



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2024.0001275044

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1007927-98.2024.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante MUNICÍPIO DE SÃO PAULO, é apelado CL BAIARDI ADMINISTRAÇÃO E PARTICIPAÇÕES LTDA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 14ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Negaram provimento ao recurso. V. U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores REZENDE SILVEIRA (Presidente sem voto), GERALDO XAVIER E JOÃO ALBERTO PEZARINI.

São Paulo, 30 de dezembro de 2024.

ADRIANA CARVALHO

Relatora

Assinatura Eletrônica

Apelação Cível nº 1007927-98.2024.8.26.0053

Processo originário nº 1007927-98.2024.8.26.0053¹

Apelante: Município de São Paulo

Apelado: CL Baiardi Administração e Participações Ltda

Comarca: 15ª Vara da Fazenda Pública - São Paulo

Voto nº 9182

APELAÇÃO – Ação Anulatória de Débito Fiscal – ITBI – Imunidade – Integralização de imóvel ao capital social da empresa – Sentença de procedência – Cabimento – Ausência de receita operacional que, por si só, não justifica o afastamento da imunidade tributária, prevista no artigo 156, § 2º, inciso I, da CF e no artigo 37 do CTN – O Município de São Paulo deixou de comprovar que a empresa autora atua, predominantemente, no segmento de administração, aluguéis e compra e venda de bens imóveis – Condenação da Municipalidade ao pagamento dos honorários advocatícios, fixados nos percentuais mínimos previstos nos incisos do § 3º, do art. 85, do CPC – Arbitramento que não comporta redução – Observância às teses fixadas no Tema 1076 do STJ – Sentença mantida – Honorários majorados – Recurso não provido.

VISTOS.

Trata-se de apelação interposta pelo **Município de São Paulo** contra a sentença de fls. 355/369 que julgou procedente a ação anulatória de débito fiscal ajuizada por **CL Baiardi Administração e Participações Ltda.**, para declarar o direito da autora a não incidência do ITBI na integralização de bem imóvel em realização do capital social e, conseqüentemente anular o auto de infração nº 90.042.703-5. Houve condenação da Municipalidade ao pagamento de honorários advocatícios, fixados nos percentuais mínimos para as faixas previstas no art. 85, §§

3º e 5º, do CPC, tendo como base de cálculo o proveito econômico obtido (fls. 355/369).

Em suas razões recursais, a Municipalidade afirma que a autora tem por objeto social a administração de bens próprios e a participação em outras empresas e, no caso vertente, o pedido administrativo de reconhecimento de imunidade foi indeferido porque não preenchidos os requisitos previstos no artigo 37 do Código Tributário Nacional. Alega que o Conselho Municipal de Tributos negou provimento ao recurso ordinário interposto pela autora, por considerar que a contabilidade apresentada não reflete com fidedignidade as alterações ocorridas no patrimônio da pessoa jurídica. Aduz que a ausência de receita operacional impede a concessão da imunidade tributária, pois contraria a própria função do instituto, que é estimular a atividade empresarial. Ressalta que a presunção de legitimidade e certeza do ato administrativo milita em favor da Administração Pública e não do administrado. Entende que a incidência do ITBI ocorre no momento da celebração do negócio imobiliário, sendo irrelevante, para efeitos fiscais, sua averbação perante o Registro de Imóveis. Explica que o imóvel foi incorporado ao patrimônio da autora em realização de capital, de modo que o recolhimento do ITBI não deve ser realizado com base no valor declarado da transação (R\$ 1.649.410,00), pois não corresponde ao real valor de mercado do imóvel (R\$ 2.450.900,00). Arrazoa que a questão relativa à base de cálculo do ITBI não foi definitivamente julgada, razão pela qual o processo deve permanecer suspenso até o julgamento definitivo do RE nº 1.412.419/SP. Eventualmente, na remota hipótese de vir a ser afastada a cobrança do ITBI antes do registro, entende que o auto de infração nº 090.042.703-5, lavrado em 2022, após o registro imobiliário (em 2018), deverá ser anulado apenas em parte para permitir a cobrança do ITBI sem encargos moratórios (juros e multa) antes da data do registro, mantida a correção monetária. Pleiteia a redução dos honorários advocatícios, considerando o elevado valor da causa, para que

sejam fixados por apreciação equitativa, nos termos do artigo 85, §§ 2º e 8º, do CPC, e observados os princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Assim, aguarda o provimento do recurso para reforma da sentença, declarando-se a improcedência da ação. Subsidiariamente, requer a modificação da r. sentença para que seja anulado apenas em parte o lançamento fiscal, com reconhecimento de sucumbência recíproca. Caso outro venha a ser o entendimento, postula pela redução dos honorários advocatícios de sucumbência (fls. 382/409).

Contrarrazões às fls. 416/432.

Recurso tempestivo. Municipalidade isenta de preparo nos termos do artigo 39 da Lei 6.830/80 e sem oposição ao julgamento virtual.

RELATADO.

PASSO AO VOTO.

O recurso não comporta provimento.

Consoante análise dos autos, verifica-se que a empresa autora visa obter o reconhecimento da imunidade tributária do ITBI, nos moldes do art. 156, § 2º, inciso I, da Constituição Federal, além da suspensão da exigibilidade do débito tributário.

O direito ao benefício fiscal em debate está previsto no artigo 156, inciso II, e § 2º, inciso I, da CF, que assim dispõe (sem negrito no original):

Art. 156. Compete aos Municípios instituir impostos sobre:

(...)

II - transmissão "inter vivos", a qualquer título, por ato oneroso, de bens imóveis, por natureza ou acessão física, e de direitos reais sobre imóveis, exceto os de garantia, bem como cessão de direitos a sua aquisição;

(...)

§ 2º O imposto previsto no inciso II:

I - não incide sobre a transmissão de bens ou direitos incorporados ao patrimônio de pessoa jurídica em realização de capital, nem sobre a transmissão de bens ou direitos decorrente de fusão, incorporação, cisão ou extinção de pessoa jurídica, salvo se, nesses casos, a atividade preponderante do adquirente for a compra e venda desses bens ou direitos, locação de bens imóveis ou arrendamento mercantil.

O artigo 37, § 3º, do Código Tributário Nacional, por sua vez, determina que o imposto (ITBI) somente se tornará devido caso verificada a preponderância das atividades imobiliárias do contribuinte, ou seja, mediante comprovação de que a pessoa jurídica desenvolva essas atividades. Confira-se:

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.

(...)

§ 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.

No caso, o Município de São Paulo deixou de comprovar que a empresa autora atua, predominantemente, no segmento de compra e venda de bens imóveis.

Há entendimento desta Colenda 14ª Câmara de Direito Público no sentido de que a verificação da preponderância dos negócios imobiliários realizados pelo contribuinte incumbe ao Fisco:

*APELAÇÃO – MANDADO DE SEGURANÇA – ITBI – IMUNIDADE - Integralização de imóvel ao capital social – Holding familiar – Administração dos bens próprios e participação no capital de outras sociedades - **Impossibilidade de aferição da atividade preponderante – Ônus probatório que incumbe ao Fisco, após o decurso do período balizador** – CTN, art. 37, parágrafos 1º, 2º e 3º – Abuso de direito não evidenciado – Implementação da holding para o planejamento tributário da sociedade – Inexistência de proibição – Presunção descabida – Imunidade reconhecida – Sentença reformada. Recurso provido, com possibilidade de verificação posterior para efeito do artigo 37, parágrafos 1º, 2º e 3º, do CTN (Apelação nº 1001351-05.2018.8.26.0246, Relator: **Octavio Machado de Barros**, v.u., j. 25/11/2021 – sem negrito no original).*

No mesmo sentido, a respeito do ônus probatório da Fazenda Pública, transcrevo esclarecedora redação da nobre Desembargadora **Mônica Serrano**, ao relatar o recurso de Apelação nº 1002874-28.2020.8.26.0587, que foi julgado recentemente, por Turma

desta 14ª Câmara de Direito Público:

Com efeito, a integralização de imóveis que representam a integralidade do capital, incluindo o imóvel em questão, foi feita na constituição da sociedade, de maneira que a Municipalidade deve apurar as atividades preponderantes da empresa nos três anos seguintes para que, assim, lance devidamente o ITBI, se cabível.

Na hipótese dos autos, o pedido de imunidade foi indeferido no âmbito administrativo, sob a justificativa de ausência de atividade econômica e, conseqüentemente, de receita operacional no período verificado. A Municipalidade concluiu que a incorporação do imóvel em questão não adimpliu as finalidades da norma constitucional do artigo 156, § 2º, inciso I, da Constituição Federal, quais sejam: fomentar a capitalização e o crescimento da atividade empresarial (fls. 223/249).

Contudo, a ausência de receita operacional, por si só, não justifica o afastamento da imunidade tributária, prevista no artigo 156, § 2º, inciso I, da CF e no artigo 37 do CTN.

A autora demonstrou que a empresa não gerou receita operacional no concernente aos três exercícios posteriores à aquisição do imóvel objeto da presente ação, conforme Balanços Patrimoniais e Demonstrações de Resultados acostados às fls. 67/142, no que se viu cumprida a regra do artigo 156, § 2º, inciso I, da Constituição Federal.

Logo, se a empresa não auferiu renda, inexistiu quaisquer atividades relacionadas ao seu objeto social e, dessa forma, as atividades imobiliárias não foram parte de sua atividade preponderante, o que

permite a aplicação da imunidade tributária pleiteada.

Em outros casos muito similares, em que se tratava a questão da inexistência de receita operacional, assim decidiu esta Colenda 14ª Câmara de Direito Público, cujas ementas são transcritas como razão de decidir (com negritos e grifos não originais):

*AÇÃO ANULATÓRIA. Araçatuba. ITBI exigido sobre a incorporação de bem imóvel ao patrimônio da sociedade autora, mediante a integralização de capital social. Pretensão de anulação de auto de infração, sob a alegação de imunidade tributária. Sentença de procedência. Insurgência da parte requerida. Descabimento. **Integralização de bem imóvel ao capital social. Imunidade tributária condicionada à aferição da atividade preponderante. Ausência de comprovação de que a pessoa jurídica exerça, de forma preponderante, atividade de venda e compra, locação de bens imóveis ou arrendamento mercantil, ônus que competia à Municipalidade (art.373, II, do CPC). Ausência de receita que, consoante o entendimento do C. STF, leva à necessária conclusão lógica de inexistência de atividade imobiliária preponderante. Imunidade cabível. Inteligência dos artigos 156, §2º, I, da CF e 37 do CTN.** Sentença mantida. Aplicação do disposto no art. 252 do Regimento Interno deste Tribunal. Honorários advocatícios de sucumbência majorados para R\$2.500,00, com fulcro no art.85, §11, do CPC. Recurso não provido (TJSP; Apelação Cível 1025553-33.2023.8.26.0032; Relator: **Walter Barone**; Órgão Julgador: 14ª Câmara de Direito Público; Foro de Araçatuba - Vara da Fazenda*

Pública; Data do Julgamento: 26/06/2024; Data de Registro: 26/06/2024);

APELAÇÃO – MANDADO DE SEGURANÇA – ITBI - **Imunidade Incorporação de imóveis ao capital social de "holding familiar" - Participação em outras sociedades como acionista ou quotista – Ausência de demonstração de atividade preponderante de compra e venda ou locação de imóveis – Autoridade apontada como coatora que nas suas informações, confirma a inatividade da empresa, que não pode ser confundida com atividade preponderante** – Sentença mantida – Recursos improvidos (TJSP; Apelação / Remessa Necessária 1001621-81.2023.8.26.0075; Relator: **Rezende Silveira**; Órgão Julgador: 14ª Câmara de Direito Público; Foro de Bertioga - 1ª Vara; Data do Julgamento: 14/03/2024; Data de Registro: 15/03/2024);

APELAÇÃO – EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL – ITBI – Exercício de 2012 – **Integralização de imóvel ao capital social – Imunidade – Incidência do imposto condicionada à prova do efetivo exercício de atividade imobiliária preponderante nos três (3) anos subsequentes à conferência dos imóveis para a composição do capital social – CTN, arts. 36 e 37 – Preponderância não demonstrada no período – Eventual inatividade que não afasta o direito ao benefício** – Sentença reformada – Sucumbência a cargo da municipalidade, fixados os honorários advocatícios em 10% sobre o valor atualizado da causa de R\$ 20.243,03, em março de 2018. Recurso provido (TJSP; Apelação

Cível 1004145-42.2018.8.26.0361; Relator: **Octavio Machado de Barros**; Órgão Julgador: 14ª Câmara de Direito Público; Foro de Mogi das Cruzes - Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 08/11/2023; Data de Registro: 08/11/2023);

*APELAÇÃO. AÇÃO ANULATÓRIA DE DÉBITO FISCAL. ITBI. Pretensão à concessão de imunidade de ITBI diante da transmissão de bem imóvel para a integralização de capital social. Sentença de procedência. Pleito de reforma da sentença. Não cabimento. Imóvel transferido para a composição de capital social de empresa recém-criada. Imunidade que é concedida à empresa que não tem como atividade preponderante a venda ou locação de propriedade imobiliária ou a cessão de direitos relativos à sua aquisição. Verificação da atividade preponderante da apelada que deve considerar os 03 (três) anos seguintes à aquisição dos bens. **Empresa que permaneceu inativa desde a sua constituição. Fato que não induz à atividade preponderante que autorizaria a cobrança do tributo.** Sentença mantida. Apelação e reexame necessário não providos (Apelação nº 1022171-53.2018.8.26.0114, Rel. Des. **Kleber Leyser de Aquino**, v.u., j. 23/07/2020 – sem negrito no original).*

Portanto, é o caso de manter a r. sentença recorrida pelos seus próprios fundamentos.

No mais, verifico correto o arbitramento dos honorários advocatícios realizado pelo Juízo de Primeiro Grau, fixados nos percentuais mínimos previstos nos incisos do § 3º, do art. 85, do Código de Processo Civil.

Pontuo que, por ora, não houve julgamento definitivo do Tema 1.255, pelo E. Supremo Tribunal Federal.

Recentemente, o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento dos Recursos Especiais 1.850.512/SP, 1.877.883/SP, 1.906.623/SP e 1.906.618/SP (**Tema 1076/STJ**), sob a sistemática dos recursos repetitivos, decidiu pela inadmissibilidade da aplicação da equidade quando o valor da condenação, da causa ou do proveito econômico forem elevados, fixando-se as seguintes teses:

- 1) A fixação dos honorários por apreciação equitativa não é permitida quando os valores da condenação, da causa ou o proveito econômico da demanda forem elevados. É obrigatória nesses casos a observância dos percentuais previstos nos §§ 2º ou 3º do artigo 85 do CPC - a depender da presença da Fazenda Pública na lide -, os quais serão subsequentemente calculados sobre o valor: (a) da condenação; ou (b) do proveito econômico obtido; ou (c) do valor atualizado da causa;*
- 2) Apenas se admite arbitramento de honorários por equidade quando, havendo ou não condenação: (a) o proveito econômico obtido pelo vencedor for inestimável ou irrisório; ou (b) o valor da causa for muito baixo.*

No caso dos autos, o valor atribuído à causa na data da propositura da ação foi de R\$ 310.838,92 (trezentos e dez mil, oitocentos e trinta e oito reais e noventa e dois centavos).

Assim, em se tratando da presença da Fazenda Pública na lide, além do fato de que o valor atribuído à causa é elevado, os honorários devem ser fixados, observando-se os escalonamentos nos

percentuais mínimos previstos no art. 85, § 3º e seus incisos, do CPC.

Nesse sentido, precedentes deste E. Tribunal de Justiça, cujas ementas transcrevem-se como razão de decidir (negritos e grifos não originais):

*APELAÇÕES E REEXAME NECESSÁRIO – AÇÃO ANULATÓRIA – ISS – Serviços de tecnologia da informação – (...) – **HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – Inadmissibilidade da aplicação da equidade nas causas de valor elevado – STJ, Tema 1076 – Fixação por escalonamento, nos percentuais mínimos, acrescidos de um por cento a título de trabalho adicional realizado em grau recursal, conforme o proveito econômico obtido – CPC, art. 85, §§ 2º, 3º e seus incisos, e 11 – Recurso da contribuinte provido. Desprovidos o recurso da Municipalidade e o reexame necessário (TJSP; Apelação Cível 1058571-26.2016.8.26.0053; Relator: **Octavio Machado de Barros**; Órgão Julgador: 14ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 1ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 12/05/2022; Data de Registro: 13/05/2022);***

*AGRAVO DE INSTRUMENTO – Exceção de pré-executividade - Extinção parcial - **Honorários advocatícios fixados por equidade nos termos do disposto no artigo 85, § 8º do CPC em razão do elevado valor do proveito econômico** – Acórdão que manteve a decisão agravada – Interposição de Recurso Especial – **Acórdão do STJ que reconheceu a impossibilidade de se aplicar no presente caso o***

juízo de equidade previsto no art. 85, § 8º, do CPC, cassou o acórdão recorrido e determinou o retorno dos autos ao Tribunal de origem, para promoção de novo exame acerca dos honorários de sucumbência, observado o disposto no art. 85, § 3º, do CPC – Provimento ao recurso de agravo de instrumento, com a reforma da decisão agravada, a fim de que os honorários advocatícios sejam fixados no percentual mínimo, conforme as faixas escalonadas previstas no artigo 85, § 3º e seus incisos do CPC, do valor do proveito econômico obtido, que no caso concreto corresponde ao valor da CDAs extintas, equivalente a R\$ 1.860.771,74 em junho de 2016 (TJSP; Agravo de Instrumento 2178861-13.2019.8.26.0000; Relator: **Rezende Silveira**; Órgão Julgador: 14ª Câmara de Direito Público; Foro de Praia Grande - Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 11/05/2022; Data de Registro: 11/05/2022);

AGRAVO DE INSTRUMENTO - Execução fiscal - Decisão que rejeitou a exceção de pré-executividade e fixou os honorários advocatícios por equidade, em R\$ 1.300,00 - Pretendida a fixação dos honorários sobre o valor da causa, no percentual de 20% - **Jurisprudência do STJ firmada no sentido de que a fixação dos honorários por apreciação equitativa não é permitida quando os valores da condenação, da causa ou o proveito econômico da demanda forem elevados** - Decisão reformada - Honorários advocatícios fixados em 15% do valor atualizado da causa (R\$ 12.701,14 em março de 2011), já levando em consideração o trabalho adicional realizado em grau recursal, nos termos do § 11 do art. 85

do CPC - Recurso parcialmente provido (TJSP; Agravo de Instrumento 2013999-20.2022.8.26.0000; Relator: Eutálio Porto; Órgão Julgador: 15ª Câmara de Direito Público; Foro de Dois Córregos - 1ª Vara; Data do Julgamento: 28/04/2022; Data de Registro: 12/05/2022);

*Apelação. Ação de embargos de terceiros. Prolação de sentença de parcial procedência. Apelo autônomo do patrono dos autores. Controvérsia recursal relacionada unicamente à majoração da verba honorária. De proêmio, tendo em vista a precária situação financeira do advogado recorrente, oriunda de divórcio e mazelas econômicas, de rigor a concessão da gratuidade de justiça em seu favor (art.99, §3º do CPC). **No mérito, deve ser utilizado o recente precedente do STJ (Tema 1076). Nele, assentou-se que "a fixação dos honorários por apreciação equitativa não é permitida quando os valores da condenação ou da causa, ou o proveito econômico da demanda, forem elevados. É obrigatória, nesses casos, a observância dos percentuais previstos nos parágrafos 2º ou 3º do artigo 85 do Código de Processo Civil (CPC) (...)"**. Logo, de rigor a aplicação da regra do art. 85, §3º, I, do CPC para impor o percentual de 10% sobre o valor da causa a título de honorários. Ademais, considerando a devida majoração recursal (art.85, §11, do CPC), eleva-se a alíquota acima indicada para 12% sobre o mesmo parâmetro. Dá-se provimento ao recurso, nos termos do acórdão (TJSP; Apelação Cível 1000055-80.2019.8.26.0223; Relatora: **Beatriz Braga**; Órgão Julgador: 18ª Câmara de Direito Público; Foro de Guarujá - Vara da*

Fazenda Pública; Data do Julgamento: 17/05/2022; Data de Registro: 17/05/2022).

Portanto, diante do não provimento do apelo, majoro em 1% (um por cento) os honorários advocatícios anteriormente fixados, nos termos do artigo 85, § 11, do Código de Processo Civil.

Por fim e para que não se alegue eventual omissão, consigno que as decisões judiciais hão de abordar os temas bastantes à solução da lide, não se obrigando a fazer referência a todas as alegações das partes, posto que, ao acolher ou refutar algumas, por certo estarão afastadas todas as demais que lhe sejam antagônicas.

Ficam prequestionadas todas as normas legais e matérias constitucionais suscitadas e discutidas pelas partes.

Ante o exposto, pelo meu voto, proponho o **NÃO PROVIMENTO** do recurso.

ADRIANA CARVALHO
Relatora