

Acórdão nº 17.884

Sessão do dia 16 de dezembro de 2021.

Publicado no D.O. Rio de 09/02/2022

RECURSO VOLUNTÁRIO Nº 19.360

Recorrente: **MMH GESTÃO DE IMÓVEIS E PARTICIPAÇÕES LTDA.**

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

Relator: Conselheiro **RAFAEL GASPAR RODRIGUES**

Representante da Fazenda: **RACHEL GUEDES CAVALCANTE**

***ITBI – INCORPORAÇÃO EM REALIZAÇÃO DE
CAPITAL SOCIAL – NÃO APRESENTAÇÃO DE
LIVROS E DOCUMENTOS***

A não apresentação dos livros e documentos solicitados pela Fiscalização impede a verificação da atividade preponderante e acarreta a inaplicabilidade da não incidência do ITBI prevista no inciso I do § 2º do art. 156, da CRFB/1988. Inteligência da Súmula Administrativa 16. Recurso Voluntário improvido. Decisão unânime.

***IMPOSTO SOBRE A TRANSMISSÃO DE BENS
IMÓVEIS***

RELATÓRIO

Adoto o relatório da Representação da Fazenda, de fls. 134/135, que passa a fazer parte integrante do presente.

“Trata-se de Recurso Voluntário interposto por MMH GESTÃO DE IMÓVEIS E PARTICIPAÇÕES S.A. contra decisão do Senhor Coordenador da Coordenadoria de Revisão e Julgamento Tributários, de fls. 54, que julgou improcedente a impugnação e manteve a Nota de Lançamento nº 160/2018, relativa ao ITBI incidente sobre a incorporação, em realização de capital, do imóvel situado na Rua Conde de Bonfim, nº 422, loja J – Tijuca, inscrito no cadastro imobiliário municipal sob o nº 0.264.289-0.

Acórdão nº 17.884

Por meio do processo nº 04/450.583/2014 (apenso) fora deferido o pedido de reconhecimento da não incidência do ITBI na transmissão acima descrita, entre outras, sob condição de posterior verificação da atividade preponderante da sociedade, nos termos do art. 6º da Lei nº 1.364/1988 (fls. 61-66 do referido processo). Na decisão de deferimento, cientificou-se o adquirente do imóvel de que tal verificação se daria mediante a apresentação, à Coordenadoria do ITBI, dos balanços e demonstrativos analíticos de receitas e despesas, bem como de outros elementos considerados necessários pela autoridade competente.

Em junho de 2017, a Fiscalização do ITBI emitiu a intimação nº 059/2017 (fls. 82 do processo apenso) instando a sociedade adquirente a apresentar documentos e prestar informações para fins de verificação da atividade preponderante no período de 28/05/2013 a 27/05/2016. Diante da não apresentação dos livros e documentos solicitados, a autoridade fiscal, impossibilitada de efetuar as verificações necessárias à confirmação da não incidência, procedeu ao lançamento do tributo (fls. 116 do processo apenso).

A sociedade adquirente impugnou o lançamento, às fls. 07-12, e argumentou, em síntese: que o objetivo da regra de imunidade é incentivar as mutações patrimoniais decorrentes de investimentos em pessoas jurídicas; que a sociedade é destinada à gestão legal do patrimônio familiar de seus sócios; que não incorre preponderantemente em atividade imobiliária, visto que os bens utilizados para integralização do capital não são objeto da exploração econômica da sociedade; e que o ITBI apenas é devido se o objeto social da empresa for a atividade estritamente imobiliária, o que não é o caso.

A autoridade lançadora, após novamente intimar a Contribuinte a apresentar documentos, sem sucesso, manifestou-se pelo indeferimento da impugnação (fls. 48).

A decisão da autoridade julgadora de primeira instância teve por base o parecer de fls. 52-53v, no qual se destacou, em síntese: que para que o benefício da não incidência seja aplicado deve ser verificada a atividade preponderante do adquirente, conforme determina a lei; que a impugnante alega que goza do benefício da não incidência do imposto porque o seu objeto social não comporta as atividades descritas na lei, porém, a forma estabelecida na lei para caracterizar a preponderância das atividades de compra e venda, locação e arrendamento mercantil das sociedades sujeitas ao pagamento do imposto não foi a simples informação sobre o seu objeto social, mas sim a origem das receitas obtidas pela empresa no período estipulado, conforme dispõem os §§ 2º e 3º do art. 6º da Lei nº 1.364/1988; e que, como a impugnante não trouxe a documentação necessária para a verificação da atividade preponderante, mesmo que amplamente notificada para fazê-lo, entende-se que ela se enquadra na ressalva do § 1º do referido art. 6º, sendo tributável a transação imobiliária efetivada e correta a emissão da Nota de Lançamento impugnada.

Acórdão nº 17.884

Contra a decisão foi interposto Recurso Voluntário (fls. 66-77) no qual a Contribuinte alega, em síntese: que o seu direito de defesa teria sido cerceado e o princípio do contraditório violado por não ter sido disponibilizado acesso ao processo administrativo em tempo hábil para vista e cópia integral; que não teve acesso a documentos que teriam sido mencionados no parecer que embasou a decisão recorrida, os quais denotariam a obtenção de receitas originárias de atividade imobiliária; que deve ser disponibilizado o acesso ao inteiro teor do processo administrativo ao contribuinte e devolvido o prazo recursal para exercício dos direitos ao contraditório e à ampla defesa de forma eficaz; que incumbe à autoridade fiscal verificar no contexto fático se a atividade preponderante da empresa seria diversa da constante de seu objeto social, qual seja, a de uma *holding* familiar; que a autoridade fiscal alega a existência de receita obtida por atividade imobiliária, mas não apresenta provas a fim de afastar o direito à imunidade tributária; que o ônus de provar a ocorrência do fato gerador pertence ao Município e não ao contribuinte; que, caso a Fazenda Municipal entenda pela ocorrência do fato gerador, deve apresentar provas quanto à preponderância de atividade imobiliária da Recorrente; que os Tribunais entendem pela impossibilidade de revogação da imunidade tributária sob o fundamento de não apresentação de documentos pelo contribuinte (nesse sentido, acórdão da Vigésima Sexta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro); que no objeto social da Recorrente e na sua atividade regularmente exercida não preponderam a compra e venda de bens e direitos, locação de bens imóveis ou arrendamento mercantil, hipóteses que desqualificariam a concessão da imunidade; que o Fisco Municipal não traz provas aos autos e que suposições e indícios são insuficientes para autoridade fiscal atingir a certeza jurídica necessária ao lançamento tributário; que o contribuinte pode estruturar (planejar) os seus negócios da forma que melhor lhe convier, desde que se utilize de meios lícitos, antes da ocorrência do fato gerador; que, em tempos de crise, o nicho de mercado em que atua pode surpreender o empresário; que o que se pretende com a imunidade em questão é incentivar as mutações patrimoniais decorrentes de investimentos em pessoas jurídicas, não podendo uma *holding* ser penalizada por questões de maturação de mercado; que a atividade principal da Recorrente é a gestão legal do patrimônio familiar de seus sócios, não incorrendo preponderantemente em atividade imobiliária, posto que os bens utilizados para integralização de capital não são objeto da exploração econômica da sociedade; e que da melhor interpretação da imunidade em questão se extrai a conclusão de que o ITBI apenas é devido se o objeto social da empresa for a atividade estritamente imobiliária, o que não é o caso. Ao final, na enumeração dos pedidos, a Recorrente requer subsidiariamente, sem declinar argumentos, “que seja a multa reduzida a patamar compatível com o princípio do não confisco e da proporcionalidade”.

Posteriormente, ao ser cientificada acerca de despacho relativo ao saneamento de outros processos conexos a este (fls. 109), a Recorrente juntou peça denominada “Aditamento ao Recurso Voluntário”, às fls. 121-127.”

A Representação da Fazenda opinou pelo não conhecimento de aditamento recursal e requereu o improvimento do recurso.

É o relatório.

Acórdão nº 17.884

VOTO

Trata o presente de Nota de Lançamento lavrada para constituição do crédito tributário relativo ao ITBI devido pela operação de incorporação de imóvel ao patrimônio de pessoa jurídica em realização de capital. A despeito de ser essa operação hipótese de não incidência do tributo, na forma do art. 6º, I, da Lei nº 1.364/1988, o imposto foi lançado por conta de o contribuinte, mesmo regularmente intimado para apresentação de livros e documentos à Fiscalização, com o fito de verificação da atividade preponderante, ter se quedado inerte.

Em sua promoção, a Representação da Fazenda propõe, previamente, o não conhecimento do “Aditamento ao Recurso Voluntário” juntado pela Recorrente às fls. 121-127. Argui, nesse sentido, ter havido dupla preclusão, temporal e consumativa.

Ainda que não restem dúvidas acerca do acerto das razões que embasam o parecer da Representação da Fazenda, parece a este Relator que nenhum prejuízo pode advir do conhecimento da peça em questão. De fato, parece cristalino que o suposto aditamento nenhum argumento novo traz aos autos. Ainda, vale verificar que sua análise traz, ao menos, dois benefícios: a uma, dispensa a análise da preliminar de cerceamento de direito de defesa que, ainda que implicitamente, está presente em seu Recurso Voluntário; e, a duas, previne que esse argumento possa ser futuramente acolhido, em sede judicial.

Por esses motivos, sem a pretensão de querer alterar o entendimento deste Egrégio Conselho de Contribuintes, consideradas as circunstâncias do caso concreto, VOTO PELO CONHECIMENTO da petição de fls. 121-127.

Adentrando o mérito da discussão, cinge-se a controvérsia à possibilidade de esta Secretaria Municipal de Fazenda e Planejamento deixar de aplicar a não incidência do ITBI, prevista no inciso I do §2º do art. 156 da CRFB/88, quando, mesmo devidamente intimado para tanto, o contribuinte deixa de apresentar seus livros e documentos. Perceba-se que, nessa hipótese, fica a Fiscalização Tributária de mãos atadas, sem poder proceder à análise de preponderância que se apresenta, na legislação, como condição para a fruição da não incidência.

Acórdão nº 17.884

Ora, vale notar de plano que, ao contrário do que parece entender o Recorrente, o objetivo do legislador constituinte, ao prever a imunidade tributária cristalizada no art. 156, §2º, I, da CRFB/88, foi incitar a capitalização das pessoas jurídicas, estimulando a atividade econômica pátria (a qual, conseqüentemente, acarretaria a geração de empregos, produção de bens ou prestação de serviços que atendessem as necessidades da população, recolhimento de tributos etc.)¹. Criar *“holding destinada à gestão do patrimônio familiar de seus sócios”*, para usar as mesmas palavras da Recorrente, com o fito de economizar Imposto de Renda, por ocasião das locações, e Imposto sobre a Transmissão *Causa Mortis* e Doação de Bens e Direitos, por ocasião da sucessão, vai na contramão do pretendido pela Carta Magna.

Não por acaso, este egrégio Conselho de Contribuintes, após inúmeras decisões neste mesmo sentido, editou o enunciado sumular nº 16, que trata especificamente do que aqui se discute:

Súmula 16/CCM: A não apresentação de livros e documentos referentes aos períodos definidos nos §§ 2º a 4º do art. 6º da Lei nº 1.364/1988 impede a verificação da atividade preponderante e acarreta a inaplicabilidade da não incidência do ITBI prevista no inciso I do § 2º do art. 156 da Constituição da República.

É necessário dizer que também não se sustenta o argumento do suplicante no sentido de que inexistiriam previsões constitucional e legal que permitissem o afastamento da não incidência do ITBI quando da não apresentação de livros e documentos por parte do contribuinte.

Veja-se que, ao prever a hipótese de não incidência que ora se discute, o art. 156, §2º, I, da CRFB/88, já prevê exceções a sua aplicação. Cabe ao interessado em fruir da benesse, então, a comprovação de não se enquadrar nessas ressalvas. No específico caso da Recorrente, tal prova não era passível de ser produzida por ocasião do requerimento do benefício, considerada a sua recente constituição, motivo pelo qual foi reconhecida a não incidência sob condição resolutória de verificação posterior da atividade preponderante.

Da análise do processo apenso, contudo, verifica-se que tal análise jamais pode ser realizada, já que, voluntariamente, deixou a Recorrente de apresentar os livros e documentos comprobatórios de seu direito ao benefício fiscal. Não é, então, que a Fiscalização tenha presumido a atividade preponderante, como quer fazer parecer o contribuinte, mas é simplesmente o caso de não reconhecimento de um direito devido à não comprovação, por parte do possível beneficiado, de a ele fazer jus.

¹ Nessa mesma linha, veja-se a lição do professor Andrei Pitten Velloso in VELLOSO, A. P. Constituição Tributária interpretada. 2. ed. revista, atualizada e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 557.

Acórdão nº 17.884

Por fim, no que tange ao pleito de redução da multa em atendimento ao princípio constitucional do não-confisco, nada há a prover, já que trata o presente de uma nota de lançamento, em que não há imputação de multa penal.

À luz das razões anteriormente aduzidas, acompanhando integralmente a brilhante manifestação da Representação da Fazenda, voto por se NEGAR PROVIMENTO ao Recurso Voluntário, mantendo-se integralmente a Nota de Lançamento guerreada.

A C Ó R D ã O

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

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

Conselho de Contribuintes do Município do Rio de Janeiro, 03 de fevereiro de 2022.

FERNANDO MIGUEZ BASTOS DA SILVA
PRESIDENTE

RAFAEL GASPAR RODRIGUES
CONSELHEIRO RELATOR