



Estado do Rio Grande do Sul
Município de Canoas
Secretaria Municipal da Fazenda
Conselho Municipal de Contribuintes

ACÓRDÃO 005/2022

Processo Impugnação 1ª Instância nº: 48325/2021
Processo Recurso ao CMC nº: 38974/2022-1
Recorrente: JELV ADMINISTRADORA DE BENS LTDA
Assunto: Recurso Voluntário
Conselheiro Relator: Juliano Brito

EMENTA: TRIBUTÁRIO. RECURSO ADMINISTRATIVO. ITBI. INTEGRALIZAÇÃO DE CAPITAL SOCIAL COM IMÓVEL. IMUNIDADE. CONDIÇÃO RESOLUTÓRIA DE CUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. IMPROVIMENTO DO RECURSO VOLUNTÁRIO, POR MAIORIA, VENCIDO O RELATOR.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto por **JELV ADMINISTRADORA DE BENS LTDA** contra decisão administrativa de Primeira Instância que por unanimidade negou provimento à impugnação administrativa apresentada pelo ora recorrente em face do auto de lançamento 002/2021, lavrado por descumprimento da condição resolutória referente imunidade condicional reconhecida na guia de ITBI nº 2110/2016, MVP nº 32329/2016.

DO HISTÓRICO DO LANCAMENTO

Em 26/04/2016 o contribuinte JERRI BERTONI MACEDO promoveu a abertura do processo 32329/2016, mediante pedido de isenção de ITBI para a guia 2110/2016 referente a transferência do bem imóvel da matrícula nº 128.750 da Comarca de Canoas (RS) para a empresa JELV ADMINISTRADORA DE BENS LTDA, a título de integralização de capital social.

O pedido foi analisado e deferida pela Unidade de Tributos Imobiliários DAT/SMF NÃO INCIDÊNCIA TRIBUTÁRIA sob condição resolutória assim gravada: A OBRIGAÇÃO DO REQUERENTE, QUANDO RECONHECIDA A IMUNIDADE DO ITBI SOB CONDIÇÃO RESOLUTÓRIA, ESTÁ PREVISTA NO §3º DO ART. 6º DA LEI MUNICIPAL 5503/2010, DISPONDO QUE A PESSOA JURÍDICA ADQUIRENTE DE IMÓVEIS OU DE DIREITOS



Continuação.....acórdão 005/2022

A ELES RELATIVOS DEVERÁ APRESENTAR À FISCALIZAÇÃO DA RECEITA MUNICIPAL DEMONSTRATIVO DE SUA RECEITA OPERACIONAL, NO PRAZO IMPROPRORROGÁVEL DE 60 DIAS CONTADOS DO PRIMEIRO DIA ÚTIL SUBSEQÜENTE AO DO TÉRMINO DO PERÍODO QUE SERVIU DE BASE PARA A APURAÇÃO DA PREPONDERÂNCIA. CONFORME O § 4º DO ART. 6º DA LEI MUNICIPAL 5503/2010, SE VERIFICADA A PREPONDERÂNCIA REFERIDA NESTE ARTIGO, OU EM CASO DE NÃO APRESENTAÇÃO DA DOCUMENTAÇÃO REFERIDA NO § 3º NO PRAZO ESTABELECIDO, TORNAR-SE-Á DEVIDO O IMPOSTO DESDE A DATA DO RECEBIMENTO, PELO CONTRIBUINTE, DA GUIA DE NÃO INCIDÊNCIA DO ITBI, INDEPENDENTEMENTE DE NOTIFICAÇÃO JUDICIAL OU EXTRAJUDICIAL.

Foi dada ciência ao Sr. Jerri Bertoni Macedo, em 17/05/2016, no processo 32329/2016, quando retirou a guia 2110/2016 e assinou a declaração de ciência da condição para a manutenção da imunidade tendo como obrigação apresentar até o 60º (sexagésimo) dia do ano de 2019, os demonstrativos de Receita Operacional relativo aos exercícios de 2016 a 2018.

Constatado o não cumprimento da condição resolutória pela empresa JELV ADMINISTRADORA DE BENS LTDA, a UTI/DAT/SMF em 14/05/2021 emitiu a Notificação de Lançamento nº 002/2021, tendo sido o contribuinte notificado por aviso de recebimento constante do processo 32329/2016.

Em 12/07/2021, sobreveio a presente impugnação na qual o contribuinte impugnante apresentou as demonstrações contábeis reclamadas e defendeu a manutenção da imunidade, pois cumpridos os requisitos legais.

Veio aos autos manifestação da Fiscal Andreia Dias Winck pela manutenção do lançamento face ao descumprimento da obrigação aprazada no ato de concessão da imunidade sob condição.

No Grupo Julgador o recurso administrativo de 1ª Instância impetrado pelo impugnante foi conhecido, por atender ao disposto nos artigos 71 e 81, inciso I e II da Lei Municipal 1.783/77, alterada pela Lei 4.971/05, mas improvido, por unanimidade, em decisão assim ementada:

EMENTA: ITBI. Auto de infração lançamento por descumprimento da condição resolutória referente imunidade condicional. Defesa de 1ª Instância não provida.

Notificado pessoalmente o procurador da recorrente em 20/05/2022, seguiu-se a interposição de recurso voluntário pelo contribuinte protocolizado em 09/06/2022.

DAS RAZÕES RECURSAIS

Alega o contribuinte ser uma pessoa jurídica de direito privado, constituída em 08/12/2015 cujo capital social foi integralizado mediante aporte do imóvel objeto da matrícula imobiliária nº 128.750, do Livro nº 2, do Registro de Imóveis de Canoas (RS). Defende que a integralização de bens imóveis no capital social de sociedades está imune à incidência do Imposto sobre a Transmissão Inter Vivos, a qualquer título, por Ato Oneroso, de Bens Imóveis (ITBI), conforme previsão constitucional (inciso I do § 2º do art. 156 da Constituição da República de 1988).



Estado do Rio Grande do Sul
Município de Canoas
Secretaria Municipal da Fazenda
Conselho Municipal de Contribuintes

Continuação.....acórdão 005/2022

Sustenta que ao longo de todos os três anos subsequentes à integralização do capital social, o contribuinte não auferiu receitas decorrentes de venda ou locação de propriedade imobiliária ou de cessão de direitos relativos a sua aquisição, fazendo referência aos documentos juntados aos autos com a impugnação que demonstram que as receitas auferidas pelo contribuinte, no triênio subsequente à integralização, foram geradas por investimentos no mercado financeiro, esses devidamente demonstrados por extratos dos investimentos e a composição do fundo.

Sustenta que a sociedade JELV não foi constituída com nenhum objetivo de redução de carga tributária em operações imobiliárias, sejam de locação, de compra e venda ou de arrendamento mercantil e que mesmo após o encerramento do período de verificação da atividade preponderante, os imóveis integralizados no capital social da empresa não foram nem vendidos, nem locados. Sustenta que a operação visou a segregação de bens para dar lastro patrimonial a investimentos no mercado financeiro.

Defende que a alegada omissão do contribuinte, em apresentar a documentação acerca da sua atividade preponderante, em 2019, considerando um compromisso assumido em 17/05/2016, poderia e, necessariamente, deveria ter sido sanada através da reiteração da intimação, sendo que defende que a apresentação com a impugnação, primeira oportunidade após a intimação, supre a condição. Manifesta que a condição resolutória implica em tornar incipiente o devido processo legal e não é razoável.

Defende, ainda, que para as transmissões de imóveis para a integralização de bens no capital social de sociedades, não há exceção constitucional à imunidade, aplicável somente para os casos de cisão, fusão e incorporação.

Cita como precedente vinculante o Recurso Extraordinário nº 796.376/SC, julgado em 05/08/2020 e precedente do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Pede, ao final, seja dado provimento ao recurso voluntário, reformando-se a decisão de primeira instância, com a consequente exoneração do crédito tributário de ITBI, constituído através do lançamento objeto da Notificação nº 002/2021 – SMF/DAT/UTI, nos termos da fundamentação e documentos apresentados.

DA MANIFESTAÇÃO DA FAZENDA PÚBLICA

A Fazenda Pública, através de sua representante nesse Conselho, manifesta-se pelo conhecimento do recurso, eis que cabível e tempestivo, e pelo improvimento. Sustenta que o Demonstrativo de Receita Operacional e os Livros Contábeis dos exercícios de 2015 a 2018 não foram apresentados no prazo do parágrafo terceiro do artigo 6º da Lei nº 5.506/2010.

Afirma que a legislação municipal condiciona a imunidade constitucional à apresentação, até o sexagésimo dia de 2019, dos demonstrativos contábeis e demais documentos, e que o contribuinte, não tendo apresentado a documentação em tempo hábil, deu origem ao Auto de Lançamento.



Continuação.....acórdão 005/2022

DA REGULARIDADE FORMAL E TEMPESTIVIDADE

É cabível o recurso e firmado por representante legítimo do contribuinte. Notificado pessoalmente o procurador da recorrente em 20/05/2022, seguiu-se a interposição de recurso voluntário pelo contribuinte protocolizado em 09/06/2022. O recurso foi interposto dentro do prazo de vinte dias que prevê o artigo 83 da Lei nº 1.783/1977 (CTM):

Art. 83 - Da decisão de primeira instância caberá recurso voluntário para o Conselho Municipal de Contribuintes, interposto no prazo de 20 dias, contados da ciência da decisão.

Nesse sentido, conheço do recurso por cabível e tempestivo.

VOTO

Senhora Presidente,
Demais conselheiros.

A Constituição Federal de 1.988, ao outorgar competência tributária aos Municípios para instituir impostos sobre “transmissão "intervivos", 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” (art. 156, inciso II) concedeu imunidade ao prever no § 2º, inciso I do dispositivo constitucional que o ITBI 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.

A Constituição Federal restringiu o âmbito da imunidade, devolvendo aos Municípios a competência tributária quando “a atividade preponderante do adquirente for a compra e venda desses bens ou direitos, locação de bens imóveis ou arrendamento mercantil” (§2º, inciso I, última parte, do artigo 156 da CF/88).

Importa para o julgamento do caso fazer-se a distinção entre norma de imunidade e norma de isenção tributária.

RUI BARBOSA NOGUEIRA define com muita clareza os conceitos de isenção e imunidade, “*verbis*”:



Continuação.....acórdão 005/2022

“ISENÇÃO - é a dispensa do pagamento do tributo devido, feita por disposição expressa da lei e por isso mesmo excepcionada da tributação.

Só se pode isentar o que esteja a priori tributado. Em princípio, somente pode isentar o legislador que tenha competência para criar o tributo, pois a isenção é uma dispensa da obrigação de pagar. O CTN estabelece que a isenção é uma das modalidades de exclusão do crédito tributário (art. 175, I). A Constituição Federal permite que por meio de lei complementar e dentro de certas condições, excepcionalmente, a União possa conceder isenção de impostos estaduais e municipais (art. 19, parágrafo 2º).

IMUNIDADE - é, no dizer de Amílcar Falcão, “uma forma qualificada ou especial de não-incidência, por supressão, na Constituição, da competência impositiva ou do poder de tributar, quando se configuram certos pressupostos, situações ou circunstâncias previstos pelo estatuto supremo. Esquemáticamente poder-se-ia exprimir a mesma ideia do modo seguinte: a Constituição faz originariamente, a distribuição da competência impositiva ou do poder de tributar; ao fazer a outorga dessa competência, condiciona-a, ou melhor, clausula-a, declarando os casos em que ela não poderá ser exercida. A imunidade é, assim, uma forma de não-incidência pela supressão da competência impositiva para tributar certos fatos, situações ou pessoas, por disposição constitucional.” (Curso de Direito Tributário, Ed. Saraiva, 6ª edição, pág. 183),

PAULO DE BARROS CARVALHO leciona, sobre essa distinção, que:

“... o espaço frequentado por tais normas - (diga-se normas imunitárias) - é o patamar hierárquico da Constituição Federal, porquanto é lá que estão depositadas as linhas definidoras da competência tributária, no Direito Positivo Brasileiro...omissis... O preceito da imunidade exerce a função de colaborar, de uma forma especial, no desenho das competências impositivas. São normas constitucionais. Não cuidam da problemática da incidência, atuando em instante que antecede, na lógica do sistema, ao momento da percussão tributária. Já a isenção, opera como expediente redutor do campo de abrangência dos critérios da hipótese ou da consequência da regra-matriz do tributo, como teremos a oportunidade de descrever em capítulo ulterior.” (Curso de Direito Tributário, Ed. Saraiva, 5ª edição, pág. 117).

De concluir-se, portanto, que a previsão do §2º, inciso I do artigo 156 da CF/88 tem natureza de exclusão da competência tributária municipal onde situado o bem imóvel objeto de integralização de capital social cuja atividade preponderante não for a compra e venda desses bens ou direitos, locação de bens imóveis ou arrendamento mercantil.

A regulamentação do dispositivo constitucional em questão foi herdada da ordem constitucional pretérita, uma vez que o Código Tributário Nacional (CTN) foi recepcionado pela Constituição de 1.988 como lei complementar, também em relação ao imposto sobre a transmissão de bens imóveis, outrora de competência dos Estados.

Prevê o CTN:

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. O imposto não incide sobre a transmissão aos mesmos alienantes, dos bens e direitos adquiridos na forma do inciso I deste artigo, em decorrência da sua desincorporação do patrimônio da pessoa jurídica a que foram conferidos.



Continuação.....acórdão 005/2022

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.

§ 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.

A regulamentação impõe uma condição resolutiva à imunidade constitucional, ao estabelecer que a preponderância da atividade imobiliária do adquirente será medida sobre a receita bruta anterior e ulterior à aquisição do bem imóvel ou direitos a ele relativos, caso a pessoa jurídica já esteja em atividade quando da operação que resulte na entrada dos bens e direitos em seu patrimônio. No caso dos autos, o período de prova são os anos de 2016 a 2018.

Pois a questão é saber se o tributo pode ser exigido, resolvendo a condição da imunidade, nos casos previstos no artigo 6º da Lei nº 5.503, de 13 de maio de 2010:

Art. 6º A imunidade prevista nos incisos IV e V não se aplica quando a atividade preponderante da pessoa jurídica adquirente for a compra e venda ou a locação da propriedade imobiliária ou 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 há menos de 2 (dois)anos antes dela, apurar-se-á a preponderância referida no § 1º deste artigo, levando-se em conta os 3(três) primeiros anos seguintes à data da aquisição. (Redação dada pela Lei nº 5738/2013)

§ 3º A pessoa jurídica adquirente de imóveis ou de direitos a eles relativos, nos termos dos incisos IV e V do art. 5º desta Lei, deverá apresentar à Fiscalização da Receita Municipal, demonstrativo de sua receita operacional, no prazo improrrogável de 60 (sessenta) dias contados do primeiro dia útil subsequente ao do término do período que serviu de base para apuração da preponderância.

§ 4º Verificada a preponderância referida neste artigo, ou em caso de não apresentação da documentação referida no § 3º deste artigo, no prazo estabelecido, tornar-se-á devido o imposto desde a data do recebimento, pelo contribuinte, da guia de não incidência do ITBI, independentemente de notificação judicial ou extrajudicial.



Estado do Rio Grande do Sul
Município de Canoas
Secretaria Municipal da Fazenda
Conselho Municipal de Contribuintes

Continuação.....acórdão 005/2022

Em comparação com o CTN, a Lei Municipal estabelece um requisito adicional para a fruição da imunidade, qual seja, *“apresentar à Fiscalização da Receita Municipal, demonstrativo de sua receita operacional, no prazo improrrogável de 60 (sessenta) dias contados do primeiro dia útil subsequente ao do término do período que serviu de base para apuração da preponderância”*.

A Lei Municipal nº 5.503/2010 claramente estabeleceu uma obrigação acessória no § 3º do seu artigo 6º, e emprestou a essa obrigação o caráter de condição de reconhecimento de imunidade tributária.

O CTN conceitua:

Art. 113. A obrigação tributária é principal ou acessória.

§ 1º A obrigação principal surge com a ocorrência do fato gerador, tem por objeto o pagamento de tributo ou penalidade pecuniária e extingue-se juntamente com o crédito dela decorrente.

§ 2º A obrigação acessória decorre da legislação tributária e tem por objeto as prestações, positivas ou negativas, nela previstas no interesse da arrecadação ou da fiscalização dos tributos.

§ 3º A obrigação acessória, pelo simples fato da sua inobservância, converte-se em obrigação principal relativamente à penalidade pecuniária.

A declaração do contribuinte é claramente uma obrigação acessória, mas não se constitui no próprio lançamento tributário, a teor do que preveem os artigos 142 e 147 do CTN:

Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

Parágrafo único. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional.

Art. 147. O lançamento é efetuado com base na declaração do sujeito passivo ou de terceiro, quando um ou outro, na forma da legislação tributária, presta à autoridade administrativa informações sobre matéria de fato, indispensáveis à sua efetivação.

§ 1º A retificação da declaração por iniciativa do próprio declarante, quando vise a reduzir ou a excluir tributo, só é admissível mediante comprovação do erro em que se funde, e antes de notificado o lançamento.

§ 2º Os erros contidos na declaração e apuráveis pelo seu exame serão retificados de ofício pela autoridade administrativa a que competir a revisão daquela.



Estado do Rio Grande do Sul
Município de Canoas
Secretaria Municipal da Fazenda
Conselho Municipal de Contribuintes

Continuação.....acórdão 005/2022

O lançamento é ato privativo da autoridade administrativa, que deverá fazê-lo quando a declaração não for apresentada, nos termos do artigo 149, inciso II do CTN:

Art. 149. O lançamento é efetuado e revisto de ofício pela autoridade administrativa nos seguintes casos:

II - quando a declaração não seja prestada, por quem de direito, no prazo e na forma da legislação tributária;

Nesse sentido, a apresentação de declaração tempestiva não pode ser erigida em condição formal de imunidade tributária, cujas condições de sindicabilidade são materiais e previstas na Constituição e na sua norma regulamentadora, o CTN (lei complementar).

Ao apreciar o Tema 32 da Repercussão Geral, estabeleceu o Supremo Tribunal Federal que em matéria de imunidades os requisitos a serem observados são aqueles previstos em Lei Complementar:

IMUNIDADE – DISCIPLINA – LEI COMPLEMENTAR. Ante a Constituição Federal, que a todos indistintamente submete, a regência de imunidade faz-se mediante lei complementar. (RE 566622, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 23/02/2017, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-186 DIVULG 22-08-2017 PUBLIC 23-08-2017)

A reforma parcial da Tese 32, operada mais recentemente, não afasta a necessidade de observância da norma complementar quanto aos aspectos fundamentais da imunidade, relegada à lei ordinária os aspectos meramente procedimentais:

E M E N T A. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO SOB O RITO DA REPERCUSSÃO GERAL. TEMA Nº 32. EXAME CONJUNTO COM AS ADI'S 2.028, 2.036, 2.228 E 2.621. ENTIDADES BENEFICENTES DE ASSISTÊNCIA SOCIAL. IMUNIDADE. CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS. ARTS. 146, II, E 195, § 7º, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. CARACTERIZAÇÃO DA IMUNIDADE RESERVADA À LEI COMPLEMENTAR. ASPECTOS PROCEDIMENTAIS DISPONÍVEIS À LEI ORDINÁRIA. OMISSÃO. CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 55, II, DA LEI Nº 8.212/1991. ACOLHIMENTO PARCIAL. 1. Aspectos procedimentais referentes à certificação, fiscalização e controle administrativo são passíveis de definição em lei ordinária, somente exigível a lei complementar para a definição do modo beneficente de atuação das entidades de assistência social contempladas no art. 195, § 7º, da Lei Maior, especialmente no que se refere à instituição de contrapartidas a serem por elas observadas.



Estado do Rio Grande do Sul
Município de Canoas
Secretaria Municipal da Fazenda
Conselho Municipal de Contribuintes

Continuação.....acórdão 005/2022

2. É constitucional o art. 55, II, da Lei nº 8.212/1991, na redação original e nas redações que lhe foram dadas pelo art. 5º da Lei 9.429/1996 e pelo art. 3º da Medida Provisória nº 2.187-13/2001. 3. Reformulada a tese relativa ao tema nº 32 da repercussão geral, nos seguintes termos: “A lei complementar é forma exigível para a definição do modo beneficente de atuação das entidades de assistência social contempladas pelo art. 195, § 7º, da CF, especialmente no que se refere à instituição de contrapartidas a serem por elas observadas.” 4. Embargos de declaração acolhidos em parte, com efeito modificativo. (RE 566622 ED, Relator(a): MARCO AURELIO, Relator(a) p/ Acórdão: ROSA WEBER, Tribunal Pleno, julgado em 18/12/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-114 DIVULG 08-05-2020 PUBLIC 11-05-2020)

A imunidade, por ser norma de exclusão da competência tributária posta na mais alta lei da nação, só pode ser limitada pelo ente tributante se preenchidas as condições normativas materiais postas na própria Constituição e nas leis regulamentadoras, sendo que o ônus da prova recai sobre o Município, consoante já decidiu o STF:

EMENTA Embargos de declaração no agravo regimental no agravo de instrumento. IPTU. Imunidade. Condicionante da vinculação às finalidades essenciais. Presunção. Ônus da prova. Integração do julgado. 1. A vedação à instituição de impostos sobre o patrimônio e a renda das entidades reconhecidamente de assistência social que estejam vinculados às suas finalidades essenciais é uma garantia constitucional. Por seu turno, existe a presunção de que o imóvel da entidade assistencial esteja afetado a destinação compatível com seus objetivos e finalidades institucionais. 2. O afastamento da imunidade só pode ocorrer mediante a constituição de prova em contrário produzida pela administração tributária. 3. Embargos de declaração acolhidos para integrar o julgado, sem efeitos modificativos. (AI 746263 AgR-ED, Relator(a): DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 12/11/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-248 DIVULG 13-12-2013 PUBLIC 16-12-2013)

Portanto, entendo que a ausência de tempestiva declaração do artigo 6º, § 3º da Lei Municipal nº 5.503/2010 não pode se constituir em motivo determinante isolado do lançamento tributário do Imposto sobre a Transmissão Inter Vivos, por ato oneroso, de bens imóveis e de direitos reais a eles relativos, nos casos de integralização de capital social da pessoa jurídica.

É dever-poder da autoridade administrativa tributária sindicar as condições materiais da conformação da imunidade, previstas no artigo 6º, § 2º da Lei Municipal nº 5.503/2010 e, somente nos casos em que (a) constatada a existência de preponderância da atividade imobiliária ou (b) a inexistência do propósito negocial declarado pelas partes com o intuito de elidir o pagamento do tributo, efetivar o lançamento tributário para exigência do tributo. Ou seja, efetuar o lançamento nos casos em que não preenchidas as condições da imunidade constitucionalmente prevista em seus aspectos materiais, mas também teleológicos.



Continuação.....acórdão 005/2022

O que a Constituição Federal (artigo 156, inciso II, § 2º) prevê é que o imóvel ou os direitos reais a ele relativos, quando transferidos em operações empresariais típicas de capitalização de empreendimentos, salvo as de natureza imobiliária, nas quais o imóvel é mercadoria, não atraem a competência tributária municipal em relação ao imposto de transmissão de bens e direitos relativos a imóveis. Em todos os outros casos de transmissão de propriedade a competência tributária é outorgada, mas não quando o imóvel é transferido para capitalizar empreendimentos.

Ou seja, se o adquirente tem como preponderante atividades (ainda que de natureza civil) de mercancia de bens e direitos sobre imóveis, ou se o negócio informado pelas partes ao Fisco é apenas na forma uma capitalização empresarial através de imóveis, mas em substância é uma compra e venda simples, uma disposição para proteção patrimonial do alienante, um planejamento sucessório, enfim, todos os casos em que a substância do negócio não seja efetivamente uma capitalização empresarial, ou Transformação, Incorporação, Fusão e Cisão, em todos esses casos remanesce íntegra a capacidade tributária do Município, que tem o dever-poder de efetivar o lançamento.

Portanto, meu entendimento pessoal é que o lançamento tributário realizado exclusivamente com base no descumprimento da obrigação acessória do § 3º do artigo 6º, da Lei Municipal nº 5.503/2010 (elemento meramente formal), sem abordar os aspectos materiais da conformação da imunidade, previstas no artigo 6º, § 2º da Lei Municipal nº 5.503/2010 (sindicabilidade da existência de preponderância da atividade imobiliária e existência de propósito negocial conforme a regra de imunidade) é um **lançamento incompleto** e, portanto, passível de anulação, pelas razões já deduzidas.

Tendo em vista que a atividade privativa do agente público (lançamento) não abrangeu os aspectos materiais da conformação da imunidade, seria o caso desse Conselho fazer baixar em diligência o processo, ordenando a complementação do lançamento, nos termos do artigo 8º, inciso V, do Decreto Municipal nº 102/2008.

DISPOSITIVO

Ante o exposto, voto pela anulação do lançamento tributário baseado em cumprimento a destempo de obrigação acessória, sem prejuízo da Administração Tributária, observado o prazo decadencial, realizar novo lançamento em caso de constatação de descumprimento das condições materiais para gozo da imunidade.



Estado do Rio Grande do Sul
Município de Canoas
Secretaria Municipal da Fazenda
Conselho Municipal de Contribuintes

Continuação.....acórdão 005/2022

VOTO COMPLEMENTAR

Conselheiro Osmar Soares Rodrigues

A imunidade em questão está prevista no artigo 156, § 2º, inc. I, da Constituição Federal, que dispõe:

"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".

A imunidade é concedida sob condição resolutiva, pois a lei exige da Fazenda Pública a posterior verificação da atividade preponderante do requerente, conforme previsto no CTN, arts. 36 e 37:

"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; (grifo nosso)

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

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.



Continuação.....acórdão 005/2022

§ 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." (Grifei)

No âmbito local, a matéria está regulada na Lei Municipal nº 5.503/2010, arts. 5º e 6º, in verbis:

Art. 5º São imunes ao imposto:

IV - a transmissão de bens e de direitos incorporados ao patrimônio de pessoas jurídicas em realização de capital;

Art. 6º - A imunidade prevista nos incisos IV e V não se aplica quando a atividade preponderante da pessoa jurídica adquirente for a compra e venda ou a locação da propriedade imobiliária ou 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 há menos de 2 (dois) anos antes dela, apurar-se-á a preponderância referida no § 1º deste artigo, levando-se em conta os 3 (três) primeiros anos seguintes à data da aquisição. (Redação dada pela Lei nº 5738/2013)

§ 3º A pessoa jurídica adquirente de imóveis ou de direitos a eles relativos, nos termos dos incisos IV e V do art. 5º desta Lei, deverá apresentar à Fiscalização da Receita Municipal, demonstrativo de sua receita operacional, no prazo improrrogável de 60 (sessenta) dias contados do primeiro dia útil subsequente ao do término do período que serviu de base para apuração da preponderância.

§ 4º Verificada a preponderância referida neste artigo, ou em caso de não apresentação da documentação referida no § 3º deste artigo, no prazo estabelecido, tornar-se-á devido o imposto desde a data do recebimento, pelo contribuinte, da guia de não incidência do ITBI, independentemente de notificação judicial ou extrajudicial.

Conforme previsto na Constituição Federal, no caso de transmissão de bens ou direitos em realização de capital, fusão, incorporação, cisão, não deve incidir o ITBI, exceto quando a empresa tenha como atividade preponderante a compra e venda ou locação de propriedade imobiliária ou a cessão de direitos relativos à sua aquisição, o que impõe seja examinada a atividade preponderante da sociedade durante o período legal de apuração, a fim de auferir acerca do seu direito ao benefício constitucional.



Estado do Rio Grande do Sul
Município de Canoas
Secretaria Municipal da Fazenda
Conselho Municipal de Contribuintes

Continuação.....acórdão 005/2022

Assim, é ônus da sociedade que postular a imunidade a apresentação dos demonstrativos de sua receita operacional no prazo improrrogável de 60 (sessenta) dias, contados do primeiro dia útil que seguir ao término do período que serviu de base para a apuração da preponderância, consoante disposto no parágrafo 3º do artigo 6º da Lei Municipal nº 5.503 de 13 de maio de 2010.

Conforme se verifica no referido dispositivo legal, a apresentação da documentação contábil necessária para a comprovação da atividade preponderante no período legal é ônus que decorre de expressa previsão em lei para aferição do direito à imunidade de ITBI, restando, assim, fulminada a pretensão da Recorrente, uma vez que não foi cumprida no prazo legal estabelecido.

Quanto a notificação para o Contribuinte apresentar os Demonstrativos de Receita Operacional no prazo de 60 (sessenta) dias, conforme disposto na Lei Municipal 5.503/2010, essa foi entregue ao próprio sócio-administrador da empresa, Sr. Jerri Bertoni Macedo, conforme consta na página 23 do processo que tratou da imunidade (MVP 32.329/2016):

| | |
|--|--|
| DECLARAÇÃO DE CIÊNCIA DA CONDIÇÃO PARA A MANUTENÇÃO DA IMUNIDADE SOBRE A GUIA DE ITBI Nº 2110/2016, RECONHECIDA SOB CONDIÇÃO RESOLUTÓRIA EM 03 DE MAIO DE 2016. | |
| Eu, Jerri Bertoni Macedo, representante da Empresa "JELV ADMINISTRADORA DE SENS LTDA", inscrito no CPF nº 408.937.150/34 e cédula de identidade nº 9029766848 SSP/RS, | |
| Declaro ter recebido cópia do parecer referente ao processo nº 32329/2016 e ter tomado ciência da OBRIGAÇÃO de apresentar até o 60º (sexagésimo) dia do ano de 2016 os Demonstrativos de Receita Operacional da Empresa "JELV ADMINISTRADORA DE SENS LTDA", relativos aos exercícios de 2016 A 2018, para que seja verificada se houve preponderância no ramo imobiliário. | |
| Declaro, também, ter recebido a guia de ITBI 2110/2016, carimbada com a imunidade do imposto. | |
| Declaro, finalmente, o total entendimento do §4º do art. 5º da Lei Municipal 5503/2010, que dispõe: | |
| <u>"Verificada a preponderância referida neste artigo, ou em caso de não apresentação da documentação referida no § 3º deste artigo no prazo estabelecido, tornar-se-á devido o imposto desde a data do recebimento, pelo contribuinte, da guia de não incidência do ITBI, independentemente de notificação judicial ou extrajudicial."</u> | |
| CANOAS, 17 DE MAIO DE 2016 | |
| | |



Continuação.....acórdão 005/2022

No caso concreto, é incontroverso que a Requerente não apresentou a documentação contábil necessária para comprovar a sua atividade preponderante diversa de compra e venda, locação ou arrendamento de imóveis nos prazos e termos da legislação supra transcrita, inclusive pela leitura do próprio Recurso ao Conselho Municipal de Contribuintes (página 10), onde a Recorrente afirma:

"O contribuinte anexou, com a impugnação, às suas demonstrações contábeis, dos exercícios de 2015 a 2018."

A impugnação foi protocolada em 12/07/2021, contudo o prazo final para a entrega das demonstrações contábeis era o dia 01/03/2019, ou seja, a documentação para verificar a preponderância das atividades foi apresentada com mais de 02 anos de atraso.

Por outro lado, a Legislação, conforme anteriormente transcrito, prevê expressamente que, em caso de não apresentação da documentação referida no prazo estabelecido, tornar-se-á devido o imposto. A Legislação Municipal estabelece, por expresse, que a documentação deverá ser apresentada no prazo improrrogável de sessenta (60) dias contados do primeiro dia útil subsequente ao término do período que serviu de base para apuração da preponderância.

Pelo acima exposto, entendo que a Recorrente não se desincumbiu do ônus de demonstrar o seu direito ao benefício constitucional almejado, razão pela qual deve ser mantido o entendimento da Fiscalização Tributária pela incidência da tributação.

Senhora Presidente,

demais Conselheiros.

Cumpridos os requisitos de admissibilidade, passível de ser julgado o presente Recurso Voluntário.

Analisando o conjunto probatório, restou incontroverso o que ocorreu de fato, ou seja, a Requerente, após devidamente notificada e com prazo para atender a Intimação, não atendeu a citação para a apresentação de documentos,

Desta forma, VOTO pelo DESPROVIMENTO do recurso voluntário interposto pela Requerente, e a consequente manutenção da decisão Grupo Julgador de 1ª Instância.

É como voto.

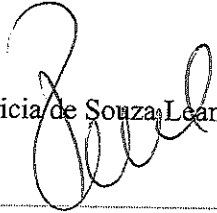


Estado do Rio Grande do Sul
Município de Canoas
Secretaria Municipal da Fazenda
Conselho Municipal de Contribuintes

Continuação.....acórdão 005/2022

Os conselheiros Elis Regina Moura, Daniel Stoffels Claudino, Nelson Casagrande e Paulo Amaro Massardo Miranda, por maioria, negaram provimento ao recurso, sendo vencido o voto do conselheiro relator.

Canoas, 20 de dezembro de 2.022


Patricia de Souza Leandro Teixeira
Presidente



Juliano Brito
Conselheiro Relator
OAB/RS 55628

