

**TJDFT**

Poder Judiciário da União
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS
TERRITÓRIOS

Órgão 2ª Turma Cível

Processo N. APELAÇÃO CÍVEL 0712732-82.2019.8.07.0018

APELANTE(S) SPAT GESTAO DE NEGOCIOS S/S LTDA - ME

APELADO(S) DISTRITO FEDERAL e DISTRITO FEDERAL

Relator Desembargador SANDOVAL OLIVEIRA

Acórdão N° 1309689

EMENTA

APELAÇÃO. CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE TRANSMISSÃO DE BENS IMÓVEIS. ITBI. IMUNIDADE SOBRE TRANSFERÊNCIA DE IMÓVEL PARA INTEGRALIZAÇÃO DE COTAS SUBSCRITAS NO CAPITAL SOCIAL DE PESSOA JURÍDICA. RESTRIÇÕES A CERTAS ATIVIDADES PREPONDERANTES. COMPROVAÇÃO DE PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS. ÔNUS DA EMPRESA. DOCUMENTOS CONTÁBEIS INSUFICIENTES PARA CARACTERIZAÇÃO DA ATIVIDADE PREPONDERANTE. IMPOSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DA IMUNIDADE. MANUTENÇÃO DO ATO ADMINISTRATIVO QUE CASSOU O BENEFÍCIO.

1. Apelação interposta em face de sentença que, em ação de conhecimento, julgou improcedente o pedido, mantendo íntegro ato administrativo que cassou ato anterior, em que havia sido declarada a não incidência do ITBI em relação à transmissão de imóveis incorporados ao patrimônio da pessoa jurídica.
2. Acerca do Imposto de Transmissão de Bens Imóveis – ITBI, o art. 156, § 2º, I da Constituição Federal prevê a não incidência 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, salvo se, nesses casos, a atividade preponderante do adquirente for a compra e venda desses bens ou direitos, locação de imóveis ou arrendamento mercantil.
3. O Código Tributário Nacional regulamentou a referida imunidade, dispondo acerca do conceito de atividade preponderante em seu art. 37, enquanto a Lei Distrital 3.830/2006 estabelece que, para a não incidência do imposto, a empresa deve comprovar a sua atividade preponderante nos três anos após a declaração de imunidade, não relacionada à compra e venda de bens ou direitos ou locação de bens imóveis ou arrendamento mercantil. Segundo o art. 3º, § 5º da referida lei, “*A preponderância de que trata o § 1º será demonstrada pelo interessado, na forma do regulamento.*”.
4. As informações contábeis apresentadas pela empresa que pleiteia a imunidade do ITBI devem ser suficientes para caracterizar as suas atividades. No caso dos autos, tais informações apresentam inconsistências relevantes, inviabilizando a análise técnica efetuada na esfera administrativa.

5. Em virtude das irregularidades contábeis contidas na documentação apresentada pela empresa apelante, verifica-se não haver se de desincumbido do ônus previsto no art. 3º, § 5º da Lei 3.830/06, assim como o do art. 373, inciso I, do Código de Processo Civil, o qual não pode ser transferido ao Fisco. Assim, não tendo sido comprovadas as condições para manutenção da imunidade tributária, deve ser confirmado o ato que cassou a concessão inicial do benefício.

6. Recurso conhecido e desprovido.

ACÓRDÃO

Acordam os Senhores Desembargadores do(a) 2ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, SANDOVAL OLIVEIRA - Relator, HECTOR VALVERDE SANTANA - 1º Vogal e SANDRA REVES - 2º Vogal, sob a Presidência do Senhor Desembargador JOAO EGMONT, em proferir a seguinte decisão: CONHECIDO. IMPROVIDO. UNÂNIME., de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas.

Brasília (DF), 16 de Dezembro de 2020

Desembargador SANDOVAL OLIVEIRA

Relator

RELATÓRIO

Trata-se de apelação interposta por SPAT GESTÃO DE NEGÓCIOS S/S LTDA – ME em face de sentença da 7ª Vara da Fazenda Pública que, em ação de conhecimento ajuizada pela apelante em desfavor do DISTRITO FEDERAL, julgou improcedente o pedido, mantendo íntegro o Ato Declaratório nº 36/2017 - GEESP/COTRI/SUREC/SEF de 2017, o qual cassou ato precedente que havia declarado a não incidência do ITBI em relação à transmissão de imóveis incorporados ao patrimônio da pessoa jurídica (ID 20253837).

Em virtude da sucumbência, a autora foi condenada ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, estes fixados em 10% (dez por cento) do valor da causa, com fundamento no art. 85, § 2º, do Código de Processo Civil.

Nas razões (ID 20253841) a apelante alega que a Constituição Federal prevê hipótese de imunidade de ITBI para as pessoas jurídicas que não tenham a atividade imobiliária como preponderante na sua atuação (art. 156, § 2º, inciso I, da Constituição Federal), como no caso ora em análise.

Afirma que o Código Tributário Nacional, por sua vez, regulamentou a norma constitucional ao esclarecer que, para a obtenção da imunidade de ITBI, a pessoa jurídica não poderá ter mais de 50% (cinquenta por cento) de sua receita operacional advinda da venda ou locação de propriedade imobiliária ou da cessão de direitos relativos à sua aquisição (art. 36, inciso I e art. 37, § 1º do CTN).

Ademais, o art. 3º, §§ 1º e 5º da Lei Distrital 3.830/2006, assim como o art. 2º, § 1º do Decreto 27.576/2006 regulamentaram a obtenção de imunidade de ITBI e atribuíram aos contribuintes o encargo de demonstrarem que a preponderância de suas atividades não se consubstancia em compra e venda de imóveis e seus direitos reais, locação de imóveis ou arrendamento mercantil.

Alega que, em observância aos ditames legais, apresentou os documentos para comprovar a ausência de atividades imobiliárias, justificando o Parecer nº 06/2017, o qual embasou o Ato Declaratório nº 36/2017, apontando o descumprimento de normas contábeis e, assim, impossível apurar a atividade preponderante da empresa. Todavia, não consta das conclusões a afirmação de as receitas operacionais serem decorrentes da atividade imobiliária, o que seria necessário para a cassação da imunidade. Portanto, segundo a apelante, o auditor fiscal alegou falta de confiabilidade nas demonstrações contábeis apresentadas, mas deixou de indicar o mínimo indício de suposta atividade imobiliária.

Aduz que, dos cinco imóveis de propriedade da empresa, dois se destinam à moradia dos sócios, um é de uso exclusivo para lazer e os outros dois têm suas despesas pagas pela empresa, e, mesmo que estes últimos estivessem alugados, a receita obtida não chegaria nem perto dos 50% (cinquenta por cento) da receita da empresa, conforme autorizado pela legislação.

Alega que seu objeto social não prevê a realização da atividade de locação de bens, além de toda prova carreada aos autos demonstrar o não exercício dessa atividade, sendo o ônus de comprovar o contrário do Fisco distrital.

Afirma que a manifestação de defesa intempestiva do apelado surtiu efeito no julgamento de primeira instância, em contrariedade ao disposto no art. 344 do CPC.

Defende, assim, a anulação do Ato Declaratório nº 36/2017, reconhecendo-se a imunidade em relação ao ITBI.

Preparo regular (ID 20253843).

Contrarrazões (ID 20253846).

É o relatório.

VOTOS

O Senhor Desembargador SANDOVAL OLIVEIRA - Relator

Inicialmente, impende consignar que a sentença foi disponibilizada no DJE em 17/07/2020 e o apelo interposto no dia 10/08/2020, sendo, portanto, tempestivo. Preparo regular (ID 20253843). Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

A controvérsia consiste em analisar se a empresa apelante preenche os requisitos necessários à concessão de imunidade tributária sobre o ITBI, especificamente quanto à comprovação de sua

atividade preponderante.

Acerca do Imposto de Transmissão de Bens Imóveis – ITBI, o art. 156, § 2º, I da Constituição Federal prevê hipótese de imunidade, nos termos seguintes:

Art. 156. Compete aos Municípios instituir impostos sobre:

[...]

II - transmissão "inter vivos", a qualquer título, por ato oneroso, de bens imóveis, por natureza ou acessão física, e de direitos reais sobre imóveis, exceto os de garantia, bem como cessão de direitos a sua aquisição;

§ 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;

(Grifo nosso)

O Código Tributário Nacional, por sua vez, regulamentou a referida imunidade, dispondo acerca do conceito de atividade preponderante em seu art. 37. Confira-se:

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 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.

(Grifo nosso)

Por fim, a Lei Distrital 3.830/2006 estabelece que, para a não incidência do imposto, a empresa deve comprovar que a sua atividade preponderante nos três anos após a declaração de imunidade não se relaciona à compra e venda de bens ou direitos ou locação de bens imóveis ou arrendamento mercantil. Segundo o art. 3º, § 5º da referida lei “*A preponderância de que trata o § 1º será demonstrada pelo interessado, na forma do regulamento.*”.

No presente caso, o Ato Declaratório nº 161/2014 - GEESP/COTRI/SUREC/SEF (ID 20253817 – fl. 137) declarou a não incidência do ITBI na transmissão dos imóveis indicados em face da impossibilidade de caracterização da atividade preponderante da empresa adquirente, tendo em vista não haver decorrido o prazo previsto nos §§ 2º e 3º do art. 3º da Lei 3.830/2006. A empresa foi, então, notificada a apresentar a documentação necessária à apuração de sua atividade preponderante.

Após a entrega dos documentos solicitados, foi proferido o Parecer nº 06/2017 – NUBEF/GEESP/COTRI/SUREC/SEF (ID 20253819 – fls. 8/15), do qual destaco os seguintes trechos:

[...]

Dessa forma, para a confirmação do direito em questão, necessário se faz analisar a composição da receita da pessoa jurídica, de modo a verificar se a sua atividade preponderante advém ou não de atividades imobiliárias, e o meio pelo qual essa verificação se dá é através da análise das demonstrações contábeis da pessoa jurídica, demonstrações essas que devem ser feitas em conformidade com as Normas Brasileiras de Contabilidade.

Da análise dos livros e documentos contábeis apresentados referentes aos 36 meses posteriores à integralização dos imóveis ao capital social da pessoa jurídica, visto que estes foram integralizados quando de sua constituição, constatamos vários problemas relacionados à falta de observância das Normas Brasileiras de Contabilidade. Os problemas encontrados foram de tal monta que afetam consideravelmente a confiança de que as demonstrações contábeis apresentadas representem de fato, e de maneira fidedigna, as operações realizadas pela empresa no período considerado, impedindo, dessa forma a utilização dessas demonstrações como prova aceitável para a consecução do benefício pretendido pela interessada. Os principais problemas estão relatados abaixo:

[...]

Da análise das demonstrações contábeis apresentadas para o período de 12/2012 a 12/2015, observamos o desrespeito a vários princípios, entre eles o da Entidade e o da Competência, conforme demonstrado anteriormente.

Ainda, por diversas vezes, observamos o não atendimento ao princípio contido no artigo 6º da Resolução CFC nº 750/1993 que traz: “Art. 6º. O Princípio da Oportunidade refere-se ao processo de mensuração e apresentação dos componentes patrimoniais para produzir informações íntegras e tempestivas.”. A não observância a esse princípio se deu, por exemplo, nas diversas vezes em que as

despesas com a manutenção dos imóveis (IPTU/TLP, taxas de condomínio, limpeza, contas de água e luz, ...), frise-se que a interessada declarou que em nenhum momento locou qualquer deles, não encontraram registros nos livros contábeis.

Além da não observância dos referidos princípios, que atentam gravemente contra a confiabilidade das demonstrações apresentadas, a constatação de saldos credores na conta Caixa Geral apresentam indícios graves de falta de escrituração de entradas de numerário (dinheiro) no Caixa da empresa, com ocultação de receitas, ou a completa falta de compromisso com a realidade quando do registro dos fatos contábeis.

Por fim, a constatação da existência de vários documentos fiscais, sem a identificação da interessada, estarem sendo utilizados para justificar lançamentos de despesas em seu nome, também constitui fato grave. Lembrando, ainda, que até cupom fiscal com identificação de pessoa física como destinatário foi utilizado para justificar despesas registradas em nome da empresa.

Como a não incidência constitucional do ITBI na integralização de bens imóveis ao capital social de empresas não se aplica quando a atividade preponderante do adquirente for a compra e venda desses bens ou direitos, locação de bens imóveis ou arrendamento mercantil; como a verificação da atividade preponderante é feita baseada na análise da escrituração contábil da interessada, conforme período definido pelo artigo 3º da Lei Distrital 3.830/06; e tendo em vista a impossibilidade de se caracterizar a atividade preponderante da interessada, devido à total falta de confiabilidade das demonstrações contábeis apresentadas para o período, sugiro a cassação do Ato Declaratório nº 161/2014 – GEESP/COTRI/SUREC/SEF que concedeu a suspensão da cobrança dos ITBI's incidentes na integralização dos imóveis nele relacionados.

Sobreveio, então, o Ato Declaratório nº 36/2017 - GEESP/COTRI/SUREC/SEF (ID 20253819 – fl. 16), que assim declarou:

CASSADO o Ato Declaratório nº 161 - GEESP/COTRI/SUREC/SEF, de 20 de fevereiro de 2014, tendo em vista a impossibilidade de caracterizar a atividade preponderante da empresa adquirente, em conformidade com os parágrafos 2º e 3º do art. 3º da Lei nº 3.830/2006, por ausência de confiabilidade na escrita fiscal conforme análise da documentação apresentada prevista no § 5º do art. 2º do Decreto nº 27.576/2006.

O recurso interposto pela empresa ao Tribunal Administrativo de Recursos Fiscais restou desprovido. Confira-se trecho do voto condutor do acórdão (ID 20253820 – fls. 124/126):

[...]

Por conseguinte, diante do narrado, torna-se-nos impraticável a possibilidade de aferirmos, à vista da documentação apresentada, a atividade preponderante do recorrente.

Utilizamos-nos de jurisprudência trazida pelo próprio recorrente por ocasião da oferta de seu RJV para assegurarmo-nos de que cabe ao requerente demonstrar qual sua atividade preponderante. Tal ônus não é do Fisco e sim do requerente. [...]

Ora, somente quem detém tais documentos, quando os detém, é a empresa. O Fisco não detém documentos comprobatórios de qual seja a atividade preponderante.

[...]

De se concluir que no caso sub judice o recorrente não logrou demonstrar qual seria sua atividade preponderante.

Conforme consta no Parecer nº 06/2017, o Fisco não teve como apurar a atividade preponderante da empresa em virtude de diversas irregularidades contábeis verificadas na documentação apresentada, tais como a ausência de registro de despesas com a manutenção dos imóveis e a falta de escrituração de entradas de numerário no caixa da empresa, dentre outras, o que afetou a confiabilidade das informações ali contidas.

Vale ressaltar ser da empresa que pleiteia a imunidade do ITBI a responsabilidade de comprovar que sua atividade preponderante não se relaciona à venda ou locação de propriedade imobiliária ou à cessão de direitos relativos à sua aquisição, conforme previsto na legislação distrital. Assim, o fato de o parecer elaborado por Auditor Fiscal não ter chegado a uma conclusão acerca da atividade preponderante da empresa se deveu justamente às falhas constatadas na documentação apresentada. Verifica-se, assim, que a apelante não se desincumbiu do ônus previsto no art. 3º, § 5º da Lei 3.830/06, assim como o do art. 373, inciso I, do Código de Processo Civil, o qual não pode ser transferido ao Fisco.

Ademais, como bem salientado na sentença, no contrato social da empresa (ID 20253814 – fl. 2) consta como objeto societário a “Gestão de Negócios”, termo demasiadamente vago e que pode, inclusive, se referir à gestão de negócios imobiliários.

As informações contábeis apresentadas pela empresa que pleiteia a imunidade do ITBI devem ser suficientes para caracterizar as atividades da pessoa jurídica. No entanto, no caso dos autos, tais informações apresentam inconsistências relevantes, o que não as torna capazes de infirmar a análise técnica efetuada na esfera administrativa.

Assim, não tendo a apelante comprovado as condições para manutenção da imunidade tributária, deve ser confirmado o ato que cassou a concessão inicial do benefício.

Em caso análogo, assim foi decidido por esta Corte:

DIREITO CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. ADMINISTRATIVO. AÇÃO ORDINÁRIA CONTRA ATO DA SECRETARIA DE FAZENDA DO DISTRITO FEDERAL. IMUNIDADE TRIBUTÁRIA SOBRE TRANSFERÊNCIA DE IMÓVEL PARA INTEGRALIZAÇÃO DE COTAS SUBSCRITAS NO CAPITAL SOCIAL. POSSIBILIDADE. IMPOSTO DE TRANSMISSÃO DE BENS IMÓVEIS. DECLARAÇÃO DE IMUNIDADE TRIBUTÁRIA PREVISTA NO PARAGRAFO 2º ART. 156 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. RESTRIÇÕES A CERTAS ATIVIDADES PREPONDERANTES. PRAZO LEGAL PARA COMPROVAÇÃO DA ATIVIDADE PREPONDERANTE. RESPEITADO. ESCRITURAÇÃO CONTÁBIL. 2010 A 2015. APENAS REGISTRO DO CAPITAL INTEGRALIZADO. CASSAÇÃO DO ATO DECLARATÓRIO DE IMUNIDADE. LEGALIDADE. DEVIDO PROCESSO LEGAL ADMINISTRATIVO RESPEITADO. RECURSO DESPROVIDO. SENTENÇA MANTIDA.
1. O princípio da legalidade norteia todos os atos administrativos, o que atribui a eles presunção de legitimidade e imperatividade. Em tese, todo ato administrativo passou por procedimento previsto na lei e em atos regulamentadores; presume-se que as formalidades pertinentes, como finalidade e competência, foram observadas.
2. A desoneração fiscal preconizada pela imunidade tributária positivada no §2º do artigo 156 da Constituição Federal tem finalidade especial. Ricardo Lobo Torres (2013, 19ed.) bem ilustra que o contexto dessa desoneração liga-se a uma "não incidência constitucionalmente qualificada, ditada por motivos conjunturais, inconfundível com a imunidade, que protege os direitos humanos. O objetivo da norma superior é promover a capitalização e o desenvolvimento das empresas. O CTN

regulamenta o dispositivo constitucional descendo as minúcias (arts. 26 e 37)".

3. A Lei Distrital 3.830/2006 que instituiu o ITBI no âmbito do Distrito Federal dispõe que não incidirá aquele tributo se a empresa comprovar que sua atividade preponderante nos 3 anos depois da declaração de imunidade não se relaciona à compra e venda de bens ou direitos ou locação de bens imóveis ou arrendamento mercantil.

3.1 O regulamento indicado no §5º da Lei Distrital 3830/2006 é o Decreto nº 27.576/2006, que explica como se apura a preponderância e os prazos para esta comprovação, bem como indica o caminho a ser percorrido pelo contribuinte para alcançar a benesse tributária. A declaração do direito à imunidade tributária referente ao ITBI também depende da aferição dos documentos que comprovem qual é a atividade preponderante da empresa (Lei Distrital 3.830/2006 c/c Decreto 27.576/2006). Quanto a esta legislação inexistem questionamentos nos autos.

4. As informações contábeis previstas na legislação devem proporcionar revelação suficiente sobre a pessoa jurídica e possuir características qualitativas obrigatórias: confiabilidade, relevância, compreensibilidade e comparabilidade.

4.1 A Fazenda Pública obedeceu ao prazo para comprovação de que a atividade preponderante não é vedada e constatou que nenhuma outra atividade econômica foi realizada nos últimos 4 anos, sendo a incorporação do bem imóvel ao capital da autora a única movimentação contábil. Assim, o ato de cassação da declaração de imunidade sobre a transferência do imóvel é legal e legítimo.

5. Recurso conhecido e desprovido.

([Acórdão 1030934](#), 20160110667340APC, Relator: ALFEU MACHADO, 6ª TURMA CÍVEL, data de julgamento: 12/7/2017, publicado no DJE: 18/7/2017. Pág.: 253/268)

Frise-se, por fim, que a despeito da presunção de veracidade das alegações de fato da autora em virtude da revelia do réu (art. 344 do CPC), tal presunção é relativa, devendo o juiz decidir conforme as provas constantes nos autos, o que ocorreu no presente caso.

Diante do exposto, conheço e **NEGO PROVIMENTO** ao recurso. Em virtude do disposto no art. 85, § 11 do CPC, majoro os honorários advocatícios sucumbenciais para 11% (onze por cento) do valor da causa.

É como voto.

O Senhor Desembargador HECTOR VALVERDE SANTANA - 1º Vogal

Com o relator

A Senhora Desembargadora SANDRA REVES - 2º Vogal

Com o relator

DECISÃO

CONHECIDO. IMPROVIDO. UNÂNIME.