



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

**Registro: 2025.0000398526**

**ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração Cível nº 1002029-47.2024.8.26.0363/50000, da Comarca de Mogi-Mirim, em que é embargante MUNICIPIO DE MOGI MIRIM, é embargado TABERTI TRUFFI EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES LTDA.

**ACORDAM**, em sessão permanente e virtual da 18ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Rejeitaram os embargos. V. U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores WANDERLEY JOSÉ FEDERIGHI (Presidente), RICARDO CHIMENTI, MARCELO L THEODÓSIO E BEATRIZ BRAGA.

São Paulo, 25 de abril de 2025.

**HENRIQUE HARRIS JÚNIOR**

**Relator(a)**

Assinatura Eletrônica

**VOTO Nº 31462/2025**

**18ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO**

**Embargos de declaração nº: 1002029-47.2024.8.26.0363/50000**

**Embargante: MUNICÍPIO DE MOGI MIRIM**

**Embargado: TABERTI TRUFFI EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES LTDA**

**EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – Alegação de omissão e contradição – Inocorrência – Ausência das hipóteses do artigo 1.022 do CPC – Caráter infringente descabido – Inadmissibilidade do recurso – Prequestionamento – EMBARGOS REJEITADOS.**

Trata-se de embargos de declaração opostos pelo MUNICÍPIO DE MOGI MIRIM contra o v. acórdão de fls. 353/359 que, por maioria de votos, decidiu pelo provimento do recurso de apelação interposto pela embargada TABERTI TRUFFI EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES LTDA, conforme ementa a seguir:

APELAÇÃO – Ação declaratória de inexistência de débito tributário – ITBI – Integralização de capital social – Alegação de imunidade – Sentença de improcedência – Pretensão à reforma – Cabimento – Empresa inativa – Não incidência do imposto – Art. 156, § 2º, I, da Constituição Federal – Mensuração da atividade preponderante que deve levar em consideração a receita operacional concretamente auferida (art. 37 do CTN), e não a simples previsão em contrato ou estatuto social – Não auferimento de receitas operacionais no período compreendido pelo art. 37 do CTN – Empresa que faz jus ao benefício constitucional – RECURSO PROVIDO.

O embargante aponta omissão no v. acórdão, referente

à interpretação dos artigos 36 e 37 do Código Tributário Nacional e ausência de exame da exigência constitucional prevista no artigo 156, §2º, I, da Constituição Federal.

Não obstante aponta contradição relacionada à invocação de precedentes que não se aplicam à hipótese dos autos, especialmente, o Tema 796 do STF (RE 796.376), bem como o julgamento do TJ/SP no processo nº 1001452-27.2020.8.26.0390.

Por fim, pede o prequestionamento da matéria, especialmente dos artigos 156, parágrafo 2º, inciso I, da Constituição Federal; 35, 36 e 37 do Código Tributário Nacional; 1.022, 1.025, 489 e seu parágrafo primeiro, Código de Processo Civil.

Por essas razões, requer sejam acolhidos os embargos a fim de suprir os vícios apontados.

### **É o relatório.**

De rigor sejam rejeitados os presentes embargos.

Com efeito, os embargos de declaração têm por finalidade a eliminação de dúvida, obscuridade, contradição ou omissão, não sendo possível o acolhimento de pretensão que objetiva a modificação do julgado, submetendo-o a nova apreciação de questões já decididas.

Na hipótese, as razões apresentadas pelo embargante revelam que o presente recurso veicula inconformismo que não coaduna com a via eleita.

A decisão recorrida efetuou adequada análise da situação exposta, respaldada na legislação pertinente e em entendimentos jurisprudenciais.

Confira-se, a propósito:

### **“É o relatório.**

De rigor o provimento do recurso.  
Sobre a discussão travada nos autos, prevê a Constituição

Federal:

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;** (grifei).

Por sua vez, o Código Tributário Nacional estabelece:

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;

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

§ 4º O disposto neste artigo não se aplica à transmissão de bens ou direitos, quando realizada em conjunto com a da totalidade do patrimônio da pessoa jurídica alienante. (grifei).

**Nesse contexto, entende-se que a incidência do ITBI, depende de uma circunstância positiva, qual seja, a realização de negócios imobiliários, que deverá se dar em valor superior à metade da renda operacional. Isso leva a crer que a atividade preponderante deve ser aferida pelos rendimentos da empresa, não sendo o caso de se presumir a sua existência com base unicamente no objeto social.**

**No que tange à verificação da atividade preponderante, que configuraria exceção à regra da imunidade, vale conferir o entendimento esposado pelo Min. Humberto Gomes de Barros**

no REsp 448527/SP:

“(…) Como se percebe, a incidência do tributo depende de uma circunstância positiva: a realização de negócios imobiliários, em valor superior à metade da renda operacional. Isto significa: **Para dizer que o tributo incide, o Fisco deve provar que a circunstância geratriz da obrigação tributária realmente aconteceu.** Isso ocorre, porque em direito probatório domina o cânone de que o encargo de demonstrar incumbe a quem afirma determinado fato ou circunstância. Imputar ao contribuinte o encargo de provar que não incidiu na exceção do § 1º é condená-lo à prova diabólica. Não demonstrada a ocorrência da hipótese excepcional prevista no art. 37 do CTN o tributo não incidiu e por isso não pode ser cobrado”.

Outrossim, não basta a mera previsão (contratual ou estatutária) de que a empresa adquirente desenvolve atividades imobiliárias; tais atividades devem, concretamente, consistir na maior parte (mais de 50%) da receita operacional da empresa no período recente.

No caso, conforme cláusula 3ª do contrato social (fl. 31), o objeto da sociedade consiste na *“exploração do ramo de Atividade principal: sociedades de participação - (atividades de administração de participações em outras sociedades, sem que haja o controle acionário e interferência nas atividades das empresas) (CNAE Subclasse 6463-8/00)”*.

**Contudo, não restou demonstrado que a pessoa jurídica em questão tenha auferido quaisquer receitas operacionais no período compreendido no art. 37 do CTN. Tal fato inclusive chegou a ser reconhecido pela auditora fiscal de rendas na decisão administrativa de fls. 79/84.**

**Consequentemente, se não há receita, não há a preponderância de atividades tipicamente imobiliárias, não havendo de se falar, evidentemente, que o benefício constitucional só seria aplicável às empresas ativas e rendosas, o que consistiria na criação de limitação não prevista em lei à efetividade da norma constitucionalmente imposta.**

Cite-se, a respeito, alguns precedentes deste Tribunal:

Apelação e Remessa Necessária - Mandado de Segurança - ITBI cobrado pelo ato de integralização de capital social – **Autoridade fiscal que fundamentou a cobrança na inexistência de receita operacional – Ilegalidade da cobrança** – Leitura do art. 156, §2º, I da CF e dos arts. 36 e 37 do CTN que levam a conclusão de que a não incidência do ITBI é a regra, e a cobrança do tributo só é possível quando a empresa auferir receita ligada a transações imobiliárias – **A falta de receita atrai a aplicação da regra geral de isenção** - Precedentes desta Câmara – Sentença que concedeu a ordem para anular o lançamento mantida – Recursos oficial e voluntário aos quais se nega provimento (TJSP; Apelação / Remessa Necessária 1010584-81.2021.8.26.0032; Relator (a): Tania Mara Ahualli; Órgão Julgador: 15ª Câmara de Direito Público; Foro de Araçatuba - Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento:

02/12/2021; Data de Registro: 09/12/2021) (grifei)

TRIBUTÁRIO – APELAÇÃO – MANDADO DE SEGURANÇA – MUNICÍPIO DE NOVA GRANADA – ITBI. Sentença que denegou a ordem. Apelo da impetrante – Acórdão que concedeu provimento ao recurso da impetrante, reconhecendo a imunidade tributária nos termos do artigo 150, §2º, inciso I, da Constituição da República – Interposição de Recurso Extraordinário e Recurso Especial – Recurso devolvido à Turma Julgadora, nos termos do artigo 1.040, inciso II do CPC/2015 em razão do julgamento, pelo STF, RE nº 796.376, Tema nº 796, STF, DJe 25.08.2020, que fixou tese no sentido 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. INTEGRALIZAÇÃO DE IMÓVEIS AO CAPITAL SOCIAL - IMUNIDADE NOS TERMOS DO ART. 156, §2º, I DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. Pretensão de reconhecimento da imunidade do ITBI – Aplicabilidade do art. 37, §1º, do Código Tributário Nacional – Incidência do tributo sujeita à aferição, pelo município, da atividade preponderante da sociedade – Precedentes desta C. Câmara - A imunidade é a regra, a qual só pode ser afastada quando a atividade empresarial preponderante for imobiliária – **Tratando-se de empresa inativa, O C. Supremo Tribunal Federal já consignou que a inatividade não implica o afastamento da imunidade – O fato de a empresa estar inativa e, portanto, não auferir receitas no período a ser considerado para a aferição da imunidade, logicamente permite concluir que não houve atividade preponderantemente imobiliária, o que atrai a aplicação da norma imunizante – Precedentes deste E. Tribunal. No caso dos autos, restou comprovado que a impetrante está inativa desde a sua constituição, não exercendo, portanto, atividade imobiliária – Imunidade reconhecida.** RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 796.376 – TEMA Nº 796 – Entendimento firmado pelo C. Supremo Tribunal Federal no sentido 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" – Imunidade tributária que se limita ao valor do capital social a ser integralizado, incidindo o ITBI sobre o valor excedente – Precedentes deste E. Tribunal em casos análogos. Alteração do julgado. (TJSP; Apelação Cível 1001452-27.2020.8.26.0390; Relator (a): Eurípedes Faim; Órgão Julgador: 15ª Câmara de Direito Público; Foro de Nova Granada - Vara Única; Data do Julgamento: 05/09/2022; Data de Registro: 05/09/2022) (grifei)

**Como visto, portanto, a lei não exige que a empresa permaneça ativa para que tenha direito à imunidade, nem, tampouco é possível presumir que a sua inatividade tenha por intuito desvirtuar a garantia constitucional. Desse modo, não cabem interpretações meramente ampliativas do texto legal em favor do fisco com o fito de exigir o tributo, tampouco é**

cabível afastar a imunidade por suposta ausência de prova da função social da empresa.

**Consequentemente, em relação ao ITBI cobrado na incorporação do imóvel ao patrimônio da pessoa jurídica, deve ser anulada a exação, em virtude do reconhecimento de sua não incidência.**

Ante o exposto, **DÁ-SE PROVIMENTO ao recurso**, reformando-se a sentença apelada, para que seja julgada integralmente procedente a ação, nos termos do acórdão, condenando-se a Municipalidade ao pagamento das custas processuais e dos honorários do advogado da apelante, arbitrados em 15% do valor atualizado da causa.

**HENRIQUE HARRIS JÚNIOR**  
**Relator” (grifei)**

Como visto, este Colegiado não se absteve de se pronunciar sobre os pontos relevantes da matéria em debate, inclusive fazendo menção expressa aos dispositivos legais e constitucionais apontados pelo embargante, o que torna desnecessários novos esclarecimentos.

Não obstante, inexistente a contradição apontada porque o Tema 796 do STF (RE 796.376) nem sequer foi mencionado no Acórdão.

Relativamente ao julgamento do TJ/SP no processo nº 1001452-27.2020.8.26.0390, o entendimento nele esposado guarda correspondência com o aqui adotado, pouco importando se contrário a alguns posicionamentos desta C. Câmara, que, diga-se de passagem, em relação à matéria *sub judice*, mantém posicionamentos divididos. Prevalece, pois, o princípio da independência do Juiz. Diferente seria se o entendimento fosse de observação obrigatória pelos juízes e tribunais, nos termos do art. 927, III, do Código de Processo Civil.

Por outro lado, a alegada contradição que enseja a oposição de Embargos Declaratórios é a contradição interna, ou seja, aquela porventura existente entre fundamentação e conclusão ou entre diferentes pontos da mesma decisão, o que não ocorreu na espécie.

Sendo assim, as alegações do embargante demonstram a evidente circunstância de pretender a instauração de nova discussão sobre matéria já apreciada e decidida, o que se configura como

impossível em sede de embargos declaratórios.

Tal insistência é, portanto, infundada, relevando notar que a divergência de opinião com relação ao decidido no acórdão e o entendimento do embargante a respeito das questões suscitadas devem ser tratadas em recursos para os Tribunais Superiores, se o caso, estando esgotada a prestação jurisdicional deste Juízo.

Não obstante, como já dito, o fundamento dos embargos de declaração, mesmo naqueles com o fim de prequestionamento, está no esclarecimento, se existentes, de omissões, contradições ou obscuridades no julgado, e não para se adequá-lo ao entendimento do embargante.

Nesse contexto, o E. Superior Tribunal de Justiça já decidiu:

Os Embargos de Declaração não constituem instrumento adequado para a rediscussão da matéria de mérito consubstanciada na decisão recorrida, quando não configurados os vícios de omissão, obscuridade ou contradição. O prequestionamento, por meio de Embargos de Declaração, com vistas à interposição de Recurso Extraordinário, somente é cabível quando configuradas omissão, obscuridade ou contradição na decisão embargada. Embargos de Declaração rejeitados. (STJ, EDcl nos EDcl no Resp 587540 / PR 2003/0168676-1. Ministro HERMAN BENJAMIN. SEGUNDA TURMA. 17/10/2006).

Mesmo nos embargos de declaração com fim de prequestionamento, devem-se observar os lindes traçados no art. 535 do CPC (obscuridade, dúvida, contradição, omissão e, por construção pretoriana integrativa, a hipótese de erro material). Esse recurso não é meio hábil ao reexame da causa. (STJ, 1ª Turma, Rec. Esp. Nº 13.843-0-SP, Rel. Min. Demócrito Reinaldo).

Por fim, impende destacar que art. 1.025 do Código de Processo Civil expressamente assim prevê: *"Consideram-se incluídos no acórdão os elementos que o embargante suscitou, para fins de pré-questionamento, ainda que os embargos de declaração sejam inadmitidos ou rejeitados, caso o tribunal superior considere existente erro, omissão, contradição ou obscuridade."*

No mais, há de se observar que não se faz necessária





PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

a menção explícita de todos os dispositivos legais invocados, consoante entendimento consagrado no Eg. Superior Tribunal de Justiça, nem o Tribunal é órgão de consulta, que deva elaborar parecer sobre todas as teses suscitadas pelas partes, uma vez encontrada a fundamentação necessária.

Ante o exposto, **REJEITAM-SE os embargos declaratórios.**

**HENRIQUE HARRIS JÚNIOR**  
**Relator**