



JAFc

Nº 70068958545 (Nº CNJ: 0106048-17.2016.8.21.7000)
2016/CÍVEL

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. ITBI. IMUNIDADE. IMÓVEL INCORPORADO AO PATRIMÔNIO DA PESSOA JURÍDICA EM INTEGRALIZAÇÃO DE CAPITAL. DESVIO DE FINALIDADE DA NORMA CONSTITUCIONAL.

O legislador constituinte, ao imunizar a transmissão de bens ou direitos incorporados ao patrimônio da pessoa jurídica em integralização de capital (art. 156, § 2º, I, da CF), pretendeu exclusivamente incentivar o crescimento da empresa, evitando que o recolhimento do ITBI se transformasse num estímulo contrário à formalização dos negócios. Qualquer desvio de finalidade da norma constitucional, direcionada a beneficiar pessoalmente os sócios, deve ser coibida.

A prova documental revela, na situação examinada, mais que a mera realização de capital social em prol das finalidades da pessoa jurídica, evidenciando que a integralização dos imóveis ao patrimônio da empresa teve, ao fim e ao cabo, o propósito de transmitir os bens aos descendentes sem o pagamento do imposto municipal.

Constatado que a incorporação dos bens ao patrimônio da pessoa jurídica não atendeu à finalidade do art. 156, § 2º, I, da CF, com isso, ausente o direito líquido e certo da impetrante à imunidade fiscal, é de ser confirmada a sentença que denegou a segurança.

APELO DESPROVIDO.

APELAÇÃO CÍVEL

VIGÉSIMA SEGUNDA CÂMARA
CÍVEL

Nº 70068958545 (Nº CNJ: 0106048-
17.2016.8.21.7000)

COMARCA DE PORTO ALEGRE

MIGUEL & CIA LTDA

APELANTE

MUNICÍPIO DE PORTO ALEGRE

APELADO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos.



JAFc

Nº 70068958545 (Nº CNJ: 0106048-17.2016.8.21.7000)
2016/CÍVEL

Acordam os Desembargadores integrantes da Vigésima Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado, **à unanimidade, em desprover o apelo.**

Custas na forma da lei.

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

Porto Alegre, 19 de maio de 2016.

DES. JOSÉ AQUINO FLÔRES DE CAMARGO,
Relator.

RELATÓRIO

DES. JOSÉ AQUINO FLÔRES DE CAMARGO (RELATOR)

Trata-se de mandado de segurança impetrado por **MIGUEL & CIA LTDA. – ME** em face de ato praticado pelo SECRETÁRIO MUNICIPAL DA FAZENDA DE PORTO ALEGRE. A sentença que denegou a ordem está assim fundamentada (fls. 156/157):

Pretende a impetrante, em suma, ver reconhecido o direito à imunidade tributária do artigo 156, inciso II, §2º, inciso I, da CF, a qual foi concedida sob condição resolutória e depois revogada pelo Fisco.

É a legislação de regência:

“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:



J AFC

Nº 70068958545 (Nº CNJ: 0106048-17.2016.8.21.7000)
2016/CÍVEL

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”.

A determinação constitucional, por outro lado, vem explicitada nos artigos 36 e 37 do CTN:

“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, tomar-se-á devido o imposto, nos termos da lei vigente à data da aquisição, sobre o valor do bem ou direito nessa data”.

No caso do autos, a imunidade tributária restou indeferida pelo Fisco, em sede de recurso de ofício, tendo em vista a “não utilização dos bens integralizados para a geração de receitas para a pessoa jurídica”, e o fato de que as “documentações contábeis apresentadas não merecem fé, pois não registram os fatos econômicos da pessoa jurídica” (fl. 62).

Nesse passo, cabia à impetrante demonstrar, de forma inequívoca, o direito líquido e certo alegado, o que, entretanto, não ocorreu, porquanto não foram trazidos



JAFc

Nº 70068958545 (Nº CNJ: 0106048-17.2016.8.21.7000)
2016/CÍVEL

aos autos os documentos contábeis necessários à da atividade preponderante da empresa. Por certo, aliás, que as notas fiscais de fls. 76/121, em não constituindo escrita contábil, não são suficientes para demonstrar a inexistência (ou não-preponderância) de renda operacional decorrente de atividade imobiliária, e, por conseguinte, o direito da impetrante à imunidade tributária.

Assim, correto o indeferimento da imunidade tributária pela autoridade fiscal, pelo que não há direito líquido e certo a proteger pela via mandamental.

DENEGO, portanto, a ordem impetrada por MIGUEL & CIA LTDA – ME contra o MUNICÍPIO DE PORTO ALEGRE.

As custas processuais serão suportadas pela parte impetrante. Sem honorários advocatícios, nos termos do artigo 25 da Lei nº 12.016/2009 e das Súmulas 512 do STF e 105 do STJ.

Os embargos de declaração opostos pelo impetrante foram desacolhidos.

Inconformado, o impetrante apelou. Em suas razões, refere que a ordem foi impetrada em face do Auto de Lançamento n. 005377.00/2014, através do qual a municipalidade cobra R\$ 46.227,62 a título de Imposto Sobre a Transmissão de Bens Imóveis (ITBI). Esclarece que o lançamento decorre da integralização de bens imóveis ao capital social da empresa, transmissão essa que, como cedição, está, via de regra, imune ao pagamento do imposto municipal, respeitadas as peculiaridades atinentes à atividade preponderante do adquirente, consoante previsto no art. 156, § 2º, I, da CF. Entende que a única restrição constitucional alude à preponderância das atividades desenvolvidas pela sociedade. Pondera que o lançamento inconstitucional e equivocado se deu a despeito do expreso reconhecimento da imunidade pelo chefe da unidade de tributos do Município. Alega que a autoridade tributária responsável pela avaliação da documentação apresentada não verificou qualquer atividade imobiliária



JAFc

Nº 70068958545 (Nº CNJ: 0106048-17.2016.8.21.7000)
2016/CÍVEL

restringida na norma constitucional, sendo que, por conta de uma posição pessoal da Conselheira do TART, que utilizou critérios próprios e atípicos, resultou no indeferimento da garantia constitucionalmente assegurada. Argumenta que o julgador singular resolveu a controvérsia em um único parágrafo, aduzindo que a impetrante não teria demonstrado de forma inequívoca seu direito líquido e certo. Sustenta ter apresentado documentos que comprovam sua movimentação financeira no período de verificação, o que sequer foi mencionado na sentença. Pede a concessão de efeito suspensivo ativo ao recurso. Reitera que o próprio Município reconheceu a imunidade tributária. Enfatiza que o julgamento do recurso de ofício ao Tribunal Administrativo de Recursos Tributários não levou em consideração legislação de regência para chegar ao resultado proposto. Além disso, as situações elencadas pela conselheira representam meras presunções. Frisa que seu direito líquido e certo é ululante. Não fosse isso, o simples fato de não estarem lançados na contabilidade da sociedade os gastos relacionados com os bens integralizados, como água, luz, telefone, etc., não é suficiente para refutar os documentos contábeis da empresa. Tece considerações sobre a legislação aplicável ao caso. Requer o provimento do apelo.

O Município de Porto Alegre ofereceu contrarrazões.

Os autos vieram à apreciação desta Corte e o Ministério Público opinou pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

VOTOS

DES. JOSÉ AQUINO FLÔRES DE CAMARGO (RELATOR)

Não prospera o apelo, devendo ser confirmada a sentença que denegou a segurança.



JAFc

Nº 70068958545 (Nº CNJ: 0106048-17.2016.8.21.7000)
2016/CÍVEL

O presente mandado de segurança foi impetrado contra ato do Secretário da Fazenda do Município de Porto Alegre que, após provimento de Recurso de Ofício pelo Tribunal Administrativo de Recursos Tributários – TARF -, emitiu guia para recolhimento do ITBI referente ao apartamento e aos boxes (...), **situados** nesta Capital (fls. 123/130).

Os bens, conforme consta da alteração de contrato social das fls. 25/37, foram incorporados ao patrimônio da empresa impetrante em realização de capital a partir da admissão do sócio **R. A. E.**

De fato, aparentemente, a situação se enquadraria na hipótese de imunidade tributária constitucionalmente prevista no art. 156, § 2º, I:

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 decorrentes 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;

(...)

Todavia, equivocadamente a impetrante quando argumenta que a finalidade da norma deve ser desconsiderada, afirmando que o legislador constituinte não se ateu aos objetivos pelos quais a transmissão seria realizada (fl. 09). Ora, há, sim, necessidade de preservar a finalidade da



JAFC

Nº 70068958545 (Nº CNJ: 0106048-17.2016.8.21.7000)
2016/CÍVEL

norma, que, no caso, é **exclusivamente a de incentivar o crescimento da empresa.**

Ricardo Alexandre¹ destaca:

*(...) optou o legislador constituinte originário por imunizar as operações listadas no inciso I do § 2º do art. 156 da CF/1988. Trata-se de uma imunidade tributária objetiva, **que visa a estimular a capitalização e o crescimento das empresas e a evitar que o ITBI se transformasse num estímulo contrário à formalização dos respectivos negócios.***

A principal característica de uma pessoa jurídica é possuir direitos e obrigações diferentes dos relativos às pessoas físicas que integram seu quadro societário. GRIFEI

Em igual sentido, é a lição de Aires F. Barreto²:

*O legislador constitucional pretendeu **imunizar situações que demonstrem o crescimento das pessoas jurídicas**, em que há a transferência de bens imóveis dos sócios para a pessoa jurídica, para o pagamento do capital social subscrito. Isso porque a não-tributação dessas situações pelo ITBI visa a facilitar a mobilização dos bens imóveis de seus sócios para as pessoas jurídicas. GRIFEI*

Sob essa ótica é que deve ser analisado o ato reputado como abusivo. Diante da finalidade da norma constitucional, há de ser coibida qualquer manobra direcionada a beneficiar pessoalmente os sócios; e não ao crescimento da atividade empresarial.

A prova documental revela mais que a mera realização de capital social em prol das finalidades da pessoa jurídica. Ao contrário do que faz crer a impetrante na inicial, o voto de divergência proferido por ocasião do julgamento do Recurso de Ofício pelo TARF não está baseado em

¹ DIREITO TRIBUTÁRIO ESQUEMATIZADO. Ed. Método. 9ª edição. p. 662

² CURSO DE DIREITO TRIBUTÁRIO MUNICIPAL. Ed. Saraiva. 2009. p. 305



JAFc

Nº 70068958545 (Nº CNJ: 0106048-17.2016.8.21.7000)
2016/CÍVEL

presunções, mas em evidências retiradas das próprias alterações contratuais. E o fundamento principal do provimento do Recurso de Ofício está claramente exposto, isto é, *a integralização dos bens ao capital social da empresa teve como objetivo transmitir os bens aos descendentes sem o pagamento de impostos municipais e estaduais* (fl. 64, verso).

Miguel & Cia. Ltda. ME é uma empresa familiar, sediada em **Município/RS**, inicialmente constituída por **D. G. E.** e **M. A. G. E.**, tendo, como objeto social, o comércio varejista e atacadista de artigos ópticos, joalheria, bazar, acessórios, bijuterias, bolsas, artigos de confecções e vestuário.

Em 14.07.2011, houve aumento do capital social e ingresso de **R. A. E.** na sociedade, por certo, pai dos sócios (fls. 25/37). Na oportunidade, integralizou 97,84% do capital social com inúmeros bens imóveis – apartamentos, terrenos, área rural, um pavilhão industrial e salas comerciais -, localizados em Municípios distintos da sede da empresa, como (...). A propósito, o apartamento situado em Porto Alegre, e que é alvo do pedido de reconhecimento da imunidade fiscal, é aquele em que a sócia **D. G. E.** declara residência.

A mesma alteração contratual delegou a administração da empresa à esposa de **R. A. E.**, **C. L. G. E.** (fl. 33). Um ano após, a administração passou a ser exercida por **M. A. G. E.** (fl. 38).

No ano seguinte, mediante alteração contratual datada de 26.04.2013, **R. A. E.**, se retirou da sociedade, transferindo suas cotas aos sócios **D. G. E.** e **M. A. G. E.**, na proporção de 50% para cada um (fls. 45/51).

Ou seja, em um curto espaço de tempo, a sociedade retornou à composição societária inicial, porém, com acréscimo do patrimônio integralizado com os bens do sócio retirante. Vale dizer, **R. A. E.** ingressou



JAFc

Nº 70068958545 (Nº CNJ: 0106048-17.2016.8.21.7000)
2016/CÍVEL

na sociedade, transferiu seu patrimônio e se retirou, deixando a empresa novamente sob o comando e propriedade dos filhos.

Ocorre que não há, nos autos, qualquer prova ou evidência a indicar que, com o aumento do capital social e a incorporação dos bens ao seu patrimônio, houve crescimento da empresa. O que se pode verificar, pelos dados informados no voto divergente no Recurso de Ofício, é a redução gradual da receita anual da pessoa jurídica nos anos de 2011 e 2012, com visível queda no ano de 2013, datas em que se deu, respectivamente, o ingresso e retirada do sócio **R. A. E.** (fl. 64, verso).

Também não há qualquer demonstração de que os bens imóveis – especialmente o apartamento e os boxes de estacionamento situados (...), Porto Alegre/RS --, guardam relação com a atividade empresarial. Não custa reiterar que o objeto social é, primordialmente, a venda de jóias no estabelecimento situado em **Município/RS**. Aliás, conforme retratado nas notas fiscais juntadas à fl. 76 e seguintes. Nenhum dos imóveis que passou a compor o patrimônio da empresa parece ter relação com a atividade comercial desenvolvida. Em verdade, o próprio imóvel cujo reconhecimento de imunidade pretende a impetrante foi, desde sempre, utilizado em **proveito pessoal** da sócia **D. G. E.**

Convém frisar que não se está, aqui, a negar orientação recente do STF, segundo a qual, decorrendo a imunidade diretamente do texto constitucional, o contribuinte não estaria gozando de um favor fiscal, mas de uma garantia constitucional de maior envergadura, de modo que as presunções devem militar a seu favor, sendo ônus do fisco provar eventual desvio de finalidade (ARE 876253 ED/PR; Ag Reg no RE 759601/SP).

No caso, além de a espécie de ação ajuizada exigir prova pré-constituída do direito líquido e certo – de cujo ônus a impetrante não se desincumbiu --, a Fazenda Pública, nos autos do Recurso de Ofício, acabou



JAFc

Nº 70068958545 (Nº CNJ: 0106048-17.2016.8.21.7000)
2016/CÍVEL

trazendo dados e evidências que garantem a higidez do lançamento efetuado. Não obstante isso, essas evidências poderiam ser facilmente extraídas das próprias alterações contratuais, até mesmo a partir de uma interpretação incauta.

Tudo está a indicar, portanto, que a empresa, por meio de um planejamento tributário abusivo, procurou cobertura de uma norma constitucional que não lhe era adequada. Como destacado, a imunidade tributária foi constitucionalmente conferida em benefício exclusivo da pessoa jurídica.

Qualquer ação de gestão tributária voltada ao proveito pessoal dos sócios se desvia do planejamento aceitável, através do qual o contribuinte pode optar somente pelos caminhos que a legislação e sua finalidade permitem, e tangencia a combatível sonegação fiscal ou a evasão fiscal.

Constatado que a incorporação dos bens ao patrimônio da pessoa jurídica não atendeu à finalidade do art. 156, § 2º, I, da CF, com isso, ausente o direito líquido e certo da impetrante à imunidade fiscal, torna-se irrelevante qualquer consideração acerca dos demais pressupostos previstos nos arts. 36 e 37 do CTN ou mesmo na legislação municipal.

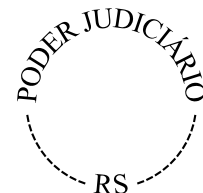
Do exposto, **NEGO PROVIMENTO** ao apelo.

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

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



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA



JAFc

Nº 70068958545 (Nº CNJ: 0106048-17.2016.8.21.7000)
2016/CÍVEL

DES. FRANCISCO JOSÉ MOESCH - Presidente - Apelação Cível nº
70068958545, Comarca de Porto Alegre: "DESPROVERAM O APELO.
UNÂNIME."

Julgador(a) de 1º Grau: JOAO PEDRO CAVALLI JUNIOR