

Recursos Tributários n.ºs 387/2023, 388/2023 e 389/2023

Processos Administrativos: Protocolos Eletrônicos n.ºs 8.249/2023, 8.263/2023 e 8.272/2023

Recorrente: Arismendi Garcia Holding e Administração de Bens Ltda.

Relator: Conselheiro Leandro Ivan Pinto

Redator do Voto Divergente: Conselheiro Daniel Brose Herzmann

RELATÓRIO

1. Por razões de economia processual, adoto, na íntegra, o relatório exposto pelo Ilustre Conselheiro Relator.

VOTO

2. Os recursos são tempestivos, eis que a Recorrente teve ciência da decisão recorrida em 03/04/2023, tendo protocolado os recursos em 24/04/2023, ou seja, dentro do prazo de 20 (vinte) dias previsto no art. 59 do Código Tributário Municipal.

3. Preenchidos os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso, passando a analisá-lo no mérito.

4. É de conhecimento deste Conselho que, em votos anteriores, em que pese minha simpatia pelo raciocínio segundo o qual a imunidade prevista na primeira oração do art. 156, §2º, I, da Constituição Federal – que abrange as operações de integralização de capital – é incondicionada, tenho optado pela aplicação da regra prevista nos arts. 36 e 37 do Código Tributário Nacional e, por conseguinte, pelo reconhecimento da incidência do imposto quando se tratar de pessoa jurídica com atividade preponderantemente imobiliária, tendo em vista a impossibilidade deste Conselho, enquanto órgão administrativo (e não judicial), afastar a aplicação de dispositivo de lei em virtude de eventual incompatibilidade com preceito constitucional.

5. Diante disso, a premissa a ser adotada no presente voto é aquela em que, nos termos do art. 156, §2º, II, da Constituição Federal e do art. 37, §§ 1º e 2º, do Código

Tributário Nacional, e, naquilo que interessa ao presente caso: (a) o ITBI não incide sobre a transmissão de bem imóvel decorrente de integralização de capital social, exceto se a atividade da pessoa jurídica adquirente for preponderantemente imobiliária; (b) a caracterização da atividade preponderante se dá mediante aferição da receita operacional da pessoa jurídica adquirente, tendo-se em conta os 3 (três) primeiros anos seguintes à data da aquisição.

6. Nesse contexto, entendo que a aplicação da referida regra pressupõe, indispensavelmente, a aferição da atividade preponderante da pessoa jurídica adquirente, o que só pode se dar, de forma definitiva, após o integral transcurso do período de análise a que se refere o art. 37, §2º, do Código Tributário Nacional.

7. Com efeito, tem-se que, no presente caso, a pessoa jurídica adquirente iniciou as suas atividades em 10/08/2021, ou seja, cerca de um ano após a data em que se considera efetivada a integralização e menos de dois anos antes da data do pedido de reconhecimento da não incidência do imposto. Logo, não há como afirmar, até o presente momento, que a atividade da Recorrente é ou será preponderantemente imobiliária, eis que ainda não transcorrido, na íntegra, o período de análise estabelecido pelo art. 37, §2º, do CTN.

8. Portanto, diante da ausência de dispositivo legal que excepcione a regra contida no referido dispositivo (segundo o qual a análise da preponderância demanda, essencialmente, o transcurso do período de dois ou de três anos) para os casos em que o objeto social da pessoa jurídica é composto exclusivamente por atividades imobiliárias (com o agravante de que não é esse o caso), conforme defende o Fisco Municipal, entendo que o lançamento do imposto só poderá ser efetivado na hipótese de constatado, após transcorrido o período de análise de três anos, que a atividade desempenhada pela pessoa jurídica nesse período foi preponderantemente imobiliária, tal como preceitua a Lei.

9. Inclusive porque, de acordo com o critério legal estipulado no CTN, a efetiva atividade desempenhada pelo contribuinte deve prevalecer caso não haja integral coincidência desta com o contrato social da pessoa jurídica, para fins de aferição da preponderância. Vejamos:

LANÇAMENTO FISCAL A TÍTULO DE ITBI - IMPOSTO SOBRE A TRANSMISSÃO DE BENS IMÓVEIS. AVENTADA IMUNIDADE TRIBUTÁRIA (ART. 156, § 2º, INC. I, DA CF, C/C ART. 37 DO CTN). PROVA DE ATIVIDADE PREPONDERANTE DIVERSA DO RAMO IMOBILIÁRIO NO TRIÊNIO DE ESTILO, COMPUTADO A PARTIR DAS AQUISIÇÕES. DIREITO LÍQUIDO E CERTO PATENTEADO. SENTENÇA CONCESSIVA DA ORDEM MANTIDA. RECURSO E REMESSA DESPROVIDOS. "O pedido de imunidade tributária do ITBI não pode ser resolvido apenas com base no contrato social da empresa que administra imóvel, mas com fundamento na prevalência das normas do Código Tributário Nacional que, na hipótese de incorporação ao patrimônio de pessoa jurídica (art. 36, I), prevê o diferimento do imposto até que, nos prazos constantes dos §§ 1º e 2º do seu art. 37, verifique-se a preponderância das atividades previstas na parte final do inciso I do § 2º do art. 156 da Constituição Federal" (TJMG - Apelação Cível n. 000.261017-8/00, de Belo Horizonte, rel. Des. Silas Vieira, j. 26.8.2002). Assim sendo, a teor dos balanços e movimentações do triênio 2012/2014, documentos não impugnados pelo fisco municipal, e subscritos por profissional habilitado, infere-se que a empresa impetrante faz jus à imunidade quanto ao recolhimento do tributo em discussão (ITBI), eis que preponderou a atividade de negociação de produtos têxteis, sobejando lídimo seu direito em ver cancelado o lançamento tributário levado a efeito." (TJSC, Apelação / Remessa Necessária n. 0307609-26.2016.8.24.0011, de Brusque, rel. João Henrique Blasi, Segunda Câmara de Direito Público, j. 12-02-2019)

10. Por fim, ressalto que o presente posicionamento não implica reconhecimento da imunidade pleiteada, mas tão somente do direito de obter a análise definitiva acerca da atividade preponderante após o integral transcurso do período a que se refere o art. 37, §2º, do CTN, bem como de, enquanto não findo tal prazo, obter a certificação provisória da não incidência do imposto.

11. Diante do exposto, dirijo, com o devido respeito, do voto proferido pelo Ilustre Relator, e voto por conhecer do recurso e dar-lhe parcial provimento, a fim de que seja expedida, em favor da Recorrente, certidão provisória de não incidência do ITBI.

É como voto.

Balneário Camboriú, 04 de setembro de 2023.



Daniel Brose Herzmann
Conselheiro Titular
Relator