

EXMO. SR. DR. JUIZ DE DIREITO DA 12ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA DO RIO DE JANEIRO

GRERJ ELETRÔNICA Nº 01535903092-99

Bourguignon

HALAK ADMINISTRADORA DE BENS E PARTICIPAÇÕES LTDA., pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ/MF sob o nº 21.131.025/0001-02, com endereço na Rua Sonia Angel Jones, nº 100, Recreio dos Bandeirantes, Cidade do Rio de Janeiro, Estado do Rio de Janeiro, CEP 22.790-868, vem, neste ato representado por seu sócio, através do advogado abaixo assinado, com endereço profissional na Av. Almirante Barroso, nº 914, salas 813/814, Centro, Rio de Janeiro/RJ, CEP: 20.031.005, endereço de e-mail cintya@bourguignon.com.br, propor a presente

AÇÃO DECLARATÓRIA DE RECONHECIMENTO DE NÃO INCIDÊNCIA DE ITBI C/C
ANULATÓRIA DE DÉBITO FISCAL

contra o **MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO**, inscrito no CNPJ sob o nº 42.498.733/0001-48, com sede na Rua Afonso Cavalcanti, nº 455, bloco II, Cidade Nova, Rio de Janeiro – RJ, CEP 20.211-900, endereço eletrônico desconhecido, com vistas à anulação e desconstituição do débito tributário formalizado pela Nota de Lançamento nº 00387/2020, emitida em 03 de agosto de 2020, de acordo com as razões de fato e de direito a seguir expostas:

CONCLUSÃO:

- A transferência do Imóvel por conferência de capital caracteriza a hipótese de não incidência do Imposto de Transmissão de Bens

Imóveis e de Direitos a ele relativos, conforme previsto no art. 156, § 2º, I da Constituição Federal;

- A imunidade, contudo, comporta uma exceção: não se aplica quando a atividade preponderante da pessoa jurídica adquirente dos bens for compra e venda, locação ou arrendamento mercantil de bens imóveis, na forma prevista pelo inciso 1, *in fine*, do §2º do art. 156 da Constituição Federal;
- A exceção que afasta a imunidade constitucional de que se cogita é ter atividade imobiliária preponderante, não cabendo *in casu* a interpretação extensiva da lei. A lei não diz, em momento algum, que o contribuinte deve apresentar os livros contábeis em conformidade com qualquer norma, tanto menos a revogada invocada;
- A legislação do Município do Rio de Janeiro, em nenhum momento sequer sugere que a imunidade não será reconhecida se o contribuinte não apresentar um livro contábil imaculado ou adequado;
- O fato de as declarações contábeis prestadas pela Autora não terem sido “imaculadas” não pode significar a subsunção da Autora à hipótese de exclusão da imunidade. Se fosse a intenção do legislador constituinte, do legislador complementar, ou do legislador ordinário municipal, estabelecer que a inadequação da contabilidade da empresa implicaria em afastar a imunidade constitucional, bastaria que tivesse assim disposto;
- Considera-se incabível qualquer iniciativa no que respeita à interpretação extensiva e/ou analógica da legislação tributária; impossibilidade de ampliar a favor do fisco o texto de lei, que deverá ser interpretado literalmente.
- Nos termos da Constituição e da legislação de regência, as autoridades fiscais não podem partir de presunções inadmissíveis em matéria tributária, nem impor ao contribuinte dever probatório inexequível, demasiadamente oneroso ou desnecessário.

DO LANÇAMENTO TRIBUTÁRIO GUERREADO:


A empresa autora foi constituída em 18 de agosto de 2014, de acordo com o Contrato Social devidamente arquivado na Junta Comercial do Rio de Janeiro sob o NIRE nº 33600152763.

Conforme 1ª alteração de contrato social em anexo, arquivada em 18/03/2015, para integralizar o capital social subscrito pelo sócio Harald Michael Ziegler, foi feita transferência para a sociedade de **50% do imóvel** situado na Estrada da Virgolândia, constituído pelo lote 06 da quadra 04 do PA 28.733.

Como a transferência do Imóvel por conferência de capital caracteriza a hipótese de não incidência do Imposto de Transmissão de Bens Imóveis e de Direitos a ele relativos, conforme previsto no art. 156, § 2º, I da Constituição Federal, a Autora apresentou pedido de reconhecimento da imunidade perante a autoridade fiscal competente.

A imunidade foi reconhecida de forma condicionada à posterior verificação da não preponderância de atividade imobiliária, tendo em vista que a legislação prevê que a imunidade constitucional não ocorre quando a sociedade receptora tem atividade imobiliária, o que somente pode ser aferido três anos após a transferência do Imóvel.

12 INCORPORAÇÃO: Pelo requerimento que serviu para a averbação 10, instruído por 1ª Alteração Contratual de 06/02/15, registrada na JUCERJA com o nº 00002739911 em 18/03/15, fica registrada a **INCORPORAÇÃO DE 50% do imóvel** feita por **HARALD MICHAEL ZIEGLER**, anteriormente qualificado, em favor de HALAK ADMINISTRADORA DE BENS E PARTICIPAÇÕES LTDA, CNEJ 21.131.025/0001-02, com sede nesta cidade, pelo valor de R\$21.181,00. Foi apresentado o certificado declaratório de **não-incidência de imposto de transmissão nº 04/16/2015** emitido em 11/08/15 sob condição resolutoria de verificação da atividade preponderante da adquirente nos termos do processo 04/451505/2015. Valor atribuído para base de cálculo dos emolumentos: R\$29.298,00. Rio de Janeiro, 01 de dezembro de 2015.

O Oficial,  **Dr. Adilson Alves Mendo**
Oficial
Mat. 01/0087-P.1

EBGF03080 BTO

Após a apresentação de todos os documentos necessários à verificação previstas, dentre eles o balanço contábil e, não obstante ter restado comprovado que a Autora não auferiu receitas provenientes de atividade mobiliárias, a autora foi surpreendida pela Nota de Lançamento nº 00387/2020, exigindo-lhe o pagamento do ITBI devido sobre a integralização do imóvel, e cujo valor em 16/04/2018 atingia o montante de R\$ 121.913,36 (cento e vinte e um mil, novecentos e treze reais e trinta e seis centavos).

A cobrança do ITBI foi motivada pelo fato de que a Autora teria ficado “inoperante no período de verificação da atividade, de 18/03/2015 a 17/03/2018” bem como pela constatação de “incongruências quanto à contabilidade”.

Perplexa com a cobrança, pois supostas inoperância e/ou incongruências contábeis não são fatos que afastam o reconhecimento da imunidade constitucional, a Autora, então, apresentou impugnação administrativa à Nota de Lançamento, sustentando o óbvio: não há nenhuma previsão na Constituição Federal, no Código Tributário Nacional ou na Legislação Tributário do Município do Rio de Janeiro que estabeleça que estar inoperante ou apresentar inadequações contábeis implicam em não fazer jus à imunidade constitucional.

Não obstante a flagrante ilegalidade da cobrança a autoridade administrativa refutou os argumentos da Autora, e manteve o lançamento com base no particular entendimento, de que as declarações prestadas pelo contribuinte exsurgira a mácula aos princípios contábeis da Entidade, Competência e Oportunidade, em razão da inexistência de lançamentos contábeis referentes às despesas dos imóveis.

Como será demonstrado a seguir, a decisão da autoridade fiscal é absolutamente ilegal e inconstitucional, pois o fato de "a contabilidade da empresa não obedecer às normas contábeis" é indiferente para a fruição da imunidade constitucional.

Da análise dos parágrafos abaixo, será constatado que a partir de uma descabida interpretação teleológica dos atos normativos vigentes, a autoridade

administrativa criou, do nada, uma nova hipótese de incidência tributária, que não consta sequer da legislação tributária do Município do Rio de Janeiro.

DA LEGISLAÇÃO REFERENTE À IMUNIDADE DO ITBI NA TRANSFERÊNCIA DE BEM IMÓVEL POR INTEGRALIZAÇÃO DE CAPITAL

Ora Exa., a Constituição Federal, quando disciplina as competências tributárias dos entes federativos, estabelece em relação ao ITBI, imunidade quando a transferência é efetuada como integralização de capital, conforme os seguintes dispositivos de seu art. 156:

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:

- 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;

A norma constitucional é clara: delimita o campo de incidência do ITBI, mas exclui desse campo as transmissões de bens imóveis quando destinadas à integralização de capital subscrito.

Trata-se do que a doutrina convencionou denominar de *imunidade objetiva*, onde a própria Constituição afasta a aplicação da norma de incidência em relação à situação descrita como passível de gerar o nascimento da obrigação tributária.

Bourguignon

A imunidade, contudo, comporta uma exceção: não se aplica quando a atividade preponderante da pessoa jurídica adquirente dos bens for compra e venda, locação ou arrendamento mercantil de bens imóveis, na forma prevista pelo inciso 1, *in fine*, do §2º do art. 156 da Constituição Federal, acima transcrito.

A questão desloca-se, portanto, para a definição de "atividade preponderante", e a resposta é encontrada do Código Tributário Nacional (CTN), recepcionado pela Constituição Federal com lei complementar, por estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, na forma do art. 146, III da Constituição Federal:

Art. 146. Cabe à lei complementar:

III - estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre:

- a) definição de tributos e de suas espécies, bem como, em relação aos impostos discriminados nesta Constituição, a dos respectivos fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes;*
- b) obrigação, lançamento, crédito, prescrição e decadência tributários;*
- c) adequado tratamento tributário ao ato cooperativo praticado pelas sociedades cooperativas;*
- d) definição de tratamento diferenciado e favorecido para as microempresas e para empresas de pequeno porte, inclusive regimes especiais ou simplificados no caso do imposto previsto no art. 155, II, das contribuições previstas no art. 195, I, §§12 e 13, da Constituição a que se refere o art. 239.*

Especificamente em relação à imunidade objetiva do ITBI, o CTN trata do assunto em seus arts. 35 a 37, com a observação de que o texto menciona que o imposto é de competência estadual porque sob a égide da Constituição Brasileira de 1967 o ITBI era um imposto de competência dos Estados Federados (cfr. art. 24, I, § 3º da Constituição de 1967).

O CTN dispõe sobre a imunidade da seguinte forma:

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.

Bourguignon

§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.

Verifica-se, sem que seja necessário grande esforço hermenêutico, que o CTN estabelece dois critérios para definir "atividade preponderante", um aplicável para a sociedade que já se encontrava em operação há mais de dois anos da aquisição; outro aplicável para as sociedades que iniciaram suas operações há dois anos ou menos da data da aquisição do imóvel.

Como se vê, o CTN estabelece de forma minuciosa, objetiva e precisa os critérios para definir se a pessoa jurídica faz jus ou não à imunidade.

As disposições da Constituição Federal e o CTN são reproduzidas no âmbito da legislação municipal que institui o ITBI no Município do Rio de Janeiro, conforme os seguintes dispositivos da Lei Municipal nº 1.364/88:

Art. 6º O imposto não incide sobre a transmissão dos bens ou direito, quando:

I - incorporados ao patrimônio de pessoa jurídica em realização de capital;

§ 1º. O disposto nos incisos I e II não se aplica quando o adquirente tiver como atividade preponderante a compra e venda de imóveis ou direitos a eles relativos, a locação de bens imóveis, a cessão de direitos relativos a bens imóveis ou o arrendamento mercantil.

A legislação municipal observa, sem qualquer divergência, os ditames estabelecidos na Constituição Federal e no CTN para disciplinar a fruição da imunidade constitucional em questão, estabelecendo, de forma clara, que não há incidência de ITBI quando ocorre a transferência de bem imóvel em conferência

de capital, sendo que a única exceção é quando a sociedade adquirente tem atividade preponderante imobiliária, que será aferida conforme sua receita bruta.

Não obstante a clareza dos textos legais - Constituição Federal, CTN e Lei Municipal nº 1.364/88, as autoridades fiscais optaram por considerar novos requisitos para reconhecer a imunidade. Requisitos que não estão previstos nem na Constituição Federal, nem no CTN e, tampouco na legislação municipal. **Tal requisito consiste na constatação de a empresa estar sem receitas oriundas de sua atividade econômica, inoperante, e suposta mácula aos princípios contábeis em virtude da inadequação dos cálculos apresentados.**

Esse entendimento do Município é explicitado a seguir:

DA INTERPRETAÇÃO DO MUNICÍPIO

O entendimento do Município do Rio de Janeiro sobre a correta interpretação dos dispositivos legais pode ser inferido a partir do Parecer do Fiscal de Rendas Ronaldo José Pinheiro Lobato, que decidiu por excluir a incidência outrora deferida, tornando-se devido o imposto nos termos da lei vigente à data de aquisição do bem.

Transcrevemos as palavras do Sr. Ronaldo José Pinheiro Lobato, sobre a questão, que ilustra com bastante precisão o entendimento enviesado do Município do Rio de Janeiro sobre a imunidade constitucional em debate. Sustenta o Sr. Ronaldo José Pinheiro Lobato:

“A sociedade empresária encontra-se na prática, inoperante, uma vez que não possui receitas oriundas da exploração de sua atividade econômica principal ou mesmo secundária, conforme estabelecido no contrato social.”

“Logo, o recorrente não auferiu receita, pré-requisito para aferição da atividade preponderante. Parece-nos claro que ter receita é condição indispensável para se pensar em reconhecer o benefício constitucional, ou seja, é o primeiro passo. O segundo é justamente verificar se não houve atividade preponderante. **Ou seja, para se enquadrar como beneficiário, o requerente deve preencher duas condições básicas cumulativas: ter receita e não ter atividade preponderante.**”

“Após análise dos livros apresentados, constatamos que no período de apuração da atividade preponderante, de 18/03/2015 até 17/03/2018, não houve escrituração de despesas efetivamente pagas ou incorridas, referentes aos imóveis incorporados ao capital social da empresa, tais como imposto predial, taxa de incêndio, condomínio, água, luz, de conservação, depreciação dos imóveis e nem as despesas básicas de constituição da sociedade, como emolumentos, da Junta Comercial do Estado do Rio de Janeiro. “

“Em decorrência das práticas da empresa acima citadas, em desacordo com os princípios contábeis aceitos, os quais asseguram que a escrituração contábil de uma sociedade reflita, de fato, a real situação da mesma, tornou-se inviável a esta Auditoria Fiscal, aproveitar as informações contidas na sua contabilidade, para apuração de sua atividade preponderante, estando à contabilidade dessa forma, descaracterizada. “

“Em face de tudo que foi exposto, não restou comprovada, por parte do contribuinte, a efetiva observância das normas legais inerentes à não incidência do ITBI, excluindo-se, dessa forma, a não incidência pretendida sobre as operações constantes deste

processo, tornando-se devido o imposto nos termos da lei vigente à data da aquisição do bem. “

“Neste sentido, efetuamos o lançamento do tributo devido conforme abaixo especificado:

Nota de Lançamento 0387/2020

Processo: 04/452/.006/2020”

E a interpretação do Sr. fiscal não parou por aí..., a "fundamentação" para a cobrança, se é que tais argumentos podem ser considerados "fundamentação", se consubstancia em conceitos e princípios contábeis estatuídos pela Resolução CFC nº 750/93, que o próprio fiscal reconhece ter sido recentemente revogada.

Aduz que a contabilidade deve ser desqualificada em pelo menos três princípios fundamentais, da Entidade, da Oportunidade e da Competência, alegando que, de acordo com esses princípios, deveria existir na contabilidade da empresa a correlação contábil que refletisse a real existência do imóvel como parte de seu patrimônio.

Da análise do risível argumento apresentado, bem como das regras norteadoras da não incidência do ITBI, constata-se um claro sofismo, isto porque o Sr. Fiscal de Rendas tenta justificar seus argumentos em supostas inadequações contábeis para concluir erroneamente pelo lançamento.

Releva-se ratificar que a exceção que afasta a imunidade constitucional de que se cogita é ter atividade imobiliária preponderante, não cabendo *in casu* a interpretação extensiva da lei. A lei não diz, em momento algum, que o contribuinte deve apresentar os livros contábeis em conformidade com qualquer norma, tanto menos a revogada invocada.

O argumento do Município do Rio de Janeiro para formalizar a cobrança exige, para sua validade, a assunção prévia de duas premissas:

- a. a legislação tributária deve ser interpretada exclusivamente de acordo com sua finalidade, desprezando outros métodos interpretativos; e
- b. o fato de a sociedade receptora do imóvel não auferir receitas nos três anos subsequentes significa que a "finalidade da norma" não foi atingida.

Os dois pontos acima, vale registrar, não são conclusões que o intérprete atinge à medida em que avança no processo hermenêutico, são premissas das quais parte, quando inicia o processo de interpretação. Esses são os fundamentos a partir dos quais desenvolve os seus argumentos para chegar à conclusão de que a imunidade constitucional não se aplica ao caso sob análise.

As razões pelas quais não cabe, no presente caso, qualquer interpretação teleológica serão explicitadas a seguir.

DA CORRETA INTERPRETAÇÃO DAS NORMAS QUE REGEM A IMUNIDADE CONSTITUCIONAL:

A base do argumento do Município do Rio de Janeiro para negar à Autora o reconhecimento da imunidade constitucional é que é necessário, no caso sob análise, a apresentação de documentos contábeis adequados a norma revogada. Esse entendimento demonstra inequivocamente que o Sr. Fiscal, consubstancia seu parecer em interpretação teleológica.

Para o Ilmo. Sr. Fiscal em relação à Constituição Federal não vale o que está escrito. O CTN, recepcionado como lei complementar, não deve, segundo o Ilmo. Fiscal, ser lido e aplicado. A legislação do Município do Rio de Janeiro, que em nenhum momento sequer sugere que a imunidade não será reconhecida se o contribuinte não apresentar um livro contábil imaculado ou adequado, pode ter seu texto desprezado.

É lógico e óbvio que essa fundamentação não pode prosperar. Interpretar a norma significa desvendar seu significado e aplicá-la ao caso concreto. A subsunção do fato à norma, função do intérprete, pressupõe que o intérprete identifique o significado da norma jurídica, verifique se determinada situação fática é afetada pela norma, e conclua quais os efeitos jurídicos derivados da aplicação de determinada norma sobre determinado caso concreto.

Não há como afirmar que existe uma regra absoluta, um único método adequado ou uma hierarquia de processos para interpretação de uma norma jurídica. A interpretação adequada e correta da norma vai variar em função dos casos concretos. A própria interpretação de uma norma pode variar ao longo do tempo. O Direito não existe fora do extrato social, e a evolução social implica atualização e evolução da interpretação das normas jurídicas.

Há que se observar, contudo, determinadas premissas para desenvolver um esforço interpretativo. Qualquer debate ou controvérsia interpretativa somente pode validamente se desenvolver sobre um campo comum.

Nesse sentido, parece ser consenso que em qualquer processo de interpretação, inicia-se a partir da leitura do texto legal, da interpretação gramatical da norma. O primeiro passo para interpretar a norma legal é lê-la e compreender seu significado gramatical. Sendo o texto legal claro e preciso, e sendo a situação fática identificável com a previsão legal, não é necessário recorrer a nenhum outro método interpretativo.

No caso sob análise não há como afirmar que há qualquer obscuridade ou imprecisão no texto legal. O texto legal é claríssimo, e desce a minúcias acerca de como determinar a imunidade constitucional.

Em âmbito constitucional a Constituição Federal delimita com clareza cristalina a imunidade: o ITBI não incidirá sobre transferência para integralização de capital (imunidade que vem desde a Constituição de 1967, vale registrar).

A Constituição também define com precisão quando a imunidade não se aplica: nos casos (e apenas nesses casos) em que a atividade preponderante do adquirente for atividade imobiliária.

Não fosse isso suficiente, a definição de atividade preponderante fornecida pelo CTN e pela legislação municipal é minuciosa tecendo detalhes acerca de como definir a atividade preponderante, e definindo, inclusive qual o percentual da receita operacional que toma a atividade preponderante ou não.

Nesse contexto, conclui-se que o fato de as declarações contábeis prestadas pela Autora não terem sido “imaculadas” não pode significar a subsunção da Autora à hipótese de exclusão da imunidade. Conclui-se também que se fosse a intenção do legislador constituinte, do legislador complementar, ou do legislador ordinário municipal, estabelecer que a inadequação da contabilidade da empresa implicaria em afastar a imunidade constitucional, bastaria que tivesse assim disposto. Não tendo feito isso, irrazoável inferir essa interpretação.

Não obstante, se, por amor ao debater, optarmos por trilhar o caminho do absurdo e, como um exercício dialético, conjecturarmos qual seria o método interpretativo adicional para o caso sob análise, no sentido de definir se a sociedade que não auferir receitas deve ou não fazer jus à imunidade, ainda assim a conclusão seria pelo reconhecimento da imunidade.

Constata-se por óbvio que a Constituição Federal, quando trata do Sistema Tributário Nacional, faz uma repartição de competências tributárias entre os entes federativos, delimitando em que hipóteses tributos podem ser instituídos, e estabelece como uma premissa básica de funcionamento do sistema, que a tributação deve decorrer de fatos geradores previstos em lei, que definirão as hipóteses que geram a obrigação tributária dentro das competências tributárias constitucionais.

Isso está na base do nosso Sistema Tributário. Como uma premissa para o correto

funcionamento do sistema, e como um direito e uma garantia constitucional do Contribuinte. Ninguém pode ser compelido a cumprir uma obrigação tributária se tal obrigação não derivar de uma previsão específica em lei.

Esse é o princípio que a doutrina convencionou denominar de Princípio da Legalidade Tributária, e que vem positivado no art. 150, I da Constituição Federal:

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

1- exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça.

O Princípio da Legalidade Tributária é uma garantia específica para os contribuintes em relação a exações fiscais, em consonância com os Direitos e Garantias Fundamentais assegurados pela Constituição em seu art. 5º, notadamente o constante do inciso II:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

Sobre a relação entre o Princípio da Estrita Legalidade Tributária e o Princípio da Legalidade, vale citar Ricardo Lodi Ribeiro, que, com propriedade, ensina ser o Princípio da Legalidade Tributária mais intenso:

No plano do nosso Direito Constitucional positivo, o art. 5º, II, da CF consagra o princípio da Legalidade em sentido genérico. Porém, o art. 150, I estabelece uma garantia ainda mais intensa, consagrando o princípio da Legalidade tributária. A diferença

entre os dois dispositivos reside no seguinte: no primeiro caso nós temos a Legalidade em sentido amplo, o que significa que o Estado não exija a alguém que faça ou deixe de fazê-lo, senão em virtude de lei. No Direito Tributário prevalece o princípio da Legalidade estrita, que significa que só a lei pode criar tributo, assim como existe no Direito Penal, no qual só a lei pode criar penasecrimes.

Assim, criar tributo em virtude de lei não é a mesma coisa que criar tributo por lei. No primeiro caso, vedado pelo art. 150, 1, CF, a lei poderia prever a competência para que uma autoridade administrativa criasse o tributo. No Direito Tributário isso é impossível. Em outros ramos do Direito, não submetidos ao princípio da Legalidade estrita (que também pode ser denominado princípio da reserva legal), podem ser criadas obrigações em virtude de lei. Ou seja: a autoridade administrativa que tenha competência definida em lei poderá determinar o fazer ou não fazer, dentro dos limites previstos nessa lei.

Assim, uma análise sistemática da legislação, que procure avaliar como a imunidade constitucional do art. 156 deve ser vista no conjunto da legislação tributária, levaria, inexoravelmente, à conclusão de que se a hipótese de apresentação de contabilidade empresarial inadequada não está claramente prevista na lei como uma hipótese que leva à tributação da operação, essa nova hipótese de interpretação não pode ser criada por esforço hermenêutico, pois a premissa que rege os Sistema Tributário em um Estado de Direito como o Brasileiro é que a de que as imposições tributárias devem derivar de lei.

Por que, nesse caso específico, o Princípio da Legalidade Tributária deveria ser afastado para colocar sob a hipótese de incidência da norma tributária uma hipótese não especificamente contemplada na lei?

A lei no caso sob análise é clara. Não apenas a legislação constitucional e a

legislação complementar, mas também a legislação do Município do Rio de Janeiro, não estabelecem que inadequações contábeis excluem a operação da imunidade constitucional.

Mesmo quando questionamos a clareza solar da Lei, e, em benefício dessa dúvida, fazemos um exercício hermenêutico para analisar sistematicamente a legislação, ainda assim a conclusão é que a operação não poderia ser tributada, em prestígio aos princípios que regem o Sistema Tributário Nacional, em especial o Princípio da Legalidade Tributária.

O processo legislativo foi preciso e claro em relação à extensão da imunidade. Não há nada implícito. Como já dito a exaustão acima: se supostas inadequações contábeis fossem uma hipótese de exclusão de imunidade, isso teria sido dito no texto legal. Nem o legislador municipal considerou essa hipótese.

Conclui-se, portanto, que a ausência de atividade da empresa não implica presunção de ilicitude para afastar o benefício fiscal e que a norma municipal não determina o pagamento do ITBI quando a empresa encontra-se inativa. Assim, para que a sociedade empresarial continue usufruindo a imunidade tributária concedida anteriormente, é necessário a verificação da sua atividade preponderante após três anos subsequentes à data de integralização do capital social através da transferência de propriedade.

De fato, a fiscalização municipal, fundamentando que a empresa inativa não cumpriu a sua função econômica, conferiu uma interpretação ampliativa em favor do fisco, a fim de afastar a não-incidência do tributo.

Entretanto, não se pode presumir que a inatividade tenha, por si só, o objetivo de fugir ao pagamento do imposto, haja vista que a ausência de atividade pode ocorrer por diversos fatores econômicos, não se podendo usar de mera presunção de ilicitude para afastar o benefício fiscal previsto na Constituição, bem como

no Código Tributário Nacional e em lei municipal. Em nenhum momento a norma municipal determina o pagamento do ITBI quando a empresa se encontra inativa.

E neste sentido é a jurisprudência dominante do TJRJ:

“APELAÇÃO CÍVEL. Ação anulatória de lançamento tributário. Discussão acerca de imunidade de imposto de ITBI em hipóteses de transferência de bens para integralização de capital social. Incidência do artigo 156, §2º, da CRFB/1988. Concessão de imunidade sob condição resolutiva de verificação da atividade preponderante. Revogação da benesse tributária sob o fundamento de que a sociedade empresária permaneceu inoperante durante o período de verificação. Legislação tributária regulamentadora de suspensão ou exclusão do crédito tributário, outorga de isenção e dispensa do cumprimento de obrigações tributárias acessórias, que deve ser interpretada de forma literal, tal como disposto no artigo 111 do Código Tributário Nacional, sendo incabível qualquer iniciativa no que respeita à interpretação extensiva e/ou analógica. Entendimento do Supremo Tribunal Federal no sentido de que "ainda que hipoteticamente confirmada a ausência de atividade econômica, tal circunstância poderia em tese ser atribuída a uma série de eventos, sem que se possa concluir que em todo e qualquer caso possível haveria propósito de desvio ilícito da proteção constitucional." (Ag.Reg.Rec.Ext 660434/RS, com Agravo, Relator Min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma, julgado em 6/3/2012, Acórdão eletrônico DJe-57, divulgação 19/3/2012, publicação 20/3/2012). Decisões proferidas em procedimento administrativo - trazido por cópia pela autora e cuja validade não foi impugnada pelo município apelante -, que não apontam qualquer prova de que a ausência de atividade econômica tenha resultado de intencional desvio da finalidade da imunidade. Finalidade social constante do

ato constitutivo da sociedade empresária que não se enquadra na figura de atividade imobiliária prevista no dispositivo constitucional. RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.”

“APELAÇÃO. MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO TRIBUTÁRIO. MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO. ITBI. ISENÇÃO. PESSOA JURÍDICA. INTEGRALIZAÇÃO DE CAPITAL SOCIAL. APLICAÇÃO DOS ARTIGOS 156 DA CRFB/88, 36, 37 E 111 DO CTN, 6º DA LEI MUNICIPAL Nº 1364/88. INATIVIDADE DESDE A CONSTITUIÇÃO. OBJETO SOCIAL QUE NÃO DIZ COM ATIVIDADES IMOBILIÁRIAS MERCANTIS. ADMINISTRAÇÃO DE BENS PRÓPRIOS. IMPOSSIBILIDADE DE AMPLIAR A FAVOR DO FISCO O TEXTO DE LEI, QUE DEVERÁ SER INTERPRETADO LITERALMENTE. CONCESSÃO DA ORDEM. PROVIMENTO DO RECURSO.” [0083124-48.2015.8.19.0001](#) – APELAÇÃO - Des(a). CUSTÓDIO DE BARROS TOSTES - Julgamento: 14/02/2017 - PRIMEIRA CÂMARA CÍVEL

A mesma linha de entendimento segue o Supremo Tribunal Feral, senão vejamos:

“AGRAVO REGIMENTAL. TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE TRANSMISSÃO INTER VIVOS A QUALQUER TÍTULO DE BENS IMÓVEIS E DE DIREITOS REAIS SOBRE IMÓVEIS. IMUNIDADE. TRANSFERÊNCIA DE BENS PARA INTEGRALIZAÇÃO DE CAPITAL DE PESSOA JURÍDICA. SUPOSTA AUSÊNCIA DE ATIVIDADE ECONÔMICA. EFEITOS. NECESSIDADE DE REABERTURA DA INSTRUÇÃO PROBATÓRIA. ART. 156, II DA CONSTITUIÇÃO Nos termos da Constituição e da legislação de regência, as autoridades fiscais não podem partir de presunções inadmissíveis em matéria tributária, nem impor ao contribuinte dever probatório inexecutável, demasiadamente oneroso ou desnecessário. As mesmas balizas são aplicáveis ao controle jurisdicional do crédito tributário. Para reverter as conclusões a que chegou o Tribunal de

origem acerca da invalidade de cobrança do ITBI, seria necessário reabrir a instrução probatória, com o objetivo de apurar a suposta falta de atividade econômica da pessoa jurídica que recebeu os bens, bem como para confirmar o intuito de desviar ilicitamente a finalidade da proteção constitucional (Súmula 279/STF). Agravo regimental ao qual se nega provimento.” (ARE-AgR 660.434, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma)

“APELAÇÃO CÍVEL. Ação anulatória de lançamento tributário. Discussão acerca de imunidade de imposto de ITBI em hipóteses de transferência de bens para integralização de capital social. Incidência do artigo 156, §2º, da CRFB/1988. Concessão de imunidade sob condição resolutiva de verificação da atividade preponderante. Revogação da benesse tributária sob o fundamento de que a sociedade empresária permaneceu inoperante durante o período de verificação. Legislação tributária regulamentadora de suspensão ou exclusão do crédito tributário, outorga de isenção e dispensa do cumprimento de obrigações tributárias acessórias, que deve ser interpretada de forma literal, tal como disposto no artigo 111 do Código Tributário Nacional, sendo incabível qualquer iniciativa no que respeita à interpretação extensiva e/ou analógica. Entendimento do Supremo Tribunal Federal no sentido de que “ainda que hipoteticamente confirmada a ausência de atividade econômica, tal circunstância poderia em tese ser atribuída a uma série de eventos, sem que se possa concluir que em todo e qualquer caso possível haveria propósito de desvio ilícito da proteção constitucional.” (Ag.Reg.Rec.Ext 660434/RS, com Agravo, Relator Min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma, julgado em 6/3/2012, Acórdão eletrônico DJe-57, divulgação 19/3/2012, publicação 20/3/2012). Decisões proferidas em procedimento administrativo — trazido por cópia pela autora e cuja validade não foi impugnada pelo

município apelante —, que não apontam qualquer prova de que a ausência de atividade econômica tenha resultado de intencional desvio da finalidade da imunidade. Finalidade social constante do ato constitutivo da sociedade empresária que não se enquadra na figura de atividade imobiliária prevista no dispositivo constitucional. RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.”

Destarte, a violação ao inciso II do art. 146 da Constituição Federal, é explícita e direta. Referido dispositivo determina que cabe à lei complementar regular as limitações constitucionais ao poder de tributar. Constituindo a imunidade numa limitação constitucional ao poder de tributar, a aplicação, ao caso concreto, do art. 146, inciso II, é de observância cogente. O Réu, ao desconsiderar a letra do dispositivo em foco, violou-lhe diretamente, negando-lhe vigência. Isso porque, no caso, há lei complementar dispondo sobre a imunidade do art. 156, § 2º, inciso I, da Constituição Federal. Como se viu, o art. 36 do CTN, recepcionado pela Constituição de 1988 como lei complementar em razão da matéria, que, muito embora não esteja em exame nesta via extraordinária, traz disposições expressas sobre a imunidade em tela. (...) O sobredito art. 36 do CTN nada mais fez do que regular uma imunidade tributária.

Vê-se, portanto, que não há base legal para a cobrança do débito tributário objeto do presente feito, não ser que fosse concebido que as autoridades estatais detêm o poder para revisar a validade de leis validamente aprovadas.

DO PERCENTUAL DO IMÓVEL TRANSFERIDO – 50%:

Ainda se assim não fosse, ou seja, ainda que V. Exa. entenda que os argumentos do réu para cassar a imunidade tributária outrora concedida a empresa autora estejam corretos, o que se admite apenas por amor ao debate, ainda assim a nota de lançamento dever anulada.

Isto porque, conforme 1ª alteração de contrato social em anexo, arquivada em 18/03/2015, para integralizar o capital social subscrito pelo sócio Harald Michael Ziegler, foi feita transferência para a sociedade de **50% do imóvel** situado na Estrada da Virgolândia, constituído pelo lote 06 da quadra 04 do PA 28.733.

No entanto, em que pese a transferência de apenas 50% do imóvel, de acordo com a nota de lançamento nº 00387/2020, a base de cálculo para apuração do imposto de transmissão foi o percentual de 100% do imóvel, quando a bem da verdade e de acordo com os documentos juntados aos autos, apenas 50% do imóvel fora incorporado ao capital social da empresa autora.

Diante do exposto, verifica-se que a anulação da nota de lançamento nº 00387/2020, é medida que se impõe, razão pela qual, caso V. Exa. entenda que a fundamentação do município réu para cassar a imunidade outrora concedida esteja correta, não existindo razão para anular a nota de lançamento pelos amplos argumentos acima expostos, em sede de pedido alternativo sucessivo, requer seja anulada a referida nota de lançamento nº 00387/2020, em razão de erro na base de cálculo do tributo.

DA TUTELA ANTECIPADA:

Conforme amplamente demonstrado ao longo da petição inicial restou devidamente comprovada a presença da verossimilhança das alegações bem como do perigo de dano, requisitos estes autorizadores da concessão de tutela de urgência antecipatória antecedente em conformidade com o art. 300 do Código de Processo Civil **para que seja determinado a suspensão da constituição e exigibilidade do recolhimento do ITBI (artigo 151, V do CTN), e para que a Fazenda Pública Municipal se abstenha de penalizar a autora, em face do não recolhimento e inscrevê-lo em dívida ativa, até o julgamento definitivo da presente ação, tendo vista a ilegalidade na nota de lançamento.**

Importante salientar que nada impede que a antecipação de tutela ora pleiteada seja deferida antes mesmo da oitiva da Requerida em razão da urgência em sua concessão, nos termos do § 2º do art. 300 do Código de Processo Civil.

Na mesma linha, o entendimento do ministro Teori Albino Zavaski, abaixo transcrito:

Antes de decidir o pedido, deve o juiz colher a manifestação da parte contrária. Trata-se de providência exigida pelo princípio constitucional do contraditório que a ninguém é lícito desconsiderar. (...) Em princípio, pois, a antecipação da tutela não pode ser concedida inaudita altera pars. Providência somente poderá ser dispensada quando outro valor jurídico, de mesma estatura constitucional que o direito ao contraditório, puder ficar comprometido com a ouvida do adversário. Por exemplo, se a demora decorrente da bilateralidade da audiência for incompatível com a urgência da medida pleiteada, ou se a cientificação do requerido acarretar, por si só, risco de dano ao direito, é evidente que, nesses casos, a dispensa da providência estará justificada, em nome da garantia da efetividade da jurisdição"(Antecipação de Tutela, SP: Saraiva, 2005, pág. 117/118).

Com efeito, o perigo de dano (*periculum in mora*) resta evidenciado quando da iminência da ré proceder com a inscrição do débito ilegal junto a dívida ativa.

A verossimilhança das alegações pode ser observada através do acervo probatório acostado aos autos que demonstra cabalmente a justa causa para anulação da nota de lançamento, sobretudo pelo fato de o imposto ter sido calculado com base na transferência da totalidade do imóvel e não com base apenas nos 50% transferidos para pessoa jurídica, não sendo crível, inclusive,

que a autora seja compelida ao pagamento imposto cujo cálculo fora evidentemente majorado.

Corroborando com este entendimento o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, vejamos:

Desta forma, resta demonstrada a presença da verossimilhança das alegações bem como do perigo de dano, requisitos estes autorizadores da concessão de tutela antecipada em conformidade com o art. 300 do Código de Processo Civil, pelo que requer seja determinado a suspensão da constituição e exigibilidade do recolhimento do ITBI (artigo 151, V do CTN), e para que a Fazenda Pública Municipal se abstenha de penalizar a autora, em face do não recolhimento e inscrevê-lo em dívida ativa, até o julgamento definitivo da presente ação, tendo vista a ilegalidade na nota de lançamento.

DA SOLICITAÇÃO DE CÓPIA DO PROCESSO ADMINISTRATIVO:

Como é sabido, é direito da parte receber dos órgãos públicos, informações de seu interesse dentro do prazo legal, sob pena de responsabilidade, na forma do artigo 5º, inciso XXXIII da Constituição Federal. Soma-se ainda a permissão conferida ao Poder Judiciário, para que ordene a parte a exibição de documento, bem como a possibilidade de requisitar às repartições públicas, cópias de certidões e processos administrativos conforme arts. 396 e 438 do CPC.

Neste sentido, cumpre esclarecer que a parte autora, através de seu patrono, já solicitou cópia integral do processo administrativo nº 04/00/452.006/2020, junto município réu. Não obstante, mais de um mês depois, não há qualquer indicação de que tal solicitação esteja sendo atendida ou esteja em vias de sê-lo, já que nem mesmo uma simples confirmação foi recebida em resposta aos requerimentos enviados.

Assim, diante das dificuldades expostas, requer seja oficiado a Prefeitura Municipal do Rio de Janeiro, a fim de que forneça cópia integral do processo administrativo nº 04/00/452.006/2020, incluindo a nota de débito nº 00387/2020, sob pena de multa diária a ser arbitrada por este Juízo.

DOS PEDIDOS:

Considerando que a autoridade fiscal não observou o princípio da legalidade tributária e não levou em consideração os requisitos exigidos pela lei para determinar a inaplicabilidade da imunidade tributária à Autora, verifica-se ser indevido e arbitrário o lançamento tributário formalizado pela Nota de Lançamento nº 00387/2020, e mais, considerando ainda que a nota de lançamento não contemplou que apenas 50% do imóvel fora transferido ao capital social da empresa, não restou à Autora outra alternativa que não a propositura da presente ação de forma a alcançar os seguintes pedidos:

Preliminarmente:

- 1) Seja o Município do Rio de Janeiro citado, por oficial de justiça, para, querendo, contestar o presente feito;
- 2) Em sede de tutela de urgência, seja determinada a suspensão da constituição e exigibilidade do recolhimento do ITBI (artigo 151, V do CTN), bem como, seja determinado a Fazenda Pública Municipal que se abstenha de penalizar a autora, em face do não recolhimento do imposto, abstendo-se de inscrevê-la em dívida ativa, até o julgamento definitivo da presente ação, tendo vista a ilegalidade na nota de lançamento nº 00387/2020.
- 3) Requer seja oficiado a Prefeitura Municipal do Rio de Janeiro, a fim de que forneça cópia integral do processo administrativo nº 04/00/452.006/2020,

incluindo a nota de débito nº 00387/2020, sob pena de multa diária a ser arbitrada por este Juízo.

No mérito:

- 4) Seja julgada procedente a presente ação para ação declaratória a fim de que seja reconhecida e declarada judicialmente a existência do direito a não incidência do ITBI, relativamente à integralização de 50% do imóvel localizado na Estrada da Virgolândia, constituído pelo lote 06 da quadra 04 do PA 28.733, junto ao capital social da empresa autora.
- 5) Seja declarada a nulidade do lançamento tributário formalizado por meio da Nota de Lançamento 00387/2020, em decorrência do fato de que o ITBI não é devido, haja vista a não incidência do imposto, uma vez que a Autora não desempenha atividades preponderantemente imobiliárias.
- 6) Em sede de pedido alternativo sucessivo, requer seja anulada a referida nota de lançamento nº 00387/2020, em razão de erro na base de cálculo do tributo que considerou o percentual de 100% do imóvel, quando a bem da verdade e de acordo com os documentos juntados aos autos, apenas 50% do imóvel fora incorporado ao capital social da empresa autora.
- 7) Seja o Município condenado ao pagamento de custas e honorários advocatícios, estes arbitrados na forma prevista no artigo 85, §3º, I do CPC.

Protesta a autora pela realização de todos os meios de prova admitidos em direito, em especial, prova documental suplementar consistente na juntada de cópia integral do processo administrativo nº 04/00/452.006/2020.

Os advogados da Autora informam que têm escritório na cidade do Rio de Janeiro/RJ, Av. João Cabral de Mello Neto, 850, bloco 3, sala 1714, Barra da Tijuca, Rio de Janeiro – RJ e requerem que as publicações sejam realizadas em nome de Cintya Lia Areas Carnevale Jacintho, OAB/RJ 134.961, sob pena de nulidade.

Dá-se à causa o valor de R\$ 121.913,36 (cento e vinte e um mil, novecentos e treze reais e trinta e seis centavos).

Rio de Janeiro, 12 de Abril de 2022.

CINTYA LIA ARÊAS CARNEVALE JACINTHO

OAB/RJ 134.961