



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

2ª Vara Cível (Especializada em Fazenda Pública) da Comarca de Caxias do Sul

Rua Dr. Montauray, 2107 - Bairro: Exposição - CEP: 95020190 - Fone: (54) 3039-9081 - Email:
frcaxsul2vciv@tjrs.jus.br

PROCEDIMENTO COMUM CÍVEL Nº 5041365-88.2022.8.21.0010/RS

AUTOR: MISSIAGGIA INCORPORADORA LTDA.

RÉU: MUNICÍPIO DE CAXIAS DO SUL

SENTENÇA

Vistos.

MISSAGGIA INCORPORADORA LTDA ajuizou *ação declaratória de nulidade cumulada com pedido de consignação em pagamento e pedido de tutela de urgência* contra o **MUNICÍPIO DE CAXIAS DO SUL**. De pronto, tratou da autuação promovida pelo fisco municipal quanto ao pagamento do imposto de transmissão imobiliária, em ato de integralização de capital social. Defendeu que a incorporação de imóveis se deu, no caso, para fins de aumento do capital social, que é possível, conforme dispõe o ordenamento jurídico. Rechaçou a alegação de que haveria operação de locação indireta. Discorreu sobre a aplicação do Tema 796 do STF no caso. Requereu, em sede liminar, fosse determinada a abstenção, pelo réu, de cobrança dos débitos tributários lançados, ora em discussão. No mérito, postulou a procedência da demanda, com a consequente anulação dos procedimentos relativos à notificação de lançamento, bem como do processo administrativo gerado, ante o reconhecimento da inconstitucionalidade da cobrança. Juntou documentos (evento 1) e recolheu as custas processuais (evento 4).

Deferida a suspensão da exigibilidade do crédito (evento 7).

Citado, o Município de Caxias do Sul ofereceu contestação (evento 15). Tratou da legalidade do lançamento tributário no caso. Dispôs sobre a fiscalização promovida pela municipalidade, salientando que, a partir dela, foi verificada a atividade preponderante da empresa autora como sendo de locação de bens imóveis, o que afasta o direito à imunidade tributária. Discorreu sobre a evasão fiscal constatada e das inconsistências contábeis verificadas. Postulou a improcedência da ação e juntou documentos.

Houve réplica (evento 21).

O Ministério Público declinou a sua intervenção no feito (evento 24).

Oportunizada a dilação probatória (evento 27), as partes manifestaram desinteresse (eventos 31 e 32).

Os autos vieram conclusos para julgamento.

Relatei.

Decido.

Presentes os pressupostos de desenvolvimento, válidos e regulares do processo, e inexistentes preliminares a serem examinadas pelo juízo, passo à análise do mérito da demanda.

Cumprido destacar, além disso, o cabimento do julgamento antecipado da lide, visto que a matéria discutida nos autos é preponderantemente de direito e está embasada em prova documental suficiente (artigo 355, inciso I, do Código de Processo Civil).

Analisando-se as manifestações das partes, em suma, verifica-se que, ao passo que a autora defende fazer jus à imunidade prevista constitucionalmente em relação à integralização do capital social a partir da transferência de bens imóveis, o demandado sustenta que a referida imunidade não se aplica ao caso, uma vez que observada a atividade preponderante da requerente quanto à locação de bens imóveis, além das inúmeras divergências identificadas de ordem contábil na documentação apresentada pela interessada.

Inicialmente, quanto a matéria, a Constituição Federal, prevê:

*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;*

Da mesma forma, o Código Tributário Nacional dispõe:

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 da pessoa jurídica em pagamento de capital social nela subscrito.
(...)*

Art. 37. O disposto no artigo anterior não se aplica quando a pessoa jurídica adquirente tenha como atividade preponderante a venda ou locação de propriedade imobiliária ou a cessão de direitos relativos à sua aquisição.

§ 1º Considera-se caracterizada a atividade preponderante referida neste artigo quando mais de 50% (cinquenta por cento) da receita operacional da pessoa jurídica adquirente, nos 2 (dois) anos anteriores e nos 2 (dois) anos subsequentes à aquisição, decorrer de transações mencionadas neste artigo.

§ 2º Se a pessoa jurídica adquirente iniciar suas atividades após a aquisição, ou menos de 2 (dois) anos antes dela, apurar-se-á a preponderância referida no parágrafo anterior levando em conta os 3 (três) primeiros anos seguintes à data da aquisição.

§ 3º Verificada a preponderância referida neste artigo, tornar-se-á devido o imposto, nos termos da lei vigente à data da aquisição, sobre o valor do bem ou direito nessa data.

§ 4º O disposto neste artigo não se aplica à transmissão de bens ou direitos, quando realizada em conjunto com a da totalidade do patrimônio da pessoa jurídica alienante.

Por fim, e considerando que o tributo é de sua competência, o Código Tributário Municipal (Lei Complementar nº 12/1994) também disciplina a respeito da imunidade:

*Art. 42. O imposto não incide:
(...)*

IX - na incorporação de bens ou de direitos a eles relativos, ao patrimônio da pessoa jurídica, para integralização de cota de capital;

(...)

§ 2º As disposições dos incisos IX e X deste artigo não se aplicam quando a pessoa jurídica adquirente tenha como atividade preponderante a compra e venda desses bens ou direitos, locação de bens imóveis ou arrendamento mercantil.

§ 3º Considera-se caracterizada a atividade preponderante referida no parágrafo anterior quando mais de cinquenta por cento (50%) da receita operacional da pessoa jurídica adquirente nos dois (2) anos seguintes à aquisição decorrer de vendas, administração ou

*sucessão de direitos à aquisição de imóveis.
§ 4º Verificada a preponderância a que se referem os parágrafos anteriores tornar-se-á devido o imposto nos termos da lei vigente à data da aquisição e sobre o valor atualizado do imóvel ou dos direitos sobre eles.*

À vista disso, o ato administrativo, aqui impugnado, reconheceu o dever de pagamento do ITBI pela requerente, não reconhecendo, assim, o direito à imunidade tributária postulada.

Desde já, atesto que a tese da empresa autora por si só não se sustenta.

In casu, a imunidade de que a autora alega fazer jus se traduz na transmissão de bens imóveis para incorporação ao patrimônio da pessoa jurídica. Contudo, o dispositivo constitucional traz uma ressalva de que não haverá imunidade se a atividade preponderante do adquirente for compra e venda, locação ou arrendamento mercantil de imóveis.

Nesse contexto, o contrato social da empresa prevê como objeto social a prestação de serviços de assessoria e consultoria na área do desenvolvimento empresarial e de reorganização e reestruturação societária ([evento 1, DOC3](#)).

Entretanto, a partir do exame realizado pelo ente público, foi constatada que a atividade preponderante da empresa é a atividade imobiliária.

A constatação havida pelo Município se deu a partir dos documentos juntados no processo administrativo (processo nº 2019/41516), mormente quanto à receita operacional registrada pela autora. Nesse exame, o fisco atestou a ausência de escrituração/contabilização de diversas receitas de locação de imóveis, ou seja, indicativos da falta de hígidez contábil da empresa autora.

A corroborar, colaciono trechos do Memorando anexado pelo Município, que bem dispôs sobre o estudo feito ([evento 15, DOC2](#)):

A atividade preponderante da pessoa jurídica não é somente aquela correspondente ao objeto social descrito no contrato social, devendo todas as atividades de fato exercidas e situações ocorridas, serem consideradas quando da análise fiscal. Verificando que a empresa, no período fiscalizado, desenvolveu atividades imobiliárias em preponderância, ocorre a incidência do ITBI.

(...)

A fim de determinar a receita de aluguel do imóvel, que a Autora deixou de contabilizar no período de análise da atividade preponderante, a fiscalização atribuiu um único valor locatício para o imóvel localizado no lote 008 da quadra 0010, que está ocupado por terceiro. Foi arbitrado o valor de locação de imóveis semelhantes para a região, através de pesquisa de mercado. A fim de comprovar tal afirmação, transcreve-se a

(...)

Conforme análise dos documentos apresentados e obtidos pela fiscalização, ficou provado que imóveis de propriedade da Impugnante estão ocupados por outras empresas, sem demonstrar qualquer benefício em favor da empresa, que é a proprietária dos imóveis.

A exploração comercial dos imóveis e a ocupação destes por terceiros, produzem o afastamento da incidência das normas legais, que teriam como consequência jurídica a imunidade do ITBI.

Se uma empresa deixa de explorar economicamente ou cede gratuitamente a terceiros os imóveis de sua propriedade, sem apresentar qualquer benefício em seu favor, descaracteriza o instituto da imunidade tributária, mesmo que estes terceiros sejam os próprios sócios da empresa.

(...)

CONCLUSÃO

Observou-se que a empresa tem imóveis utilizados por terceiros, ficando nitidamente caracterizada a preponderância das atividades imobiliárias, mesmo não lançando as receitas de locação em sua contabilidade.

No ponto, o Tribunal de Justiça do RS já reconheceu que a falta de lançamento da atividade na contabilidade da empresa implica na impossibilidade de concessão do direito a imunidade tributária, senão vejamos (grifei):

APELAÇÃO CÍVEL. MANDADO DE SEGURANÇA. IMUNIDADE TRIBUTÁRIA. ITBI. INTEGRALIZAÇÃO DE BENS IMÓVEIS AO CAPITAL SOCIAL DA EMPRESA. ARTIGO 156, § 2.º, I, CF/88. ARTIGOS 36 E 37, CTN. ATIVIDADE PREPONDERANTE OBJETO SOCIAL DISTINTO DA ATIVIDADE DE FATO PRATICADA. INVESTIGAÇÃO FAZENDÁRIA. EXPLORAÇÃO IMOBILIÁRIA. INEXISTÊNCIA DE RECEITAS OPERACIONAIS. O Imposto de Transmissão Inter Vivos não incide na transmissão de bens imóveis, para integralizar o capital social, salvo se utilizados na atividade preponderante de compra e venda, locação ou arrendamento desses bens, pela empresa adquirente (art. 156, § 2º, inciso I da CF). No caso dos autos, de acordo com a fiscalização tributária a impetrante desenvolveu atividade de locação de imóveis, sendo que a respectiva receita não foi lançada na contabilidade da empresa. A par disso, a hipótese de não incidência do ITBI, com base em o artigo 156, § 2.º, I, CF/88, tal como

regrada pelos artigos 36 e 37, CTN, supõe a prevalência de receitas operacionais, ausentes no período apurado. Ausente, portanto, o direito a imunidade tributária, com base no art. 156, §2º, da Constituição Federal. Apelo desprovido.(Apelação Cível, Nº 70084188184, Vigésima Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marco Aurélio Heinz, Julgado em: 03-06-2020)

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO TRIBUTÁRIO. AÇÃO ANULATÓRIA. ITBI. TRANSMISSÃO DE BENS IMÓVEIS EM INTEGRALIZAÇÃO DE CAPITAL SOCIAL DE EMPRESA. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DAS ATIVIDADES PREPONDERANTES. IMUNIDADE NÃO CARACTERIZADA. 1. 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 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. 2. Hipótese em que a empresa não restou em comprovar que a atividade preponderante não corresponde a mais de 50% da receita operacional decorrente de transações imobiliárias, porquanto, apesar da sua contabilidade referir que as receitas correspondem a 100% da prestação dos serviços, os documentos evidenciam uma série de contratos de locação que não foram devidamente registrados. 3. Impositiva a manutenção da sentença de improcedência, considerando a inidoneidade da contabilidade da empresa ao omitir os documentos essenciais para apuração de que a atividade preponderante não corresponde a mais de 50% da receita operacional decorrente de transações imobiliárias, mostrando-se, dessa forma, devido o pagamento de ITBI. RECURSO DESPROVIDO.(Apelação Cível, Nº 70076325471, Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sergio Luiz Grassi Beck, Julgado em: 14-03-2018)

Registre-se, a título de fundamentação, que não há que se aplicar, no caso, o entendimento do Tema 796 do STF (Recurso Extraordinário n. 796.376), nos termos do que aplica o Tribunal de Justiça do RS:

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO TRIBUTÁRIO. AÇÃO ANULATÓRIA DE DÉBITO FISCAL. ITBI. INCORPORAÇÃO DE BENS IMÓVEIS AO PATRIMÔNIO DA EMPRESA DEMANDANTE EM DECORRÊNCIA DA CISÃO PARCIAL DE OUTRA PESSOA

JURÍDICA. IMUNIDADE DO ART. 156, § 2º, I, DA CF/88. INCIDÊNCIA. ATIVIDADE PREPONDERANTE DA ADQUIRENTE QUE NÃO SE ENQUADRA DENTRE AS EXCEÇÕES PREVISTAS NA CONSTITUIÇÃO PARA AFASTAR A REGRA IMUNIZANTE. TRIBUTAÇÃO DO VALOR QUE EXCEDE AO LIMITE DO CAPITAL SOCIAL. DESCABIMENTO. INAPLICABILIDADE À ESPÉCIE DA TESE FIXADA NO TEMA 796 DO STF (RE Nº 796.376). TÉCNICA HERMENÊUTICA DO DISTINGUISHING. NULIDADE DO LANÇAMENTO CONFIGURADA. “O art. 156, § 2º, inciso I, da Constituição Federal, em sua primeira parte, reconheceu ser imune apenas a transmissão de bens ou direitos incorporados ao patrimônio de pessoa jurídica em realização de capital, e não os destinados a formação de reserva, conforme julgado no RE nº 796.376 pelo STF, com Repercussão Geral reconhecida. Precedente que, embora não coincida com o caso em exame, contém razões de decidir que vão ao encontro da pretensão da impetrante. Havendo transmissão de bens imóveis decorrentes de operação de incorporação empresarial, a única exceção imposta pelo art. 156, § 2º, inciso I, da CF é a hipótese de a atividade preponderante do adquirente ser a compra e venda desses bens ou direitos, locação de bens imóveis ou arrendamento mercantil. Como não se trata de incorporação de bem ao patrimônio da pessoa jurídica em realização do capital, mas de operação de incorporação societária, não há que se indagar se o valor dos bens transmitidos excede o limite do capital social, porque tal previsão não está contida na Constituição.” (“ut” ementa da AC nº 50018600820208210157, julgada pela Vigésima Primeira Câmara Cível deste Tribunal). SENTENÇA REFORMADA. PEDIDOS FORMULADOS NA INICIAL JULGADOS PROCEDENTES, COM A ANULAÇÃO DOS DÉBITOS DE ITBI EM ANÁLISE. ÔNUS DA SUCUMBÊNCIA. REDEFINIÇÃO. RECURSO PROVIDO.(Apelação Cível, Nº 50040412020208210015, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Miguel Ângelo da Silva, Julgado em: 10-03-2022) (Grifei)

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. IMUNIDADE. ITBI. INTEGRALIZAÇÃO DE CAPITAL. ATIVIDADE PREPONDERANTE. CONDIÇÃO PARA MANUTENÇÃO DO GOZO NÃO IMPLEMENTADA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS DE SUCUMBÊNCIA. DESCABIMENTO EM MANDADO DE SEGURANÇA. 1. De acordo com o artigo 37 do Código Tributário Nacional, há incidência do ITBI na transmissão de imóvel para integralização de capital social se a atividade preponderante do contribuinte se constitui na compra e venda de imóveis ou direitos a ele relativos,

na locação desses bens ou seu arrendamento mercantil. Situação em que a Municipalidade flagrou a ocupação de imóvel mantido pela recorrente no período de prova do art. 37, § 2º, do CTN. Alegação de que se tratava de mero comodato que não veio respaldada em prova. Operação de venda de imóvel igualmente verificada no período de prova. Inaplicabilidade do RE 796.376 (Tema 796 do STF). Hipótese de distinção, conforme inteligência do art. 489, § 1º, VI do CPC/15. 2. É descabida a condenação em honorários de sucumbência em sede de mandado de segurança, fulcro no art. 25 da Lei 12.016/09. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.(Apelação Cível, Nº 50022945020208210010, Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Carlos Roberto Lofego Canibal, Julgado em: 06-10-2021) (Grifei)

A aplicabilidade da tese fixada no recurso, no sentido de que a imunidade não alcança o valor dos bens que exceder o limite do capital social a ser integralizado, só seria aplicável após o cumprimento da condição prevista para a concessão da própria imunidade, qual seja, a atividade preponderante da empresa não ser voltada para transações imobiliárias, hipótese não verificada no caso.

Ainda, ressalto que a análise realizada pelo Município réu é extensa e detalhada, sendo importante salientar que a autora, por sua vez, e muito embora tenha sido intimada para tanto, nada produziu/comprovou nos autos de modo a contrariar o procedimento adotado pelo fisco ou fundamentar as alegações tecidas na exordial (evento 31).

Outrossim, tenho que a mera análise dos documentos juntados à exordial, pelo juízo, não é capaz de atestar de forma diferente do que foi, repito, detalhadamente examinado pelo fisco municipal.

Assim, verifico que o entendimento constante nos documentos referidos merece prosperar, uma vez que o procedimento administrativo analisou as demonstrações patrimoniais da interessada, tal como dispõe a legislação (art. 37 do CTN), e identificou a situação de incidência do tributo em questão.

Desse modo, uma vez que a parte autora não se desincumbiu do ônus que lhe cabia (art. 373, inciso I, do CPC), a improcedência da demanda é a medida que se impõe.

Isso posto, julgo **IMPROCEDENTE** a presente ação, com fundamento no art. 487, inciso I do CPC, revogando-se a tutela anteriormente deferida.

Condeno a parte autora, porque sucumbente, aos pagamentos das custas processuais e dos honorários advocatícios devidos ao procurador do

Município requerido, os quais fixo em 10% sobre o valor dado à causa desta data até o efetivo pagamento pelo IPCA-E, observados os parâmetros dos §§ 2º, 3º, I, 4º, III do art. 85 do CPC/15.

Havendo interposição de recurso cumpra-se nos termos do art. 1.010, § 3º do NCPC.

Documento assinado eletronicamente por **MARIA CRISTINA RECH, Juíza de Direito**, em 1/3/2023, às 9:37:26, conforme art. 1º, III, "b", da Lei 11.419/2006. A autenticidade do documento pode ser conferida no site https://eproc1g.tjrs.jus.br/eproc/externo_controlador.php?acao=consulta_autenticidade_documentos, informando o código verificador **10033177637v8** e o código CRC **c80f9c92**.

5041365-88.2022.8.21.0010