

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.429.154 - RS (2019/0008845-4)

RELATOR : MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES
AGRAVANTE : NTMQP CONSULTORIA E GESTAO S.A. EM LIQUIDACAO EM LIQUIDACAO
ADVOGADOS : RAQUEL HECK MARIANO DA ROCHA - RS053985
THOMÁS SOARES ZUCCHETTI E OUTRO(S) - RS107037
AGRAVADO : MUNICÍPIO DE PORTO ALEGRE
PROCURADOR : FERNANDO VICENZI E OUTRO(S) - RS049701

EMENTA

PROCESSO CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO N. 3/STJ. ITBI. IMUNIDADE. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DO ACÓRDÃO. INVIABILIDADE DE SE ANALISAR EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. AGRAVO CONHECIDO PARA NÃO CONHECER DO RECURSO ESPECIAL.

DECISÃO

Trata-se de agravo de decisão que não admitiu recurso especial de NTMQP Consultoria e Gestão LTDA, fundado nas alíneas "a" e "c" do permissivo constitucional e interposto contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, assim ementado:

APELAÇÃO CÍVEL. TRIBUTÁRIO MUNICIPAL. ITBI. SOCIEDADE. CAPITAL SOCIAL. REALIZAÇÃO MEDIANTE A TRANSFERÊNCIA DE IMÓVEIS. INATIVIDADE DURANTE O PERÍODO DE OBSERVAÇÃO PARA FINS DE IMUNIDADE DO ITBI.

1. OBSERVÂNCIA DA ATIVIDADE PREPONDERANTE EM TODAS AS HIPÓTESES DE ENTRADA E DE SAÍDA DE IMÓVEL Quando o art. 156, § 2º, I, da CF, excepciona a incidência de ITBI, a fim de excluí-lo da realização de capital social/de pessoa jurídica (entrada do imóvel), bem assim da fusão, incorporação, cisão ou extinção da pessoa jurídica (saída do imóvel), manda que seja observada a atividade preponderante sempre que a adquirente tiver por objeto a compra e venda de imóveis ou direitos, a locação de imóveis ou operações de leasing imobiliário. Parcial reconsideração do relator para se alinhar à doutrina e jurisprudência.

2. CONCEITO DE ATIVIDADE PREPONDERANTE 2.1 - A expressão atividade preponderante, utilizada pela Constituição/88, já estava conceituada no art. 37 no CTN: (a) incide ITBI se a adquirente, seja na integralização de capital, seja na fusão, incorporação, cisão ou extinção, tiver como atividade preponderante a compra e venda de imóveis ou direitos, a locação de imóveis ou operações de leasing imobiliário, assim entendida quando mais de metade da receita operacional se origina em tais atos; (b) a adquirente decai da imunidade (rectius, não incidência), se nos dois anos anteriores e nos dois posteriores a receita operacional com operações de tais origens ultrapassar o limite; (c) quando a adquirente inicia a atividade a partir da aquisição ou iniciou-a há menos de dois anos,

o limite da receita operacional é verificado nos três subsequentes.

2.2 - Quando expedida Certidão de Imunidade de ITBI, na realidade o fato gerador fica sob condição resolutiva, pois depende sempre da observância da atividade preponderante pelo menos no período subsequente, o qual, dependendo da situação, pode ser de dois ou de três anos.

3. ATIVIDADE PREPONDERANTE PRESSUPÕE EFETIVA OPERAÇÃO 3.1 -A expressão constitucional atividade preponderante por si só se opõe à ideia de inatividade. Assim, quando a sociedade é constituída para comprar e vender imóveis ou direitos, locar imóveis ou realizar operações de leasing imobiliário, mas não entra em atividade ou fica em situação equivalente à inatividade para cumprir o triênio em relação à integralização do capital social para fins de imunidade do ITBI; ou quando, objetivando aumentá-lo, entra em hibernação, quer dizer, em inatividade ou situação equivalente, desde dois anos antes até dois após, para fins de cumprir o quadriênio, fica afastada a benesse tributária, pois o que se tem é inatividade preponderante, e não atividade preponderante. Em tal situação acontece mera transferência de imóvel, por decorrência ao desabrigo da não incidência de ITBI. Precedentes.

3.2 - Ademais, o objetivo do preceito constitucional é facilitar a mobilização de bens de raiz e sua posterior desmobilização na formação, transformação, fusão, cisão e extinção das sociedades, não embaraçando-as com o ITBI. Portanto, quando a sociedade não entra em atividade, ou hiberna ou entra em inatividade, ela burla a finalidade da norma constitucional, que é de facilitar/estimular as atividades empresariais, e consequentemente a economia como um todo.

4. CASO SUB JUDICE Sociedade que, tendo por objeto a locação de imóveis próprios, a compra e venda de imóveis e a realização de empreendimentos imobiliários, desde a constituição até o decurso do período de observação para fins de verificação da atividade preponderante, se manteve inativa. A inatividade não só é incompatível com a finalidade da norma constitucional da não incidência de ITBI, como não permite a aferição da atividade preponderante.

5. DISPOSITIVO Por maioria, apelação provida.

Opostos embargos de declaração, foram eles rejeitados.

No recurso especial, a recorrente alega, além do dissídio jurisprudencial, violação dos arts. 36 e 37 do CTN, aduzindo que não há previsão legal para afastar o direito à imunidade de ITBI.

Não houve contrarrazões.

Sobreveio juízo negativo de admissibilidade pela incidência da Súmula n. 7/STJ, bem como pela fundamentação constitucional do acórdão recorrido que inviabiliza o conhecimento do especial, restando prejudicada a análise do dissídio jurisprudencial suscitado.

Insurge-se a parte agravante contra essa decisão, afirmando que, ao contrário do que supõe o juízo de admissibilidade, o recurso especial possui condições de admissão.

Não houve contraminuta pela parte agravada.

É o relatório. Passo a decidir.

Inicialmente é necessário consignar que o presente recurso atrai a incidência do Enunciado Administrativo n. 3/STJ: "aos recursos interpostos com fundamento no CPC/2015 (relativos a decisões publicadas a partir de 18 de março de 2016) serão exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma do novo CPC".

A agravante impugnou o fundamento adotado na decisão de inadmissibilidade, razão pela qual, passo a análise do recurso especial.

A insurgência não merece prosperar.

Trata-se, na origem, de ação anulatória do auto de lançamento do ITBI. A parte sustenta que a concessão da imunidade é a regra nos casos de transmissão de imóveis em razão de integralização de capital social da sociedade empresária, apenas a afastando quando verificado o auferimento de mais de 50% de receitas operacionais oriundas de atividades imobiliárias.

Alega que não há receita operacional no caso concreto, não havendo, conseqüentemente, atividade preponderantemente imobiliária, atraindo o direito à imunidade de ITBI.

A despeito da argumentação do especial, a Corte *a quo* decidiu pela incidência do Tributo em virtude da inatividade empresarial no período de demonstração da atividade preponderante. Cito excerto do *decisum* (e-STJ fls. 429/430):

A expressão constitucional atividade preponderante por si só se opõe à ideia de inatividade. Para cumpri-la não significa apenas fazer constar formalmente como objeto social da pessoa jurídica certa atividade econômica, mas exercê-la efetivamente. É imprescindível que a empresa, que vem a ser a combinação inteligente dos fatores de produção, esteja em funcionamento efetivo.

Escreve Rubens Requião: "A empresa somente nasce quando se inicia a atividade sob a orientação do empresário. Dessa explicação surge nítida a ideia de que a empresa é essa organização dos fatores da produção, exercida, posta a funcionar, pelo empresário. Desaparecendo o exercício da atividade organizada do empresário desaparece, 'ipso facto', a empresa." E um pouco adiante: "Além disso, pode haver sociedade comercial sem empresa. Duas pessoas, por exemplo, juntam seus cabedais, formam o contrato social, e o registram na Junta Comercial. Eis aí a sociedade, e, enquanto estiver inativa, a empresa não surge." (Curso de Direito Comercial, Saraiva, 28ª ed., 2009, Vol. I, itens 34 e 36, pp. 59, 60-1).

Assim, quando a sociedade é constituída para comprar e vender imóveis ou direitos, locar imóveis ou realizar operações de leasing imobiliário, mas não entra em atividade ou fica em situação equivalente à inatividade para cumprir o triênio em relação à integralização do capital social para fins de imunidade do ITBI; ou quando, objetivando a benesse, entra em hibernação, quer dizer, em inatividade ou situação equivalente, desde dois anos antes até dois após, para fins de cumprir o quadriênio, há incidência do ITBI, pois o que se tem é inatividade preponderante, e não atividade preponderante.

Portanto, como se depreende deste trecho transcrito acima, os fundamentos que atraíram a incidência do tributo se baseiam na expressão constitucional "atividade preponderante". Logo, não prospera nesta via do recurso especial analisar possível violação a legislação infraconstitucional, enquanto o acórdão se escorou em tese constitucional.

Ilustrativamente:

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. MANDADO DE SEGURANÇA. ITBI. TRANSFERÊNCIA DE BENS PARA INTEGRALIZAÇÃO DE

CAPITAL SOCIAL DE PESSOA JURÍDICA. ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE ORIGEM QUE, À LUZ DAS PROVAS DOS AUTOS, CONCLUIU QUE O OBJETO SOCIAL DA RECORRENTE DEMONSTRA ATUAÇÃO NO MERCADO DE ALUGUEL DE IMÓVEIS. REEXAME DE PROVAS. INVIABILIDADE. SÚMULA 7/STJ. ACÓRDÃO BASEADO EM FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL. IMPOSSIBILIDADE DE APRECIÇÃO DA MATÉRIA, NO MÉRITO, EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL, SOB PENA DE USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA DO STF. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL PREJUDICADA. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

I. Agravo interno aviado contra decisão publicada em 28/08/2018, que julgara recurso interposto contra decisão publicado na vigência do CPC/2015.

II. Na origem, o Tribunal a quo, em autos de Mandado de Segurança, deu provimento à Remessa ex officio, a fim de denegar a ordem, ao fundamento de que a empresa ora agravante não teria direito à imunidade relativa ao Imposto sobre Transmissão de Bens Imóveis incidente sobre os bens incorporados ao patrimônio em realização de capital, porquanto, além de não haver iniciado suas atividades, seu objeto social contempla a locação de bens imóveis.

III. Considerando a fundamentação do acórdão objeto do Recurso Especial - no sentido de que o objeto social da empresa agravante aponta para a atuação no mercado de aluguel de imóveis -, os argumentos utilizados pela recorrente somente poderiam ter sua procedência verificada mediante o necessário reexame de matéria fática, não cabendo a esta Corte, a fim de alcançar conclusão diversa, reavaliar, em Recurso Especial, o conjunto probatório dos autos, em conformidade com a Súmula 7/STJ.

IV. O acórdão recorrido decidiu a controvérsia sob o enfoque eminentemente constitucional, ao asseverar, expressamente, que, à luz do disposto no art. 156, § 2º, I, da Constituição Federal, seriam imprescindíveis o efetivo exercício das atividades empresariais e a obtenção de receitas patrimoniais para o gozo da imunidade relativa ao ITBI, o que torna inviável a análise da questão, no mérito, em sede de Recurso Especial, sob pena de usurpação da competência do STF. Nesse sentido: STJ, REsp 1.730.401/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 19/11/2018; AgRg no REsp 1.511.646/RS, Rel. Ministra DIVA MALERBI (Desembargadora Federal convocada do TRF/3ª Região), SEGUNDA TURMA, DJe de 18/12/2015.

V. Na forma da jurisprudência, "a análise da divergência jurisprudencial fica prejudicada quando a tese sustentada já foi afastada no exame do Recurso Especial pela alínea 'a' do permissivo constitucional" (STJ, AgInt no AREsp 912.838/BA, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 03/03/2017). Nesse sentido: STJ, AgInt no AgRg no AREsp 317.832/RJ, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, DJe de 13/03/2018; AgInt no AREsp 830.888/SC, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, DJe de 29/09/2017.

VI. Agravo interno improvido.

(AgInt no AREsp 1336834/RS, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 11/12/2018, DJe 17/12/2018)

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. VIOLAÇÃO DO ART. 1.022 DO CPC/2015 NÃO CONFIGURADA. ITBI. BENS INCORPORADOS

AO PATRIMÔNIO DA PESSOA JURÍDICA PARA INTEGRALIZAÇÃO DO CAPITAL SOCIAL. IMUNIDADE. CAUSA DECIDIDA COM BASE EM FUNDAMENTO EMINENTEMENTE CONSTITUCIONAL. IMPOSSIBILIDADE DE APRECIÇÃO. COMPETÊNCIA DO STF. ANÁLISE DOS REQUISITOS PARA FRUIÇÃO DO BENEFÍCIO FISCAL. NECESSIDADE DE REVISÃO DO CONTEXTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ

1. Não se configura a alegada ofensa ao art. 1.022 do CPC/2015, uma vez que o Tribunal de origem julgou integralmente a lide e solucionou, de maneira amplamente fundamentada, a controvérsia, em conformidade com o que lhe foi apresentado. Claramente se observa que não se trata de omissão, contradição ou obscuridade, tampouco correção de erro material, mas sim de inconformismo direto com o resultado do acórdão, que foi contrário aos interesses da recorrente.
2. O órgão julgador não é obrigado a rebater, um a um, todos os argumentos trazidos pelas partes em defesa da tese que apresentam. Precedentes.
3. O Tribunal de origem dirimiu a controvérsia acerca do gozo da imunidade alegada à luz de fundamentos eminentemente constitucionais.
4. Não cabe ao Superior Tribunal de Justiça, portanto, examinar a questão, porquanto reverter o julgado significaria usurpar competência que, por expressa determinação do art. 102, III, da Constituição Federal, pertence ao Supremo Tribunal Federal.
5. Eventual ofensa à legislação infraconstitucional seria apenas indireta e reflexa, subordinada ao juízo primário e principal a respeito de violação a preceito normativo constitucional.
6. O acórdão recorrido, com base nos elementos probatórios constantes dos autos, foi expresso ao reconhecer que a recorrente não preencheu os requisitos para o gozo da imunidade requerida, por ter obtido com a compra e venda do imóvel receita operacional preponderante no período auditado (2002 a 2007).
7. Rever tal entendimento demanda reexame do acervo fático-probatório dos autos, o que é inviável em Recurso Especial, sob pena de violação da Súmula 7/STJ: "A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial". Precedentes.
8. Recurso Especial não conhecido.
(REsp 1730401/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 03/05/2018, DJe 19/11/2018)

Julgo prejudicada a análise do dissídio jurisprudencial em virtude do óbice aplicado ao conhecimento do recurso pela alínea "a".

Ante o exposto, com fulcro no art. 932, III, do CPC/2015 c/c o art. 253, parágrafo único, II, a, do RISTJ, conheço do agravo para não conhecer do recurso especial.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 19 de fevereiro de 2019.

MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES
Relator