

Acórdão nº 18.744

Sessão do dia 06 de junho de 2024.

Publicado no D.O. Rio de 26/06/2024

RECURSO VOLUNTÁRIO Nº 17.889

Recorrente: **C&M GESTÃO DE IMÓVEIS E PARTICIPAÇÕES S.A.**

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

Relator: Conselheiro **ALFREDO LOPES DE SOUZA JUNIOR**

Representante da Fazenda: **MURILO VASCONCELOS LIMA**

**ITBI – INCORPORAÇÃO DE IMÓVEL AO
CAPITAL – INATIVIDADE – INAPLICABILIDADE
DA NÃO INCIDÊNCIA DO ITBI PREVISTA NO
ART. 156, § 2º, I, DA CONSTITUIÇÃO DA
REPÚBLICA**

A inatividade da pessoa jurídica adquirente de imóvel por incorporação ao capital social, nos períodos definidos nos §§ 2º a 4º do art. 6º da Lei Municipal 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. Inteligência do verbete da Súmula Administrativa 15. Recurso Voluntário improvido. Decisão unânime.

**IMPOSTO SOBRE A TRANSMISSÃO DE BENS
IMÓVEIS**

RELATÓRIO

Adoto o relatório da Representação da Fazenda, de fls. 109/111, que passa a fazer parte integrante do presente.

“Trata-se de Recurso Voluntário interposto por C&M GESTÃO DE IMÓVEIS E PARTICIPAÇÕES S.A. (fls. 61/73) em face da decisão do Sr. Coordenador da Coordenadoria de Revisão e Julgamento Tributários - CRJ (fls. 51/57), que julgou improcedente a impugnação apresentada e manteve a Nota de Lançamento nº 1393/2015, relativa ao Imposto sobre a Transmissão de Bens Imóveis e de Direitos a Eles Relativos, Realizada Inter Vivos, por Ato Oneroso (ITBI) incidente sobre a transmissão do imóvel inscrito sob o nº 3135042-4, localizado na Rua Bauhíneas da Península, nº 150, apt. 409 – Barra da Tijuca, ao patrimônio da Recorrente em realização de capital.

Acórdão nº 18.744

Aponta-se, inicialmente, que a contribuinte, por meio do processo administrativo nº 04/453.983/2012, apenso, postulou o reconhecimento de não incidência do ITBI sobre a transmissão acima descrita. O pedido foi deferido pelo titular da Gerência de Consultas Tributárias em 05/12/2014, sob condição de posterior verificação da atividade preponderante da empresa, conforme determinações contidas no art. 6º, inciso I e §§ 1º a 5º, da Lei nº 1.364/88. Emitiu-se, na ocasião, o Certificado Declaratório de nº 0722/2014.

Em 16/06/2015, observando aos comandos legais acima citados, a Gerência de Fiscalização da Coordenadoria do ITBI iniciou, ainda no bojo daqueles autos, procedimento de ofício para averiguar a atividade preponderante da adquirente nos três anos subsequentes à data da transmissão do imóvel, conforme previsão constante do art. 6º, §3º, da Lei nº 1.364/1988. Para tanto, por meio da Intimação de Fiscalização de Atividade Preponderante nº 156/2015, emitida no contexto do processo 04/450.815/2011, intimou a empresa a apresentar documentos e prestar informações¹ referentes ao período compreendido entre 21/03/2011 e 14/08/2015.

Cabe destacar que a data inicial do período a ser fiscalizado foi estabelecida considerando a transmissão de outro imóvel, de inscrição nº 2988462-4, incorporado ao capital da empresa quando da sua constituição, em 21/03/2011, cuja transação, para fins de ITBI, é objeto do processo 04/453.548/2015 e seu apenso, 04/450.815/2011, conexos ao presente. De se observar, ainda, que constou da intimação de atividade preponderante a seguinte informação: “*Esta intimação atende, também, ao processo 04/453.983/2012*”.

Embora notificada, conforme comprovante de fls. 32-v do processo 04/450.815/2011, a contribuinte quedou-se inerte. Diante da ausência de apresentação de qualquer documento ou informações, a autoridade fiscal, impossibilitada de efetuar as verificações indispensáveis à confirmação da não incidência do ITBI, efetuou o lançamento do tributo, lavrando a Nota de Lançamento nº 1393/2015, a qual inaugura os presentes autos.

Ao tomar ciência do lançamento, a contribuinte apresentou a impugnação de fls. 05/18. Em sua peça contestatória, postulou que fosse reconhecida a não incidência para a transmissão realizada, informando não ter exercido atividade preponderante imobiliária. Como argumento central da sua pretensão, asseverou que, no caso em análise, o art. 156, § 2º, I, da Constituição Federal e os arts. 35, 36 e 37 do CTN devem ser interpretados de forma restritiva, de modo que somente poderia ser afastada a não incidência do ITBI se comprovada a preponderância em atividades imobiliárias, e que tal comprovação não pode ser presumida somente pela inércia na apresentação dos documentos solicitados pela fiscalização.

¹ Dentre as informações e documentos exigidos constaram Livro Diário, Balancetes, Demonstrativos do Resultado e Plano de Contas, bem como a relação de todos os imóveis pertencentes ao ativo da empresa no período de referência, com informações sobre a destinação e as atividades neles desenvolvidas, além dos contratos de locação, arrendamento ou comodato, acaso existentes, que tivessem tais imóveis por objeto.

Acórdão nº 18.744

Acrescentou que, supor a ocorrência de atividade preponderante a partir da não apresentação dos livros contábeis, como fez a autoridade lançadora, é atividade interpretativa incompatível com o progresso do direito contemporâneo, garantista, pelo qual a restrição de direitos deve ser interpretada de forma estrita.

Mencionou que a norma imunizante também poderia ser afastada se verificado abuso de direito, consubstanciado no desvio de finalidade constitucional da imunidade, o que não foi comprovado pelo Fisco, e colacionou decisões exaradas no âmbito da Segunda Turma do STF (ARE 660434 AgR/RS) e da Segunda Câmara Cível do TJRJ (APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 0101492-18.2009.8.19.0001).

Argumentou, por fim, que o processo administrativo deve ser regido pela verdade material, segundo o qual a autoridade julgadora deve buscar a realidade dos fatos, promovendo, se entender conveniente, diligências para complementação de provas ou para sanar dúvidas sobre os fatos em análise.

Em informação fundamentada (fls. 49), atendendo ao previsto no caput do art. 86 do Decreto nº 14.602/1996, a autoridade lançadora ressaltou que, dada a inércia da contribuinte, o lançamento foi efetuado na presunção da existência de atividade imobiliária, justamente porque, sendo a verificação da não incidência uma questão meramente contábil, imperiosa é a necessidade de apresentação dos livros e documentos solicitados pela fiscalização. Acrescentou que, mesmo tendo a oportunidade quando da impugnação, a contribuinte não apresentou a documentação pertinente. Ao fim, defendeu o indeferimento do pleito.

No julgamento em primeira instância, o ilustre parecerista propôs a improcedência da impugnação e a manutenção da nota de lançamento atacada, indicando que recai sobre o contribuinte o ônus da apresentação da documentação que ateste a não preponderância de suas receitas em atividades imobiliárias, citando, como suporte, o art. 33 do Decreto 14.602/1996, e a decisão deste Egrégio Conselho materializada no Acórdão 14.208.

Em 10/08/2016, com base no parecer acima aludido, o titular da Coordenadoria de Revisão e Julgamento Tributários julgou improcedente a impugnação apresentada e manteve a Nota de Lançamento 1393/2015.

Irresignada, a contribuinte interpôs o Recurso Voluntário de fls. 61/73, em que volta a pugnar pelo reconhecimento da não incidência do imposto. Repisa, como fundamentos da sua pretensão, as alegações apresentadas na impugnação, e acrescenta a informação, embasada por livros contábeis, que não teve atividade no período fiscalizado.”

A Representação da Fazenda opinou pelo improvimento do recurso.

É o relatório.

Acórdão nº 18.744

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário onde o contribuinte devolve a este Egrégio Conselho questão envolvendo a imunidade do ITBI quando da alienação de imóvel em integralização de capital.

Cumprido o iter administrativo, a partir do pedido do contribuinte para o reconhecimento da imunidade, o Fisco Municipal realizou notificação após o decurso de prazo de 03 (três) anos para que o interessado apresentasse a documentação contábil/fiscal onde a prova idônea sobre inexistência da preponderância da receita advinda de atividade imobiliária poderia ser identificada. No entanto, o contribuinte ficou-se inerte, não apresentando qualquer documentação. Neste cenário, foi realizado o lançamento do ITBI.

Notificado do lançamento, o contribuinte apresentou impugnação com a tese de que “a não apresentação de documentação contábil” não poderia ser motivo para a presunção de que houve preponderância de receita imobiliária e, assim, sustentar a cobrança do tributo.

Com o julgamento pela Coordenadoria de Revisão e Julgamento Tributários (“CRJ”), a impugnação foi improvida, e o contribuinte apresentou recurso a este Conselho reiterando a tese inicial e, também, apresentando os Livros Diários de 2011 a 2014, com o que buscou demonstrar que sua atividade não se relacionaria à venda ou a locação de propriedade imobiliária.

Como registrado pela Representação da Fazenda no relatório de sua promoção, *“justamente porque, sendo a verificação da não incidência uma questão meramente contábil, imperiosa é a necessidade de apresentação dos livros e documentos solicitados pela fiscalização”*.

Veja-se que quando da decisão administrativa proferida pela Coordenadoria de Consultas e Estudos Tributários, que deferiu o pedido de reconhecimento de não-incidência, houve a expressa advertência ao contribuinte (adquirente do imóvel) de que *“a verificação da atividade preponderante, para fins de atendimento às normas legais supracitadas, far-se-á 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”*.

Acórdão nº 18.744

Tinha, assim, o contribuinte, plena ciência da exigência que lhe seria feita após o decurso de prazo previsto no art. 37, § 2º, do CTN², não havendo dúvidas, até mesmo pelo quanto enunciado no parágrafo seguinte (§ 3º do mesmo artigo 37), de que a preponderância seria “verificada”, não sendo possível se imaginar referida verificação a não ser a partir da escrita contábil do próprio contribuinte.

No entanto, conforme registrado na motivação apresentada pelo órgão lançador, não houve a apresentação dos livros e documentos contábeis e fiscais, não obstante a intimação nº 0156/2015, recebida pelo contribuinte em 04/07/2015, conforme registros no processo administrativo nº 04/450.815/2011, válida ainda para os fins do processo administrativo nº 04/453.983/2012.

De início, com inteira aplicação ao caso o verbete da Súmula Administrativa 16, que assim preceitua:

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.

O contribuinte trabalhou extensa tese onde busca beneficiar-se da própria torpeza, já que não tendo apresentado ao Fisco seus livros e documentos contábeis e fiscais, não haveria qualquer outro meio de a Fazenda Pública identificar a ocorrência do fato que impediria a fruição da imunidade. Chegou ao cúmulo de sustentar que “*a decisão proferida pela ilustríssima Coordenadoria do ITBI ultrapassou a ressalva constitucional e elegeu uma nova hipótese de cessação da imunidade de ITBI, qual seja, não apresentar livros e documentos fiscais para comprovação de atividade preponderante*”.

Como já sedimentado na melhor doutrina, “*as presunções susceptíveis de serem empregadas pelo Fisco são apenas as ‘relativas’, por possibilitarem ao contribuinte a livre produção probatória em sentido contrário*”³.

² “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”.

³ Tomé, Fabiana Del Padre. A Prova no Direito Tributário. 4ª edição. Editora Noeses, pg. 365.

Acórdão nº 18.744

Em sua impugnação – segunda oportunidade de apresentação dos livros e documentos ao Fisco -, quedou-se inerte novamente o contribuinte; só vindo a apresentar seus Livros Diários (de 2011 a 2014) juntamente com o seu Recurso Voluntário, afirmando que seria “**evidente que a atividade preponderante da sociedade C&M GESTÃO DE IMÓVEIS E PARTICIPAÇÕES S.A. não se relaciona à venda ou à locação de propriedade imobiliária ou à cessão de direitos relativos à sua aquisição**”.

Ora! Evidente não seria, até mesmo em razão do objeto da sociedade, que operaria como atividade principal com a compra, venda e administração de bens próprios, bem como com a participação em empreendimentos imobiliários, de acordo com a escritura de constituição da sociedade.

Analisando-se os Livros Diários apresentados, a sociedade não ostentou nos três anos seguintes a sua constituição qualquer receita, tendo ainda como única despesa, neste mesmo período, apenas a depreciação dos imóveis transferidos por seus sócios ao patrimônio da pessoa jurídica.

Tal fato causa estranheza, posto que não tendo auferido qualquer receita, nada fala sobre como manteve imóveis de inegável valor econômico sem qualquer uso, administrados por uma sociedade sem qualquer atividade!

Nesta circunstância, inteiramente aplicável ao caso o verbete da Súmula Administrativa 15:

A inatividade da pessoa jurídica adquirente de imóvel por incorporação ao capital social, nos períodos definidos nos §§ 2º a 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.

De toda sorte, e ainda que não fosse a inatividade, tem-se que as inconsistências na contabilidade impedem, neste caso, a correta avaliação da atividade preponderante, tornando-se inaplicável a não-incidência prevista na Constituição de 1988, em seu art. 156, § 2º, inciso I.

Pelo exposto, voto pelo IMPROVIMENTO do Recurso Voluntário.

A C Ó R D ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos em que é Recorrente: **C&M GESTÃO DE IMÓVEIS E PARTICIPAÇÕES S.A.** e Recorrido: **COORDENADOR DA COORDENADORIA DE REVISÃO E JULGAMENTO TRIBUTÁRIOS.**

Acórdão nº 18.744

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

Ausentes da votação os Conselheiros BERITH JOSÉ CITRO LOURENÇO MARQUES SANTANA e MARCO ANTONIO FERREIRA MACEDO, o primeiro substituído pelo Conselheiro Suplente ABEL MENDES PINHEIRO JUNIOR.

Conselho de Contribuintes do Município do Rio de Janeiro, 20 de junho de 2024.

FERNANDO MIGUEZ BASTOS DA SILVA
PRESIDENTE

ALFREDO LOPES DE SOUZA JUNIOR
CONSELHEIRO RELATOR