



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO CARLOS
FORO DE SÃO CARLOS
VARA DA FAZENDA PÚBLICA
RUA SORBONE, 375, São Carlos - SP - CEP 13560-760
Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

SENTENÇA

Processo Digital nº: **1008596-14.2017.8.26.0566**
 Classe - Assunto: **Procedimento Comum - Anulação de Débito Fiscal**
 Requerente: **Fauvel Moraes Empreendimentos e Participações Ltda**
 Requerido: **'MUNICÍPIO DE SÃO CARLOS**

Juiz(a) de Direito: Dr(a). **GABRIELA MULLER CARIOBA ATTANASIO**

Vistos.

Trata-se de ação declaratória de inexistência de relação jurídico-tributária com pedido de tutela de urgência provisória ajuizada por **Fauvel Moraes Empreendimentos e Participações Ltda**, contra a **Fazenda do Municipal de São Carlos**, objetivando a expedição de certidão de dispensa de recolhimento do Imposto de Transmissão de Bens Imóveis - ITBI, que lhe foi negada pela municipalidade, sob o argumento de que a imunidade não se aplica às empresas, cuja atividade preponderante é de compra e venda de imóveis próprios, não sendo este o seu caso.

A inicial veio instruída com procuração e documentos (fls. 27/130)

Foi indeferida a tutela provisória de urgência (fls. 131/132). Desta decisão, a autora interpôs agravo de instrumento (fl. 158), ao qual foi negado provimento (fls. 219/229).

O Município de São Carlos foi citado (fl. 161) e apresentou contestação (fls. 175/179), defendendo a incidência do tributo.

Foi deferida a prova pericial (fl. 190).

Quesitos do Município de São Carlos às fls. 193/194.

Laudo pericial apresentado às fls. 230/237.

Manifestação acerca do laudo pericial pela autora às fls. 244/249 e pela Fazenda Municipal às fls. 272/273.

É o relatório.

Fundamento e decido.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO CARLOS
FORO DE SÃO CARLOS
VARA DA FAZENDA PÚBLICA
RUA SORBONE, 375, São Carlos - SP - CEP 13560-760
Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

Julgo o pedido na forma do art. 355, I do Código de Processo Civil, uma vez que não há necessidade de produção de outras provas.

O laudo pericial, fls. 230/237, somado à prova documental produzida, contém todos os elementos necessários para a solução da lide.

Comporta acolhimento o pedido.

O artigo 156, §2º, da Constituição Federal, na primeira parte do seu inciso I, tem como uma das hipóteses de concessão de imunidade de ITBI "*a transmissão de bens ou direitos incorporados ao patrimônio de pessoa jurídica em realização de capital*".

O mesmo dispositivo faz a seguinte ressalva: "*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 Código Tributário Nacional traz o conceito de atividade preponderante no § 1º de seu artigo 37:

"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."

Pois bem.

A perícia realizada nos autos apurou que tecnicamente não há qualquer impedimento ou procedimento adotado pela autora que impossibilite a aplicação da imunidade tributária.

A perícia foi precisa ao indicar que "*a Requerente não obteve qualquer receita no período de sua existência, não há como determinar, sob o aspecto exclusivamente técnico, que a Requerente é praticante da atividade preponderante*".

Concluiu o sr. Perito que: "*considerando-se os objetivos da perícia determinados às fls. 190; as respostas oferecidas aos quesitos do Requerido; conclui-se, sob o aspecto exclusivamente técnico, que a Requerente não obteve receita preponderantemente decorrente da exploração de atividade imobiliária. Dessa forma, ficou devidamente caracterizada a imunidade tributária pleiteada referente ao ITBI*".

No caso dos autos, cabia à Fazenda Pública o ônus de comprovar que a



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO CARLOS
FORO DE SÃO CARLOS
VARA DA FAZENDA PÚBLICA
RUA SORBONE, 375, São Carlos - SP - CEP 13560-760
Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

empresa não é imune ao tributo. Afirmar o contrário seria exigir prova de fato negativo pelo contribuinte.

Nesse sentido é o colendo STJ:

(...) a incidência do tributo depende de uma circunstância positiva: a realização de negócios imobiliários, em valor superior à metade da renda operacional. Isto significa: Para dizer que o tributo incide, o Fisco deve provar que a circunstância geratriz da obrigação tributária realmente aconteceu. Isso ocorre, porque em direito probatório domina o cânone de que o encargo de demonstrar incumbe a quem afirma determinado fato ou circunstância. Imputar ao contribuinte o encargo de provar que não incidiu na exceção do § 1º é condená-lo à prova diabólica. Não demonstrada à ocorrência da hipótese excepcional prevista no art. 37 do CTN o tributo não incidiu e por isso não pode ser cobrado" (STJ, RESP 448527/SP).

Cabe à parte ré comprovar que mais de 50% da receita operacional da empresa nos dois anos anteriores e nos dois anos subsequentes à aquisição dos imóveis decorre de venda ou da locação de propriedade imobiliária ou da cessão de direitos relativos à sua aquisição, conforme preconiza o "caput" do artigo 37 do CTN.

Se assim não o for, não incide ITBI sobre a referida aquisição.

Ante o exposto, JULGO PROCEDENTES os pedidos formulados na inicial, com fulcro no artigo 487, I do Código de Processo Civil, para declarar a imunidade da autora em relação ao Imposto sobre Transmissão de Bens Inter vivos (ITBI) relativo aos imóveis que integralizaram o seu capital social, mencionados na inicial.

Sucumbente, arcará o Ente Público requerido com o pagamento das despesas de reembolso, bem como dos honorários advocatícios da parte contrária, os quais fixo em 10% do valor corrigido da causa, nos termos do artigo 85, §3º, inciso III, do Código de Processo Civil.

P.I.

São Carlos, 31 de agosto de 2018.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO CARLOS
FORO DE SÃO CARLOS
VARA DA FAZENDA PÚBLICA
RUA SORBONE, 375, São Carlos - SP - CEP 13560-760
Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

**DOCUMENTO ASSINADO DIGITALMENTE NOS TERMOS DA LEI 11.419/2006,
CONFORME IMPRESSÃO À MARGEM DIREITA**