

Acórdão nº 18.223

Sessão do dia 15 de dezembro de 2022.

Publicado no D.O. Rio de 08/02/2023

RECURSO VOLUNTÁRIO Nº 19.834

Recorrente: **RGFG INVESTIMENTOS E PARTICIPAÇÕES LTDA.**

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

Relatora: Conselheira **LUCIA ROSA DUTRA CID CRUZ**

Representante da Fazenda: **RAUL ARARIPE NETO**

**ITBI – PRELIMINAR DE NULIDADE DA
DECISÃO RECORRIDA**

Não é nula a decisão baseada em parecer que contenha a base legal da decisão e que tenha sido elaborado por relator designado para esse fim. Inteligência do art. 94, parágrafo único, do Decreto nº 14.602/1996. Preliminar rejeitada. Decisão unânime.

**ITBI – INCORPORAÇÃO DE IMÓVEL EM
REALIZAÇÃO DE CAPITAL – ATIVIDADE
PREPONDERANTE – CONTABILIDADE
INCONSISTENTE**

Existindo na contabilidade da empresa inconsistências que impeçam a verificação da atividade preponderante, torna-se inaplicável a não incidência prevista no inciso I do § 2º do art. 156 da Constituição da República. Recurso Voluntário improvido. Decisão unânime.

**IMPOSTO SOBRE A TRANSMISSÃO DE BENS
IMÓVEIS**

RELATÓRIO

Adoto o relatório da Representação da Fazenda, de fls. 92/92-verso, que passa a fazer parte integrante do presente.

Acórdão nº 18.223

“Trata-se de recurso interposto por RGFG Investimentos e Participações Ltda. contra decisão do Sr. Coordenador da Coordenadoria de Revisão e Julgamento Tributários (FP/SUBEX/REC-RIO/CRJ) que julgou improcedente a impugnação apresentada contra a Nota de Lançamento nº 446/2020 relativa ao ITBI incidente sobre a integralização para realização de capital do imóvel situado na Av. Olegário Maciel, nº 340, apt. 409, Barra da Tijuca, inscrito sob o nº 0004728-2.

Anteriormente, a Empresa, por meio do processo nº 04/452.014/2015, solicitou o reconhecimento da não incidência do ITBI relativa à referida operação. O pedido foi deferido sob condição de posterior verificação da atividade preponderante no prazo indicado na legislação.

Posteriormente, a Empresa foi chamada a trazer elementos para este fim. Depois de analisar a documentação apresentada, o Fisco verificou que não houve registro de receita decorrentes das atividades previstas no Contrato Social; que não houve o registro de despesas obrigatórias; que esteve inoperante no período e que não foram observados os princípios básicos de contabilidade. Diante disso, o Fisco efetuou o lançamento.

Inconformada, a Empresa apresentou impugnação, onde alegou, em resumo, que não há lei complementar que limite a imunidade à comprovação por meio contábil; que não foi verificada a predominância da atividade imobiliária; que no processo nº 04/452.627/2016 houve o deferimento da não incidência; que o Fiscal chegou a entendimentos antagônicos e que foram contrariados os princípios da segurança jurídica e da autolimitação administrativa.

Em sua promoção, o Autor do lançamento informou, em síntese, que os dois processos se referem a períodos de apuração diferentes; que a receita financeira foi ínfima; que não houve o registro de despesas obrigatórias; que esteve inoperante no período e que não foram observados os princípios básicos de contabilidade.

O Sr. Coordenador da FP/SUBEX/REC-RIO/CRJ julgou a impugnação improcedente por entender, em síntese, que a aferição da atividade preponderante apenas é possível por meio do exame da contabilidade; que a inatividade afasta a imunidade, conforme entende o Conselho de Contribuintes; que os dois processos se referem a períodos de apuração diferentes; que a receita financeira foi ínfima, caracterizando a inoperância da empresa, e que a ausência do registro de despesas obrigatórias retira a força probatória da contabilidade.

Inconformada, a Empresa interpôs recurso, onde alega, em resumo, que a imunidade destinada à incorporação ao patrimônio de pessoa jurídica em realização de capital não depende de qualquer verificação; que conforme decidiu o STF no RE 796.376/SC, em sede de repercussão geral, a preponderância da atividade imobiliária só é relevante nas hipóteses de fusão, incorporação, cisão ou extinção; que teve receita no período, ainda que ínfima; que não há lei complementar que limite a imunidade à comprovação por meio contábil; que cabe ao Município o ônus da prova; que não é possível afastar a imunidade em razão do descumprimento de obrigação acessória; que a inatividade por si só obsta o gozo da imunidade constitucional do ITBI na integralização da capital (sic); que a decisão é nula porque não aponta

Acórdão nº 18.223

nenhuma norma legal que ampare sua fundamentação; que o processo nº 04/452.014/2015 tramitou junto ao processo nº 04/452.627/2016; que no processo nº 04/452.627/2016 foi observada a não preponderância da atividade imobiliária; que houve a comunicação do arquivamento do processo nº 04/452.014/2015; que o período de apuração é praticamente o mesmo; que foram contrariados os princípios da segurança jurídica e da autolimitação administrativa; que não é possível a utilização do valor de mercado diferente do valor venal para fins do IPTU e que deve ser observado o direito à ampla defesa e ao contraditório. A Recorrente requer a anulação da decisão recorrida e da Nota de Lançamento.”

A Representação da Fazenda requereu a rejeição da preliminar de nulidade da decisão recorrida, suscitada pelo Contribuinte e, no mérito, opinou pelo improvimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto por RGFG Investimentos e Participações Ltda. à decisão de primeira instância (fls. 38) que julgou improcedente a impugnação apresentada e manteve a Nota de Lançamento nº 446/2020 relativa ao ITBI incidente sobre a integralização em realização de capital do imóvel situado na Av. Olegário Maciel nº 340, apt. 409, Barra da Tijuca.

PRELIMINAR DE NULIDADE DA DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA

Preliminarmente, alega a Recorrente a nulidade da decisão por não apontar nenhuma base legal que a sustente.

Seria sim uma nulidade, caso não houvesse base legal mencionada como suporte da decisão, mas não é o que acontece no presente caso.

Assim dispõe o art. 94 e seu parágrafo único do Decreto nº 14.602/1996:

Art. 94. A decisão deverá ser fundamentada em razões de fato e de direito, contendo, se for o caso, ordem de imposição de multa, e de intimação do sujeito passivo.

Parágrafo único. A autoridade julgadora poderá decidir com base em parecer elaborado por relator especialmente designado para o feito. (grifamos)

Acórdão nº 18.223

De acordo, pois, com o transcrito dispositivo legal a autoridade julgadora pode decidir com base no parecer elaborado por relator designado para esse fim. Foi o que aconteceu no presente processo. Toda a base legal está contida no parecer que serviu de base à decisão recorrida.

Não falta, pois, fundamento legal para a decisão, motivo pelo qual REJEITO a preliminar de nulidade.

MÉRITO

A Constituição Federal, em seu art. 156, II, dá aos Municípios a competência para instituir impostos sobre a transmissão “*inter vivos*”, a qualquer título, por ato oneroso de bens imóveis, exceto os de garantia, bem como cessão de direitos a sua aquisição, entretanto, em seu inciso I, exclui da incidência sobre a transmissão de bens ou direitos decorrentes 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.

O art. 37 do Código Tributário Nacional estabelece:

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.

Através do processo nº 04/452.221/2020, a agora Recorrente requereu o reconhecimento da não incidência do ITBI na incorporação do imóvel localizado na Av. Olegário Maciel, nº 340, apto. 409, Barra da Tijuca, o que foi deferido, sob condição resolutória, isto é, sob condição de posterior verificação da atividade preponderante.

Decorrido o prazo legal, em 09/12/2019, foi intimada a Recorrente a apresentar Diários, Balancetes, Demonstrativos de Resultado e Planos de Contas, tudo referente aos exercícios de 2015 a 2018.

Os documentos exigidos foram apresentados, mas não corretamente elaborados. A contabilidade deveria apresentar receitas e despesas ocorridas nos exercícios de 2015 a 2018, mas entre outras falhas, inexistente a contabilização das despesas obrigatórias dos imóveis da empresa.

Assim, não se cumprindo a condição resolutória, na impossibilidade de apurar a atividade preponderante pela ausência de escrituração de receitas e despesas, não restou comprovada a observação das normas legais inerentes à não incidência do ITBI, tornando-se devido o ITBI nos termos da lei vigente.

Acórdão nº 18.223

As irregularidades apontadas nos demonstrativos contábeis os tornam inaptos como elementos de prova, resultando que a prova indispensável ao reconhecimento da imunidade não veio aos autos.

Apresentar contabilidade inidônea equivale a não apresentar livros e documentos contábeis e sem a contabilidade não há como reconhecer a não incidência pretendida.

Este Conselho de há muito firmou o entendimento expresso em sua Súmula 16:

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.

Firmou também este Conselho o entendimento expresso em sua Súmula 15, abaixo transcrita, sempre que não há qualquer receita apontada nos livros e documentos contábeis apresentados, como no presente caso:

A inatividade da pessoa jurídica adquirente de imóvel por incorporação ao capital social, nos períodos definidos nos §§ 2º ao 4º do art. 6º da Lei nº 1.364/1988, acarreta a inaplicabilidade da não incidência do ITBI prevista no inciso I do § 2º do art. 156 da Constituição da república.

A Recorrente traz ao processo a tese que defende a imunidade incondicionada do ITBI para os casos de integralização em realização de capital, tese que já foi enfrentada várias vezes neste Colegiado e sempre rechaçada.

Essa tese se fortaleceu no julgamento do RE nº 796.376/SC quando o Ministro Relator ao apresentar a sua interpretação sobre o art. 156 § 2º inciso I da Constituição de 1988 referiu-se ao não condicionamento do ITBI em casos de integralização do capital, tema que não era objeto daquela lide.

O próprio tema de repercussão geral constituído no julgamento do referido recurso (tema 796) não era o mesmo do interesse da Recorrente, era outro: a imunidade em relação ao ITBI, prevista no inciso I do § 2º do art. 156 da Constituição Federal, não alcança o valor dos bens que exceder o limite do capital social a ser integralizado.

Vale o registro feito pelo Representante da Fazenda de que o trecho pinçado pela Recorrente não passou de mero “obiter dictum”, sem qualquer eficácia vinculante para a solução do presente caso.

Por fim, quanto às consequências extraídas dos processos nºs 04/452.014/2015 e 04/452.627/2016, como bem exposto pelo Representante da Fazenda, o simples fato dos respectivos períodos serem diversos já leva à possibilidade de efeitos diferentes. Neste caso, se houve erro, foi no segundo processo, pois neste o lançamento tem forte respaldo legal. Há que ser verificado o segundo processo e, havendo erro, corrigi-lo.

Acórdão nº 18.223

Quanto à pretendida vinculação entre a base de cálculo do IPTU e do ITBI, considera-se justificável a diferença entre os dois valores, uma vez que o IPTU decorre de um cálculo genérico e impreciso e o do ITBI é pontual e bem mais preciso.

Por todos os motivos expostos, e, ainda, não vislumbrar no presente processo qualquer mácula ao direito de defesa e ao contraditório, NEGOU PROVIMENTO ao recurso.

A C Ó R D ã O

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

Acorda o Conselho de Contribuintes:

- 1) Por unanimidade, rejeitar a preliminar de nulidade da decisão recorrida, suscitada pelo Contribuinte, nos termos do voto da Relatora; e
- 2) No mérito, por unanimidade, negar provimento ao Recurso Voluntário, nos termos do voto da Relatora.

Ausentes das votações os Conselheiros ALFREDO LOPES DE SOUZA JUNIOR, GABRIEL ABRANTES DOS SANTOS e MARCO ANTONIO FERREIRA MACEDO, os dois primeiros substituídos, respectivamente, pelos Conselheiros Suplentes EDUARDO GAZALE FÉO e DANIEL PEREIRA DA COSTA.

Conselho de Contribuintes do Município do Rio de Janeiro, 26 de janeiro de 2023.

FERNANDO MIGUEZ BASTOS DA SILVA
PRESIDENTE

RAFAEL GASPAR RODRIGUES
CONSELHEIRO

(Designado para assinar o voto da Conselheira Relatora LUCIA ROSA DUTRA CID CRUZ, por aplicação do art. 9º, inciso XXXVII, do Regimento Interno deste Conselho)