



MUNICÍPIO DE CRICIÚMA
PROCESSO CONTENCIOSO TRIBUTÁRIO
AUTORIDADE JULGADORA DE PRIMEIRA INSTÂNCIA

PROCESSO nº: 0643715 (apenso 482578)

IMPUGNANTE: De March, Participações e Representações Ltda

OBJETO: ITBI – integralização do capital – preponderância da atividade – RE 796.376/SC

DECISÃO

1. RELATÓRIO

Trata-se de impugnação oferecida por De March, Participações e Representações Ltda, contra a decisão fiscal proferida no processo administrativo n. 482578 que indeferiu o pedido de imunidade de ITBI (art. 156, § 2º, I, da CF), sobre 44 imóveis recebidos a título de integralização do capital social, face à preponderância das atividades da pessoa jurídica ser de locação de imóveis.

Argumenta a impugnante que o STF, no julgamento do RE 796.376/SC (Tema 796), fixou o entendimento de que o direito à imunidade do ITBI no caso de transferência de bem em integralização de capital é incondicionada, pois, a exceção prevista no art. 156, § 2º, I, da CF somente se refere à transmissão de bens ou direitos decorrentes de fusão, incorporação, cisão ou extinção de pessoa jurídica.

Com base nisso, requereu o acolhimento da impugnação oposta para ver reconhecido o seu direito de não incidência do ITBI na transferência a título de integralização de capital dos imóveis integralizados.



MUNICÍPIO DE CRICIÚMA
PROCESSO CONTENCIOSO TRIBUTÁRIO
AUTORIDADE JULGADORA DE PRIMEIRA INSTÂNCIA

Encaminhada as razões de impugnação ao autor do ato impugnado para revisão ou apresentação de réplica (art. 143 do Código Tributário Municipal – LC nº 287/2018), restou mantido o indeferimento do pedido.

Sobreveio, então, o expediente para julgamento em 1ª instância.

É o relatório.

Passo a decidir.

2. DA FUNDAMENTAÇÃO

Dispõe o art. 156, § 2º, I, da Constituição Federal ao tratar da não incidência do ITBI que:

Art. 156. (...)

§ 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;***

(Grifamos)

Segundo Sacha Calmon Navarro Coelho¹: *“Em todos esses casos, os bens imóveis são transmitidos sem a incidência do ITBI, salvo se os adquirentes tiverem por atividade preponderante – conceito fixado em lei complementar ou, mais*

¹ (COELHO, Sacha Calmon N. Curso de Direito Tributário Brasileiro. Grupo GEN, 2019. p. 237, E-book. ISBN 9788530988357. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530988357/>. Acesso em: 09 set. 2022).



MUNICÍPIO DE CRICIÚMA
PROCESSO CONTENCIOSO TRIBUTÁRIO
AUTORIDADE JULGADORA DE PRIMEIRA INSTÂNCIA

especificamente, pelo art. 37, §§ 1º e 2º, do CTN – a compra e venda de bens imóveis ou de direitos a eles relativos ou a locação de bens imóveis lato sensu.”

Por sua vez, o Código Tributário Nacional, prevê, em seu art. 36, que não incide ITBI (I) quando efetuada para sua incorporação ao patrimônio de pessoa jurídica em pagamento de capital nela subscrito e (II) quando decorrente da incorporação ou da fusão de uma pessoa jurídica por outra ou com outra; ressalvada, em ambas as hipóteses, o disposto no art. 37, o qual prevê a não incidência do imposto 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.

*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.

(Grifamos)

*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 subseqüentes à aquisição, decorrer de transações mencionadas neste artigo.



MUNICÍPIO DE CRICIÚMA
PROCESSO CONTENCIOSO TRIBUTÁRIO
AUTORIDADE JULGADORA DE PRIMEIRA INSTÂNCIA

§ 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**.*

(Grifamos)

Veja-se que, o conceito de “atividade preponderante” já vinha descrito no CTN, segundo o qual o reconhecimento da imunidade é condicionado à verificação da atividade preponderante da pessoa jurídica adquirente.

A previsão contida no Código Tributário municipal (LC 259/2017), à época, é no mesmo sentido do regramento aplicável, como se denota da leitura do art. 2º, *in verbis*:

Art. 2º O imposto não incide:

I - sobre a transmissão de bens ou direitos incorporados ao patrimônio de pessoa jurídica em realização de capital e a transmissão de bens ou direitos decorrentes de fusão, incorporação, cisão ou extinção de pessoa jurídica, salvo se, nestes casos, a atividade preponderante do adquirente for a compra e venda destes bens ou direitos, locação de bens imóveis ou arrendamento mercantil;

(...)

§ 1º Considera-se caracterizada a preponderância descrita no inciso I, quando mais de cinquenta por cento da receita operacional da pessoa jurídica adquirente dos bens ou direitos decorrer da compra e venda destes bens ou direitos, da locação de bens imóveis ou de arrendamento mercantil.

§ 2º Para apuração da preponderância descrita no parágrafo anterior, considerar-se-á:



MUNICÍPIO DE CRICIÚMA
PROCESSO CONTENCIOSO TRIBUTÁRIO
AUTORIDADE JULGADORA DE PRIMEIRA INSTÂNCIA

a) para pessoa jurídica nova ou com menos de vinte e quatro meses de início de atividades, as receitas operacionais auferidas nos trinta e seis meses posteriores à data da transmissão; e

b) para pessoa jurídica em atividade há mais de vinte e quatro meses, as receitas operacionais auferidas nos vinte e quatro meses anteriores e nos vinte e quatro posteriores à data da transmissão.

(...)”

Esse, aliás, sempre foi o entendimento dos tribunais pátrios:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. ITBI. ISENÇÃO. **TRANSMISSÃO DE BENS E DIREITOS INCORPORADOS AO CAPITAL SOCIAL DE PESSOA JURÍDICA. EXCEÇÃO. ATIVIDADE IMOBILIÁRIA PREPONDERANTE.** NECESSIDADE DE CUMULAÇÃO POR QUATRO ANOS. INTERPRETAÇÃO LITERAL. RECURSO ESPECIAL NÃO PROVIDO. 1. Não incide ITBI sobre a transmissão de bens ou direitos incorporados ao patrimônio de pessoa jurídica em realização de capital, 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. 2. Considera-se caracterizada a atividade preponderante quando mais de 50% da receita operacional da pessoa jurídica adquirente, nos 2 anos anteriores e nos 2 anos subsequentes à aquisição, decorrer de transações de venda ou locação de propriedade imobiliária ou a cessão de direitos relativos à sua aquisição. 3. O CTN prevê que a legislação tributária que disponha sobre isenção deve ser interpretada literalmente (art. 111). O legislador expressou a ideia de adição/soma, para definir o conceito de atividade preponderante para fins de imunidade de ITBI, não cabendo aos interpretes da lei ampliar/restringir o seu conceito. 4. Portanto, para que a atividade não seja considerada preponderante, é necessária a demonstração de que em todos os quatro anos, nos dois anos anteriores e nos dois subsequentes à operação de integralização do capital social, não houve a obtenção de receita operacional majoritariamente proveniente de fontes relacionadas a atividade imobiliária. 5. No caso em exame, os balanços dos anos de 2004 e 2005 demonstram a preponderância das receitas de atividades mobiliárias - o que é, inclusive, admitido pela recorrente -, o que afasta, por si só, a pretensão da imunidade tributária pretendida. 6. A atividade preponderante se caracteriza quando mais de 50% da receita operacional da adquirente, nos dois anos anteriores e nos dois anos subsequentes à aquisição, decorre de transações imobiliárias, de



MUNICÍPIO DE CRICIÚMA
PROCESSO CONTENCIOSO TRIBUTÁRIO
AUTORIDADE JULGADORA DE PRIMEIRA INSTÂNCIA

modo que, quaisquer transações imobiliárias que gerem receitas à adquirente, próprias ou não, devem ser levadas em consideração para efeitos da análise da atividade preponderante, não se restringindo às transações realizadas pela própria adquirente. 7. Conforme constou da decisão recorrida, a fiscalização concluiu que em 2004 e 2005 mais de metade do faturamento da empresa, nos dois períodos, resultou de atividade imobiliária, além de, em 2006 e 2007, ter receitas preponderantes de participação no resultado de controladas, cujos objetivos sociais são as mesmas atividades impeditivas ao reconhecimento da imunidade. 8. Portanto, a atividade preponderante restou evidenciada, diretamente e mediante participação em empresas controladas, com atividades da mesma natureza, o que impede a concessão da imunidade. 9. Recurso especial não provido. (STJ - REsp: 1336827 RS 2012/0161122-7, Relator: Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, Data de Julgamento: 19/11/2015, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 27/11/2015)

(Grifamos)

APELAÇÃO CÍVEL EM MANDADO DE SEGURANÇA. TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE A TRANSMISSÃO DE BENS IMÓVEIS "INTER VIVOS" (ITBI). IMÓVEIS TRANSFERIDOS AO PATRIMÔNIO DE PESSOA JURÍDICA NO ATO DE SUA CONSTITUIÇÃO PARA INTEGRALIZAÇÃO DE QUOTA SOCIAL. SOCIEDADE EMPRESÁRIA QUE POSSUI EM SEU OBJETO SOCIAL ATIVIDADES RELACIONADAS À ADMINISTRAÇÃO, À LOCAÇÃO E À COMPRA E VENDA DE IMÓVEIS. INCIDÊNCIA CONFIRMADA. RECURSO NÃO PROVIDO. MANUTENÇÃO DA DECISÃO. As sociedades empresárias gozam de imunidade tributária quanto ao Imposto de Transmissão de Bens Imóveis "Inter Vivos" (ITBI) incidente sobre o valor de bens ou direitos a ela transmitidos, para incorporação ao seu patrimônio, em virtude de integralização de quotas do capital social, até o montante respectivo, salvo se sua atividade preponderante for a compra e venda desses bens ou direitos, locação de bens imóveis ou arrendamento mercantil (CF/88, art. 156, § 2º, I), hipótese em que o imposto é devido. Ausente a prova de que a atividade preponderante da empresa não advém da administração e da compra e venda de imóveis, torna-se desnecessário aguardar o prazo de três anos previsto no art. 37, § 2º, do CTN, que se dirige aos casos em que a referida atividade preponderante não se encontra descrita no contrato social e há dúvida sobre o exercício dela. (TJ-SC - AC: 00080965420118240008



MUNICÍPIO DE CRICIÚMA
PROCESSO CONTENCIOSO TRIBUTÁRIO
AUTORIDADE JULGADORA DE PRIMEIRA INSTÂNCIA

Blumenau 0008096-54.2011.8.24.0008, Relator: Jaime Ramos, Data de Julgamento: 13/11/2018, Terceira Câmara de Direito Público)

(Grifamos)

APELAÇÃO CÍVEL EM MANDADO DE SEGURANÇA. TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE TRANSMISSÃO DE BENS IMÓVEIS INTER VIVOS (ITBI). TRANSFERÊNCIA NO ATO CONSTITUTIVO DE SOCIEDADE LIMITADA. **INTEGRALIZAÇÃO DO CAPITAL SOCIAL. CLÁUSULA CONTRATUAL QUE INDICA COMO OBJETO SOCIAL ATIVIDADES RELACIONADAS AO MERCADO IMOBILIÁRIO. ATIVIDADE PREPONDERANTE INEQUÍVOCA.**

IMUNIDADE TRIBUTÁRIA PREVISTA NO ART. 156, § 2º, INCISO I, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL INDEVIDA. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO E DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA. ORDEM DENEGADA. RECURSO DESPROVIDO."As sociedades empresárias gozam de imunidade tributária quanto ao Imposto de Transmissão de Bens Imóveis 'Inter Vivos' (ITBI) incidente sobre o valor de bens ou direitos a ela transmitidos, para incorporação ao seu patrimônio, em virtude de integralização de quotas do capital social, até o montante respectivo, salvo se sua atividade preponderante for a compra e venda desses bens ou direitos, locação de bens imóveis ou arrendamento mercantil (CF/88, art. 156, § 2º, I), hipótese em que o imposto é devido. Ausente a prova de que a atividade preponderante da empresa não advém da administração e da compra e venda de imóveis, torna-se desnecessário aguardar o prazo de três anos previsto no art. 37, § 2º, do CTN, que se dirige aos casos em que a referida atividade preponderante não se encontra descrita no contrato social e há dúvida sobre o exercício dela". (TJSC, Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 2015.082151-0, de Gaspar, rel. Des. Jaime Ramos, j. 28-01-2016). (TJSC, Apelação Cível n. 0006807-90.2014.8.24.0005, de Balneário Camboriú, rel. Des. Vera Lúcia Ferreira Copetti, Quarta Câmara de Direito Público, j. 13-07-2017).

(Grifamos)

DIREITO TRIBUTÁRIO - ITBI - IMUNIDADE - **INTEGRALIZAÇÃO DE CAPITAL SOCIAL - NÃO INCIDÊNCIA QUE NÃO SE ESTENDE À EMPRESA DEDICADA À VENDA E À LOCAÇÃO DE IMÓVEIS.** O art. 156, § 2º, I, da Constituição criou imunidade do ITBI sobre a "a



MUNICÍPIO DE CRICIÚMA
PROCESSO CONTENCIOSO TRIBUTÁRIO
AUTORIDADE JULGADORA DE PRIMEIRA INSTÂNCIA

transmissão de bens ou direitos incorporados ao patrimônio de pessoa jurídica em realização de capital". Essa não incidência, porém, não se aplica a sociedade empresária que exerça atividade imobiliária sobre os bens incorporados. É o que consta da segunda parte do mencionado dispositivo: "(...) 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 jurisprudência das Câmaras de Direito Público deste Tribunal vai no mesmo sentido. Recurso desprovido. (TJ-SC - AI: 40051481720198240000 Balneário Camboriú 4005148-17.2019.8.24.0000, Relator: Hélio do Valle Pereira, Data de Julgamento: 16/05/2019, Quinta Câmara de Direito Público)

(Grifamos)

Na situação presente, a empresa não nega que a preponderância de suas atividades sejam oriundas de locação de bens imóveis. O que almeja é a aplicação ao caso concreto do RE 796.376/SC, julgado em sede de repercussão geral (Tema 796), no qual, segundo alega, a Corte Superior teria firmado o entendimento no sentido de que a imunidade prevista para o ITBI independente da verificação da preponderância da atividade ser de natureza imobiliária, pois, está seria incondicionada.

A tese fixada no Tema 796 restou, assim, transcrita: *“A imunidade em relação ao ITBI, prevista no inciso I do § 2º do art. 156 da Constituição Federal, não alcança o valor dos bens que exceder o limite do capital social a ser integralizado”*.

Ocorre que a verificação da atividade preponderante para fins de concessão de imunidade do ITBI na integralização de imóvel ao capital social, não se enquadra na hipótese discutida no RE 796.376/SC, sendo tratado apenas reflexamente. Tanto é assim que a previsão contida no art. 37 do CTN não foi declarada inconstitucional.

As colocações do Ministro Alexandre de Moraes acerca da atividade preponderante foram expostas apenas da fundamentação da decisão. Contudo, os motivos determinantes da decisão (*ratio decidendi*) não possuem efeito vinculante; isso



MUNICÍPIO DE CRICIÚMA
PROCESSO CONTENCIOSO TRIBUTÁRIO
AUTORIDADE JULGADORA DE PRIMEIRA INSTÂNCIA

porque o STF não admite a teoria dos efeitos transcendentais, sendo que somente o dispositivo possui efeito vinculante (STF. Plenário. Rcl 8168/SC, rel. orig. Min. Ellen Gracie, red. p/ o acórdão Min. Edson Fachin, julgado em 19/11/2015).

Vale registrar que a diferenciação entre a questão definida no RE n. 796.376/SC e o tema da atividade preponderante para fins de concessão da imunidade do ITBI na integralização de capital social com imóvel – situação do caso presente – já foi até mesmo objeto de manifestação do próprio STF:

“(…)

Inicialmente, registro que esta Corte, no RE-RG 796.376 (Tema 796), fixou a tese de que a imunidade em relação ao ITBI, prevista no inciso I do § 2º do art. 156 da Constituição Federal, não alcança o valor dos bens que exceder o limite do capital social a ser integralizado.

Eis o teor desse dispositivo:

Art. 156. Compete aos Municípios instituir impostos sobre: (...)

§ 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 (...).”

Na ocasião, o redator para o acórdão, Min. Alexandre de Moraes, assentou que as hipóteses excepcionais inscritas no dispositivo não se referem à imunidade prevista na primeira parte do dispositivo. Consignou ainda que esta é incondicionada, desde que, por óbvio, refira-se à conferência de bens para integralizar capital subscrito.

Nesses termos, verifico que a questão dos autos trata de tema diverso, tendo em vista que discute a viabilidade da extensão da imunidade tributária do ITBI para pessoas jurídicas cujas atividades preponderantes sejam a locação e compra e venda de imóveis,



MUNICÍPIO DE CRICIÚMA
PROCESSO CONTENCIOSO TRIBUTÁRIO
AUTORIDADE JULGADORA DE PRIMEIRA INSTÂNCIA

situação que encontra vedação constitucional, como se depreende do dispositivo constitucional acima transcrito.

(...)

(STF - ARE: 1359917 SP, Relator: GILMAR MENDES, Data de Julgamento: 05/07/2022, Data de Publicação: 07/07/2022)

(Grifamos)

Denota-se da decisão supra que o Ministro Relator Gilmar Mendes ao fazer a diferenciação reforça até mesmo a vedação constitucional da imunidade do ITBI para pessoas jurídicas cuja preponderância das atividades seja de locação e compra e venda de imóveis.

Julgados do STJ caminham no mesmo sentido:

“(...) Por fim, sem razão a parte apelante quando pretende aplicar ao caso o [RE 796376/SC](#) julgado em sede de repercussão geral, pois este tratou de questão diversa da analisada nos autos. Para melhor elucidar, transcrevo a tese fixada no referido julgado (Tema 796): "A imunidade em relação ao ITBI, prevista no inciso I do § 2º do art. 156 da Constituição Federal, não alcança o valor dos bens que exceder o limite do capital social a ser integralizado". De observar que as colocações do Min. Alexandre de Moraes citadas pela parte apelante, acerca da atividade preponderante da empresa, se deram ad argumentandum tantum e nada tem a ver com a tese fixada, inexistindo qualquer obrigatoriedade de aplicação à título de repercussão geral, de argumentos proferidos a latere.

(...)

A questão controvertida no presente recurso não se enquadra na hipótese tratada no [RE 796.376](#) (Tema 7961) o qual firmou a tese de que “A imunidade em relação ITBI, prevista no inciso I do § 2º do art. 156 da Constituição Federal, não alcança o valor dos bens que exceder o limite do capital social a ser integralizado”. Isso porque, a controvérsia diz respeito à análise da preponderância da atividade societária, dado que o ITBI “não incide sobre a transmissão de bens ou direitos incorporados ao patrimônio de pessoa jurídica em realização de capitais, nem sobre a transmissão de bens ou direitos decorrentes de fusão, incorporação, cisão ou extinção de pessoa jurídica, salvo se, nesses casos,



MUNICÍPIO DE CRICIÚMA
PROCESSO CONTENCIOSO TRIBUTÁRIO
AUTORIDADE JULGADORA DE PRIMEIRA INSTÂNCIA

a atividade preponderante do adquirente for a compra e venda desses bens ou direitos, locação de bens imóveis ou arrendamento mercantil” (...)

(STJ - AREsp: 1999728 RS 2021/0322174-7, Relator: Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, Data de Publicação: DJ 11/03/2022)

(Grifamos)

Ainda,

“(...) A irresignação não merece conhecimento.

Na origem, trata-se de Execução Fiscal ajuizada pela parte ora agravada, no bojo da qual foi acolhida exceção de pré-executividade para reconhecer a imunidade tributária relativa ao ITBI na incorporação de imóvel para integralização de capital social da pessoa jurídica.

Em sede de apelação o Tribunal local reformou a sentença. Daí a interposição do presente Recurso Especial.

O tema tratada no presente caso foge à competência deste Superior Tribunal de Justiça por possuir nítido caráter constitucional.

Vejamos, para melhor contextualização a transcrição do acórdão recorrido:

"O recurso deve ser conhecido, porquanto satisfeitos os requisitos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade.

Na esteira da jurisprudência desta Corte, firmou-se o entendimento no sentido de que a norma imunizante do art. 156, § 2º, I, da CRFB/88, não é ampla, geral e irrestrita.

O imposto sobre a transmissão de bens imóveis (ITBI) não incide nos casos de imóveis incorporados ao patrimônio de pessoa jurídica para a integralização de capital social, desde que a atividade preponderante do adquirente não seja a compra e venda desses bens ou direitos, a locação de bens móveis ou arrendamento mercantil. De acordo com o texto constitucional:

(...)



MUNICÍPIO DE CRICIÚMA
PROCESSO CONTENCIOSO TRIBUTÁRIO
AUTORIDADE JULGADORA DE PRIMEIRA INSTÂNCIA

Com efeito, a simples leitura do contrato social da apelada evidencia que tem por objeto social a incorporação e administração de imóveis próprio; a compra e venda de imóveis próprios; o aluguel de imóveis próprios; a corretagem na compra e venda e avaliação de imóveis; a corretagem no aluguel de imóveis; e a participação em outras sociedades, o que, de rigor, afasta a pretendida imunidade.

Assim, não há como ilidir a presunção originada pela disposição contratual. Além da inequívoca atividade preponderante de Izi Imóveis Ltda.-relacionada ao mercado imobiliário -, não há como deixar de reconhecer que o pedido foi deduzido em sede de exceção de pré-executividade, cuja cognição é bastante restrita, relativamente às matérias de ordem pública, assim como fatos modificativos ou extintivos do direito do exequente comprovados de plano, sem necessidade de dilação probatória. Em contrarrazões, a apelada ainda afirma que não teve receita operacional no período, circunstância que, no seu entender, 'não leva à presunção de que a empresa tinha como objeto preponderante a imobiliária'. Sem razão, contudo. A ausência de receita operacional na verdade impossibilita a concessão da imunidade, sob pena de desvio de finalidade da regra imunizante, que tem por objetivo justamente fomentar a atividade econômica. (...)

Por oportuno, tudo indica que também não exerce influencia sobre o caso atese definida pelo STF no RE 796.376/SC, leading case do TEMA 796/STF, cujo acórdão restou ementado nos seguintes termos:

(...)

O caso comporta distinção essencial em relação à tese definida na parte dispositiva do RE 796.376/SC, com conclusão bastante específica a respeito da imunidade do ITBI incidente ou não sobre o valor dos bens que exceder o limite do capital social a ser integralizado. Diferentemente, na hipótese, pretende-se discutir se a imunidade do ITBI decorrente de integralização de imóvel no capital social está condicionada (ou não) à atividade preponderante da pessoa jurídica, como visto, de encontro à jurisprudência desta Corte. Reformada a sentença que acolheu a exceção de pré-executividade para extinguir a fiscal, os autos devem retornar à origem, com a retomada do iter processual"

Dessa forma, para não incorrer em usurpação da competência conferida ao STF pela Constituição Federal, com fulcro no art. 253, parágrafo único, II, a, do RISTJ, conheço do Agravo, para não conhecer do Recurso Especial. (STJ - AREsp: 2032117 SC



MUNICÍPIO DE CRICIÚMA
PROCESSO CONTENCIOSO TRIBUTÁRIO
AUTORIDADE JULGADORA DE PRIMEIRA INSTÂNCIA

2021/0381340-4, Relator: Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, Data de Publicação: DJ 23/05/2022).

Em igual sentido, vem se manifestando a jurisprudência dos Tribunais inferiores:

AGRAVO DE INSTRUMENTO – Mandado de segurança – ITBI – Autos de infração - Aquisição de imóvel em realização de capital social – Decisão que indeferiu liminar. Alegada imunidade. Benefício indeferido por ausência de prova quanto à atividade preponderante da sociedade. Matéria que exige exame acurado dos documentos juntados aos autos. **Julgamento do RE 796.376/SC que se restringiu ao alcance da imunidade quando o valor do bem imóvel exceder o limite do capital social a ser integralizado e não à inexigibilidade de prova da atividade preponderante.** Precedente desta Câmara. Recurso não provido. (TJ-SP - AI: 21758466520218260000 SP 2175846-65.2021.8.26.0000, Relator: João Alberto Pezarini, Data de Julgamento: 30/03/2022, 14ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 30/03/2022)

(Grifamos)

APELAÇÃO – Ação anulatória - ITBI - Auto de infração – Intimação via eletrônica (DEC)– Validade – Contribuinte ciente de que o protocolo de inscrição no CCM implicava credenciamento automático no DEC (art. 2º, - Instrução normativa 14/2015)- Aquisição de imóvel em realização de capital social – Alegada imunidade - Benefício indeferido por ausência de prova quanto à atividade preponderante da sociedade - Documentação acostada aos autos comprobatória da ausência de atividade de venda e locação de bens imóveis. **Empresa que faz jus à imunidade prevista no art. 156, da CF - RE 796.376/SC (Tema 796) que trata da tese do alcance da imunidade quando o valor do bem imóvel exceder o limite do capital social a ser integralizado e não à inexigibilidade de prova da atividade preponderante.** Recurso da autora provido e desprovido o do Município. (TJ-SP - AC: 10071311520218260053 SP 1007131-15.2021.8.26.0053, Relator: João Alberto Pezarini, Data de Julgamento: 13/04/2022, 14ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 13/04/2022)

(Grifamos)



MUNICÍPIO DE CRICIÚMA
PROCESSO CONTENCIOSO TRIBUTÁRIO
AUTORIDADE JULGADORA DE PRIMEIRA INSTÂNCIA

JUÍZO DE RETRATAÇÃO. **TEMA 796 DO STF (RE 796.376/SC). INAPLICABILIDADE.** APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA CUMULADA COM REPETIÇÃO DE INDÉBITO. ITBI. INCORPORAÇÃO SOCIETÁRIA. INTEGRALIZAÇÃO DA TOTALIDADE DOS BENS. IMUNIDADE. DESCABIMENTO. PARÁGRAFO § 4º DO ART. 37 DO CTN QUE NÃO PRESCINDE DA ANÁLISE DA ATIVIDADE PREPONDERANTE DA EMPRESA. **O caso dos autos não se enquadra no Tema 796 do STF (RE 796.376/SC), não se tratando de discussão a respeito da incidência do ITBI sobre o valor excedente ao limite do capital social integralizado, mas sim, de pedido de imunidade tributária em face da transmissão da totalidade do patrimônio da pessoa jurídica alienante.** Hipótese em que a empresa autora, propositalmente, não juntou aos autos documentos contábeis que pudessem demonstrar sua atividade preponderante, uma vez que a tese sustentada é a de que a não incidência do ITBI no caso em análise, não está baseada na atividade da empresa incorporanda, mas sim no fato de que a incorporação foi da totalidade dos bens da empresa incorporada. Entende ser aplicável à espécie, o disposto no art. 37, § 4º, do CTN. O § 4º do art. 37 do CTN deve ser analisado em conjunto com o disposto no art. 156, inc. II, § 2º da Constituição Federal, sob pena de conflito de normas de hierarquias distintas. O disposto no art. 37 do Código Tributário fixa critérios para verificar se a atividade preponderante da empresa é a venda ou locação de propriedade imobiliária ou a cessão de direitos relativos à sua aquisição. Dentro deste contexto, o aventado § 4º apenas excepciona a incidência do imposto sobre o valor obtido com a venda ou locação de bens ou direitos transmitidos em conjunto com a totalidade do patrimônio da pessoa jurídica alienante, devendo ser excluídos tais bens ou direitos do cálculo da receita operacional da adquirente, para fins de verificação de sua atividade preponderante. Não trata, pois, de hipóteses de imunidade já fixadas na Constituição Federal e no art. 36 do CTN, mas apenas de critérios a serem estabelecidos acerca da atividade da pessoa jurídica adquirente, não encerrando norma autônoma sobre a imunidade do ITBI, como pretende a apelante. Em outras palavras, o dispositivo de lei citado, não dispensa a análise da atividade exercida pela empresa, sob pena de conflitar com o art. 156, § 2º, da CF, que lhe é superior. Conceder o pleito da recorrente equivaleria reconhecer a inexigibilidade de ITBI em todos os casos de incorporação de empresas, em afronta ao comando constitucional. Na hipótese, haveria colidência, inclusive, com os parágrafos anteriores do próprio art. 37 do CTN, posto que é da apuração da atividade preponderante que trata referida norma, e não das hipóteses de imunidade do ITBI. De observar, a irrelevância da



MUNICÍPIO DE CRICIÚMA
PROCESSO CONTENCIOSO TRIBUTÁRIO
AUTORIDADE JULGADORA DE PRIMEIRA INSTÂNCIA

análise da preponderância das atividades só tem lugar nos casos em que o objeto social da pessoa jurídica seja, exclusivamente, a locação e a compra e venda de bens imóveis, já que toda sua atividade se enquadra nas exceções previstas no art. 156, inc. II, § 2º da CF. Neste caso, resta definido, de plano, a incidência do imposto sobre os bens incorporados, uma vez que a imunidade não alcança tais atividades. Com efeito, perquirir a preponderância da atividade da sociedade somente se faz necessário nas hipóteses em que o objeto social é múltiplo, sendo este o caso da empresa recorrente. Cumpria, pois, à apelante demonstrar que nos 02 anos anteriores e nos 02 anos subsequentes à aquisição, sua receita operacional com atividades de venda ou locação de propriedade imobiliária ou cessão de direitos relativos à sua aquisição, não superou 50%. Mas desta prova não se desincumbiu. De ressaltar, que a apuração de referido percentual sobre a receita operacional haveria de ser feita em cada um dos exercícios e não em conjunto. EM JUÍZO DE RETRATAÇÃO, MANTIVERAM O NÃO PROVIMENTO DO APELO. (TJ-RS - AC: 00184078320198217000 FARROUPILHA, Relator: Lúcia de Fátima Cerveira, Data de Julgamento: 22/06/2022, Segunda Câmara Cível, Data de Publicação: 12/07/2022)

(Grifamos)

EMENTA: 156, § 2º, CF - INTEGRALIZAÇÃO DA CAPITAL SOCIAL DE SOCIEDADE EMPRESÁRIA - IMÓVEIS - **TEMA 796 DO STF - INAPLICABILIDADE - ATIVIDADE PREPONDERANTE DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEIS - EXCEÇÃO EXPRESSA REGRA CONSTITUCIONAL** - RECURSO PROVIDO. 1. Nos exatos termos do art. 156, § 2º, da Constituição Federal, o ITBI 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 da adquirente for a compra e venda desses bens ou direitos, locação de bens imóveis ou arrendamento mercantil. 2. A alteração do objeto social da sociedade empresária posterior ao lançamento do imposto não possui o condão de eximir a responsabilidade pela obrigação tributária. 3. Constatado que a atividade empresarial da sociedade empresária envolve a compra e venda de imóveis, não lhe assiste direito à imunidade tributária ao ITBI, constitucionalmente prevista.> (TJ-MG - AC: 10148160025539004 Lagoa Santa, Relator:



MUNICÍPIO DE CRICIÚMA
PROCESSO CONTENCIOSO TRIBUTÁRIO
AUTORIDADE JULGADORA DE PRIMEIRA INSTÂNCIA

Armando Freire, Data de Julgamento: 09/11/2021, Câmaras Cíveis /
1ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 18/11/2021)

(Grifamos)

Em razão da distinção (*distinguishing*) do presente caso com o julgamento do RE 796.376/SC (Tema 796), do disposto no art. 37 do CTN, no art. 2º da Lei Complementar Municipal nº 259/2017, vigente à época, e no art. 2º da Lei Complementar Municipal nº 287/2018, não há como acolher a impugnação da empresa.

3. DECISÃO

Ante todo o exposto, decido pelo conhecimento e **improcedência da impugnação** oposta.

Notifique-se o impugnante do resultado desta decisão primeira, nos termos dos arts. 149 e 150 da LC 287/2018.

Criciúma - SC, 14 de setembro de 2022.

FERNANDA WÜLFING,
Julgadora de Primeira Instância
Matrícula Funcional nº 56.790
(Procuradora do Município)