



MB

Nº 70075202218 (Nº CNJ: 0284336-50.2017.8.21.7000)
2017/CÍVEL

APELAÇÃO CÍVEL E REMESSA NECESSÁRIA. DIREITO TRIBUTÁRIO. ITBI. DISTRATO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA. INCIDÊNCIA DO IMPOSTO, NO CASO CONCRETO. PREVALÊNCIA DA REALIDADE ECONÔMICA EM DETRIMENTO DA MERA FORMA JURÍDICA. ANÁLISE DA PROVA PRODUZIDA NOS AUTOS. SITUAÇÃO QUE, NOS TERMOS DA LEI COMPLEMENTAR N.º 197/07, DO MUNICÍPIO DE PORTO ALEGRE, NÃO SE ENQUADRA EM NENHUMA DAS HIPÓTESES DE NÃO INCIDÊNCIA TRIBUTÁRIA, QUE CONDICIONAM O DISTRATO OU A RESCISÃO AO NÃO CUMPRIMENTO DE CONDIÇÃO OU AO NÃO PAGAMENTO DO PREÇO PACTUADO.

- Caso em que empresa controladora e sua controlada celebraram e levaram a registro promessa de compra e venda de imóvel, com cláusula de irretratabilidade e irrevogabilidade, efetuando-se pagamento integral do preço avençado à vista, quando poderiam, desde logo e sem empecilhos, firmar o contrato definitivo, situação em que não haveria dúvidas acerca da incidência tributária. Passados mais de dez anos, as partes firmaram distrato, sem qualquer comprovação de devolução do vultoso valor envolvido no negócio jurídico, remuneração pelo tempo de utilização e, sequer, de atualização monetária, somando-se a isso o fato de que, após o registro, o imóvel foi utilizado para garantia de execuções fiscais ajuizadas contra a promitente compradora, modo de atuação que, consoante parecer técnico, também foi empregado em relação a duas outras propriedades.

- Aplicação, no caso concreto, da realidade econômica, privilegiando, para efeitos tributários, a essência e os efeitos econômicos em detrimento de elementos meramente formais. As formas, embora salutares, não podem ser manipuladas pelas partes a fim de “manobrar” junto ao Fisco, permitindo a realização de operações jurídico-processuais e, ainda, por cima, dissimulando a ocorrência dos fatos geradores da obrigação tributária.

- Exegese da LC 197/07, do Município de Porto Alegre, que condiciona a não incidência do tributo à rescisão da promessa de compra e venda em razão do não cumprimento de condição ou do não pagamento do preço ajustado. Situação que não se enquadra em quaisquer das hipóteses da lei municipal.



MB

Nº 70075202218 (Nº CNJ: 0284336-50.2017.8.21.7000)
2017/CÍVEL

**APELO PROVIDO, PREJUDICADA A REMESSA
NECESSÁRIA.**

APELAÇÃO CÍVEL

VIGÉSIMA SEGUNDA CÂMARA CÍVEL

Nº 70075202218 (Nº CNJ: 0284336-
50.2017.8.21.7000)

COMARCA DE PORTO ALEGRE

MUNICIPIO DE PORTO ALEGRE

APELANTE

**ADMINISTRACAO E PARTICIPACOES
LTDA**

APELADO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos.

Acordam os Desembargadores integrantes da Vigésima Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado, **à unanimidade, em prover o apelo, julgando prejudicada a remessa necessária.**

Custas na forma da lei.

Participaram do julgamento, além da signatária, os eminentes Senhores **DES. FRANCISCO JOSÉ MOESCH (PRESIDENTE) E DES.ª DENISE OLIVEIRA CEZAR.**

Porto Alegre, 09 de novembro de 2017.

DES.ª MARILENE BONZANINI,
Relatora.

RELATÓRIO

DES.ª MARILENE BONZANINI (RELATORA)

Trata-se de recurso de apelação interposto pelo MUNICÍPIO DE PORTO ALEGRE nos autos da ação anulatória que lhe move **ADMINISTRAÇÃO E**



MB

Nº 70075202218 (Nº CNJ: 0284336-50.2017.8.21.7000)
2017/CÍVEL

PARTICIPAÇÕES LTDA, contra decisão que julgou procedente o pedido, nos seguintes termos:

“Ante o exposto, com fulcro no art. 487, inciso I, do Código de Processo Civil, julgo PROCEDENTE a presente ação para anular o lançamento do tributo (GUIA 053.2015.00005.2) e reconhecer a não incidência do ITBI sobre o distrato de promessa de compra e venda do imóvel matriculado sob o n.º xxxxxxxxxx – CRI/1ª Zona. Condeno o demandado ao reembolso das custas e despesas processuais, bem como aos honorários advocatícios ao patrono da parte adversa, que fixo em 8% sobre o valor da causa, tendo em mente o tempo e trabalho exigidos, a teor do que dispõe o art. 85 do CPC.”

Em suas razões, sustentou a incidência do ITBI na hipótese dos autos, considerando a ocorrência do fato gerador do tributo quando da rescisão do contrato de compra e venda do imóvel objeto de discussão. Aduziu que, em 20.05.2004, restou firmado contrato de promessa de compra e venda entre a empresa apelada (promitente compradora) e sua controlada (promitente vendedora), oportunidade em que foi efetuado o pagamento da totalidade do preço ajustado entre as partes, inclusive com averbação do documento particular na matrícula imobiliária, na data de 14.06.2004. Afirmou que somente 10 anos depois, em 29.10.2014, foi firmado contrato determinado “rescisão de promessa de compra e venda”, de modo que, durante esse período o negócio surtiu todos os seus efeitos, estando consumado e acabado, com a transferência de direitos reais sobre o imóvel. Defendeu que o Código Tributário Nacional e a Lei Complementar 197/07, do Município de Porto Alegre, prevêm que o ITBI será cobrado na transmissão de bens imóveis e também na transmissão de direitos reais sobre bens imóveis, não se enquadrando a situação em nenhuma das hipóteses de não incidência, quais sejam, o não cumprimento de condição ou a falta de pagamento (fls. 98/100).

Foram apresentadas contrarrazões (fls. 105/114).

O Ministério Público declinou de intervir no feito (fl. 116).

É o relatório.



MB

Nº 70075202218 (Nº CNJ: 0284336-50.2017.8.21.7000)
2017/CÍVEL

VOTOS

DES.^a MARILENE BONZANINI (RELATORA)

Eminentes Colegas!

A questão trazida à apreciação deste Colegiado diz com a incidência, ou não, do Imposto de Transmissão de Bens Imóveis e de Direitos a eles Relativos – ITBI, sobre promessa de compra e venda quitada e, depois, objeto de distrato.

Da análise dos autos verifica-se que, em 20 de maio de 2004, a ora apelada **Administração e Participações Ltda.** firmou “*promessa de compra e venda quitada*”, em caráter irrevogável e irretroatável, por meio do qual a sua controlada **Cia. Comércio e Indústria** assumiu a obrigação de lhe vender um prédio de alvenaria localizado na **Av. Protásio Alves, n.º XXXX**, nesta Capital, registrado no Registro de Imóveis da 1ª Zona, livro 2, sob a **matrícula n.º XXXXXXXX**. Constatou do pacto que, no ato de sua assinatura estava sendo pago integralmente o preço ajustado de R\$ 5.000.000,00 (cinco milhões de reais), o que ensejava, na mesma oportunidade, a quitação da obrigação e a transferência da posse do imóvel (fls. 46/47).

O contrato particular de promessa de compra e venda foi averbado na matrícula do imóvel em 14 de junho de 2005 (fls. 49/50).

Posteriormente, em 29 de outubro de 2014, a controladora e sua controlada firmaram “*rescisão de promessa de compra e venda quitada*” (fls. 44/45). A promitente compradora, então, intentou o cancelamento do registro averbado junto ao Cartório do RI da 1ª Zona, o que lhe foi negado, sob o argumento de que devido o pagamento do ITBI.

A ora apelada requereu ao Município de Porto Alegre o “*reconhecimento da não incidência do ITBI na transmissão por rescisão das promessas de compra e venda*”, tendo sido indeferido o pedido (fls. 52/54) e lançado o imposto (fl. 56), no valor de R\$ 475.200,00 (quatrocentos e setenta e cinco mil e duzentos reais).

Por fim, proposta ação anulatória pela promitente compradora, foi julgada procedente, para anular o lançamento do tributo (GUIA 053.2015.00005.2).



MB

Nº 70075202218 (Nº CNJ: 0284336-50.2017.8.21.7000)
2017/CÍVEL

Pois bem.

A incidência do Imposto de Transmissão de Bens Imóveis e Direitos a ele Relativos – ITBI é regida pelos arts. 156, II, da Constituição Federal, e 35, I a III, do Código Tributário Nacional:

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;

Art. 35. O imposto, de competência dos Estados, sobre a transmissão de bens imóveis e de direitos a eles relativos tem como fato gerador:

I - a transmissão, a qualquer título, da propriedade ou do domínio útil de bens imóveis por natureza ou por acessão física, como definidos na lei civil;

II - a transmissão, a qualquer título, de direitos reais sobre imóveis, exceto os direitos reais de garantia;

III - a cessão de direitos relativos às transmissões referidas nos incisos I e II.

Como visto, no que interessa ao caso, o referido imposto de competência municipal incide quando houver transmissão onerosa, *inter vivos*, da propriedade de bens imóveis e de direitos reais sobre imóveis.

No direito brasileiro, transfere-se a propriedade de bem imóvel, *inter vivos*, tão somente com o registro do título translativo no Registro de Imóveis:

Art. 1.227. Os direitos reais sobre imóveis constituídos, ou transmitidos por atos entre vivos, só se adquirem com o registro no Cartório de Registro de Imóveis dos referidos títulos (arts. 1.245 a 1.247), salvo os casos expressos neste Código.



MB

Nº 70075202218 (Nº CNJ: 0284336-50.2017.8.21.7000)
2017/CÍVEL

Art. 1.245. Transfere-se entre vivos a propriedade mediante o registro do título translativo no Registro de Imóveis.

§ 1º Enquanto não se registrar o título translativo, o alienante continua a ser havido como dono do imóvel.

Nessa esteira, a promessa de compra e venda não é capaz de transmitir, por si só, a propriedade imobiliária, porque se qualifica como “*contrato preliminar ou pré-contrato (pactum de contrahendo), negócio que tende à celebração de outro no futuro*”¹.

Em razão disso, consoante a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, não ocorre o fato gerador do ITBI, seja na averbação do contrato de promessa de compra e venda, seja por ocasião de seu distrato ou rescisão:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. SUPOSTA OFENSA AO ARTIGOS 458 E 535 DO CPC. INEXISTÊNCIA DE VÍCIO NO ACÓRDÃO RECORRIDO. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. ITBI. FATO GERADOR. PROMESSA DE COMPRA E VENDA. NÃO INCIDÊNCIA. PRECEDENTES. SÚMULA 83/STJ. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. Inexiste violação aos artigos 458 e 535 do CPC quando o Tribunal de origem soluciona a controvérsia de maneira clara e fundamentada, promovendo a integral solução da controvérsia, ainda que de forma contrária aos interesses da parte.

2. A jurisprudência do STJ firmou-se no sentido de que o fato gerador do Imposto sobre a Transmissão de Bens Imóveis - ITBI é a transmissão do domínio do bem imóvel, nos termos do art.35, II, do CTN. Dessa forma, não incide o ITBI em promessa de compra e venda, na medida que trata-se de contrato preliminar que poderá ou não se concretizar em contrato definitivo, este sim ensejador da cobrança do aludido tributo. Precedentes. Incidência do óbice da Súmula 83/STJ.

3. Vale destacar que o óbice da Súmula 83/STJ não se restringe aos recursos especiais interpostos com fundamento na alínea "c" do permissivo constitucional,

¹ TARTUCE, Flávio. Manual de Direito Civil: volume único. 3. ed. São Paulo: Método, 2013.



MB

Nº 70075202218 (Nº CNJ: 0284336-50.2017.8.21.7000)
2017/CÍVEL

sendo também aplicável nos recursos fundados na alínea "a".

4. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AREsp 659.008/RJ, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/04/2015, DJe 14/04/2015)

PROCESSUAL CIVIL. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. INEXISTÊNCIA. DEVIDO ENFRENTAMENTO DAS QUESTÕES RECURSAIS. INCONFORMAÇÃO COM A TESE ADOTADA. TRIBUTÁRIO. ITBI. FATO GERADOR. PROMESSA DE COMPRA E VENDA. NÃO INCIDÊNCIA. SÚMULA 83/STJ. DECRETO 16.419/06. LEI LOCAL. SÚMULA 280/STF.

1. Inexiste violação do art. 535 do CPC quando a prestação jurisdicional é dada na medida da pretensão deduzida, com enfrentamento e resolução das questões abordadas no recurso.

2. A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que o fato gerador de ITBI é o registro imobiliário da transmissão da propriedade do imóvel, sendo inexigível no contrato de promessa de compra e venda. Incide, portanto, a Súmula 83/STJ.

3. Para se aferir a procedência das alegações recursais, seria necessário proceder à interpretação de norma local, a saber, o art.

2º do Decreto 16.419/2006. O exame de normas de caráter local é inviável na via do recurso especial, em virtude da vedação prevista na Súmula 280 do STF, segundo a qual, "por ofensa a direito local, não cabe recurso extraordinário".

Agravo regimental improvido.

(AgRg no AREsp 813.620/BA, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/12/2015, DJe 05/02/2016)

PROCESSUAL CIVIL. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. INOCORRÊNCIA. (TRIBUTÁRIO. ITBI. DIFERENCIAÇÃO DE ALÍQUOTAS E PROGRESSIVIDADE. FATO GERADOR. PROMESSA DE COMPRA E VENDA RESCINDIDA) 1. O fato gerador do ITBI é o registro imobiliário da transmissão da propriedade do bem imóvel motivo pelo qual não incide referida exação sobre o registro imobiliário de



MB

Nº 70075202218 (Nº CNJ: 0284336-50.2017.8.21.7000)
2017/CÍVEL

escritura de resilição de promessa de compra e venda, contrato preliminar que poderá ou não se concretizar em contrato definitivo.

2. Inexiste ofensa ao art. 535 do CPC, quando o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.

3 Agravo Regimental desprovido.

(AgRg no AgRg no REsp 764.808/MG, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 15/03/2007, DJ 12/04/2007, p. 217)

No mesmo sentido, o entendimento partilhado nesta Corte Estadual:

APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO TRIBUTÁRIO. ITBI. COMPRA E VENDA. DISTRATO. FATO GERADOR. Se o fato gerador do ITBI é a transmissão da propriedade do imóvel, de direitos reais sobre imóveis e cessão de direitos relativos às referidas transmissões, o imposto não incide antes da efetiva transmissão da propriedade, o que não ocorre quando se estiver diante de simples promessa de Compra e Venda. Precedentes do STJ e do TJRS. Não caracterizada a transmissão da propriedade do imóvel, diante do distrato realizado pelas partes. Sentença concessiva da segurança mantida. APELAÇÃO DESPROVIDA. SENTENÇA MANTIDA EM REEXAME NECESSÁRIO. UNÂNIME. (Apelação e Reexame Necessário Nº 70072414691, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Denise Oliveira Cezar, Julgado em 25/05/2017)

MANDADO DE SEGURANÇA. ITBI. PROMESSA DE COMPRA E VENDA. LIMINAR. 1. Constitui fato gerador do ITBI a transmissão, a qualquer título, da propriedade ou do domínio útil de bens imóveis ou de direitos reais sobre eles, ou, ainda, a cessão de direitos relativos a tais transmissões. 2. Não incide ITBI sobre a promessa de compra e venda. Art. 7º,



MB

Nº 70075202218 (Nº CNJ: 0284336-50.2017.8.21.7000)
2017/CÍVEL

inciso VII, Lei Municipal n.º 197/89. Jurisprudência do STJ. Recurso provido. (Agravo de Instrumento Nº 70065473407, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Maria Isabel de Azevedo Souza, Julgado em 03/07/2015)

APELAÇÃO. DIREITO TRIBUTÁRIO. PROMESSA DE COMPRA E VENDA. AUSÊNCIA DE TRANSMISSÃO DA PROPRIEDADE. INEXISTÊNCIA DE REGISTRO PÚBLICO DE TÍTULO TRANSLATIVO. CESSÃO DE DIREITOS. ITBI. NÃO INCIDÊNCIA. ARTIGOS 1.227 E 1.245 DO CCB. PRECEDENTES DO TJRS E DO STJ. APELAÇÃO NÃO PROVIDA. (Apelação Cível Nº 70059904995, Vigésima Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marcelo Bandeira Pereira, Julgado em 15/04/2015)

APELAÇÃO CÍVEL. REEXAME NECESSÁRIO. DIREITO TRIBUTÁRIO. PROMESSA DE COMPRA E VENDA. DISTRATO. ITBI. Não há fato gerador de ITBI sem que haja a efetiva transmissão do bem imóvel ou do direito real, situação que se amolda ao caso presente, onde havia apenas uma promessa de compra e venda que restou rescindida por distrato. Acertada a sentença que concedeu a segurança determinando que o apelante se abstinisse de exigir o pagamento do imposto. Precedentes deste Órgão Fracionário e da Suprema Corte. NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO E CONFIRMARAM A SENTENÇA EM REEXAME NECESSÁRIO. UNÂNIME. (Apelação e Reexame Necessário Nº 70055169429, Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Laura Louzada Jaccottet, Julgado em 31/07/2013)

No caso concreto, contudo, a situação é diversa.

O contrato de promessa de compra e venda fora firmado no ano de 2004, com cláusula de irrevogabilidade e irretratabilidade, tendo sido adimplido integralmente o preço ajustado (R\$ 5.000.000,00) à vista, na mesma assentada, e entregue a posse do imóvel à compradora.

Quer dizer: promessa não houve.



MB

Nº 70075202218 (Nº CNJ: 0284336-50.2017.8.21.7000)
2017/CÍVEL

Causa estranheza o fato de ter sido avençado contrato preliminar de compra e venda – útil para situações em que o pagamento do preço ocorrerá de forma parcelada, protraída no tempo –, quando constou do próprio instrumento que o valor pactuado estava sendo adimplido à vista.

Por óbvio, no caso, poderiam as partes firmar, desde logo e sem empecilhos, o contrato de compra e venda por meio de escritura pública e levá-lo a registro no cartório de Registro de Imóveis.

Ora, havendo o pagamento integral do preço, sem a pactuação de condição e inexistente o direito de arrependimento, não havia mais qualquer possibilidade de revolvimento ao estado anterior, abrindo-se à promitente compradora a via da adjudicação compulsória, acaso a vendedora se recusasse a lhe outorgar a escritura definitiva.

Mas, como já referido, por motivos ignorados, preferiram os contratantes tão somente averbar a promessa de compra e venda, desde o início já quitada, na matrícula do imóvel. Destaco que, da análise da matrícula imobiliária de fls. 49/50, constata-se que a negociação entabulada permitiu à Administração e Participações Ltda., promitente compradora, indicar o imóvel adquirido à garantia de duas execuções fiscais movidas pela União, distribuídas na Justiça Federal da 4ª Região sob os n.ºs 2006.71.00.045082-6 e 2007.71.00.024981-5.

Não se desconhece que não incide o imposto sobre contrato de promessa de compra e venda, desimportando o motivo que deu ensejo à rescisão ou distrato. Todavia, aqui, por ocasião da firmatura da avença, constou que o pagamento do preço havia sido efetuado na íntegra, à vista, fazendo parte do contrato de rescisão, por outro lado, a informação de que, dez anos depois, o valor estava sendo devolvido – sem qualquer comprovação de tais assertivas e, estranhamente, sem indícios de pagamento de remuneração pela utilização do imóvel e, sequer, de atualização monetária, o que também é surpreendente (considerando-se, especialmente, o vultoso valor de R\$ 5.000.000,00).

A promitente compradora **Administração e Participações Ltda.** é sociedade empresarial controladora da **Cia. Comercio e Indústria**, promitente **vendedora**. Nesse contexto, o parecer técnico constante dos autos do processo



MB

Nº 70075202218 (Nº CNJ: 0284336-50.2017.8.21.7000)
2017/CÍVEL

administrativo n.º 001.100714.15.3 (fls. 52/54), esclarece que a **Administração e Participações Ltda** atuou do mesmo modo em relação a outros dois imóveis, registrados sob as matrículas de n.ºs 146.352 e 163.923, também envolvidos em execuções fiscais, inclusive possibilitando seu arrolamento junto à Fazenda Nacional – nesse caso específico, em que também foi requerido à municipalidade a dispensa do pagamento do ITBI, a informação prestada pelo auditor fiscal da Receita Municipal dá conta de que o negócio entabulado entre as partes foi instrumentalizado por nota promissória, e somente foi rescindido após o decurso do prazo prescricional da cambial.

Como visto, o contrato surtiu os efeitos a que se propunha, e, em que pese a informação de que, no ato da rescisão, em 2014, já havia sido retomada a “posse” do prédio, é consabido que, nesse interregno, seguiu e ainda segue em funcionamento uma das unidades do **supermercado XXXXXXXX** (o que pode ser verificado no próprio site do grupo)².

A Lei Complementar n.º 104/2001 introduziu no art. 116 do Código Tributário Nacional um parágrafo único tratando de tema relacionado ao caso de que ora se trata:

Art. 116: (...).

Parágrafo único. A autoridade administrativa poderá desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária, observados os procedimentos a serem estabelecidos em lei ordinária.

Não se trata, aqui, de aplicação da norma geral antielisiva pelo Poder Judiciário – até por que a providência demanda o atendimento a procedimentos fixados em lei do ente tributante. Contudo, pode-se empregar ao caso a interpretação econômica do fato gerador, privilegiando, para efeitos tributários, a essência e os efeitos econômicos em detrimento de elementos meramente formais.

² <http://www.XXXXXXXXXXXXXX/>



MB

Nº 70075202218 (Nº CNJ: 0284336-50.2017.8.21.7000)
2017/CÍVEL

A tese da **prevalência da realidade econômica**, embora controvertida em âmbito doutrinário, já foi acolhida pelo Superior Tribunal de Justiça:

TRIBUTÁRIO. ABONO SUBSTITUTIVO DE REAJUSTE SALARIAL. INCIDÊNCIA DO IMPOSTO DE RENDA.

1. O imposto sobre a renda tem como fato gerador a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica da renda (produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos) e de proventos de qualquer natureza (art. 43, do CTN).

2. As verbas recebidas pelo trabalhador a título de indenização não podem ser tributadas como se renda fossem, porquanto não traduzem a idéia de "acréscimo patrimonial" exigida pelo art. 43, do CTN.

3. O abono pecuniário concedido em substituição ao reajuste de salários inadimplidos no tempo devido, não obstante fruto de reconhecimento via transação, é correção salarial e, como tal, incide o imposto devido, tal como incidiria a exação se realmente paga a correção no tempo devido. Abono salarial com esse teor, é, em essência, salário corrigido, sendo indiferente que a atualização se opere por força de decisão judicial ou de transação.

4. Interpretação econômica que se impõe, uma vez que a realidade econômica há de prevalecer sobre a simples forma jurídica.

5. Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, desprovido.

(REsp 661.481/CE, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 02/12/2004, DJ 28/02/2005, p. 240)

E, do voto do Ilustre Ministro Luiz Fux, importante excerto da lição de Hugo de Brito Machado³ acerca da matéria:

“De acordo com a denominada interpretação econômica, admitida por alguns juristas no Brasil, influenciados por doutrinadores alemães,

³ MACHADO, Hugo de Brito. Curso de Direito Tributário, 22ª ed., São Paulo: Malheiros, 2003.



MB

Nº 70075202218 (Nº CNJ: 0284336-50.2017.8.21.7000)
2017/CÍVEL

deve o intérprete considerar, acima de tudo, os efeitos econômicos dos fatos disciplinados pelas normas em questão. Na relação jurídica tributária há uma relação econômica subjacente, e esta é que deve ditar o significado da norma. Por isto, no anteprojeto do atual Código Tributário Nacional, elaborado por Graça Aranha e Rubens Gomes de Souza, chegou a figurar um dispositivo determinado que 'a interpretação da legislação tributária visará a sua aplicação não só aos atos ou situações jurídicas nela nominalmente referidas como também àqueles que produzem ou seja suscetíveis de produzir resultados equivalentes.

Não há dúvida de que o tributo é uma realidade econômica. A relação tributária é de conteúdo econômico inegável. Não se pode, entretanto, afastar os métodos de interpretação, e os meios de integração, para buscar o sentido da regra jurídica só e exclusivamente tendo em vista os efeitos econômicos dos fatos envolvidos na relação de tributação. Tal atitude implicaria negar o Direito afetando a segurança que o mesmo empresta às relações humanas na sociedade.

A natureza econômica da relação de tributação é importante para o intérprete da lei tributária, porque faz parte integrante do próprio conteúdo de vontade da norma, sendo elemento seguro de indicação do fim ou objetivo visado pela regra jurídica. Por outro lado, inspira um princípio prevalente em Direito Tributário, que é o da capacidade econômica, em função do qual se devem tanto o legislador como o intérprete orientar. Assim, quando no Direito Civil, ou no Direito Comercial, é examinada uma compra e venda o que importa é a validade ou não do contrato, e os efeitos que o mesmo produz naquele campo do Direito. As leis civis, ou comerciais, devem ser interpretadas tendo-se em vista a finalidade do contrato de compra e venda e os seus efeitos. Já no Direito Tributário, a compra e venda é vista como um simples fato. O intérprete das leis tributárias, portanto, deve entender a referência a uma compra e venda, não como uma referência a um contrato, e sim como a referência apenas aos efeitos econômicos que esse contrato geralmente produz, sendo irrelevante, portanto, a perquirição a respeito da validade ou invalidade deste. Isto, porém, não quer dizer que se um contrato de compra e venda, porque é inválido, for anulado, o Direito Tributário deve ser indiferente a esse anulamento. Muito pelo contrário, se ocorrer a invalidação, e desta decorrer ou a não execução, ou o desfazimento do contrato, com o retorno das coisas ao estado de fato anterior, esse retorno ao estado de fato anterior tem total relevo para o Direito Tributário. É assim exatamente, porque ao Direito Tributário importa a realidade econômica, que há de prevalecer sobre a simples forma jurídica.

Por isso mesmo, se uma empresa realiza contratos de seguro, ainda que sem este nome, dela não pode cobrar o imposto municipal sobre serviços de qualquer natureza, mas somente o que porventura



MB

Nº 70075202218 (Nº CNJ: 0284336-50.2017.8.21.7000)
2017/CÍVEL

incidir sobre seguros. Assim, de empresas que administram os denominados planos de saúde, por exemplo, não podem os Municípios cobrar o ISS, porque os contratos, mesmo que não falem de seguro, na verdade consubstanciam contratos de seguro saúde. Neles a álea é elemento essencial. O cliente paga sua mensalidade independentemente de utilizar qualquer serviço médico ou hospitalar, e tem direito à cobertura das despesas com estes, nos termos do contrato, se e quando deles necessitar.

A denominada interpretação econômica, na verdade, não é mais do que uma forma de manifestação de preferência pelo substancial, em detrimento do formal. Está presente, assim, com outras denominações, nos diversos setores da Ciência Jurídica. (...)”

As formas, embora salutares, não podem ser manipuladas pelas partes a fim de “manobrar” junto ao Fisco, permitindo a realização de operações jurídico-processuais e, ainda, por cima, dissimular a ocorrência dos fatos geradores da obrigação tributária.

Não bastasse isso, a procedência do pedido encontra óbice, também, na Lei Complementar n.º 197/07, do Município de Porto Alegre, segundo a qual o ITBI somente não incide no caso de transmissão de imóvel ao alienante anterior ou de rescisão do compromisso de compra e venda se esta decorrer do não cumprimento de condição ou de falta de pagamento:

Art. 7º: O Imposto não incide:

(...)

III – na transmissão ao alienante anterior, em razão do desfazimento da alienação condicional ou com pacto comissório, pelo não cumprimento de condição, pela falta de pagamento do preço ou ainda por decisão judicial.

(...)

VIII – na rescisão do contrato de promessa de compra e venda quanto esta ocorrer pelo não cumprimento de condição ou pela falta de pagamento, ainda que parcial.



MB

Nº 70075202218 (Nº CNJ: 0284336-50.2017.8.21.7000)
2017/CÍVEL

A situação tratada nos autos, tal como já demonstrado acima, não se enquadra em nenhuma das hipóteses de não incidência do tributo de competência municipal.

Dessa forma, por considerar ocorrido o fato gerador do imposto, imperioso o provimento do recurso do Município.

Ante o exposto, voto no sentido de prover o apelo para julgar improcedente a ação anulatória, prejudicada a remessa necessária.

Em razão da solução jurídica, inverte os ônus sucumbenciais, majorando os honorários advocatícios para 12% do valor atualizado da causa, forte o art. 85, §11º, do CPC.

DES.ª DENISE OLIVEIRA CEZAR - De acordo com o(a) Relator(a).

DES. FRANCISCO JOSÉ MOESCH (PRESIDENTE) - De acordo com o(a) Relator(a).

DES. FRANCISCO JOSÉ MOESCH - Presidente - Apelação Cível nº 70075202218, Comarca de Porto Alegre: "PROVERAM O APELO. PREJUDICADA A REMESSA NECESSÁRIA. UNÂNIME."

Julgador(a) de 1º Grau: LIA GEHRKE BRANDAO