



ESTADO DE SANTA CATARINA
MUNICÍPIO DE BALNEÁRIO CAMBORIÚ
SECRETARIA DA FAZENDA
CONSELHO MUNICIPAL DE CONTRIBUINTE

Recurso Tributário nº 119/2016

Recorrente: JLP PARTICIPAÇÕES LTDA

Relator: Conselheiro Manoel Olindino Domingos

ITBI - IMPOSTO SOBRE A TRANSMISSÃO DE BENS IMÓVEIS - TRANSFERÊNCIA DE BENS DE PESSOA FÍSICA PARA JURÍDICA PARA INTEGRALIZAÇÃO PARCIAL DO CAPITAL SOCIAL - ATIVIDADE IMOBILIÁRIA PREVISTA NO CONTRATO SOCIAL - IMUNIDADE DO ITBI - IMPOSSIBILIDADE - ÔNUS DA PROVA ATRIBUÍDO À SOCIEDADE EMPRESÁRIA QUANTO AO EXERCÍCIO DE ATIVIDADE PREPONDERANTE DIVERSA DAQUELA RELACIONADA EM SEU CONTRATO SOCIAL (Administração e Compra e Venda de Imóveis) - EMPRESA INATIVA - DESCARACTERIZAÇÃO DO INSTITUTO DA IMUNIDADE TRIBUTÁRIA - INTERPRETAÇÃO DO ART. 156, II, 2º, I, COM O ART. 170, CAPUT, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL - DECISÃO RECORRIDA MANTIDA - RECURSO TRIBUTÁRIO CONHECIDO E, POR MAIORIA DE VOTOS, IMPROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de **Recurso Tributário nº 162/2018**, em que é recorrente **JLP PARTICIPAÇÕES LTDA**, e recorrida a Fazenda Municipal.

O Conselho de Contribuintes do Município de Balneário Camboriú, **decidiu**, por maioria, nos termos do voto do Relator, **negar provimento** ao **Recurso**.

Participaram do julgamento, realizado no dia 16 de junho de 2016 e presidido pelo Conselheiro Alexandre Duwe, que precisou votar, o Conselheiro Relator Manoel Olindino Domingos, a Conselheira Magda Bez, o Conselheiro Mário José de Souza, e o Conselheiro Ricardo Emanuel Nunes.

Balneário Camboriú, 30 de maio de 2019.

Manoel Olindino Domingos
RELATOR

Alexandre Duwe
Presidente



RELATÓRIO

1 - Trata-se de **Recurso** interposto pela Empresa **JLP PARTICIPAÇÕES LTDA**, contra a **Decisão Administrativa nº 4495/2016**, de fls. 55, proferida nos autos do **Processo Administrativo Fiscal nº 34/2015**, pela Autoridade de Primeira Instância Administrativa, que, depois de acatar integralmente os termos do **Parecer** depositado às fls. 46/53, emitido pelo Departamento de Fiscalização Fazendária, cujos termos foram adotados como razão de decidir, **julgou improcedente a defesa** de fls. 07/28, que foi instruída com os **documentos** de fls. 29/44, para **manter o crédito de ITBI**, objeto da **NOTIFICAÇÃO DE LANÇAMENTO nº 009/2015**, depositada às fls. 02, originariamente emitida nos autos do **Procedimento Fiscal nº 037/2015**, que tramita apensado ao presente Recurso Tributário (fls. 126 daquele feito).

2 - Conforme consta dos autos, em 2008, através do requerimento que originou o **Processo Administrativo n. 25.789/2008**, a Empresa em questão pleiteou a não incidência do ITBI referente aos imóveis representados pelas matrículas 35261 e 35262 do 2º Ofício de Registro de Imóveis dessa Comarca, cadastrados perante o Fisco Municipal sob DIC 44038, integralizados ao seu capital social.

3 - Naquela oportunidade, o Fisco Municipal, após análise dos autos, decidiu por intermédio da decisão administrativa 1868/2008 de 30/12/2008 e nos termos do artigo 37, parágrafo. 2º do CTN, conceder a recorrente a **Certidão Provisória de Não Incidência do ITBI**, observando que, após o prazo previsto em lei, seria apurado a atividade preponderante da empresa.

4 - Espirado tal prazo, e, após diligência, usando das prerrogativas legais, o Fisco Municipal, em 28/09/2015, notificou a recorrente a apresentar os documentos contábeis elencados às fls. 121 dos autos, relativo aos períodos de 2008 a 2011, objetivando a apuração da receita preponderante.

5 - Que vieram àqueles autos os seguintes documentos: declarações de Imposto de Renda – IRPJ – relativos aos exercícios de 2009 a 2012; Contrato de Constituição e Primeira Alteração Contratual (fls. 73-115).

6 - Que depois de analisar aqueles documentos o Fisco concluiu que somente o IRPJ seria passível de validade para análise da preponderância, e que, os demais documentos, por falta de registro, não são oponíveis a terceiros, havendo porém, omissão na escrituração de despesa, como aquelas para conservação dos imóveis e recolhimento de tributos.



ESTADO DE SANTA CATARINA
MUNICÍPIO DE BALNEÁRIO CAMBORIÚ
SECRETARIA DA FAZENDA
CONSELHO MUNICIPAL DE CONTRIBUINTES

7 - Concluiu ainda o Fisco Municipal na ocasião, que houve desvirtuamento da finalidade constitucional pretendida com a imunidade do ITBI, e ainda, a intenção dos sócios com o ato de integralização, deu-se visando a sucessão hereditária (Fls. 55 e 56), e que, por essa razão, a Empresa requerente, ora recorrente, deve recolher o ITBI correspondente a operação provisoriamente suspensa pela decisão administrativa n. 1868/2008 (fls. 19 e 20), posto que a inexistência de receita operacional, seja pela não movimentação ou pela inatividade, fere a finalidade constitucional federal.

8 - Por essas razões, nos autos do **Procedimento Fiscal n. 037/2015**, foi expedida a **Notificação de Lançamento do ITBI n. 009/2015**, depositada às fls. 126 daquele feito, e que em seguida originou a instauração do **Processo Administrativo Fiscal n. 34/2015** (fls. 02).

9 - Notificada, a Empresa apresentou defesa de primeiro grau alegando, em síntese, o seguinte:

a) que os imóveis sobre os quais teria incidido o ITBI questionado foram utilizados para integralização de capital social da Empresa J.L.P. Participações Ltda;

b) que é uma Holding Familiar, cujo objetivo é o de administrar bens próprios, bem como participar do capital de outras sociedades, na condição de sócia, acionista ou quotista, como controladora ou minoritária, e não com o objetivo de praticar atividade de venda ou locação de propriedades, sequer de cessão de direitos;

c) que a destacada atividade difere daquela imobiliária, que se caracteriza pela prática de desmembramentos, loteamento, incorporação imobiliária e construção, destinados à venda;

d) que em virtude do inciso I, parág. 2º do artigo 156 da Constituição Federal, o procedimento praticado (incorporação de bens na realização de capital social) não se sujeita a incidência do ITBI:

e) que não teve receita operacional no transcurso do período fiscalizado, o que inviabiliza a exigência em tela visto que não ocorrida condição resolutiva prevista na legislação. Finalmente requereu a anulação da Notificação do Lançamento 009/2015.



ESTADO DE SANTA CATARINA
MUNICÍPIO DE BALNEÁRIO CAMBORIÚ
SECRETARIA DA FAZENDA
CONSELHO MUNICIPAL DE CONTRIBUINTES

10 - Provocado a manifestar-se quanto aos termos da **defesa** apresentada, o Departamento de Fiscalização da Secretaria da Fazenda manifestou-se por meio do **PARECER** de fls. 46/53, registrando, em síntese, que dos documentos contábeis aportado aos autos, somente o IRPJ seria passível de validade para análise da preponderância, e que, os demais documentos, por falta de registro, não são oponíveis a terceiros, havendo, porém, omissão na escrituração de despesa, como aquelas para conservação dos imóveis e recolhimento de tributos, e, assim, desvirtuamento da finalidade constitucional pretendida com a imunidade do ITBI, e registrando, ainda, que a intenção dos sócios com o ato de integralização, deu-se visando a sucessão hereditária, e opinando, fundamentadamente, pela manutenção da NOTIFICAÇÃO DE LANÇAMENTO questionada.

11 - O referido **PARECER** foi integralmente acatado pela **Decisão Administrativa nº 44495/2016**, de fls. 55, originando o **Recurso** em questão, depositado às fls. 57/75, por meio do qual a Empresa recorrente alega e requer, em síntese, o seguinte:

a) que imunidade de que se trata é referente à transmissão de bem imóvel para a incorporação ao patrimônio da pessoa jurídica;

b) que a ressalva feita pelo dispositivo constitucional é de que ela não haverá se a atividade preponderante do adquirente for a compra e venda, locação ou arrendamento mercantil de imóveis;

c) que no presente caso, a contribuinte não teve receita operacional no transcurso do período fiscalizado, motivo pelo qual, fica impossível sustentar que mais de 50% da receita decorreu de compra e venda, locação ou arrendamento mercantil de bens imóveis, o que inviabiliza a exigência em tela, visto, que não ocorreu a condição resolutiva prevista na legislação;

d) que a Empresa onde os bens foram incorporados, é uma Holding Familiar, cujo objetivo patrimonial é o de administrar bens próprios, bem como participar do capital de outras sociedades, na condição sócia, acionista ou quotista, como controladora ou minoritária, e não pratica atividade de venda ou locação de propriedades, sequer de cessão de direitos;

e) e que em virtude do inciso I, parag. 2º do artigo 156 da Constituição Federal, o procedimento praticado (incorporação de bens na realização de capital social), não se sujeita a incidência do ITBI.



VOTO

DO DIREITO

12 - Na matéria objeto dos autos, a recorrente pleiteia a nulidade da notificação de lançamento do ITBI, ocorrido por ocasião da integralização de capital social ao patrimônio da empresa da recorrente, relativo aos imóveis registrados no 2º ofício do registro imobiliário desta comarca, sob as matrículas n.s 35261 e 35262.

13 - Sustenta portanto que: **a)** a empresa onde foram integralizados os bens imóveis acima ditos, trata-se de uma Holding Familiar, cujo objetivo primordial é o de administrar bens próprios, bem como participar de outras sociedades; **b)** a ressalva feita pelo disposto constitucional é de que, não haverá imunidade, se a atividade preponderante do adquirente for a compra e venda, locação ou arrendamento mercantil de imóveis que se caracterizam por dois critérios: um material, que consiste em como saber se a atividade é preponderante (mais de 50% da receita operacional da pessoa jurídica adquirente deve decorrer de compra e venda ou locação ou arrendamento mercantil de bens imóveis) e, o temporal – nos dois anos anteriores e nos dois anos subsequentes à data da transmissão; **c)** a empresa durante o lapso de tempo previsto no Código Tributário Nacional para análise da atividade preponderante, não teve receita operacional, o que impossibilita o fisco de sustentar que mais de 50% da receita da empresa decorreu de compra e venda ou locação ou arrendamento mercantil de bens imóveis; **d)** a atividade da empresa difere daquela imobiliária, que se caracteriza pela prática de desmembramentos, loteamento, incorporação imobiliária e construção, destinada à venda.

14 - Por outro lado, o fisco alegando que, dos documentos contábeis apresentados, apenas o IRPJ seria passível de validade para análise da preponderância, e que, os demais documentos, por falta de registro, não são oponíveis a terceiros, havendo porém, omissão na escrituração de despesa, como aquelas para conservação dos imóveis e recolhimento de tributos, havendo assim, desvirtuamento da finalidade constitucional pretendida com a imunidade do ITBI, e ainda, como a intenção dos sócios com o ato de integralização, deu-se visando a sucessão hereditária (Fls. 55 e 56), indeferiu o pedido, mantendo assim, a peça fiscal ora guerreada.

15 - Como visto, tanto a Constituição Federal, quanto a lei municipal 859/89, o ITBI não incide sobre a transmissão de bens ou direitos incorporados ao patrimônio de pessoa jurídica em realização de capital, salvo se, a *atividade preponderante* do adquirente for a compra e venda desses bens ou direitos, locação de bens imóveis ou arrendamento mercantil.



ESTADO DE SANTA CATARINA
MUNICÍPIO DE BALNEÁRIO CAMBORIÚ
SECRETARIA DA FAZENDA
CONSELHO MUNICIPAL DE CONTRIBUINTES

16 -
ITBI:

Pois bem, assim dispõe a Constituição Federal quanto ao

"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;"
(grifamos)

17 -

Contudo, tais dispositivos constitucionais, não definiram como apurar essa **atividade preponderante** de compra e venda de bens imóveis, locação de bens imóveis ou arrendamento mercantil, o que foi pelos **§§ 1º a 3º** do **artigo 37** do **Código Tributário Nacional**, onde estabelece que **atividade preponderante** ocorre 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 dessas transações imobiliárias, e, se a pessoa jurídica adquirente iniciar suas atividades após a aquisição, ou menos de 2 (dois) anos antes dela, apurar-se-á essa **preponderância** levando em conta os 3 (três) primeiros anos seguintes à data da aquisição.

18 -

No presente caso, nota-se através do contrato social, que a Empresa recorrente, classificada como Holding de instituição não-financeira, foi constituída em 08 de outubro de 2008, tendo como objeto social as **atividades de Administração de bens móveis e imóveis próprios, inclusive a compra e venda dos referidos bens, bem como participar do capital de outras sociedades nacionais ou estrangeiras, na condição de sócia acionista ou quotista, em caráter permanente ou temporário, como controladora ou minoritária** (Cláusula Terceira do Contrato Social - fls. 33).

19 -

A imunidade, no caso, foi concedida pelo Município de Balneário Camboriú, mas sob condição resolutiva, já que a lei exige da Fazenda Municipal a posterior verificação, nos dois anos seguintes da transmissão, da atividade preponderante do requerente, nos termos do artigo 37 do Código Tributário Nacional, que estabelece o seguinte:

"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.

§ 4º O disposto neste artigo não se aplica à transmissão de bens ou direitos, quando realizada em conjunto com a da totalidade do patrimônio da pessoa jurídica alienante."

20 -

No âmbito municipal, a matéria é disciplinada pela Lei Municipal n. 859/1989 nos ditames do artigo 3º, *verbis*:

"art. 3º- O imposto não incide sobre transmissão de bens imóveis ou direitos a eles relativos quando:

(...)

III - Efetuada para a sua incorporação ou extinção de pessoa jurídica;

IV - Decorrentes de fusão, incorporação ou extinção de pessoa jurídica.

(...)

§ 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.



ESTADO DE SANTA CATARINA
MUNICÍPIO DE BALNEÁRIO CAMBORIÚ
SECRETARIA DA FAZENDA
CONSELHO MUNICIPAL DE CONTRIBUINTE

§ 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 - Verificada a preponderância a que se referem os Parágrafos anteriores, tornar-se-á devido o Imposto nos termos da Lei vigente a data da aquisição e sobre o valor atualizado do imóvel ou dos direitos sobre eles. (Revogado pela Lei nº 3488/2012)~~

~~§ 4º - As instituições de educação e assistência social, deverão observar ainda os seguintes requisitos:~~

~~I - Não distribuírem qualquer parcela de seu patrimônio ou de suas rendas, a título de lucro ou participação no resultado;~~

~~II - Aplicarem integralmente no País, os seus recursos na manutenção e no desenvolvimento dos seus objetivos sociais;~~

~~III - Manterem escrituração de suas respectivas receitas e despesas, em Livros revestidos de formalidades capazes de assegurar perfeita exatidão. (Revogado pela Lei nº 3488/2012)~~

§ 5º O adquirente, sujeito à apuração dessa preponderância, deverá apresentar à Secretaria Municipal da Fazenda, até o dia trinta e um de julho do exercício seguinte ao último que serviu de base para a apuração da preponderância, os seguintes documentos:

I - razão analítico das contas de receita, balanços patrimoniais e demonstrativo dos resultados dos exercícios correspondentes ao período de apuração descrito no § 2º;

II - declarações do imposto de renda da pessoa jurídica dos anos-base correspondentes ao período de apuração descrito no § 2º. (Redação acrescida pela Lei nº 3488/2012)

§ 6º O contribuinte a que se refere o parágrafo anterior será intimado da obrigação prevista naquele dispositivo, e da penalidade prevista no inciso II do Art. 18, no momento do recebimento da Certidão de não incidência do ITBI, da qual também deverá constar o teor daqueles dispositivos. (Redação acrescida pela Lei nº 3488/2012)



ESTADO DE SANTA CATARINA
MUNICÍPIO DE BALNEÁRIO CAMBORIÚ
SECRETARIA DA FAZENDA
CONSELHO MUNICIPAL DE CONTRIBUINTE

§ 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)."

21 - No presente caso, verifica-se no contrato social da recorrente que além de outras atividades, ela tem como objeto, **atividades de Administração de bens móveis e imóveis próprios, inclusive a compra e venda dos referidos bens,** o que justifica a apuração da atividade preponderante.

22 - Vê-se do contrato social que, além da integralização dos imóveis situados em Balneário Camboriú (Um Apto. de n. 1502 com vaga de garagem, situado no Edifício Pablo Picasso, situado na Av. Atlântica n. 3.258), foram também integralizados mais 6 (seis) outros imóveis localizados no município de São Bento do Sul. (Contrato social, doc. de fls. 08 e 09 dos autos).

23 - A recorrente regularmente intimada para apresentar os documentos contábeis relativo ao período de apuração da preponderância, ou seja, de 2008 à 2011, limitou-se apenas apresentar o balanço patrimonial de 2008 sem o devido registro no órgão competente, Declarações de Informações Econômico-Fiscais da Pessoa Jurídica (DIPJ), relativo aos exercícios de 2008 à 2011, todas com resultado (0) zero, bem como o Demonstrativo Resultado de 2008 (fls.72) acusando uma despesa de R\$ 1.239,70.

24 - Portanto, é no mínimo estranho, o registro de uma despesa, sem a contrapartida. Além disso, em condições normais, imóveis geram receitas e despesas que implicam constantes variações patrimoniais.

25 - É como, bem disse o Fisco Municipal no Parecer de n. 037/2015 às fls. 47:

"uma empresa que possui imóveis em condomínio residencial nesta cidade, que a partir de 2009 teve a integralização de capital social registrada no registro de imóveis não possui contabilização de despesas e receitas? Vejamos como isso é inviável em termos prático contábeis e fiscais.

*Inicialmente, temos que princípios contábeis são preceitos básicos que devem orientar os registros contábeis, mutáveis no tempo, sujeito a discussão. Tais princípios são: o custo histórico, denominador comum monetário, **realização da receita e confrontação da despesa.***



ESTADO DE SANTA CATARINA
MUNICÍPIO DE BALNEÁRIO CAMBORIÚ
SECRETARIA DA FAZENDA
CONSELHO MUNICIPAL DE CONTRIBUINTES

Certamente sobre esses imóveis existem despesas com impostos anuais, como por exemplo o IPTU, além das taxas condominiais e de energia elétrica. Quem recolheu esses impostos? Afinal não se encontram contabilizados na documentação apresentada pelo notificado.

Entende-se por suprimento de caixa, a situação em que sócios emprestam numerários a sociedade para pagamento de despesas. Já, uma das situações consideradas como omissão de receita está também caracterizada pela falta de escrituração de pagamentos efetuados pela pessoa jurídica”

26 - O código civil em seu artigo 1.179 determina que o empresário e a Sociedade empresária são obrigados a seguir um sistema de contabilidade, mecanizado ou não, com base na escrituração uniforme de seus livros, em correspondência com a documentação respectiva, e a levantar anualmente o Balanço patrimonial e o de resultado econômico.

27 - Assim, não há dúvidas sobre a importância da escrituração do livro Diário e da confecção dos relatórios contábeis ora em pauta.

28 - Pela a apresentação das DIPJs, com resultado 0 (Zero) em todos os exercícios sujeitos a apurado a preponderância (2008 à 2011), a recorrente demonstra que não exerceu atividades, ou seja, permaneceu inativa, apesar de ter sido declarado como inativa, apenas no exercício de 2011 (fls.115).

29 - Assim, se a recorrente “pessoa jurídica” nunca exerceu qualquer atividade a operação não se verificou, havendo, na realidade, mera transferência de titularidade do bem imóvel objeto da ação dos sócios para a sociedade. E nesse caso, operando-se o fato gerador do ITBI, à luz do disposto no art. 156, II, da constituição federal é devido.

30 - Pois, a finalidade precípua da imunidade é permitir não só a integralização do capital social, mas, também, fomentar a atividade econômica das pessoas jurídicas e fortalecer o seu patrimônio com o aumento do capital.

31 - Ora, se a empresa não existe de fato e não exerce qualquer atividade não pode fazer jus ao benefício da imunidade, notadamente por não atingir o objetivo constitucional.



ESTADO DE SANTA CATARINA
MUNICÍPIO DE BALNEÁRIO CAMBORIÚ
SECRETARIA DA FAZENDA
CONSELHO MUNICIPAL DE CONTRIBUINTE

32 -

Aliás, este Conselho de Contribuintes já se posicionou sobre matéria semelhante em outro julgamento, que foi alicerçado em posicionamento do Egrégio **Tribunal de Justiça do Estado do Paraná**, proferido nos autos **Apelação Cível e Reexame Necessário nº 974.297-8**, do Foro Central da **Comarca da Região Metropolitana de Curitiba** 7ª Vara da Fazenda Pública ..., relatado pelo Desembargador Lauro Laertes de Oliveira, no qual figurou como Apelante o **Município de Curitiba**, cujo **Acórdão**, datado de **29/01/2013**, foi assim ementado:

TRIBUTÁRIO. AÇÃO ANULATÓRIA DE DÉBITO FISCAL. ITBI. TRANSFERÊNCIA DE IMÓVEIS PARA O PATRIMÔNIO DE PESSOA JURÍDICA. 1. CONTRATO SOCIAL QUE ESTABELECE CLÁUSULA DE INCORPORAÇÃO DE BENS IMÓVEIS. 2. PESSOA JURÍDICA QUE FIRMA CONTRATO DE COMODATO COM PESSOAS FÍSICAS (SÓCIOS) PARA UTILIZAÇÃO DE BENS IMÓVEIS. AUSÊNCIA DE BENEFÍCIO, COM OS IMÓVEIS, EM FAVOR DA PESSOA JURÍDICA. EMPRESA INATIVA. DESCARACTERIZAÇÃO DO INSTITUTO DA IMUNIDADE TRIBUTÁRIA. INTERPRETAÇÃO DO ART. 156, II, 2º, I, COM O ART. 170, CAPUT, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. 3. REGRA DA IMUNIDADE. CARÁTER RESTRITIVO E FINALÍSTICO. PRECEDENTES DO STF. 4. INCIDÊNCIA DO ITBI. FATO GERADOR CARACTERIZADO. APLICAÇÃO DO ART. 156, II, DA CF E DO ART. 35, I, DO CTN. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO INICIAL. 5. RECURSO PROVIDO. REEXAME NECESSÁRIO PREJUDICADO. (a) Concede-se imunidade tributária para a operação de incorporação de bens imóveis em favor da pessoa jurídica, com o objetivo de que os imóveis sejam utilizados na atividade desempenhada pela mesma, ou seja, esta deve efetivamente beneficiar-se com a incorporação dos imóveis. Na verdade o que se depreende dos autos é que se cuida de empresa familiar, constituída pelos sócios para planejamento tributário do seu patrimônio, com redução da carga tributária e a preservação dos bens, o que é perfeitamente legal, mas não pode querer usufruir de imunidade tributária do ITBI que se instituiu com outro escopo, ou seja, de fortalecer as empresas, gerando mais empregos, circulação de riquezas e cumprindo com os objetivos fundamentais de nossa República Federativa, dentre os quais, o de garantir o desenvolvimento nacional (art. 3º, inciso II, da Constituição Federal). (b) "A imunidade encerra exceção constitucional à capacidade ativa tributária, cabendo interpretar os preceitos regedores de forma estrita." (RE nº 564413 STF - Rel. Min. Marco Aurélio Pleno DJe 3-11-2010). (c) "Interpretação da norma imunizante. Em outras palavras, a interpretação há que ser teleológica e sistemática vale dizer, consentânea com os princípios constitucionais envolvidos e o contexto a que se refere." (Regina Helena Costa, Imunidades Tributárias, 2ª edição, Malheiros, p. 115).

33 -

Confira-se também, em relação ao que deixou de ser apresentado pela Empresa recorrente, o que também fixou o Poder Judiciário:

"AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO TRIBUTÁRIO. AÇÃO ANULATÓRIA. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. ITBI. FATO GERADOR. IMUNIDADE TRIBUTÁRIA. INTEGRALIZAÇÃO DE CAPITAL. NÃO COMPROVAÇÃO JUNTO AO FISCO. SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. IMPOSSIBILIDADE.



ESTADO DE SANTA CATARINA
MUNICÍPIO DE BALNEÁRIO CAMBORIÚ
SECRETARIA DA FAZENDA
CONSELHO MUNICIPAL DE CONTRIBUINTE

1 – Não há verossimilhança no direito do autor à imunidade prevista no art. 156, § 2º, I, da CRFB, quando, notificado pelo Fisco, deixa de apresentar demonstrativo de sua receita operacional.

2 – Hipótese em que, **inerte o contribuinte em comprovar que a transmissão de bens ou direitos incorporados ao seu patrimônio deu-se em realização de capital**, restou **inviabilizada a aferição**, por parte do ente público, **acerca da eventual preponderância de atividade de exploração imobiliária pelo agravante**. Hígidez, em tese, da autuação fiscal. Impossibilidade de provimento liminar.

Concede-se imunidade tributária para a operação de incorporação de bens imóveis em favor da pessoa jurídica, **com o objetivo de que os imóveis sejam utilizados na atividade desempenhada pela mesma**, ou seja, **esta deve efetivamente beneficiar-se com a incorporação dos imóveis**. Na verdade o que se depreende dos autos é que **se cuida de empresa familiar**, constituída pelos sócios para **planejamento tributário do seu patrimônio**, com **redução da carga tributária e a preservação dos bens**, o que é perfeitamente legal, **mas não pode querer usufruir de imunidade tributária do ITBI** que se instituiu com 2ª Câmara Cível TJPR 2 **outro escopo**, ou seja, de **fortalecer as empresas**, gerando **mais empregos, circulação de riquezas** e cumprindo com os objetivos fundamentais de nossa República Federativa, dentre os quais, o de garantir o desenvolvimento nacional (art. 3º, inciso II, da Constituição Federal). (b) "A imunidade encerra exceção constitucional à capacidade ativa tributária, cabendo interpretar os preceitos regedores de forma estrita." (RE nº 564413 STF - Rel. Min. Marco Aurélio Pleno DJe 3-11-2010). (c) "Interpretação da norma imunizante. Em outras palavras, a interpretação há que ser teleológica e sistemática vale dizer, consentânea com os princípios constitucionais envolvidos e o contexto a que se refere." (Regina Helena Costa, Imunidades Tributárias, 2ª edição, Malheiros, p. 115). 2ª Câmara Cível TJPR 3

Se a embargante não exerce e nunca exerceu qualquer atividade mercantil como aferir a condição de atividade preponderante??

Assim, se não há operações realizadas a partir de sua constituição, fica integralmente prejudicada a aplicação dos ditames legais mencionados, além do que, no demonstrativo de resultado de 2008, há um lançamento de despesas sem demonstrar a receita, pois, como é sabido na linguagem contábil, para cada despesa terá que haver uma receita, o que ao meu ver **dificulta a apuração da preponderância**, afastando-se, portanto, qualquer possibilidade de não incidência, ante a não demonstração da recorrente de que sua atividade preponderância diversa da atividade imobiliária descrita em seu contrato social. (Processo: AG 70041286543 RS - Relator(a): Denise Oliveira Cezar - Julgamento: 18/02/2011 - Órgão Julgador: Segunda Câmara Cível - Publicação: Diário da Justiça do dia 17/03/2011)



ESTADO DE SANTA CATARINA
MUNICÍPIO DE BALNEÁRIO CAMBORIÚ
SECRETARIA DA FAZENDA
CONSELHO MUNICIPAL DE CONTRIBUINTES

34 -

assim se manifestou:

Por sua vez, com relação ao **ônus da prova**, nosso tribunal

AGRAVO INOMINADO (ART. 557, § 1º, DO CPC.) AUSÊNCIA DE DESCONSTITUIÇÃO DA PREMISSA QUE FUNDAMENTOU A NEGATIVA DE SEGUIMENTO AO RECURSO. IMUNIDADE TRIBUTÁRIA. ITBI. **ÔNUS DA PROVA ATRIBUÍDO À SOCIEDADE EMPRESÁRIA QUANTO AO EXERCÍCIO DE ATIVIDADE PREPONDERANTE DIVERSA DAQUELA RELACIONADA EM SEU CONTRATO SOCIAL** (ADMINISTRAÇÃO E COMPRA E VENDA DE IMÓVEIS). ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL CONSOLIDADO. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. Apelação Cível n. 2012.086544-1/0001.00, da comarca de Rio do Sul (3ª Vara Cível), em que é agravante Toscana Administradora de Bens Ltda, e agravado Município de Rio do Sul - Relator: Des. Carlos Adilson Silva

Extrai-se ainda do corpo do Acórdão:

É que a decisão monocrática invocou como paradigma a jurisprudência pacífica desta Corte - o quanto basta, como visto, para a aplicação da regra contida no art. 557, caput -, no sentido de que era ônus da sociedade empresária, para fins de imunidade tributária quanto à incidência do ITBI, a comprovação do exercício de atividade preponderante diversa daquela relacionada à administração e à compra e venda de imóveis, tal como descrito em seu contrato social.

É o que consta da decisão (fl. 125):

Nos termos do entendimento assentado por esta Corte de Justiça, cabia a parte autora comprovar que, na hipótese de existir cláusula no contrato social expressamente descrevendo a área de atuação da empresa, sua atividade preponderante não advém da compra e venda de imóveis.

No contrato social da recorrente está evidente a presença de atividade imobiliária, caracterizando-se a ressalva do parágrafo 2º, inciso I do artigo 156 da Constituição federal. ***“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; ...”***



ESTADO DE SANTA CATARINA
MUNICÍPIO DE BALNEÁRIO CAMBORIÚ
SECRETARIA DA FAZENDA
CONSELHO MUNICIPAL DE CONTRIBUINTE

35 - Portanto, se a condição para a imunidade tributária é que a atividade preponderante do adquirente não seja a venda e locação de imóveis ou a cessão de direito relativos à aquisição, e sendo estas, justamente, parte integrante do objetivo social da recorrente (administração de bens próprios), não lhe é possível a concessão do benefício fiscal, ainda que supostamente tenha permanecido “inativa” durante o período de apuração.

36 - Desta forma, diante do comando do inciso I do parág. 2º do artigo 156 da Constituição Federal, a recorrente não faz jus ao benefício da não incidência do ITBI para os imóveis incorporados ao seu capital social, razão pela qual conheço do recurso e **NEGO-LHE PROVIMENTO**, para manter integralmente o lançamento tributário recorrido.

É o voto.

DECISÃO

Nos termos do voto do Relator, o Conselho de Contribuintes do Município de Balneário Camboriú, **decidiu**, por maioria de votos, **negar provimento** ao **Recurso**.

Participaram do julgamento, realizado no dia 16 de junho de 2016 e presidido pelo Conselheiro Alexandre Duwe, que precisou votar, o Conselheiro Relator Manoel Olindino Domingos, a Conselheira Magda Bez, o Conselheiro Mário José de Souza, e o Conselheiro Ricardo Emanuel Nunes.

Balneário Camboriú, 30 de maio de 2019.

Manoel Olindino Domingos
RELATOR

Alexandre Duwe
Presidente