

**EGRÉGIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ****COLEND A CÂMARA****EXMO. SR. DR. DESEMBARGADOR RELATOR**

**Ref.: Processo de origem nº 0068054-10.2023.8.19.0001**

**RIO TURVO ADMINISTRAÇÃO DE IMÓVEIS LTDA.**, pessoa jurídica de direito privado, inscrito no CNPJ sob o nº 17.231.301/0001-29, com sede na Avenida Graça Aranha, 226, sala 707, parte, Centro, Rio de Janeiro/RJ, vem, por seus procuradores assinados *in fine* (**doc. 01**), com fundamento no artigo 1.015 e seguintes do Código de Processo Civil, interpor o presente

**AGRAVO DE INSTRUMENTO****com pedido de antecipação dos efeitos da tutela recursal**

em face da decisão de fls. 246 a 250, proferida nos autos do Mandado de Segurança nº **0068054-10.2023.8.19.0001**, em trâmite perante a 12ª Vara de Fazenda Pública do Rio de Janeiro, que indeferiu o pedido liminar, pelos fatos e fundamentos de direito a seguir aduzidos.

**I. DA TEMPESTIVIDADE DO RECURSO E A DOCUMENTAÇÃO QUE O INSTRUI**

1. É tempestivo o presente recurso de Agravo de Instrumento, tendo em vista que o Agravante foi intimado tacitamente acerca do teor da r. decisão no dia 06/07/2023, sendo certo que a contagem do prazo de 15 dias de que trata o art. 1.003, §5º, do Código de Processo Civil, iniciou-se no dia útil subsequente, dia 07/07/2023. Portanto, o presente recurso será considerado tempestivo se protocolizado até o dia 27/07/2023.

2. Logo, não remanesce dúvida quanto à tempestividade deste Agravo de Instrumento, para o qual foram recolhidas as respectivas custas para interposição recursal (doc. 02).

3. Em cumprimento ao disposto no artigo 1.016, IV do CPC/2015, o Agravante informa o nome e o endereço de seus advogados e, também, dos patronos do Agravado:

- Agravantes: **RIO TURVO ADMINISTRAÇÃO DE IMÓVEIS LTDA.**, pessoa jurídica de direito privado, inscrito no CNPJ sob o nº 17.231.301/0001-29, com sede na Avenida Graça Aranha, 226, sala 707, parte, Centro, Rio de Janeiro/RJ, representado por seu advogado **LUIZ EUGENIO PORTO SEVERO DA COSTA, inscrito na OAB/RJ sob o nº 123.433**, com endereço Praia de Botafogo nº 228, sala 605, Botafogo, Rio de Janeiro/RJ, CEP: 22.250-906 e endereço eletrônico [severovaz@severovaz.com.br](mailto:severovaz@severovaz.com.br).
- Agravado: **Secretário Municipal de Fazenda do Município do Rio de Janeiro**, autoridade administrativa integrante da **Secretaria Municipal de Fazenda**, com endereço na R. Afonso Cavalcanti, 455 - z1 - Cidade Nova, Rio de Janeiro - RJ, 20211-110

4. Em vista dos autos do processo vinculado serem eletrônicos, à Agravante é dispensada a exigência quanto à instrução dos documentos dispostos pelo art. 1.017, incisos I a III, conforme §5º do mesmo dispositivo<sup>1</sup>.

## II – DOS FATOS E DA DECISÃO AGRAVADA

5. Em breve síntese, tem-se que a Agravante é pessoa jurídica instituída por seus sócios com o objetivo de atuar como uma sociedade de participação, com a intenção prevista no cadastro da pessoa jurídica de praticar atividades de aluguel de imóveis próprios, como se vê do Código cadastrado em seu CNPJ. Nesse contexto, foi realizada a integralização de imóveis em seu capital social, originando discussão administrativa acerca da não incidência do ITBI para tais operações.

6. Em primeiro momento, foi conferida à Agravante a não incidência do ITBI sob condição resolutória, para posterior verificação de sua atividade preponderante. Decorrido o prazo previsto em lei para tanto, de maneira equivocada, o Fisco optou por lançar o ITBI da

<sup>1</sup> CPC. Art. 1.017. A petição de agravo de instrumento será instruída:

I - obrigatoriamente, com cópias da petição inicial, da contestação, da petição que ensejou a decisão agravada, da própria decisão agravada, da certidão da respectiva intimação ou outro documento oficial que comprove a tempestividade e das procurações outorgadas aos advogados do agravante e do agravado;

II - com declaração de inexistência de qualquer dos documentos referidos no inciso I, feita pelo advogado do agravante, sob pena de sua responsabilidade pessoal;

III - facultativamente, com outras peças que o agravante reputar úteis.

§ 5º Sendo eletrônicos os autos do processo, dispensam-se as peças referidas nos incisos I e II do caput, facultando-se ao agravante anexar outros documentos que entender úteis para a compreensão da controvérsia.

integralização do capital social mencionada acima, considerando que a Agravante desenvolveria atividades de locação ou compra e venda de imóveis (**doc. 03**), e, por esta razão, estaria afastada a imunidade constitucionalmente qualificada.

7. No entanto, como restou comprovado em documentação acostada aos autos originários, o lançamento do ITBI realizado pela administração pública está eivado de vícios, uma vez que não há preponderância na atividade da Agravante, sendo certo que, no período de análise, o Agravante sequer auferiu receita, como se observa em documentação ora anexa (**doc. 04**).

8. Fato é que a integralização do capital social como narrada no caso, é uma hipótese de imunidade incondicionada, ou seja, independe de qualquer verificação de preponderância nas atividades da Agravante.

9. Neste sentido, a Agravante ingressou com Mandado de Segurança com pedido liminar, buscando ver desconstituído o lançamento do ITBI e a suspensão da exigibilidade do Imposto, no entanto, como se vê da decisão agravada, a Agravante teve seu pedido liminar indeferido.

10. Assim, não restou alternativa senão seguir com a interposição do presente recurso ante os fatos e fundamentos a seguir apresentados.

### III – DO FUMUS BONI IURIS

#### A IMUNIDADE DO ITBI E O ENTENDIMENTO DO STF FIRMADO

#### NO JULGAMENTO DO RE 796.376

11. Como mencionado na própria decisão recorrida, a Constituição Federal<sup>2</sup> e o Código Tributário Nacional<sup>3</sup> preveem expressamente que não haverá incidência de ITBI na

---

<sup>2</sup> Art. 156. Compete aos Municípios instituir impostos sobre:

I - propriedade predial e territorial urbana;

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;

<sup>3</sup> 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.

transferência de imóvel para a integralização no capital social de uma empresa, como é o caso narrado nos presentes autos. No entanto, o Juízo competente para apreciar o pedido liminar considerou, ao indeferir o pleito do Agravante, que não foi possível comprovar a atividade preponderante exercida para que, então, o Agravante se valesse da imunidade conferida pela CF e pelo CTN.

12. Brevemente, a decisão tal qual proferida avança sobre o mérito da discussão, deixando de observar os requisitos para concessão da medida de urgência. Tal situação acarreta na fundamentação a ser desenvolvida através do presente, que obrigatoriamente avança para além da configuração do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, uma vez que a construção vista em primeira instância perseguiu a constatação de atividade preponderante da Agravante, antecipando o mérito.

13. Como se vê do caso em tela, a ausência de receitas pela Agravante, impossibilita a afirmativa de que o contribuinte possui atividade imobiliária, o que, em linhas gerais, se adequa aos requisitos da imunidade. Apesar disso, por não haver receita, o Município entende pelo afastamento da imunidade, de forma paradoxal, premissa adotada também na decisão de primeira instância.

14. Sobre o tema, e resgatando a análise perfunctória típica do momento processual de urgência, verifica-se que o Supremo Tribunal Federal já se manifestou em julgamento de Repercussão Geral, no sentido de que a imunidade em questão é incondicionada, **não havendo, portanto, mais dúvidas quanto a não incidência do imposto de transmissão no caso aqui narrado:**

**“CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE TRANSMISSÃO DE BENS IMÓVEIS - ITBI. IMUNIDADE PREVISTA NO ART. 156, § 2º, I DA CONSTITUIÇÃO. APLICABILIDADE ATÉ O LIMITE DO CAPITAL SOCIAL A SER INTEGRALIZADO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO IMPROVIDO. 1. A Constituição de 1988 imunizou a integralização do capital por meio de bens imóveis, não incidindo o ITBI sobre o valor do bem dado em pagamento do capital subscrito pelo sócio ou acionista da pessoa jurídica (art. 156, § 2º). 2. A norma não imuniza qualquer incorporação de bens ou direitos ao patrimônio da pessoa jurídica, mas exclusivamente o pagamento, em bens ou direitos, que o sócio faz para integralização do capital social subscrito. Portanto, sobre a diferença do valor dos bens imóveis que superar o capital subscrito a ser integralizado, incidirá a tributação pelo ITBI. 3. Recurso Extraordinário a que se nega provimento. Tema 796, fixada a seguinte tese de repercussão geral: “A imunidade em relação ao ITBI, prevista no inciso I do § 2º do art. 156 da Constituição**

---

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.

Federal, não alcança o valor dos bens que exceder o limite do capital social a ser integralizado." (grifou-se)

15. Sobre este ponto, **é conhecido que não se trata de uma regra que depende de interpretação**, mas sim a expressa afirmativa do Ministro Alexandre de Moraes, em julgado válido, manifestando acerca da imunidade constitucionalmente qualificada.

16. Neste sentido, **importante trazer à análise o trecho do Voto do Ministro Alexandre de Moraes, quando do julgamento do Tema 796 pelo STF:**

"O artigo 156, § 2º, inciso I, da CF/88 assim dispõe:

(...) § 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;"

O artigo 36, do CTN, já previa:

"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 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.

No voto vencedor do julgamento acima citado, o STF cindiu as hipóteses previstas no inciso I, do § 2º, do art. 156, da CF/88, dividindo o em duas partes:

**Primeira hipótese: quando há a incorporação de bens pela empresa em "realização do capital" (integralização): aqui a imunidade tributária em relação ao ITBI é incondicionada e independe da atividade exercida pela empresa.**

Segunda hipótese: quando a incorporação de bens pela empresa decorre de fusão/ cisão / incorporação: aqui a imunidade tributária em relação ao ITBI é condicionada à atividade exercida pela sociedade incorporadora.

Assim, se a empresa incorporadora exerce atividade preponderante de compra e venda, locação ou arrendamento mercantil desses bens que estão sendo incorporados, deverá pagar o ITBI.

Como constou no referido voto:

**“(…) É dizer, a incorporação de bens ao patrimônio da pessoa jurídica em realização de capital, que está na primeira parte do inciso I do § 2º, do art. 156 da CF/88, não se confunde com as figuras jurídicas societárias da incorporação, fusão, cisão e extinção de pessoas jurídicas referidas na segunda parte do referido inciso I.**

Nesses últimos casos, há, da mesma forma, incorporação de bens, mas que decorre da “incorporação que é uma operação pela qual uma ou mais sociedades são absorvidas por outra, que lhes sucede em todos os direitos e obrigações” (art. 227 da Lei 6.404/1976 – Lei de Sociedades Anônimas); cisão - operação pela qual uma sociedade transfere parte de seu patrimônio para uma ou mais empresas (art. 229 da Lei das S.A.); ou fusão - operação pela qual se unem duas ou mais sociedades para formar uma nova sociedade que lhe sucederá em todos os direitos e obrigações (art. 228 da Lei das S.A.). Em todas essas hipóteses, há incorporação do patrimônio imobiliário de uma sociedade para outra, mas sem qualquer relação com a incorporação (integração) referida na primeira parte do citado inciso I, do § 2º, do art. 156 da CF, que alude à transferência de bens para integralização do capital. **Em outras palavras, a segunda oração contida no inciso I - “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” - revela uma imunidade condicionada à não exploração, pela adquirente, de forma preponderante, da atividade de compra e venda de imóveis, de locação de imóveis ou de arrendamento mercantil. Isso fica muito claro quando se observa que a expressão “nesses casos” não alcança o “outro caso” referido na primeira oração do inciso I, do § 2º, do art. 156 da CF. (...)**

**Ou seja, a exceção prevista na parte final do inciso I, do §2º, do artigo 156 da CF/88 nada tem a ver com a imunidade referida na primeira parte desse inciso (...).**

**Reitere-se, as hipóteses excepcionais ali inscritas não aludem à imunidade prevista na primeira parte do dispositivo. Esta é incondicionada, desde que, por óbvio, refira-se à conferência de bens para integralizar capital subscrito”. (grifou-se)**

17. Veja, de maneira surpreendente, o que está posto na decisão recorrida, aqui agravada:

**Decisão**

Busca a Impetrante por meio do presente writ a concessão de segurança para afastar a incidência do ITBI sobre a transferência dos bens imóveis utilizados na integralização do capital social da empresa.

Inicialmente, não procede a alegação de que não é devido ITBI nas operações de incorporação de bens imóveis ao capital de sociedade independentemente da natureza da atividade preponderante da pessoa jurídica.

A imunidade do ITBI, prevista no artigo 156, II e § 2º, I, da Constituição Federal e no artigo 36 do Código Tributário Nacional, somente se dá em razão de transferência imobiliária para realização de capital social, desde que observadas as condições e os requisitos para a obtenção de tal benefício fiscal consagrados no Código Tributário Nacional.

18. Ora Excelências, não é possível acatar manifestação de expressa contrariedade à um precedente do Supremo Tribunal Federal, como que ignorando a existência de uma definição expressa do texto constitucional, exatamente para o caso narrado nos autos, sob pena de estar-se subvertendo a própria estrutura do Judiciário. Cabe ao Supremo Tribunal Federal a guarda da Constituição e a sua interpretação, não havendo margem para desconsiderar o que posto em um julgamento com tamanha clareza.

19. Em que pese o entendimento do Juízo da origem, respeitável, mas que, data maxima venia, deve ser reformado, verifica-se que a imunidade conferida para o ITBI no caso da integralização de bem imóvel no capital social da empresa não dependerá da verificação da sua atividade preponderante, sendo indiscutível que se trata de uma imunidade incondicionada.

20. Para além disso, se fosse possível superar o fato de que a imunidade do caso citado é incondicionada, é preciso ressaltar que a Impetrante não possui receitas no período em que está sendo verificada a preponderância de sua suposta atividade imobiliária, requisito central da verificação prática que seria suficiente ao afastamento da imunidade.

21. Neste sentido, a decisão de primeira instância previu que, por esta razão, não foi possível sequer comparar a atividade preponderante do período, no entanto, vale ressaltar, fato é que não houve receita oriunda de atividade de venda ou locação de propriedade imobiliária. Em outras palavras, não houve nenhum ganho financeiro com a operação realizada, e é claro e comprovada esta afirmativa analisando a documentação anexa.

22. **Isto é, a empresa não esteve inoperante, mas sim não obteve receita naquele período de verificação. Ou seja, o fato de a Agravante não ter obtido nenhuma receita não significa dizer que esteve inoperante, sendo certo que é possível observar no balanço**



**patrimonial acostado (doc. 04) que nos exercícios a empresa seguiu tendo despesas, estando inclusive em prejuízo.**

23. Exatamente nesse sentido, veja-se precedente que elucida a matéria, proferido por este Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro:

“CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO ANULATÓRIA DE LANÇAMENTO TRIBUTÁRIO. ITBI. INTEGRALIZAÇÃO DE CAPITAL SOCIAL COM TRANSFERÊNCIA DE PROPRIEDADE DE IMÓVEL. TRANSFERÊNCIA QUE NÃO SE CONCRETIZOU. INCIDÊNCIA DO ARTIGO 156, §2º, I, DA CRFB/1988. **NÃO SE PODE PRESUMIR QUE A INATIVIDADE DA SOCIEDADE EMPRESÁRIA AUTORA CONFIGURA ILICITUDE. RECONHECIMENTO DA IMUNIDADE DO ITBI QUE SE IMPÕE. EXTENSÃO DA IMUNIDADE AO OUTRO IMÓVEL. DECLARAÇÃO DE NULIDADE DA NOTA DE LANÇAMENTO 981/12. RECURSO DOS AUTORES PROVIDO. RECURSO DO MUNICÍPIO PREJUDICADO.** O fato gerador do ITBI só ocorre no momento da transferência efetiva da propriedade do bem imóvel, com o respectivo registro no cartório imobiliário, o que não ocorreu na espécie. Entendimento do STF 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”**. De fato, não restou comprovada nos autos nenhuma ilicitude perpetrada pela sociedade empresária. Recurso da 1ª apelante provido para declarar a nulidade do débito tributário indicado também na Nota de Lançamento nº 981/2012, referente ao ITBI do imóvel situado na Rua Gilberto Amado, 970, apto 102, Barra da Tijuca, Rio de Janeiro. Prejudicado o recurso do município.

0013926-55.2014.8.19.0001 - APELAÇÃO. Des(a). LINDOLPHO MORAIS MARINHO - Julgamento: 21/5/19 - DÉCIMA SEXTA CÂMARA CÍVEL”

24. Ora, o afastamento da imunidade, conforme pretendido pelo Município do Rio de Janeiro, em verdade, **configura hipótese de cobrança de tributos sem que haja expressa previsão legal que permita o seu lançamento**. Se não foi verificada a preponderância de receitas com a atividade imobiliária para fins de lançamento do ITBI, é preciso reconhecer que o Município pretendeu o lançamento do Imposto diante da ausência de receitas, ou seja, utilizando-se como matriz de incidência a inoperância financeira da Impetrante. E esta premissa é totalmente contrária ao adotado por este Tribunal de Justiça, como se verificou acima e ainda em outro precedente colacionado abaixo:

“APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ANULATÓRIA DE DÉBITO FISCAL. TRANSMISSÃO DE BEM IMÓVEL PARA INTEGRALIZAÇÃO DE CAPITAL SOCIAL DE SOCIEDADE EMPRESÁRIA. PLEITO DE IMUNIDADE DE ITBI. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA AO EXCLUSIVO ARGUMENTO DA EMPRESA AUTORA, ORA APELANTE, SE ENCONTRAR INATIVA DURANTE O PERÍODO DE VERIFICAÇÃO DA ATIVIDADE



PREPONDERANTE. PRETENSÃO RECURSAL QUE OBJETIVA A REFORMA DO JULGADO PARA A CONCESSÃO DA IMUNIDADE CONFERIDA PELO ART. 156, § 2º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. INCONFORMISMO QUE MERECE PROSPERAR. **LAUDO PERICIAL QUE ATESTA A INOPERÂNCIA DA EMPRESA E INEXISTÊNCIA DE ATIVIDADE IMOBILIÁRIA PREPONDERANTE NO PERÍODO DE VERIFICAÇÃO. A PESSOA JURÍDICA NÃO PERDE O DIREITO À IMUNIDADE DE ITBI PELA TRANSMISSÃO DE IMÓVEL PARA INTEGRALIZAÇÃO DE CAPITAL SOCIAL PELO FATO DE PERMANECER INATIVA NO PERÍODO DE EXAME DE ATIVIDADE PREPONDERANTE. NÃO É LÍCITO AO FISCO PRESUMIR QUE A INATIVIDADE PELA FALTA DE EXPLORAÇÃO DAS SUAS ATIVIDADES TEVE POR ESCOPO PROPICIAR O DESLOCAMENTO DE PATRIMÔNIO E DO SÓCIA PARA A EMPRESA E SEM O PAGAMENTO DO ITBI EM BURLA À FINALIDADE DA NORMA CONSTITUCIONAL. PRECEDENTES DO STF E DESTA CORTE DE JUSTIÇA. PROVIMENTO DO RECURSO.**

(TJ-RJ - APL: 02136149020178190001, Relator: Des(a). ALVARO HENRIQUE TEIXEIRA DE ALMEIDA, Data de Julgamento: 22/06/2022, VIGÉSIMA QUARTA CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 24/06/2022)" grifou-se

25. O entendimento se replica em demais Tribunais, como por exemplo em recente decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo:

"TRIBUTÁRIO – APELAÇÃO – AÇÃO ORDINÁRIA – MUNICÍPIO DE SÃO PAULO – ITBI. Sentença que julgou improcedente a ação. Apelo da autora. INTEGRALIZAÇÃO DE IMÓVEIS AO CAPITAL SOCIAL - IMUNIDADE NOS TERMOS DO ART. 156, § 2º, I DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. Pretensão de reconhecimento da imunidade do ITBI – Aplicabilidade do art. 37, § 1º, do Código Tributário Nacional – Incidência do tributo sujeita à aferição, pelo município, da atividade preponderante da sociedade – Precedentes desta C. Câmara - **A imunidade é a regra, a qual só pode ser afastada quando a atividade empresarial preponderante for imobiliária – Tratando-se de empresa inativa, O C. Supremo Tribunal Federal já consignou que a inatividade não implica o afastamento da imunidade – O fato de a empresa estar inativa e, portanto, não auferir receitas no período a ser considerado para a aferição da imunidade, logicamente permite concluir que não houve atividade preponderantemente imobiliária, o que atrai a aplicação da norma imunizante – Precedentes deste E. Tribunal.** No caso, os documentos constantes nos autos e a conclusão da perícia técnica demonstram que a impetrante permaneceu inativa durante o período a ser considerado para a aferição da imunidade, não exercendo, portanto, atividade imobiliária – Impetrante que faz jus à imunidade tributária – Reconhecida a nulidade dos autos de infração que deram origem às Certidões de Dívida Ativa nº 549.455-9/2019-1, nº 549.454-0/2019-7 e nº 549.453-2/2019-4 – Invertidos os ônus sucumbenciais. Sentença reformada – Recurso provido.

(TJ-SP - AC: 10491812720198260053 SP 1049181-27.2019.8.26.0053, Relator: Eurípedes Faim, Data de Julgamento: 29/08/2022, 15ª

Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 29/08/2022)"  
grifou-se

26. Em trecho do acórdão extraído acima, vale ressaltar detalhamento do voto do relator Desembargador Eurípedes Faim ao julgar o recurso de apelação nº 1049181-27.2019.8.26.0053, que se aplica exatamente para o caso aqui discutido:

**"O conceito de "atividade preponderante", assim, envolve necessária aferição dos rendimentos da empresa, não cabendo ao município presumir sua existência com base unicamente no objeto social.**

Este é o entendimento desta 15ª Câmara de Direito Público:

**ITBI - Município de São Paulo - Embargos à execução fiscal julgados procedentes Hipótese de não incidência do imposto Imunidade prevista no artigo 156, § 2º, inciso I, da CR - Imóvel incorporado ao patrimônio de pessoa jurídica em realização de capital - Não comprovação, ademais, da preponderância da atividade de venda e locação de imóveis nos exercícios anteriores à transmissão. Sentença mantida nesse tocante. [...]**

Afinal, como bem ponderou o MM. Juiz a quo, tal aspecto [atividade preponderante] da atividade empresarial não se pode extrair das finalidades descritas do contrato social, mas há de ser aferida com base no cotidiano contábil da empresa. [...] Aliás, fica nítido, a partir desse dispositivo, que a própria lei estabelece métodos para se aferir o preenchimento das condições exigidas para reconhecimento da imunidade em situações como esta. Logo, malgrado a vacuidade do termo "atividade preponderante", o fato é que o ordenamento jurídico oferece elementos bastante concretos para que a autoridade competente delimite os contornos de tal expressão. (TJ/SP, Apelação nº 0156303-67.2008.8.26.0000, 15ª Câmara de Direito Público, Rel. Erbetta Filho, j. 07/11/2013, V. U.) (ementa e corpo do acórdão, grifo nosso)

**Observa-se, assim, que a imunidade é a regra, a qual só pode ser afastada quando a atividade empresarial preponderante for imobiliária." Grifou-se.**

27. Em verdade, não restam dúvidas quanto a manutenção da imunidade para o caso de a empresa não auferir receita no período de verificação da atividade preponderante. Neste sentido a Suprema Corte já se manifestou:

**"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."

28. Tal situação não encontra previsão legal, ferindo de morte o princípio da legalidade (art. 150, I, da Constituição Federal) norteador do direito tributário nacional. Reitera-se, ausente a outorga legal de competência ao Município para o lançamento de Imposto diante de hipótese que não está prevista, a utilização da exceção à imunidade, por fundamento na atividade imobiliária preponderante, é utilização equivocada da analogia para o lançamento, também vedada pelo art. 108, § 1º do Código Tributário Nacional.

29. E não é só: o Tribunal de Justiça de Minas Gerais também já se manifestou acerca do tema, no sentido de que é impossível afastar a imunidade tributária por inatividade da empresa:

"EMENTA: APELAÇÃO - EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL - ITBI - TRANSMISSÃO DE BENS PARA INTEGRALIZAÇÃO DE CAPITAL SOCIAL - IMUNIDADE TRIBUTÁRIA - **IMPOSSIBILIDADE DE SE AFASTAR A IMUNIDADE TRIBUTÁRIA PREVISTA NO ART. 156, § 2º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, POR MOTIVO DE INATIVIDADE DA EMPRESA AUTORA - RECURSO PROVIDO.** Segundo o art. 156, inciso II, § 2º da Constituição da República, o ITBI não incide sobre a 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. **Ausente norma constitucional e infraconstitucional, não é possível afastar a imunidade tributária** prevista no § 2º do art. 156 da CR/88 sob a alegação de inatividade da empresa Embargante.

(TJ-MG - AC: 50216744420178130024, Relator: Des.(a) Geraldo Augusto, Data de Julgamento: 30/05/2023, 1ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 01/06/2023)" grifou-se

30. Ora, reiterados são os entendimentos no mesmo sentido: **a falta de receita da Agravante não pode caracterizar afastamento da imunidade ao ITBI.** Em outras palavras, ou bem inexistente atividade preponderante de origem imobiliária, porque não se verifica receita

nesse sentido, ou o Fisco Municipal está se valendo da analogia para praticar o lançamento, pois amplia o escopo da norma ao afastar a imunidade do ITBI para a integralização de imóveis no capital social da Impetrante.

31. Fato é que são cumulativas as razões que afastam a incidência do ITBI, afinal, não há atividade relacionada à locação e compra e venda de imóveis, pois inexistente receita com tais atividades, o que pode ser comprovado pelas demonstrações de resultado financeiro dos exercícios 2014, 2015 e 2016, no entanto, isso sequer importaria para a análise do caso transcrito neste *writ*, ante o precedente emanado pelo Supremo Tribunal Federal, no sentido de se tratar de imunidade incondicionada. **Logo, tem-se que não é o caso de cobrança do tributo, eis que a imunidade afasta a sua exigência de forma incondicionada.**

32. Diante do que se vê, conclui-se pela necessidade da concessão de antecipação dos efeitos do recurso, com a reforma da decisão de primeira instância, a fim de que seja concedida a liminar requerida no Mandado de Segurança de origem, de modo a suspender a exigibilidade dos lançamentos efetuados à título de ITBI, no que se refere aos processos administrativos de nº 04/452.211/2020, 04/452.212/2020, 04/452.213/2020, 04/452.214/2020, 04/452.215/2020, 04/452.216/2020, 04/452.217/2020, 04/452.218/2020, 04/452.219/2020, 04/452.299/2020, 04/452.300/2020, 04/452.302/2020, 04/452.303/2020, 04/452.304/2020, 04/452.306/2020, 04/452.309/2020, 04/452.311/2020, 04/452.190/2020, 04/452.191/2020, 04/452.192/2020, 04/452.193/2020, 04/452.194/2020 e 04/452.195/2020, listados nas inscrições imobiliárias nº 3004458-0, nº 3004460-6, nº 3004459-8, nº 0240030-7.

33. O perigo na demora está igualmente demonstrado, afinal, em se mantendo a exigibilidade dos débitos, o Contribuinte, que comprovadamente acumula prejuízo, será constrangido ao pagamento do tributo, enquanto em discussão o mérito da cobrança, fundamento incontroverso, apontado até mesmo na decisão recorrida.

## V - DOS PEDIDOS

34. Diante do exposto, a Agravante requer:

- (i) seja o presente agravo recebido e processado na forma de instrumento;
- (ii) seja deferida a antecipação dos efeitos da tutela recursal, suspendendo a exigibilidade de qualquer eventual crédito lançado de ITBI, vinculado às inscrições 3004458-0, nº

3004460-6, nº 3004459-8, nº 0240030-7, em razão da integralização praticada em favor do Agravante, ante a confirmação dos requisitos para verificação da imunidade do Imposto;

(iii) ao final, após a intimação do Ministério Público, seja provido o Agravo de Instrumento, para reformar a decisão recorrida e confirmar os efeitos da tutela recursal;

35. Por fim, requer que todas as publicações pertinentes ao presente processo sejam feitas, exclusivamente, em nome do advogado **LUIZ EUGENIO PORTO SEVERO DA COSTA**, inscrito na **OAB/RJ sob o nº 123.433**, sob pena de nulidade.

Termos em que,  
pede deferimento

Rio de Janeiro, 27 de julho de 2023.

**LUIZ EUGENIO PORTO SEVERO DA COSTA**  
**OAB/RJ 123.433**

**JULIO CESAR PIRES DA SILVA**  
**OAB/RJ 210.956**

**MARIA FERNANDA MARIZ TAMBASCO**  
**OAB/RJ 225.619**

**FERNANDA VIANA AZEVEDO**  
**OAB/RJ 231.756**

**JULIANA LOURENÇO DA SILVA**  
**OAB/RJ 253.505**