



MBP
Nº 70074025073 (Nº CNJ: 0166622-69.2017.8.21.7000)
2017/CÍVEL

APELAÇÃO CÍVEL. TRIBUTÁRIO. AÇÃO ANULATÓRIA. ITBI. IMUNIDADE SOB CONDIÇÃO RESOLUTIVA. FALTA DE DEMONSTRAÇÃO DA RECEITA OPERACIONAL NO PERÍODO DE APURAÇÃO DA PREPONDERÂNCIA. NÃO INCIDÊNCIA. DECADÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE DE VERIFICAÇÃO.

As imunidades tributárias, enquanto limitações constitucionais ao poder de tributar, são exceções que têm por escopo a preservação de valores estabelecidos pelo poder constituinte como essenciais ao fortalecimento das instituições, à organização do Estado Democrático, bem como à garantia dos direitos fundamentais.

A imunidade, ao obstar a incidência do ITBI nas transferências de imóvel para integralização de capital social, objetiva estimular a atividade empresarial, impulsionando a livre iniciativa e a economia do país.

Não demonstrada a receita operacional da empresa no período, prova sem a qual não se confirma o benefício fiscal, já que exceção à regra da tributação.

DECADÊNCIA. Na forma do art. 35, I, do CTN, “a transmissão, a qualquer título, da propriedade ou do domínio útil de bens imóveis por natureza ou por acessão física, como definidos na lei civil”.

E, conforme dispõe o art. 1.227 do Código Civil, a transmissão dos direitos reais sobre imóveis se dá com o registro no Cartório de Registro de Imóveis.

Não tendo sido trazidas as matrículas do imóveis aos autos, não há como aferir o momento da transmissão a título de integralização de cotas sociais, quando ocorre o fato gerador do tributo.

Impossibilidade de verificação do marco inicial de contagem do prazo decadencial.

APELAÇÃO PROVIDA.

APELAÇÃO CÍVEL

VIGÉSIMA PRIMEIRA CÂMARA CÍVEL

Nº 70074025073 (Nº CNJ: 0166622-69.2017.8.21.7000)

COMARCA DE PORTO ALEGRE

MUNICÍPIO DE PORTO ALEGRE

APELANTE

STORCH KEISERMAN PARTICIPACOES
E NEGOCIOS LTDA

APELADO



MBP
Nº 70074025073 (Nº CNJ: 0166622-69.2017.8.21.7000)
2017/CÍVEL

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos.

Acordam os Desembargadores integrantes da Vigésima Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado, à unanimidade, em dar provimento à apelação.

Custas na forma da lei.

Participaram do julgamento, além do signatário, os eminentes Senhores **DES. ARMINIO JOSÉ ABREU LIMA DA ROSA (PRESIDENTE) E DES. ALMIR PORTO DA ROCHA FILHO.**

Porto Alegre, 09 de agosto de 2017.

DES. MARCELO BANDEIRA PEREIRA,
Relator.

RELATÓRIO

DES. MARCELO BANDEIRA PEREIRA (RELATOR)

O MUNICÍPIO DE PORTO ALEGRE apela da sentença de procedência proferida nos autos da ação de rito ordinário que lhe move STORCH KAISERMAN PARTICIPAÇÕES E NEGÓCIOS LTDA., reconhecendo a imunidade da autora em relação ao ITBI incidente sobre a transferência de imóveis para integralização de capital social.

Em suas razões, alega que os critérios para aferição de atividade preponderante para fins de incidência de ITBI estão contidos no art. 36 e 37 do CTN, e regulamentada no município pela LCM 197/89. Na sentença, foi considerado erroneamente que a empresa, por estar inativa, faz jus ao benefício. Por não apresentar movimentações financeiras, não se poderia cogitar em preponderância. A norma somente pode se referir a pessoa jurídica ativa, pois referida não incidência objetiva incentivar o desenvolvimento



MBP
Nº 70074025073 (Nº CNJ: 0166622-69.2017.8.21.7000)
2017/CÍVEL

econômico das empresas. A atividade está vinculada à receita operacional preponderante, definida como aquela oriunda de operações normais da empresa. A apelada não preencheu os requisitos necessários para estar ao abrigo da imunidade pleiteada. Há uma finalidade na existência do benefício fiscal, devendo a ele ser dada interpretação restritiva, na forma do art. 111, inciso II do CTN. Restando inativa, apenas houve transmissão imobiliária pura e simples ao seu patrimônio, sendo cabível a incidência do ITBI.

Foram apresentadas contrarrazões pugnando pela manutenção da sentença.

O Ministério público opina pelo desprovimento da apelação.

É o relatório.

VOTOS

DES. MARCELO BANDEIRA PEREIRA (RELATOR)

Resume-se a controvérsia na (in)aplicabilidade da imunidade tributária prevista no art. 156, § 2º, I, da CF aos casos de inatividade da pessoa jurídica no período de apuração da atividade preponderante, sem que haja discussão sobre a inexistência de receita nesse período.

Estabelece a Constituição Federal que o ITBI “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” (art. 156, § 2º, I).

O Código Tributário Nacional, a respeito da imunidade, traz o seguinte tratamento:



MBP

Nº 70074025073 (Nº CNJ: 0166622-69.2017.8.21.7000)

2017/CÍVEL

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.

A Lei Complementar 197/89, a propósito, especifica os casos de imunidade ao imposto, dentre os quais “a transmissão de bens ou direitos incorporados ao patrimônio de pessoas jurídicas em realização de capital e a transmissão de bens ou direitos decorrentes 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” (art. 6º, inciso IV).



MBP
Nº 70074025073 (Nº CNJ: 0166622-69.2017.8.21.7000)
2017/CÍVEL

Para tanto, estabelece como obrigação que *“A pessoa jurídica adquirente de imóveis ou de direitos a eles relativos, nos termos do inciso IV deste artigo, deverá apresentar à Fiscalização da Receita Municipal, demonstrativo de sua receita operacional, no prazo de 60 dias, contado do primeiro dia útil subsequente ao do término do período que serviu de base para a apuração da preponderância”* (art. 6º, § 4º).

Em complemento, o disposto no § 5º: *“Verificada a preponderância referida no inciso IV ou não apresentada a documentação prevista no § 4º deste artigo, tornar-se-á devido o imposto, monetariamente corrigido desde a data da estimativa fiscal do imóvel”*.

Nessa toada, forçoso reconhecer que as imunidades tributárias, enquanto limitações constitucionais ao poder de tributar, são exceções que têm por escopo a preservação de valores estabelecidos pelo poder constituinte como essenciais ao fortalecimento das instituições, à organização do Estado Democrático, bem como à garantia dos direitos fundamentais. Aliás, não é por outra razão que às imunidades confere-se o status de cláusula pétrea (RE 636941, Relator Min. LUIZ FUX).

Com base nessas premissas, sem embargo da força que emana dos precedentes em sentido contrário acostados pela parte Apelada, a exegese que se me afigura consentânea ao paradigma constitucional é a de que a imunidade em questão, ao obstar a incidência do ITBI nas transferências de imóvel para integralização de capital social, o faz com o objetivo de estimular a atividade empresarial, impulsionando a livre iniciativa e a economia do país.

No caso, conforme consta do parecer emitido pela Agente Fiscal da Receita Municipal, *“era obrigação da empresa apresentar documentação que comprovasse ter ela direito à imunidade pretendida, com base no artigo 6º, parágrafo 4º, ou efetuar o pagamento do tributo devido, conforme artigo 21, inc. III, todos da LCM nº 197/89. Todavia, tais disposições não foram atendidas e, portanto, por força do artigo 6º, parágrafo 5º, tornou-se devido o tributo”* (fl. 68).



MBP
Nº 70074025073 (Nº CNJ: 0166622-69.2017.8.21.7000)
2017/CÍVEL

Logo, a aplicação da norma imunizante independentemente da comprovação da atividade preponderante não apenas é incompatível com os dispositivos legais transcritos, como faz tabula rasa da exceção constitucional à regra da tributação, alargando desmesuradamente limitação constitucional cujo alcance não pode ultrapassar a finalidade da norma.

Afinal, teratológica seria a conclusão de que a imunidade, conferida sob condição resolutória, pudesse ser confirmada ao final do período de apuração da atividade preponderante sem indicação da sua natureza, quando é justamente a natureza da atividade preponderante o critério para confirmação do benefício.

Destaco os seguintes precedentes no mesmo sentido:

APELAÇÃO CÍVEL. MANDADO DE SEGURANÇA. TRIBUTÁRIO. ITBI. TRANSFERÊNCIA DE IMÓVEIS EM INTEGRALIZAÇÃO DE CAPITAL SOCIAL. POSTERIOR RETIRADA DO SÓCIO COM 99,44% DO CAPITAL, COM DIVISÃO DAS QUOTAS ENTRE OS FILHOS SÓCIOS. IMUNIDADE. ATIVIDADES PREPONDERANTES DE LOCAÇÃO E COMPRA E VENDA DE IMÓVEIS. São imunes da incidência de ITBI, de acordo com o art. 156, § 2º, I, da Constituição Federal, dentre outras, as operações de transmissão de bens ou direitos incorporados ao patrimônio de pessoa jurídica em realização de capital, salvo se a atividade preponderante do adquirente for a compra e venda desses bens ou direitos, locação de bens imóveis ou arrendamento mercantil. No procedimento administrativo tributário, constatou-se o exercício de locação de dois pavilhões da empresa desde o ano de 2010, com pagamentos realizados a sócio que em 2011 se retirara da sociedade. Não foram produzidas provas que pudessem ilidir a presunção de legalidade do ato da autoridade impetrada. Os balancetes da empresa, além de não serem suficientes a demonstrar a atividade preponderante exercida, também não correspondem à realidade da pessoa jurídica, conforme salientado na esfera administrativa. Considerados os valores de aluguel, pagos a terceiro e não à sociedade, que era proprietária dos imóveis desde 2010, a atividade preponderante foi de locação em todo o período, inclusive prevalecendo em montante aos poucos serviços lançados no ano de 2013. Genir, quando da constituição da sociedade, integralizou quotas mediante a incorporação de bens imóveis, no valor de R\$ 1.352.326,00, correspondente a 99,44% do capital social da empresa. Os outros 0,56% foram integralizados em dinheiro por Márcia Cristina e Geniferson, R\$ 3.837,00 em espécie por cada um. Em alteração social datada de 20/07/2011, Genir retirou-se



MBP

Nº 70074025073 (Nº CNJ: 0166622-69.2017.8.21.7000)

2017/CÍVEL

da sociedade, transferindo a totalidade de suas quotas em partes iguais para os demais sócios, Márcia Cristina e Geniferson, ambos seus filhos. Tais fatos levam a crer que a empresa foi constituída com intenção de efetuar partilha de bens em vida, como apontado na manifestação ao gerente de ITBI no processo administrativo, sem o pagamento do respectivo imposto. E mesmo que se considerasse que não existira qualquer atividade de 2010 a 2013, não seria hipótese de imunidade, pois esta tem como pressuposto, justamente, a efetiva atividade social, e não inatividade. A imunidade constitucional e legal em questão livra da incidência do ITBI a transferência de imóvel para integralização de capital social, com o objetivo de estimular a atividade empresarial, impulsionando a economia do país. Precedentes jurisprudenciais. APELAÇÃO DESPROVIDA. (Apelação Cível Nº 70071375018, Vigésima Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Almir Porto da Rocha Filho, Julgado em 14/12/2016)

CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. ITBI. ARTIGO 156, § 2º, I, CF/88. ARTIGOS 36 E 37, CTN. INEXISTÊNCIA DE RECEITAS OPERACIONAIS. EXAME DA PROVA DOS AUTOS. INCIDÊNCIA DA CONDIÇÃO RESOLUTIVA. A hipótese de não incidência do ITBI, com base em o artigo 156, § 2º, I, CF/88, tal como regradada pelos artigos 36 e 37, CTN, supõe a prevalência de receitas operacionais, justificado o benefício no intuito legislativo de obtenção de utilidade econômica e social com a exploração dos imóveis incorporados ao capital social. Inexistentes estas, tal fato, devidamente demonstrado nos autos, leva à incidência da condição resolutiva, inerente ao deferimento da não incidência do tributo. (Apelação e Reexame Necessário nº 70066630070, Vigésima Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Armínio José Abreu Lima da Rosa, Julgado em 08/06/2016)

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ANULATÓRIA. ITBI. OPERAÇÃO IMOBILIÁRIA DE INCORPORAÇÃO AO PATRIMÔNIO DE PESSOA JURÍDICA EM REALIZAÇÃO DE CAPITAL. INATIVIDADE DA EMPRESA DESDE SUA CONSTITUIÇÃO. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS CONSTITUCIONAIS E LEGAIS PREVISTOS NO ART. 156, §2º, I, DA CF E NOS ARTS. 36 E 37, DO CTN. Ausente atividade econômica da sociedade desde a sua constituição, a transferência de imóveis não visa à integralização de patrimônio empresarial e sim a simples transferência de titularidade dos seus sócios que são todos pertencentes a mesma família, não pode se valer dessa imunidade tributária, notadamente por não atingir o objetivo constitucional. Apelo provido. (Apelação Cível nº 70069691939, Vigésima Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marco Aurélio Heinz, Julgado em 22/06/2016)



MBP
Nº 70074025073 (Nº CNJ: 0166622-69.2017.8.21.7000)
2017/CÍVEL

ITBI. IMUNIDADE. CAPITAL SOCIAL. INTEGRALIZAÇÃO. VENDA DE IMÓVEIS. ATIVIDADE PREPONDERANTE. EMPRESA INATIVA. A imunidade assegurada à transmissão de imóvel de sócio à pessoa jurídica para integralização de capital social não alcança as sociedades cujo objeto seja, exclusivamente, a incorporação, compra e venda, construção e loteamento em imóveis especificamente relacionados com empreendimento imobiliário envolvendo parceria com terceiros. Irrelevante, nesse caso, o exame da preponderância das atividades, já que toda sua atividade esbarra na exceção prevista no § 2º, do art. 16, inciso I, da CR. A inatividade da sociedade pela falta de exploração das suas atividades (incorporação e venda de lotes) não lhe assegura a imunidade no ITBI. A prova da falta de preponderância de atividades de compra e venda desses bens destina-se aos casos em que o objeto da sociedade é múltiplo. Embargos infringentes acolhidos. (Embargos Infringentes nº 70047992862, Décimo Primeiro Grupo Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Maria Isabel de Azevedo Souza, Julgado em 20/04/2012)

APELAÇÃO CÍVEL. REEXAME NECESSÁRIO. TRIBUTÁRIO. ITBI. AÇÃO ANULATÓRIA DE LANÇAMENTO TRIBUTÁRIO. IMUNIDADE. INTEGRALIZAÇÃO DE CAPITAL. INATIVIDADE DA EMPRESA DESDE SUA CONSTITUIÇÃO. INOBERVÂNCIA DOS REQUISITOS CONSTITUCIONAIS E LEGAIS PREVISTOS NO ART. 156, §2º, I, DA CF E NOS ARTS. 36 E 37, DO CTN. Transferência de imóveis que, in casu, não visa à integralização de patrimônio empresarial, mas sim a simples transferência de titularidade. Não tendo a parte autora exercido qualquer atividade mercantil, impossível aferir-se a condição de atividade preponderante da pessoa jurídica adquirente do bem que pretende a incidência da imunidade. APELO PROVIDO, PREJUDICADO O REEXAME NECESSÁRIO. (Apelação e Reexame Necessário nº 70070044029, Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Lúcia de Fátima Cerveira, Julgado em 27/07/2016)

Frente a essas considerações, impositiva a reforma da sentença, julgando-se improcedente o pedido formulado na ação anulatória.

No que concerne à decadência suscitada pela parte autora, também não merece prosperar.

Consta do Contrato Social da Empresa (fls. 20 a 60), com arquivamento na junta comercial em 25/10/2002, que os imóveis relacionados pelo Município para cobrança



MBP
Nº 70074025073 (Nº CNJ: 0166622-69.2017.8.21.7000)
2017/CÍVEL

do ITBI objeto desta ação (fl. 68) foram utilizados, juntamente com outros, para a integralização de seu capital social (fl. 60).

Ocorre que, na forma do art. 35, inciso I do CTN, o fato gerador do imposto é *“a transmissão, a qualquer título, da propriedade ou do domínio útil de bens imóveis por natureza ou por acessão física, como definidos na lei civil”*.

E dispõe o art. 1.227 do Código Civil que *“os direitos reais sobre imóveis constituídos, ou transmitidos por atos entre vivos, só se adquirem com o registro no Cartório de Registro de Imóveis dos referidos títulos (arts. 1.245 a 1.247), salvo os casos expressos neste Código.”*

Desta forma, seria necessário verificar as matrículas dos imóveis para aferir a data em que ocorreu a transferência dos imóveis para a empresa, finalizando a integralização do capital social. A mera previsão em seus atos constitutivos não possui o condão de transmitir a propriedade de bens imóveis, que deve ser realizada na forma da legislação civil, ou seja, somente ocorre com registro no Cartório de Registro de Imóveis dos referidos títulos.

O prazo decadencial para a constituição do crédito tributário, previsto no art. 173, inciso I, do CTN, deve levar em consideração este registro. Seria necessário que viessem aos autos as cópias das matrículas dos imóveis objeto da incidência do ITBI, o que não foi trazido pela parte autora. Tratando-se de fato constitutivo de seu direito, cabia à empresa produzir esta prova, na forma do art. 373, inciso I, do CPC.

Ante o exposto, conheço da apelação e **DOU-LHE PROVIMENTO** para julgar improcedente a pretensão contida na inicial.

Vai condenada a parte autora ao pagamento das despesas e custas processuais, bem como aos honorários advocatícios da parte adversa, fixados em 10% do valor atualizado da causa, forte no art. 85, § 2º, do CPC, observada a complexidade da demanda, o tempo de tramitação da ação e o grau de zelo do profissional.



MBP
Nº 70074025073 (Nº CNJ: 0166622-69.2017.8.21.7000)
2017/CÍVEL

DES. ALMIR PORTO DA ROCHA FILHO - De acordo com o(a) Relator(a).

DES. ARMINIO JOSÉ ABREU LIMA DA ROSA (PRESIDENTE) - De acordo com o(a) Relator(a).

DES. ARMINIO JOSÉ ABREU LIMA DA ROSA - Presidente - Apelação Cível nº 70074025073,
Comarca de Porto Alegre: "DERAM PROVIMENTO AO RECURSO. UNÂNIME."

Julgador(a) de 1º Grau: LIA GEHRKE BRANDAO