

Recurso Tributário nº 352/2022

Relator: Conselheiro Marcelo Azevedo dos Santos

Recorrente: W4ML PARTICIPAÇÕES S/A

Voto: Conselheiro Presidente Francisco de Paula Ferreira Junior

RELATÓRIO

1. Por uma questão de economia processual, adoto, na íntegra, o relatório exarado pelo Ilmo. Conselheiro Relator Marcelo Azevedo dos Santos.

VOTO

1. O recurso é tempestivo, eis que a Recorrente teve ciência da decisão recorrida em 31/10/2022 (despacho 23), tendo protocolado o recurso em 01/11/2022 (despacho 26), ou seja, dentro do prazo de 20 (vinte) dias previsto no art. 59 do Código Tributário Municipal.

2. A questão de fundo é o direito à imunidade quanto a incidência do ITBI conforme previsto no I, do §2º do art. 156 da Constituição Federal:

§ 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;

3. Em sede infraconstitucional, os art. 36 e 37 do CTN disciplinam e dão mais detalhes sobre à aplicação da norma constitucional:

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.

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 subseqüentes 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.

4. No Município de Balneário Camboriú, o inciso III, do art. 3º da Lei Municipal 859/1989, considerando a norma constitucional e à norma infraconstitucional, determina:

Art. 3º O Imposto não incide sobre a transmissão de bens imóveis ou direitos a eles relativos quando:

(...)

III - Efetuada para a sua incorporação ao patrimônio de pessoa jurídica em realização de capital;

IV - Decorrentes de fusão, incorporação ou extinção de pessoa jurídica.

IV - Decorrentes de fusão, incorporação, cisão ou extinção de pessoa jurídica;

V - Efetuada para a desincorporação dos bens ou direitos anteriormente transmitidos ao patrimônio de pessoa jurídica em realização de capital, quando estes bens reverterem aos mesmos alienantes;

5. Esse tema ganhou novos entendimentos quando do julgamento pelo Supremo Tribunal Federal (em repercussão geral), no Recurso Extraordinário 796.376. O julgamento estabeleceu como tese que: “A imunidade em relação 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.”

6. Da inteligência dessa tese firmada, é possível haver pelo menos duas interpretações. Uma delas mais restritiva, relacionada ao caso concreto que levou à tese. Nesse caso, a imunidade prevista não se aplicaria quando a parcela do valor dos imóveis incorporados ao patrimônio da pessoa jurídica caso fossem destinados a outro objeto que não a integralização do capital subscrito, como a formação de capital de reserva. Ou seja, deveria haver uma clara divisão de objetos, parte do valor dos imóveis incorporados

deveria ser destinado à integralização de capital subscrito (essa parte seria beneficiada pela imunidade) e, outra parte do valor destinada a outro objeto (esta parte não sendo beneficiária da imunidade). Nessa interpretação, da qual me filio, para fruição da imunidade, independe o valor declarado pelos imóveis, pois eles serão incorporados ao capital social de forma integral. Essa interpretação se baseia nas seguintes afirmações estabelecidas no voto:

“Revelaria interpretação extensiva a exegese que pretendesse albergar, sob o manto da imunidade, os imóveis incorporados ao patrimônio da pessoa jurídica que não fossem destinados à integralização do capital subscrito, e sim a outro objetivo - como, no caso presente, em que se destina o valor excedente à formação de reserva de capital.”

“Por outro lado, nada impede que os sócios ou os acionistas contribuam com quantia superior ao montante por eles subscrito, e que o contrato social preveja que essa parcela será classificada como reserva de capital. Essa convenção se insere na autonomia de vontade dos subscritores.”

“Ainda que o preceito constitucional em apreço tenha por finalidade incentivar a livre iniciativa, estimular o empreendedorismo, promover a capitalização e o desenvolvimento das empresas, não chega ao ponto de imunizar imóvel cuja destinação escapa da finalidade da norma.”

7. Uma segunda interpretação da tese, mais extensiva, e baseada apenas na tese sintética, seria que a mesma se aplica de forma geral e indiscriminada sempre que o valor dos bens incorporados ao capital social for maior que o valor definido como capital subscrito, independente de haver um segundo objeto de destinação desse capital sobressalente.

8. Essa interpretação, a meu ver, não deveria prosperar, pois a tese 796 do STF, não poderia ser utilizada de maneira indiscriminada, mas deveria ser aplicada apenas em casos análogos ao caso concreto julgado. Além disso, é aceito pela legislação societária a utilização do valor histórico de bens para fins de integralização do imóvel ao capital social da empresa.

9. Entretanto, essa última, foi a interpretação adotada pela administração pública quando da edição da Instrução normativa 003/2021, que apresenta no seu artigo 3º o seguinte comando:

“Art. 3º Independente se provisória ou definitiva, a emissão de Certidão de Não Incidência de ITBI a que se refere esta instrução fica condicionada ao recolhimento

do ITBI relacionado ao valor dos bens que exceder o limite do capital social a ser integralizado, se houver.”

10. Além disso, de acordo com a lei 3.051/2009, que instituiu o Conselho Municipal de Contribuintes, os conselheiros têm o dever de cumprir a legislação tributária, conforme segue:

Art. 10 - Os Conselheiros prestarão compromisso de bem e fielmente **cumprir a legislação tributária**, antes da atuação no primeiro julgamento, perante o Prefeito Municipal, ou seu representante, por quem serão empossados.

11. Nesse contexto, conforme o artigo 96 do CTN, a “expressão ‘legislação tributária’ compreende as leis, os tratados e as convenções internacionais, os decretos e as **normas complementares que versem, no todo ou em parte, sobre tributos e relações jurídicas a eles pertinentes**”. Assim, a referida instrução normativa está contida dentro da expressão legislação tributária.

12. Dessa forma, entendo que o conselho não pode se insurgir contra a Instrução Normativa nº 003/2021, pois a mesma se encontra dentro da legislação tributária do Município, a que cada conselheiro deve bem e fielmente cumprir, e normatiza a interpretação adotada pelo Município ao tema 796.

13. Por todo o exposto no presente voto, reafirmo que o objeto recursal não pode ser atendido, pois à luz da análise conjunta da legislação nacional e municipal, da tese firmada pelo Tema 796 do STF e da sua interpretação dada pelo Município por meio da IN 003/2021. **Voto, por CONHECER E NEGAR PROVIMENTO** nos termos do voto divergente da ilustríssima Conselheira Camila Brehm da Costa Cardoso.

É como voto.

Balneário Camboriú, 14 de fevereiro de 2023.

assinado digitalmente por
Francisco de Paula Ferreira Junior
Conselheiro Presidente



VERIFICAÇÃO DAS ASSINATURAS



Código para verificação: 8C67-7E69-C09F-832E

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

- ✓ FRANCISCO DE PAULA FERREIRA JUNIOR (CPF 217.XXX.XXX-88) em 22/02/2023 12:23:44 (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/8C67-7E69-C09F-832E>