

Recurso Tributário nº 310/2021

Relator: Conselheiro Lucas Diego Büttenbender

Recorrente: D' Viiince Participações Ltda.-ME

RELATÓRIO

1. Trata-se de recurso interposto por D' Viiince Participações Ltda.-ME contra a decisão administrativa nº 0887/2021/GSFA, que indeferiu o requerimento objeto do Processo Eletrônico (Memorando) nº 13.830/2021.

2. Pelo requerimento originário, a recorrente postulou a emissão de Certidão de Não-Incidência do Imposto de Transmissão sobre Imóveis (ITBI), após a integralização no seu capital social, dos imóveis de matrículas nº 108.143, 108.160, 108.194 e 108.195, todos do 1º Registro de Imóveis de Balneário Camboriú/SC, por ato de seu único sócio, Sr. Diego Leandro da Silva Bezerra (vide Despachos 1-6).

3. No Despacho 7, o Departamento de Fiscalização Fazendária requisitou a exibição documentos, tendo a recorrente juntado no Despacho 8 (subsequente), seu contrato social originária, a 1ª alteração do seu contrato social, seu alvará de licença e localização (deste mesmo município) e declaração exarada por seu contabilista e por seu sócio administrador.

4. No Despacho 9, após nova ordem de apresentação de documentos, a recorrente juntou seu Livro Diário (do período de 01/01/2021 a 30/06/2021) e Certidão Simplificada da JUCESC (vide Despacho 10 e 11).

5. No Despacho 12, foi exarado o Parecer 113/2021 pelo Departamento de Fiscalização Fazendária, o qual serviu de base para a decisão da Secretaria de Fazenda (Despacho 14), que terminou indeferindo o requerimento da recorrente.

6. No Despacho 15, a recorrente interpôs recurso voluntário a este Conselho, para que seja reformada a decisão recorrida.

7. Promovida a distribuição do recurso, coube-me a relatoria (Despacho 19).

VOTO

8. Presentes os requisitos legais, conheço do recurso porque tempestivo; atesto ainda, a legitimidade, o interesse processual e a regularidade de representação da recorrente.

9. Como âmago do seu recurso (constante no Despacho 15), o recorrente argumenta que a ausência de movimentação (de faturamento), não pode ser lhe atribuída como condição de ilicitude, nem mesmo que isto possa indicar que a sua atividade preponderante é de natureza imobiliária. Ao final, postula a reforma da decisão recorrida, para que seja suspensa *a avaliação da aplicabilidade da incidência do ITBI somente com o encerramento do prazo de 03 (três) anos de operação da pessoa jurídica posteriores a integralização do imóvel no capital social.*

10. A decisão recorrida, como contraponto, sustenta que não pode ser concedida a imunidade à recorrente: *por manter-se inativa ou sem movimento; por não se desincumbir de sua obrigação de comprovar que não exerce atividade imobiliária, uma vez que seu contrato social prevê tais atividades; por sua contabilidade ser inservível como prova; e por estar em desacordo com a previsão legal.*

11. Confrontando-se a exaustiva ilação da autoridade fazendária e a fragilidade probatória por parte da recorrente, neste momento, **entendo que não assiste razão a esta última**, como justifico a seguir, conjugando as normas tributárias aplicáveis ao caso concreto.

12. Como amplamente sabido, o direito à imunidade quanto a incidência do ITBI, está previsto no I, do §2º do art. 156 da Constituição Federal, quando prevê que o referido tributo **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.**

13. Em sede infraconstitucional, o *caput* art. 37 do CTN reafirma o direito à aludida imunidade, destacando, novamente, que tal regra contrapõe ao exercício da competência tributária, **não contempla a pessoa jurídica adquirente que tenha como atividade preponderante a venda ou locação de propriedade imobiliária ou a cessão de direitos relativos à sua aquisição.**

14. No §1º do mesmo art. 37, tem-se ainda a definição legal de atividade preponderante, isto é, **quando esta atividade empresarial atingir 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.**

15. Já o §2º também do art. 37 do CTN, descreve regra adicional: 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.**

16. Na esfera local, o inciso III, do art. 3º da Lei Municipal 859/1989 assevera que o ITBI não incide sobre a transmissão de bens imóveis ou direitos a eles relativos *quando efetuada para a sua incorporação ao patrimônio de pessoa jurídica em realização de capital*, bem como repete as regras do período comprobatório no §2º do mesmo artigo, em espelho ao que dita a norma geral nacional.

17. Por sua vez, o que a norma municipal impõe, com maior especificidade, é o que está descrito no §5º do art. 3º da Lei Municipal 859/1989:

Art. 3º (...)

§ 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.** (sem grifo no original)

18. De outra banda, tem-se que a recorrente é sociedade empresária limitada, regularmente constituída e criada na data de 26/01/2021, tendo como único sócio e administrador, o Sr. Diego e atribuiu como objeto social, as seguintes atividades (vide contrato social no Despacho 8): *compra e venda de imóveis próprios; aluguel de imóveis próprios; outras sociedades de participações e holdings de instituições não financeiras.*

19. Na sua 1ª alteração contratual, registrada em 17/02/2021 (menos de 30 dias depois de sua concepção), o seu único sócio resolveu aumentar o capital social de R\$ 100.000,00 (cem mil reais) para R\$ 2.000.000,00 (dois milhões de reais), pelo que integralizou os imóveis de matrículas nº 108.143, 108.160, 108.194 e 108.195, todos do 1º Registro de Imóveis de Balneário Camboriú/SC, **sendo este o motivo pelo qual pleiteia a Certidão de Não-Incidência do ITBI.**

20. Destaque-se ainda, que mesmo tendo apresentado diversos documentos neste caderno virtual, até o momento, a recorrente **não juntou provas contábeis suficientes de qual é ou será sua atividade preponderante**, eis que a despeito do que pede o §5º, do art. 3º da Lei Municipal 859/1989, **resumiu-se a exhibir: livro diário, sem movimento, no período de 01/01/2021 a 30/06/2021** (Despacho 10).

21. E o que deve ser avaliado para a *quaestio* é que a recorrente é uma empresa nova (concebida em janeiro de 2021), sendo que até pode ser crível que esta não tenha alcançado faturamento, desde o seu início até o dia 30/06/2021. Porém, nada impediria que a recorrente fizesse prova adicional, a exemplo, de que hoje já está contabilizando faturamento, pois estaria dentro do período probatório, para ao menos colocar em xeque os argumentos da decisão recorrida.

22. Considerando-se ainda, que a integralização dos bens imóveis se deu 17/02/2021, o período probatório para o exame da preponderância deve considerar os 3 (três) primeiros anos seguintes à data da citada aquisição. Com efeito, mesmo que este tempo ainda não transcorrido por inteiro, a autoridade fazendária não é obrigada a aguardar o seu transcurso (total). Na verdade, é a recorrente, que como adquirente, deve colaborar ostensivamente para provar seu suposto direito (o que não se viu nestes autos).

23. Aliás, o §5º do art. 3º da Lei Municipal 859/1989, até permite ao adquirente sujeito à análise da preponderância, apresentar os documentos ali listados à Secretaria de Fazenda, **até o dia 31 de julho do exercício seguinte ao último que serviu de base para a apuração da preponderância, porém, em situações como a presente, tal espera se mostra totalmente ineficiente e onerosa à máquina pública.**

24. Aqui, até digo que o exame lógico da preponderância das atividades da recorrente, deveria considerar que a recorrente tem cadastradas em seu objeto social, **um total de 04 atividades, das quais duas são de natureza imobiliária e as outras duas não.** No entanto, além de não existir faturamento e subsídios para se obter a preponderância, as poucas provas da recorrente apontam, no sentido de que a empresa tem função precípua de organizar o patrimônio de seu único sócio. **E é exatamente isto que o contador e o representante legal confirmaram, por escrito, na declaração datada de 18/06/2021 (vide Despacho 8).**

25. Diante de todo o contexto abordado, não é temerário negar à recorrente, neste momento (e sem maior exaurimento), o direito à certidão de não incidência. Digo isto, porque aqui nestes autos, **não há prova inequívoca de que sua atividade preponderante**

não é imobiliária (a bem da verdade, tudo indica o contrário). Por isto, reafirmo ser desnecessário submeter o caso ao período probatório competente.

26. Pondero que este meu raciocínio não tem por intuito, negar o direito à recorrente de provar fazer jus à imunidade buscada. Todavia, o entendimento ao qual me filio, é de que a ausência de movimentação/faturamento e a não comprovação (pela própria recorrente) de que a sua atividade preponderante decorre de *outras sociedades de participações ou de holdings de instituições não financeiras* (conforme seu objeto social), **legitimam a autoridade fazendária, desde já, a não conceder a certidão de não incidência e lançar o tributo devido para a operação.**

27. Neste sentido, é a jurisprudência do Tribunal de Justiça de Santa Catarina:

TRIBUTÁRIO - APELAÇÃO CÍVEL EM MANDADO DE SEGURANÇA - **IMPOSTO SOBRE A TRANSMISSÃO DE BENS IMÓVEIS "INTER VIVOS" (ITBI) - IMÓVEIS TRANSFERIDOS AO PATRIMÔNIO DE PESSOA JURÍDICA NO ATO DE SUA CONSTITUIÇÃO PARA INTEGRALIZAÇÃO DE QUOTA SOCIAL - SOCIEDADE EMPRESÁRIA NOVA QUE POSSUI EM SEU OBJETO SOCIAL ATIVIDADES RELACIONADAS À ADMINISTRAÇÃO E À COMPRA E VENDA DE IMÓVEIS - INCIDÊNCIA CONFIRMADA - RECURSO NÃO PROVIDO - MANUTENÇÃO DA DECISÃO.** As sociedades empresárias gozam de imunidade tributária quanto ao Imposto de Transmissão de Bens Imóveis "Inter Vivos" (ITBI) incidente sobre o valor de bens ou direitos a ela transmitidos, para incorporação ao seu patrimônio, em virtude de integralização de quotas do capital social, até o montante respectivo, salvo se sua atividade preponderante for a compra e venda desses bens ou direitos, locação de bens imóveis ou arrendamento mercantil (CF/88, art. 156, § 2º, I), hipótese em que o imposto é devido. **Ausente a prova de que a atividade preponderante da empresa não advém da administração e da compra e venda de imóveis, torna-se desnecessário aguardar o prazo de três anos previsto no art. 37, § 2º, do CTN, que se dirige aos casos em que a referida atividade preponderante não se encontra descrita no contrato social e há dúvida sobre o exercício dela.** (TJSC, Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 2015.030283-8, de Blumenau, rel. Jaime Ramos, Quarta Câmara de Direito Público, j. 28-01-2016).

APELAÇÃO CÍVEL E REMESSA NECESSÁRIA. TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. IMUNIDADE DO ITBI EM RELAÇÃO À INTEGRALIZAÇÃO DE BENS. **IMPOSSIBILIDADE DE AFERIÇÃO DA ATIVIDADE PREPONDERANTE. AUSÊNCIA DE MOVIMENTAÇÃO FINANCEIRA NOS PERÍODOS ANTERIORES E SUBSEQUENTES À AQUISIÇÃO. PESSOA JURÍDICA INATIVA. ADEMAIS, NÍTIDO PROPÓSITO DE DESVIRTUAMENTO DO INSTITUTO. EMPRESA FAMILIAR. USUFRUTO VITALÍCIO DOS BENS ADQUIRIDOS AO GENITOR DOS SÓCIOS, QUE SÃO IRMÃOS. INCIDÊNCIA DO**

TRIBUTO. REEXAME OFICIAL E RECURSO VOLUNTÁRIO CONHECIDOS E PROVIDOS. ORDEM NÃO CONCEDIDA.

"Ausente a prova de que a atividade preponderante da empresa não advém da administração e da compra e venda de imóveis, torna-se desnecessário aguardar o prazo de três anos previsto no art. 37, § 2º, do CTN, que se dirige aos casos em que a referida atividade preponderante não se encontra descrita no contrato social e há dúvida sobre o exercício dela". (ACMS n. 2015.082151-0, de Gaspar, rel. Des. Jaime Ramos, j. em 28.01.2016). (TJSC, Apelação / Remessa Necessária n. 0313385-67.2018.8.24.0033, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, rel. Júlio César Knoll, Terceira Câmara de Direito Público, j. 08-06-2021).
(sem grifo nos originais)

28. Por todo o exposto que apresento neste voto é **que reafirmo que o objeto recursal para a emissão de certidão de não-incidência, não pode ser atendido em favor da recorrente, pelo que voto pelo improvimento do recurso constante no Despacho 15 e confirmo a decisão nº 0887/2021/GSFA, nos seus exatos termos.**

É o meu voto.

Balneário Camboriú, 03 de novembro de 2021.

Lucas Diego Büttenbender
Relator



VERIFICAÇÃO DAS ASSINATURAS



Código para verificação: 8680-1EAF-8BF6-5F21

Este documento foi assinado digitalmente pelos seguintes signatários nas datas indicadas:

- ✓ LUCAS DIEGO BUTTENBENDER (CPF 045.XXX.XXX-74) em 25/11/2021 14:23:47 (GMT-03:00)
Papel: Parte
Emitido por: Sub-Autoridade Certificadora 1Doc (Assinatura 1Doc)

Para verificar a validade das assinaturas, acesse a Central de Verificação por meio do link:

<https://bc.1doc.com.br/verificacao/8680-1EAF-8BF6-5F21>