data da aquisição, sobre o valor do bem ou direito nessa data.

Lei Municipal n.º 859/1989

Art. 3º. O Imposto não incide sobre a transmissão de bens imóveis ou direitos a eles relativos quando:

(...)

III Efetuada para a sua incorporação ao patrimônio de pessoa jurídica em realização de capital;

IV Decorrentes de fusão, incorporação, cisão ou extinção de pessoa jurídica; (Redação dada pela Lei nº 3488/2012)

(...)

§ 1º O disposto nos incisos III e IV deste Artigo, não se aplica quando a pessoa jurídica adquirente tenha como atividade preponderante, a compra e venda desses bens ou direitos, locação de bens imóveis ou arrendamento mercantil.

§2º Considera-se caracterizada a atividade preponderante, referida no parágrafo anterior, quando mais de 50% (cinquenta por cento) da receita operacional da pessoa jurídica adquirente decorrer da compra e venda de bens imóveis ou direitos sobre eles, da locação destes bens ou de arrendamento mercantil, observando-se para a apuração da preponderância:

I - os 2 (dois) anos anteriores e os 2 (dois) anos subsequentes à aquisição, para a pessoa jurídica em atividade há mais de 2 anos na data da aquisição;

II - os 3 (três) anos seguintes à data da aquisição, para a pessoa jurídica que iniciar suas atividades após a aquisição, ou menos de 2 (dois) anos antes dela. (Redação dada pela Lei nº 3488/2012)

§3º (Revogado pela Lei nº 3488/2012)

(...)

§ 7º Verificada a preponderância a que se referem os parágrafos anteriores, ou não apresentada a documentação prevista no § 5º deste artigo, tornar-se-á devido o Imposto nos termos da Lei vigente na data da aquisição e sobre o valor atualizado do imóvel ou dos direitos sobre eles. (Redação acrescida pela Lei nº 3488/2012)

9. Ainda quanto a questão levantada, importante transcrever o entendimento do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, nos Autos da Apelação Cível nº 70068958545 (nº cnj: 0106048-17.2016.8.21.7000):

“APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. ITBI. IMUNIDADE. IMÓVEL INCORPORADO AO PATRIMÔNIO DA PESSOA JURÍDICA EM INTEGRALIZAÇÃO DE CAPITAL. DESVIO DE FINALIDADE DA NORMA CONSTITUCIONAL.

O legislador constituinte, ao imunizar a transmissão de bens ou direitos incorporados ao patrimônio da pessoa jurídica em integralização de capital (art. 156, § 2º, I, da CF), pretendeu exclusivamente incentivar o crescimento da empresa, evitando que o recolhimento do ITBI se transformasse num estímulo contrário à formalização dos negócios. Qualquer desvio de finalidade da norma constitucional, direcionada a beneficiar pessoalmente os sócios, deve ser coibida.

A prova documental revela, na situação examinada, mais que a mera realização de capital social em prol das finalidades da pessoa jurídica, evidenciando que a integralização dos imóveis ao patrimônio da empresa teve, ao fim e ao cabo, o propósito de transmitir os bens aos descendentes sem o pagamento do imposto municipal.

Constatado que a incorporação dos bens ao patrimônio da pessoa jurídica não atendeu à finalidade do art. 156, § 2º, I, da CF, com isso, ausente o direito líquido e certo da impetrante à imunidade fiscal, é de ser confirmada a sentença que denegou a segurança.

APELO DESPROVIDO.

(...)

Todavia, equivoca-se a impetrante quando argumenta que a finalidade da norma deve ser desconsiderada, afirmando que o legislador constituinte não se ateve aos objetivos pelos quais a transmissão seria realizada (fl. 09). Ora, há, sim, necessidade de preservar a finalidade da norma, que, no caso, é **exclusivamente a de incentivar o crescimento da empresa.**

(...)

Sob essa ótica é que deve ser analisado o ato reputado como abusivo. Diante da finalidade da norma constitucional, há de ser coibida qualquer manobra direcionada a beneficiar pessoalmente os sócios; e não ao crescimento da atividade empresarial.

(...)

Constatado que a incorporação dos bens ao patrimônio da pessoa jurídica não atendeu à finalidade do art. 156, § 2º, I, da CF, com isso, ausente o direito líquido e certo da impetrante à imunidade fiscal, torna-se irrelevante qualquer consideração acerca dos demais pressupostos previstos nos arts. 36 e 37 do CTN ou mesmo na legislação municipal. Do exposto, NEGO PROVIMENTO ao apelo. (Acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul – Apelação Cível nº 70068958545 (nº cnj: 0106048-17.2016.8.21.7000), da Vigésima Segunda Câmara Cível da Comarca de Porto Alegre, Desembargador Relator: José Aquino Flores de Camargo. Data do julgamento: 19/05/2016)”.
10. Neste sentido, é de suma importância esclarecer que a intenção do legislador, ao conceder a imunidade do ITBI nos casos de integralização ao capital social, foi a de promover a capitalização e o desenvolvimento das empresas, ou seja, fomentar a atividade empresária.

11. Tal entendimento, está amplamente replicado pela Doutrina atual, como nos dizeres de Aires F. Barreto¹, que entende que o legislador constituinte pretendeu facilitar a mobilização dos bens imóveis de seus sócios, visando a livre-iniciativa e incentivo ao desenvolvimento econômico, entendimento este, compartilhado na Doutrina de Marilene Talarico Martins Rodrigues: “O constituinte, ao fixar os contornos das regras contidas no §2º, I, do art. 156 da CF, procurou facilitar a formação, a extinção e a modificação de empresas, ou seja, visou a livre iniciativa, o progresso econômico das empresas e o conseqüente desenvolvimento econômico(...)”.

12. De igual modo, devemos considerar o conceito de empresa, que “é uma instituição jurídica despersonalizada, caracterizada pela atividade econômica organizada, ou unitariamente estruturada, destinada à produção ou circulação de bens ou de serviços para o mercado ou à intermediação deles no circuito econômico, pondo em funcionamento o estabelecimento a que se vincula, por meio do empresário individual ou societário, ente personalizado, que a representa no mundo negocial”²

13. Nessa perspectiva, a decisão administrativa foi no sentido da melhor interpretação do texto constitucional, tanto numa análise gramatical, como sistemática e histórica, sendo também importante registrar o posicionamento do Poder Judiciário de Santa Catarina acerca do assunto:

TRIBUTÁRIO - APELAÇÃO CÍVEL EM MANDADO DE SEGURANÇA - IMPOSTO SOBRE A TRANSMISSÃO DE BENS IMÓVEIS "INTER VIVOS" (ITBI) - IMÓVEIS TRANSFERIDOS AO PATRIMÔNIO DE PESSOA JURÍDICA NO ATO DE SUA CONSTITUIÇÃO PARA INTEGRALIZAÇÃO DE QUOTA SOCIAL - SOCIEDADE EMPRESÁRIA NOVA QUE POSSUI EM SEU OBJETO SOCIAL ATIVIDADES RELACIONADAS À ADMINISTRAÇÃO E À COMPRA E VENDA DE IMÓVEIS - INCIDÊNCIA CONFIRMADA - RECURSO NÃO PROVIDO - MANUTENÇÃO DA DECISÃO.

As sociedades empresárias gozam de imunidade tributária quanto ao Imposto de Transmissão de Bens Imóveis "Inter Vivos" (ITBI) incidente sobre o valor de bens ou direitos a ela transmitidos, para incorporação ao seu patrimônio, em virtude de integralização de quotas do capital social, até o montante respectivo, salvo se sua atividade preponderante for a compra e venda desses bens ou direitos, locação de bens imóveis ou arrendamento mercantil (CF/88, art. 156, § 2º, I), hipótese em que o imposto é devido.

Ausente a prova de que a atividade preponderante da empresa não advém da administração e da compra e venda de imóveis, torna-se desnecessário aguardar o prazo de três anos previsto no art. 37, § 2º, do CTN, que

¹ BARRETO, Aires Fernandino. *ITBI – Transmissão de Bens Imóveis da Empresa A para as Empresas B e C - Conceito de Atividade Preponderante*. In: Revista Dialética de Direito Tributário nº 166. São Paulo: Dialética, jul. 2009. p. 161.

² DINIZ, Maria Helena(2011).Lições de Direito Empresarial.1ª ed. São Paulo: Saraiva. [ISBN9788502092785](https://doi.org/10.1016/9788502092785)

se dirige aos casos em que a referida atividade preponderante não se encontra descrita no contrato social e há dúvida sobre o exercício dela.

(TJSC, Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 2015.082151-0, de Gaspar, Rel. Des. Jaime Ramos, Quarta Câmara de Direito Público, j. 28-01-2016).

14. Quanto à justificativa apresentada para a falta de escrituração das despesas e receitas relativas aos imóveis incorporados ao Capital Social da Empresa, os apontamentos trazidos pelo Fisco são determinantes para decidir pela impossibilidade em acatar tais justificativas apresentadas pelo requerente, uma vez que o próprio Conselho Regional de Contabilidade, através da Resolução CFC nº 750/93, preceitua o Princípio da Entidade:

art 4º O Princípio da Entidade reconhece o Patrimônio como objeto da Contabilidade e afirma a autonomia patrimonial, a necessidade da diferenciação de um Patrimônio particular no universo dos patrimônios existentes, independentemente de pertencer a uma pessoa, um conjunto de pessoas, uma sociedade ou instituição de qualquer natureza ou finalidade, com ou sem fins lucrativos. Por consequência, nesta acepção, o Patrimônio não se confunde com aquele de seus sócios ou proprietários, no caso de sociedade ou instituição.

15. E ainda, regulamenta a Lei Federal 9430/96, que trata da legislação tributária:

Art. 40 A falta de escrituração de pagamentos efetuados pela pessoa jurídica, assim como a manutenção, no passivo, de obrigações cuja exigibilidade não seja comprovada, caracterizam também, omissão de receita.

16. Assim, a alegação de que não escriturou as despesas dos imóveis, pois as guias de IPTU ainda saiam em nome dos sócios, não merece prosperar, visto que a empresa possuía tais imóveis escriturados em seu Patrimônio, fruto de integralização de capital de seus sócios, como consta registrado em sua 3ª Alteração de Contrato Social

17. Corroborando com o acima exposto, restou demonstrado que a recorrente não atende a finalidade da norma imunizante, vez que, sua empresa possui a atividade de aluguel de bens próprios, apesar de ter apresentado escrituração em contrário, a qual não merece fé pelos motivos já expostos. Somando tais fatos, não há como concluirmos de forma diversa, a não ser, que fica evidenciada a ausência de motivos para acolhimento da pretensão da Recorrente, e assim sendo, a manutenção da decisão administrativa de primeira instância é medida que se impõe.

18. Diante do exposto, voto pelo conhecimento e desprovimento do recurso.

É como voto.

Balneário Camboriú, 27 de janeiro de 2020.

Charles Douglas Corrêa
Relator



VERIFICAÇÃO DAS ASSINATURAS



Código para verificação: 9B78-1786-9FA7-242E

Este documento foi assinado digitalmente pelos seguintes signatários nas datas indicadas:

- ✓ CHARLES DOUGLAS CORREA (CPF 914.733.819-91) em 28/01/2020 13:50:08 (GMT-03:00)
Emitido por: Sub-Autoridade Certificadora 1Doc (Assinatura 1Doc)

Para verificar a validade das assinaturas, acesse a Central de Verificação em <https://bc.1doc.com.br/verificacao/> e informe o código acima ou por meio do link abaixo:

<https://bc.1doc.com.br/verificacao/9B78-1786-9FA7-242E>