



@ (PROCESSO ELETRÔNICO)

APRF

Nº 70075745968 (Nº CNJ: 0338711-98.2017.8.21.7000)

2017/CÍVEL

AGRAVO DE INSTRUMENTO. TRIBUTÁRIO. ITBI. IMUNIDADE CONCEDIDA À PESSOA JURÍDICA SOB CONDIÇÃO RESOLUTIVA. TRANSFERÊNCIA DE IMÓVEIS EM INTEGRALIZAÇÃO DE CAPITAL. AUSÊNCIA DE RECEITA OPERACIONAL OU ATIVIDADE ECONÔMICA NO PERÍODO DE ANÁLISE. OBJETO SOCIAL INCOMPATÍVEL COM A IMUNIDADE. RETIRADA DA SÓCIA QUE INTEGRALIZARA 99,98% DO CAPITAL, DEIXANDO OS BENS PARA A SOCIEDADE. FLAGRANTE INTENÇÃO DE TRANSFERÊNCIA DO PATRIMÔNIO.

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.

O pedido restou deferido pelo fisco sob condição resolutória, dependente de futura análise pela fiscalização.

Resta incontroversa nos autos a inexistência de atividade operacional no período de 03 anos de análise.

Conforme a cláusula segunda de seu contrato social, o objeto da empresa consiste em "(a) a participação e gestão societária; (b) gestão de empresas do mesmo grupo e (c) gestão e administração da propriedade imobiliária". A sua atividade preponderante, de acordo com os documentos vindos aos autos, envolve negócios imobiliários, como locações, arrendamentos ou compra e venda, não se enquadrando nas hipóteses legais da imunidade.

E possuía inicialmente três sócios, sendo a majoritária, com 99,98% do capital social, a empresa TREVICORP INCORPORAÇÕES LTDA., a qual se retirou da sociedade, em 13/03/2013, meses após a constituição da empresa. Ao se retirar, cedeu e transferiu a totalidade de seu capital social aos sócios remanescentes, concedendo "*ampla, geral e irrestrita quitação*". Tinham eles integralizado capital de apenas R\$ 3,00.

Resta patente que a intenção foi de transferir os imóveis, únicos na integralização do capital, para os sócios que remanesceram na empresa, sem o pagamento de impostos.



@ (PROCESSO ELETRÔNICO)

APRF

Nº 70075745968 (Nº CNJ: 0338711-98.2017.8.21.7000)

2017/CÍVEL

**Não preenchimento dos requisitos para a tutela de urgência pretendida.
AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO.**

AGRAVO DE INSTRUMENTO

VIGÉSIMA PRIMEIRA CÂMARA CÍVEL

Nº 70075745968 (Nº CNJ: 0338711-98.2017.8.21.7000)

COMARCA DE PORTO ALEGRE

MUNICIPIO DE PORTO ALEGRE

AGRAVANTE

AIRMAR PARTICIPACOES E
EMPREENHIMENTOS LTDA.

AGRAVADO

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 ao agravo de instrumento.

Custas na forma da lei.

Participaram do julgamento, além do signatário, os eminentes Senhores **DES. ARMINIO JOSÉ ABREU LIMA DA ROSA (PRESIDENTE) E DES. MARCELO BANDEIRA PEREIRA.**

Porto Alegre, 18 de dezembro de 2017.

DES. ALMIR PORTO DA ROCHA FILHO,

Relator.

RELATÓRIO



@ (PROCESSO ELETRÔNICO)

APRF

Nº 70075745968 (Nº CNJ: 0338711-98.2017.8.21.7000)

2017/CÍVEL

DES. ALMIR PORTO DA ROCHA FILHO (RELATOR)

Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo MUNICIPIO DE PORTO ALEGRE atacando decisão de deferimento de liminar de suspensão de exigibilidade de ITBI nos autos da ação anulatória que lhe move AIRMAR PARTICIPAÇÕES E EMPREENDIMENTOS LTDA. A pretensão contida na inicial é de anulação do auto de lançamento de ITBI nº 007535.00/2017, desconstituindo-se o respectivo crédito. Liminarmente busca a suspensão da exigibilidade do crédito tributário.

A decisão restou assim redigida (fls. 70/71 – 188/189 na origem):

“Vistos.

Trata-se de AÇÃO ANULATÓRIA DE DÉBITO FISCAL ajuizada por AIRMAR PARTICIPAÇÕES E EMPREENDIMENTOS LTDA contra o MUNICÍPIO DE PORTO ALEGRE. Alega a demandante que faz jus à imunidade ao ITBI, uma vez que a transferência do imóvel se deu em razão de integralização de capital, não tendo a requerente, no período de análise da preponderância, auferido renda operacional. Liminarmente, pede a suspensão da exigibilidade do Auto de Lançamento nº 007535.00/2017.

Relatados, fundamento.

Para concessão de tutela provisória de urgência é necessária a presença de “elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo” (art. 300, caput, do NCPC).

O fumus boni iuris existe porque a ausência de receitas auferidas no período de verificação da preponderância não impede a concessão da imunidade, tendo em vista que, se não há receita operacional, por óbvio, não há exercício pela impetrante de atividade preponderante de transações imobiliárias. Assim sedimentou-se na melhor jurisprudência o entendimento de que o simples fato da inatividade da empresa não constitui obstáculo à imunidade condicionada em foco. (...)

No caso em exame, a ausência de renda operacional e a inatividade da demandante foram reconhecidas pela autoridade tributária no parecer de fls. 135/148, consistindo no fundamento fático-jurídico adotado para a revogação da imunidade, e consequente lavratura do auto de lançamento (fl. 153).



@ (PROCESSO ELETRÔNICO)

APRF

Nº 70075745968 (Nº CNJ: 0338711-98.2017.8.21.7000)

2017/CÍVEL

O periculum in mora, por sua vez, resta caracterizado devido à óbvia conveniência de evitar-se o indesejável solve et repete, bem como os nefastos efeitos da inscrição em dívida ativa.

Assim, em que pese não ter sido ofertado o depósito judicial das importâncias questionadas – forma típica de suspensão da exigibilidade do tributo – o contexto atuado recomenda a concessão da liminar, ao efeito preconizado no art. 151, inc. V, do CTN.

PELO EXPOSTO, DEFIRO A LIMINAR pleiteada, suspendendo a exigibilidade do crédito objeto do Auto de Lançamento nº 007535.00/2017.”

Em suas razões recursais, aduz que a autora postulou, em 07/08/2012 (logo após sua constituição) imunidade de ITBI, sob condição resolutória, em razão de incorporação de imóveis ao seu capital social. De acordo com o seu contrato social, o objeto é participação e gestão societária, gestão de empresas do mesmo grupo e gestão e administração da propriedade imobiliária. Possui três sócios, sendo a majoritária, com 99,98% do capital social, a empresa TREVICORP INCORPORAÇÕES LTDA., a qual, em alteração social efetivada alguns meses após a constituição da empresa retirou-se da sociedade. A imunidade foi deferida, sob condição resolutória, sendo definido como período de análise da preponderância da atividade de 06/06/2012 a 05/06/2015. A empresa declarou-se inativa perante a Receita Federal. Após o decurso do período referido, a fiscalização elaborou Relatório de Atividades Fiscais – RAF, constatando-se que vários dados relativos a transações imobiliárias estavam divergentes, tais como a integralização de 5 imóveis pela sócia que posteriormente se retirou da sociedade. Pelos livros contábeis oferecidos à análise, foram integralizados mais imóveis ao capital. Em checagem dos dados junto à Receita Federal, também restaram verificadas divergências, razão pela qual os registros contábeis da empresa – que se declarou inativa durante o período da preponderância – não foram considerados dignos de fidelidade. A conclusão do RAF foi no sentido do indeferimento da imunidade pleiteada. Afirma não haver *fumus boni juris* para o deferimento da liminar em tela. O art. 156, § 2º, I, da CF, tornou imune à incidência do ITBI a incorporação de bens ou direitos ao patrimônio de pessoa jurídica, em decorrência de realização de capital, desde que o adquirente não tenha como atividade preponderante a compra e venda desses bens ou direitos, locação de bens imóveis e/ou arrendamento mercantil (fato constatado por meio da análise fiscal de suas receitas operacionais



@ (PROCESSO ELETRÔNICO)

APRF

Nº 70075745968 (Nº CNJ: 0338711-98.2017.8.21.7000)

2017/CÍVEL

preponderantes). O objetivo é facilitar a mobilização dos imóveis nas reorganizações societárias, desonerando o exercício de atividades econômicas para facilitar o crescimento das empresas. Excepcionam-se, porém, situações onde a exploração e/ou a compra e venda de imóveis são as principais atividades societárias, não se utilizando da imunidade para incentivar a exploração e comercialização imobiliária pura e simplesmente. O texto constitucional não tem por finalidade beneficiar a ausência de atividade empresarial, mas sim estimular o crescimento econômico de quem se utiliza de imóveis para incremento do capital social, desenvolvendo-se pela sua atividade e alavancando a economia local. A imunidade deve ser interpretada restritivamente, nos termos do art. 111, II, do CTN. A empresa que não exerce qualquer tipo de atividade econômica, verificando-se inatividade empresarial, não faz jus ao benefício fiscal. Ainda que a inatividade não seja considerada empecilho, não merece a autora o deferimento do benefício, por ter o objeto social voltado à realização de empreendimento imobiliário, sem observância ao disposto no art. 156, § 2º, I, *in fine*, da CF. Se atividade houvesse, seria do tipo que configura obstáculo à imunidade constitucionalmente prevista. Não há fumaça do bom direito a amparar a autora. Requer a reforma da decisão, com a revogação da liminar concedida.

Restou deferida a tutela provisória recursal pleiteada.

Em contrarrazões, pugna a autora pela manutenção da decisão atacada (fls. 159 a 164).

É o relatório.

VOTOS

DES. ALMIR PORTO DA ROCHA FILHO (RELATOR)

Busca a autora, ora agravada, a anulação de lançamento de ITBI nº 007535.00/2017, reconhecendo-se o seu direito à imunidade prevista no art. 156, § 2º, inciso I, da Constituição Federal, por ter ocorrido transmissão de imóveis como forma de integralização de seu capital social.

Regra a Constituição Federal:



@ (PROCESSO ELETRÔNICO)

APRF

Nº 70075745968 (Nº CNJ: 0338711-98.2017.8.21.7000)

2017/CÍVEL

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;

(...)

Dispõem os arts. 36 e 37 do Código Tributário Nacional:

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.



@ (PROCESSO ELETRÔNICO)

APRF

Nº 70075745968 (Nº CNJ: 0338711-98.2017.8.21.7000)

2017/CÍVEL

§ 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.

Preconiza a Lei Municipal nº 197/89 de Porto Alegre:

Art. 6º - São imunes ao Imposto:

(...)

IV - 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.

(...)

§ 3º - Considera-se caracterizada a atividade preponderante referida no inciso IV:

a - se mais de 50% da receita operacional da pessoa jurídica adquirente dos bens ou direitos decorrer das transações mencionadas no inciso IV, e

b - se a preponderância ocorrer:

1 - nos dois anos anteriores e nos dois anos subsequentes à data do título hábil a operar a transmissão, considerando um só período de apuração de quatro anos; ou

2 - nos três primeiros anos seguintes à data da referida transmissão, caso a pessoa jurídica adquirente inicie suas atividades após a data do título hábil a operar a referida transmissão ou a menos de dois anos antes dela, considerando um só período de apuração de três anos.

São imunes à incidência de ITBI as operações de realização de capital de pessoas jurídicas que acarretem transmissão de imóveis. A imunidade resta descaracterizada, porém, se a atividade preponderante da empresa adquirente for de negócios imobiliários, como locações, arrendamentos ou compra e venda. Estipula a legislação ser atividade preponderante aquela que representa mais de 50% da receita operacional da empresa. Não há necessidade de que sejam as transações exclusivamente sobre bens integralizados na constituição social.



@ (PROCESSO ELETRÔNICO)

APRF

Nº 70075745968 (Nº CNJ: 0338711-98.2017.8.21.7000)

2017/CÍVEL

Sobre o tema leciona o Professor Sacha Calmon Navarro Coêlho¹:

“O ITBI tampouco incide sobre as transferências de imóveis envolvidos nas mutações das sociedades mercantis e pessoas jurídicas do Direito Civil, a teor do art. 156, §2º, I, da CF/88 (imunidades). São os casos de colação de bens imóveis no capital das sociedades (integralização ou aumento de capital), fusão, incorporação, transformação, cisão e extinção, exceto se a sociedade dedicar-se preponderantemente ou totalmente a negócios imobiliários, locação de bens imóveis ou arrendamento mercantil.”

Reproduzo precedentes da Corte neste sentido:

PROCESSUAL CIVIL. AUSÊNCIA DE CONTESTAÇÃO. REVELIA. EFEITOS. INOCORRÊNCIA. ART. 320, II, CPC. (...) TRIBUTÁRIO. ITBI. IMUNIDADE NÃO CARACTERIZADA. LEI COMPLEMENTAR MUNICIPAL Nº 197/89. Constatando-se que, no período examinado, mais de 50% da receita operacional da pessoa jurídica, foi proveniente da locação de bens imóveis integralizados ao seu patrimônio aplicável o disposto no art. 6º, § 3º, Lei Complementar Municipal nº 197/89, que afasta a incidência da imunidade. CÁLCULO. CRITÉRIO. ART. 11, LEI COMPLEMENTAR MUNICIPAL Nº 197/89. Observando o cálculo o critério legal estampado em o art. 11, Lei Complementar Municipal nº 197/89, nenhuma irregularidade se apresenta, não sendo viável o acolhimento de tese que propõe incidência com base em critério diverso. (...) (Apelação Cível nº 70036636983, Vigésima Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Armínio José Abreu Lima da Rosa, Julgado em 30/06/2010)

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO TRIBUTÁRIO. AÇÃO ANULATÓRIA DE LANÇAMENTO. ITBI. IMUNIDADE DO ART. 156, § 2º, I, DA CRFB. ATIVIDADE PREPONDERANTE. IMPOSSIBILIDADE DE CONCESSÃO. - Na dicção do art. 156, § 2º, I, da CRFB, a transmissão de bens ou direitos incorporados ao patrimônio de pessoa jurídica em realização de capital, bem como a transmissão de bens ou direitos decorrente de fusão, incorporação, cisão ou extinção de pessoa jurídica encontram-se imunes ao imposto de transmissão de bens imóveis (ITBI). São excepcionados tais fatos imponíveis da norma imunizante se a atividade preponderante do adquirente for a compra e venda desses bens ou direitos, locação de bens imóveis ou

¹ COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de Direito Tributário Brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2010. 11ª Ed. p. 518.



@ (PROCESSO ELETRÔNICO)

APRF

Nº 70075745968 (Nº CNJ: 0338711-98.2017.8.21.7000)

2017/CÍVEL

arrendamento mercantil. Tal atividade preponderante se caracteriza quando montante superior a 50% da receita operacional da pessoa jurídica adquirente decorrer das mencionadas transações, hipótese em que o imposto será devido em atenção à lei vigente à data da aquisição, sobre o valor do bem ou direito. - Hipótese em que o contrato social da sociedade empresária autora prevê como seu objeto justamente a incorporação e a compra e venda de imóveis, além da administração de imóveis próprios ou de terceiros e a locação de imóveis. - Ausente comprovação da natureza da atividade preponderante da sociedade empresária, a condição para o deferimento da imunidade concedida em caráter provisório não foi implementada, tornando hígidos os autos de lançamento impugnados. Precedentes. NEGADO SEGUIMENTO AO RECURSO DE APELAÇÃO. (Apelação Cível nº 70056630486, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marilene Bonzanini, Julgado em 07/06/2014)

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. ITBI. IMUNIDADE. INCORPORAÇÃO AO PATRIMÔNIO DA PESSOA JURÍDICA EM REALIZAÇÃO DE CAPITAL. ATIVIDADE PREPONDERANTE. 1. Imunidade referente a transmissão de bem imóvel para incorporação ao patrimônio da pessoa jurídica (art. 156, § 2º, da Constituição Federal). A ressalva feita pelo dispositivo constitucional é de que não haverá imunidade se a atividade preponderante do adquirente for compra e venda, locação ou arrendamento mercantil de imóveis. 2. Para que se caracterize uma atividade como preponderante, excetuando o direito à imunidade do ITBI, tanto o art. 37, § 1º e 2º, do Código Tributário Nacional quanto o art. 6º, IV, § 3º, da Lei Complementar Municipal 197/89 trazem dois critérios: um material, que consiste em como saber se a atividade é preponderante, e um temporal, consistente no quando se deve verificar a atividade. 3. Não havendo receita operacional no período de análise, não há como sustentar que mais de 50% decorreu de compra e venda ou locação ou arrendamento mercantil de bens imóveis. Precedentes. 4. Para a cobrança do crédito, o Município baseou-se, diante da ausência de receita operacional no período de análise, no objeto social da apelada, implementar o Loteamento Ecovillage, e no fato de terem havido atividades pré-operacionais e operacionais, ainda que sem auferimento de receita. Critério que carece de fundamento legal, motivo pelo qual não se presta a afastar o direito à imunidade tributária. Sentença mantida. NEGARAM PROVIMENTO À APELAÇÃO E MANTIVERAM A SENTENÇA EM REEXAME NECESSÁRIO. UNÂNIME. (Apelação e Reexame Necessário nº 70059615229, Segunda Câmara Cível, Tribunal de



@ (PROCESSO ELETRÔNICO)

APRF

Nº 70075745968 (Nº CNJ: 0338711-98.2017.8.21.7000)

2017/CÍVEL

Justiça do RS, Relator: Laura Louzada Jaccottet, Julgado em 02/10/2014)

A autora requereu imunidade de ITBI, em 07/08/2012, postulando a não incidência do imposto na incorporação de bens imóveis ao seu patrimônio – imóveis de matrículas nºs 122.963 e 122.832 do RI da 2ª Zona de Porto Alegre, por integralização de capital da sócia Trevicorp Incorporações Ltda. (fls. 82 a 85 – 36 a 39 e 48/49 na origem).

O pedido restou deferido, **sob condição resolutória**, ou seja, dependente de futura análise pela fiscalização (fls. 95 a 97 – 49 a 53 na origem). Constatou da comunicação da decisão de deferimento:

*“Comunicamos que está sendo reconhecida a imunidade do ITBI para o(s) imóvel(eis) constante(s) na(s) guia(s) acima citada(s) sob **condição resolutória**, portanto, depende de futura análise pela fiscalização, o reconhecimento em caráter definitivo.*

Não será reconhecida a imunidade, em caráter definitivo, quando a pessoa jurídica adquirente tenha como atividade preponderante a compra e venda de bens imóveis ou direitos, locação de bens imóveis ou arrendamento mercantil.

É considerada atividade preponderante quando mais de 50% (cinquenta por cento) da receita operacional da pessoa jurídica adquirente, no período de apuração, resultar das transações anteriormente citadas.

Portanto, se em futura análise, ficar caracterizada essa preponderância, não será reconhecida a imunidade em caráter definitivo, e tornar-se-á Contribuinte devedor do ITBI anteriormente exonerado.

*Assim sendo, transcorrido o período que serve de base para a apuração da preponderância, conforme definido na legislação, que se encerrará em **05/06/2015**, fica(m), desde já, intimado(s) à:*

1. *Efetuar(em) o pagamento do ITBI, tendo como base de cálculo o valor da estimativa fiscal constante na(s) guia(s), quando mais de 50% da receita operacional resultar da atividade preponderante anteriormente definida, ou*

2. *Comprovar(em) por meio dos demonstrativos contábeis que não se enquadra(m) no item 1, para o reconhecimento da imunidade em caráter definitivo.*



@ (PROCESSO ELETRÔNICO)

APRF

Nº 70075745968 (Nº CNJ: 0338711-98.2017.8.21.7000)

2017/CÍVEL

Alertamos que o não atendimento dos itens 1 e 2 no prazo de 60 (sessenta dias), contados do primeiro dia útil subsequente ao do término do período que serviu de base para a apuração da citada preponderância, resultará no Auto de Lançamento do ITBI e na aplicação das penalidades previstas em lei (juros e multa de mora)."

Foi intimada a empresa a apresentar ao fisco a documentação pertinente, em 27/01/2017 (fls. 55/56 nos autos eletrônicos da origem), o que foi cumprido (fls. 61 a 134 na origem).

Relatório de atividades fiscais – RAF elaborado pelo fisco com base nos documentos apresentados, relativos ao período compreendido **entre 06/06/2012 e 05/06/2015**, foi no sentido do indeferimento do pedido de imunidade de ITBI e pela lavratura de auto de lançamento, com a seguinte conclusão (fls. 99 a 116 – 135 a 150 na origem):

"8. CONCLUSÕES

A requerente declara-se inativa durante todo o período de análise, não cumprindo o objetivo da norma constitucional que prevê o benefício em questão, qual seja, o desenvolvimento econômico e incremento da produção nacional. Ainda, se operante fosse, suas receitas presumivelmente também originar-se-iam da exploração da atividade imobiliária, conforme documentação anexada. Além disso, há evidentes indícios de vícios nos documentos contábeis anexados, restando desclassificada a contabilidade apresentada.

Diante de todo o exposto, conclui-se que a empresa AIMAR PARTICIPAÇÕES E EMPREENDIMENTOS LTDA, CNPJ 16.367.430/0001-86, não faz jus à imunidade pleiteada".

Indeferido, em 11/05/2017, o pedido de imunidade (fl. 151 na origem), restou lavrado o auto de lançamento nº 007535.00/2017, no valor de R\$ 40.957,57 (fls. 118 a 121 – 153/154 na origem).

Considerada a documentação existente até o momento nos autos, afigura-se correta a conduta do fisco municipal.

A constituição da empresa Aimar Participações e Empreendimentos Ltda., conforme o contrato social, ocorreu em 05/06/2012 (fls. 87 a 93 – 42 a 47 na origem).



@ (PROCESSO ELETRÔNICO)

APRF

Nº 70075745968 (Nº CNJ: 0338711-98.2017.8.21.7000)

2017/CÍVEL

É hipótese de análise de sua atividade preponderante nos três anos seguintes, na forma dos arts. 37, § 2º, do CTN, e 6º, § 3º, “b”, 2, da Lei Municipal nº 197/89 de Porto Alegre.

Resta incontroversa nos autos a inexistência de atividade operacional no período em questão, conforme demonstram Declarações Simplificadas da Pessoa Jurídica – Inativa de **2013** (período de 05/07/2012 a 31/12/2012), **2014** (período de 01 a 31/12/2013), **2015** (de 01 a 31/12/2014) e **2016** (de 01 a 31/12/2015) (fls. 123 a 126 – 100 a 104 na origem).

Conforme a cláusula segunda de seu contrato social, o objeto da sociedade consiste em “(a) a participação e gestão societária; (b) gestão de empresas do mesmo grupo e (c) gestão e administração da propriedade imobiliária” (fl. 87 – 42 na origem).

Possuía inicialmente três sócios, sendo a majoritária, com 99,98% do capital social, a empresa TREVICORP INCORPORAÇÕES LTDA., a qual se retirou da sociedade, em 13/03/2013, consoante alteração social efetivada meses após a constituição da empresa (fls. 105 a 111 na origem).

É evidente o intuito de utilização indevida da imunidade pela autora/agravada. A empresa Trevicorp realizou integralização do capital, transferindo à autora, além dos 2 imóveis supra referidos, localizados em Porto Alegre, outros 3 imóveis, 2 localizados na cidade de Gramado e 1 em Xangri-lá. O valor integralizado pelos outros dois sócios, Airton Luiz Trevisan e Marjory Burlamaque Trevisan foi de R\$ 1,00 e R\$ 2,00, respectivamente. A sócia majoritária Trevicorp, ao se retirar, cedeu e transferiu a totalidade de seu capital social aos sócios remanescentes, metade para cada um, concedendo “*ampla, geral e irrestrita quitação*”.

Resta patente que a intenção foi de **transferir** os imóveis, únicos na integralização do capital, para os sócios que remaneceram na empresa, sem o pagamento de impostos.

Isto é suficiente para não ter direito à imunidade.



@ (PROCESSO ELETRÔNICO)

APRF

Nº 70075745968 (Nº CNJ: 0338711-98.2017.8.21.7000)

2017/CÍVEL

Ademais, conforme bem referido quando do indeferimento da pretensão pelo ente tributante na esfera administrativa (fls. 99 a 116 – 135 a 150 na origem), além da inatividade no período em que seria procedida a análise da concessão definitiva da imunidade, o que conduz à não incidência do benefício, o objeto social da empresa é o de *“gestão e administração da propriedade imobiliária”*, possuindo como atividade secundária *“68.10-2-02 – Aluguel de imóveis próprios”*, nos termos do comprovante de inscrição e situação cadastral supra referido (fl. 41 na origem). Ou seja, também a atividade preponderante da empresa, de acordo com os documentos vindos aos autos, envolve negócios imobiliários, como locações, arrendamentos ou compra e venda, não se enquadrando nas hipóteses legais da imunidade.

Nesse sentido é a jurisprudência da Corte em situações semelhantes:

APELAÇÃO CÍVEL. TRIBUTÁRIO MUNICIPAL. ITBI. SOCIEDADE. CAPITAL SOCIAL. REALIZAÇÃO MEDIANTE A TRANSFERÊNCIA DE IMÓVEIS. INATIVIDADE DURANTE O PERÍODO DE OBSERVAÇÃO PARA FINS DE IMUNIDADE DO ITBI. 1. OBSERVÂNCIA DA ATIVIDADE PREPONDERANTE EM TODAS AS HIPÓTESES DE ENTRADA E DE SAÍDA DE IMÓVEL Quando o art. 156, § 2º, I, da CF, excepciona a incidência de ITBI, a fim de excluí-lo da realização de capital social de pessoa jurídica (entrada do imóvel), bem assim da fusão, incorporação, cisão ou extinção da pessoa jurídica (saída do imóvel), manda que seja observada a atividade preponderante sempre que a adquirente tiver por objeto a compra e venda de imóveis ou direitos, a locação de imóveis ou operações de leasing imobiliário. Parcial reconsideração do relator para se alinhar à doutrina e jurisprudência. 2. CONCEITO DE ATIVIDADE PREPONDERANTE 2.1 - A expressão atividade preponderante, utilizada pela Constituição/88, já estava conceituada no art. 37 no CTN: (a) incide ITBI se a adquirente, seja na integralização de capital, seja na fusão, incorporação, cisão ou extinção, tiver como atividade preponderante a compra e venda de imóveis ou direitos, a locação de imóveis ou operações de leasing imobiliário, assim entendida quando mais de metade da receita operacional se origina em tais atos; (b) a adquirente decai da imunidade (rectius, não incidência), se nos dois anos anteriores e nos dois posteriores a receita operacional com operações de tais origens ultrapassar o limite; (c) quando a adquirente inicia a atividade a partir da aquisição ou iniciou-a há menos de dois anos, o limite da receita operacional é verificado nos três subsequentes. 2.2 - Quando expedida Certidão de Imunidade de ITBI, na realidade o fato gerador fica sob condição resolutive, pois depende sempre



@ (PROCESSO ELETRÔNICO)

APRF

Nº 70075745968 (Nº CNJ: 0338711-98.2017.8.21.7000)

2017/CÍVEL

da observância da atividade preponderante pelo menos no período subsequente, o qual, dependendo da situação, pode ser de dois ou de três anos. 3. ATIVIDADE PREPONDERANTE PRESSUPÕE EFETIVA OPERAÇÃO 3.1 - A expressão constitucional atividade preponderante por si só se opõe à ideia de inatividade. Assim, quando a sociedade é constituída para comprar e vender imóveis ou direitos, locar imóveis ou realizar operações de leasing imobiliário, mas não entra em atividade ou fica em situação equivalente à inatividade para cumprir o triênio em relação à integralização do capital social para fins de imunidade do ITBI; ou quando, objetivando aumentá-lo, entra em hibernação, quer dizer, em inatividade ou situação equivalente, desde dois anos antes até dois após, para fins de cumprir o quadriênio, fica afastada a benesse tributária, pois o que se tem é inatividade preponderante, e não atividade preponderante. Em tal situação acontece mera transferência de imóvel, por decorrência ao desabrigo da não incidência de ITBI. Precedentes. 3.2 - Ademais, o objetivo do preceito constitucional é facilitar a mobilização de bens de raiz e sua posterior desmobilização na formação, transformação, fusão, cisão e extinção das sociedades, não embarçando-as com o ITBI. Portanto, quando a sociedade não entra em atividade, ou hiberna ou entra em inatividade, ela burla a finalidade da norma constitucional, que é de facilitar/estimular as atividades empresariais, e conseqüentemente a economia como um todo. 4. CASO SUB JUDICE Sociedade que, tendo por objeto a locação de imóveis próprios, a compra e venda de imóveis e a realização de empreendimentos imobiliários, desde a constituição até o decurso do período de observação para fins de verificação da atividade preponderante, se manteve inativa. A inatividade não só é incompatível com a finalidade da norma constitucional da não incidência de ITBI, como não permite a aferição da atividade preponderante. 5. DISPOSITIVO Por maioria, apelação provida. (Apelação Cível nº 70074580911, Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Newton Luís Medeiros Fabrício, Redator: Irineu Mariani, Julgado em 06/10/2017)

APELAÇÃO CÍVEL. REMESSA NECESSÁRIA. DIREITO TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. ITBI. TRANSMISSÃO DE BENS IMÓVEIS EM INTEGRALIZAÇÃO DE CAPITAL SOCIAL DE EMPRESA. 1. Preliminar afastada. Cabível o *mandamus*, porquanto se trata de matéria que pode ser demonstrado o direito líquido e certo através de prova pré-constituída. Exegese do art. 1º da Lei nº 12.016/2009. 2. De acordo com o artigo 37 do Código Tributário Nacional e artigo 6º, IV, §§ 3º e 4º, da Lei Complementar nº 197/89 do Município de Porto Alegre, para que haja imunidade tributária de ITBI na transmissão de bem imóvel integralizado ao capital social de pessoa jurídica, é imprescindível que: (a) a



@ (PROCESSO ELETRÔNICO)

APRF

Nº 70075745968 (Nº CNJ: 0338711-98.2017.8.21.7000)

2017/CÍVEL

pessoa jurídica adquirente esteja em "atividade"; e (b) que a venda ou locação de propriedade imobiliária ou a cessão de direitos relativos à sua aquisição não ultrapasse 50% (cinquenta por cento) da receita operacional da pessoa jurídica adquirente durante determinado período de tempo, conforme o caso. 3. A inatividade da empresa no período previsto em lei impede a incidência da imunidade tributária de ITBI na transmissão de bens imóveis, para integralizar o capital social de pessoa jurídica. 4. Para haver "atividade preponderante", não basta a existência formal/burocrática da pessoa jurídica. É inafastável a necessidade de que esta efetivamente exerça atividade econômica, sob pena de se facilitar a burla ao objetivo constitucional de fomentá-la. 5. Caso em que a impetrante, desde a integralização dos imóveis ao seu capital social, permaneceu inativa e sem nenhuma receita, razão pela qual é devido o pagamento do ITBI. 6. Impositiva a reforma da sentença para denegar a segurança. À UNANIMIDADE, PRELIMINAR AFASTADA. POR MAIORIA, RECURSO PROVIDO. REMESSA NECESSÁRIA PREJUDICADA. (Apelação e Reexame Necessário nº 70071945018, Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sergio Luiz Grassi Beck, Julgado em 05/04/2017)

APELAÇÃO CÍVEL. TRIBUTÁRIO. ITBI. AÇÃO ANULATÓRIA. 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 à 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. (Apelação e Reexame Necessário nº 70071946479, Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Lúcia de Fátima Cerveira, Julgado em 15/02/2017)

APELAÇÃO CÍVEL. MANDADO DE SEGURANÇA. REEXAME NECESSÁRIO. DIREITO TRIBUTÁRIO. ITBI. IMUNIDADE CONCEDIDA À PESSOA JURÍDICA SOB CONDIÇÃO RESOLUTIVA. AUSÊNCIA DE RECEITA OPERACIONAL NO PERÍODO DE ANÁLISE. HOLDING PATRIMONIAL. DESCABIMENTO DA CONCESSÃO DA IMUNIDADE. I) Não incide ITBI quando a propriedade do imóvel ingressa para a pessoa jurídica para a integralização do capital social ou quando o imóvel é transmitido por motivo de fusão, incorporação, cisão ou extinção da pessoa jurídica, como ocorre no presente caso. Todavia, para que a empresa faça jus à



@ (PROCESSO ELETRÔNICO)

APRF

Nº 70075745968 (Nº CNJ: 0338711-98.2017.8.21.7000)

2017/CÍVEL

imunidade, não pode ter como atividade preponderante a compra e venda de bens imóveis, nem a locação e nem o arrendamento mercantil, o que geraria a incidência do tributo. II) O entendimento deste Relator é de que a ausência de receita operacional da sociedade empresária só lhe outorga o direito à imunidade se o respectivo objeto social (atividade-fim da empresa) condiz com o benefício pretendido. E no caso, não é o que se verifica. III) A intenção do Constituinte ao conceder a imunidade do ITBI (art. 156, inciso II, § 2º, inciso I, da CF) foi estimular as atividades empresariais e, assim, proporcionar o crescimento econômico-financeiro das pessoas jurídicas que não tem como atividade-fim a realização de negócios imobiliários. IV) Daí porque, no caso, não havendo atividade em exercício, demonstrada pela ausência de receita operacional, não seria razoável conceder imunidade à pessoa jurídica constituída sob formato de holding patrimonial, cujo intuito é apenas facilitar a administração dos bens tributados que compõem o patrimônio familiar, sem propósito negocial. APELO PROVIDO. REEXAME NECESSÁRIO JULGADO PREJUDICADO. UNÂNIME. (Apelação e Reexame Necessário nº 70070663059, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Francisco José Moesch, Julgado em 26/01/2017)

APELAÇÃO CÍVEL. MANDADO DE SEGURANÇA. TRIBUTÁRIO. ITBI. IMUNIDADE. TRANSFERÊNCIA DE IMÓVEIS EM INTEGRALIZAÇÃO DE CAPITAL. OBJETO SOCIAL DE LOCAÇÃO E COMPRA E VENDA DE IMÓVEIS. NÃO DEMONSTRAÇÃO NOS AUTOS DA ATIVIDADE PREPONDERANTE. AUSÊNCIA DE REQUISITOS PARA O MANDAMUS. 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. É incontroverso que a impetrante desenvolve atividade imobiliária, consoante afirmado na própria petição inicial: "é uma sociedade que tem como objetivo social a compra e venda de imóveis, incorporação de empreendimentos imobiliários, construção de imóveis destinados à venda, aluguéis de imóveis próprios, administração de obras, assessoria, planejamento, pesquisa, intermediação e corretagem na venda de imóveis e serviços de empreitada na área da construção civil". E isto também consta na alteração e consolidação do contrato social, registrada em 11/04/2012, em sua cláusula primeira. Mesmo que não houvesse emissão de notas fiscais, seria possível aferir a movimentação financeira da empresa através de sua escrita fiscal, livros, balanços e balancetes. E nada disso há nos autos. O julgamento não pode



@ (PROCESSO ELETRÔNICO)

APRF

Nº 70075745968 (Nº CNJ: 0338711-98.2017.8.21.7000)

2017/CÍVEL

ocorrer por suposições. Tratando-se de mandado de segurança, deveria ter comprovado de plano que os atos previstos em seu contrato social, quase todos ligados à área imobiliária, não preponderam sobre os demais. APELAÇÃO PROVIDA. (Apelação e Reexame Necessário nº 70072440977, Vigésima Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Almir Porto da Rocha Filho, Julgado em 22/03/2017)

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ANULATÓRIA DE LANÇAMENTO FISCAL. ITBI. BENS INCORPORADOS AO PATRIMÔNIO DE PESSOA JURÍDICA PARA INTEGRALIZAÇÃO DO CAPITAL SOCIAL. IMUNIDADE. ATIVIDADE PREPONDERANTE. INEXISTÊNCIA DE RECEITA OPERACIONAL OU ATIVIDADE ECONÔMICA. O Imposto de Transmissão Inter Vivos não incide na transmissão de bens imóveis, para integralizar o capital social, salvo se utilizados na atividade preponderante da empresa adquirente (art. 156, § 2º, inciso I da CF). Nos termos do art. 37, § 1º, do CTN, considera-se caracterizada a atividade preponderante, quando mais de 50% da receita operacional da pessoa jurídica adquirente, nos dois anos anteriores e nos dois anos subseqüentes à aquisição, decorrer de transações mencionadas (venda ou locação). A atividade econômica e a partilha entre si dos resultados são características indispensáveis ao conceito de empresa, nos termos do art. 981 do Código Civil. Receita operacional é um dos componentes da definição constitucional da imunidade. Não havendo atividade econômica e receita operacional, a empresa não preenche o requisito indispensável para o gozo da imunidade prevista na Constituição Federal, disciplinada no art. 37 do CTN. Precedente desta Câmara. Inexistência de nulidade no lançamento tributário impugnado. Apelação desprovida. (Apelação Cível nº 70071485890, Vigésima Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marco Aurélio Heinz, Julgado em 23/11/2016)

Por tais razões, não se encontram configurados os requisitos para a concessão da tutela de urgência pretendida.

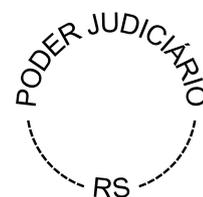
Ante o exposto, conheço do agravo de instrumento e **DOU-LHE PROVIMENTO** para revogar a tutela provisória deferida na origem.

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

DES. MARCELO BANDEIRA PEREIRA - De acordo com o(a) Relator(a).



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA



@ (PROCESSO ELETRÔNICO)

APRF

Nº 70075745968 (Nº CNJ: 0338711-98.2017.8.21.7000)

2017/CÍVEL

DES. ARMINIO JOSÉ ABREU LIMA DA ROSA - Presidente - Agravo de Instrumento nº 70075745968, Comarca de Porto Alegre: "DERAM PROVIMENTO AO AGRAVO DE INSTRUMENTO. UNÂNIME."

Julgador(a) de 1º Grau: