

**Mandado de segurança - Imóvel - Incorporação
por pessoa jurídica - Transferência -
ITBI indevido - Juros de mora -
Multa - Inexigibilidade**

Ementa: Remessa oficial. Ação de mandado de segurança. Imóvel incorporado por pessoa jurídica. Transferência da pessoa jurídica por incorporação. ITBI indevido. Juros e multa inexigíveis. Segurança concedida. Sentença confirmada.

- Em decorrência do princípio da legalidade, as obrigações tributárias principal e acessória, além das sanções por descumprimento, devem estar previstas em lei.

- O § 2º, I, do art. 156 da Constituição da República veda a cobrança de ITBI sobre a transmissão de bens ou direitos incorporados ao patrimônio de pessoa jurídica quando integralizam capital.

- Os juros de mora e a multa pelo não-pagamento de tributo constituem obrigação acessória, e somente serão exigidos se o tributo principal for devido.

- Assim, a inexigibilidade do tributo por disposição constitucional afasta a cobrança de multa e juros.

Sentença que concedeu a segurança confirmada em reexame necessário.

REEXAME NECESSÁRIO CÍVEL Nº 1.0188.07.065132-1/001 - Comarca de Nova Lima - Remetente: Juiz de Direito da 1ª Vara Cível da Comarca de Nova Lima - Autora: Mineração Ana Cruz S.A. - Réu: Município de Nova Lima - Autoridade coatora: Prefeito Municipal de Nova Lima - Relator: DES. CAETANO LEVI LOPES

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM REEXAME NECESSÁRIO, CONFIRMAR A SENTENÇA.

Belo Horizonte, 2 de dezembro de 2008. - Caetano Levi Lopes - Relator.

Notas taquigráficas

Proferiu sustentação oral, pela autora, o Dr. Júlio Maciel Pereira.

DES. CAETANO LEVI LOPES - Sr. Presidente.

Ouvi, com atenção, a sustentação oral e registro o recebimento de memorial produzido pela impetrante, subscrito pelo Dr. José de Assis Silva e pelo Dr. Júlio Maciel Pereira.

Conheço da remessa oficial, porque presentes os requisitos de admissibilidade.

A impetrante aforou esta ação de mandado de segurança contra ato do Prefeito Municipal de Nova Lima e do Secretário Municipal de Fazenda de Nova Lima. Afirmou que é sucessora por cisão total da pessoa jurídica Patrimonial Locações S.A. e incorporou parcela do patrimônio da mesma, incluindo o imóvel denomina-

do Fazenda Ana da Cruz. Asseverou que o impetrado está exigindo o pagamento ilegal de multas e juros sobre recolhimento do imposto sobre transmissão de bens imóveis - ITBI, reconhecidamente indevido. Entende que a cobrança referida sobre crédito de ITBI inexistente é ilegal e fere seu direito líquido e certo ao exercício de suas atividades econômicas. Os impetrados, nas informações de f. 165/168, defenderam a regularidade do ato impugnado. Pela r. sentença de f. 186/187, a segurança foi concedida.

O *thema decidendum* consiste em verificar se a cobrança de juros e multa sobre tributo indevido afronta direito líquido e certo da impetrante.

Anoto que a impetrante carrou, com a petição inicial, vários documentos. Destaco: as alterações contratuais de f. 43/84, que comprovam sucessivas incorporações de pessoas jurídicas decorrentes de cisão total das pessoas jurídicas Oxima - Mineração, Agropecuária e Empreendimentos pela Patrimonial Locações S.A., e a incorporação desta pela impetrante. Destaco, também, o Parecer LHVR 84/2007, de f. 86/92, que reconheceu a não-incidência do ITBI em relação à cessão da Fazenda Ana da Cruz à impetrante, porque a atividade imobiliária não integra seu objeto social e a guia de f. 93 relativa à multa e juros exigidos da impetrante. Veio, ainda, a legislação municipal de f. 95/131.

O impetrado, com as informações, trouxe as peças de f. 172/176 relativas ao cálculo de ITBI retroativo, bem como o parecer de f. 177, a certidão de não-incidência do ITBI em relação à incorporação da Oxima - Mineração Agropecuária e Empreendimentos Ltda., proprietária da Fazenda Ana da Cruz, pela Patrimonial Locações S.A. (f. 178/179). Esses os fatos.

Em relação ao direito, anoto, *a priori*, que o art. 37 da Constituição da República dispõe que, dentre outros, deve ser observado pela Administração Pública o princípio da legalidade. Este determina que a Administração se sujeite às normas legais e se atenha às exigências do bem comum, sendo este o único objetivo da Administração Pública, que não possui liberdade, nem vontade pessoal.

Nesse sentido, eis a lição de Celso Bandeira de Mello:

57. O princípio da legalidade explicita a subordinação da atividade administrativa à lei e surge como decorrência natural da indisponibilidade do interesse público, noção, esta, que, conforme foi visto, informa o caráter da relação administrativa.

[...] A atividade administrativa deve não apenas ser exercida sem contraste com a lei, mas, inclusive, só pode ser exercida nos termos de autorização contida no sistema legal. A legalidade na Administração não se resume à ausência de oposição à lei, mas pressupõe autorização dela, como condição de sua ação. Administrar é, conforme disse Seabra Fagundes em frase lapidar, 'aplicar a lei, de ofício'.

59. Encarta-se no princípio da legalidade o princípio da

finalidade. Não se compreende uma lei, não se entende uma norma, sem entender qual o seu objetivo. Onde, também não se aplica uma lei corretamente se o ato de aplicação carecer de sintonia com o escopo por ela visado. Implementar uma regra de Direito não é homenagear exteriormente sua dicção, mas dar satisfação a seus propósitos. Logo, só se cumpre a legalidade quando se atende à sua finalidade. Atividade administrativa desencontrada com o fim legal é inválida e por isso judicialmente censurável (*Curso de direito administrativo*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 66-69).

Víctor Nunes Leal, sempre seguro e oportuno, comenta:

Se a Administração não atende ao fim legal, a que está obrigada, entende-se que abusou de seu poder [...]. O fim legal é, sem dúvida, um limite ao poder discricionário. Portanto, se a ação administrativa desatende a essa finalidade, deve-se concluir que extralimitou de sua zona livre, violando uma prescrição jurídica expressa ou implícita, o que a transpõe, por definição, para a zona vinculada.

E, no caso do direito tributário, deve ser observada a legalidade estrita prevista no art. 150, I, da Constituição da República. E a legalidade é exigida, também, quanto às penalidades, conforme alerta Aliomar Baleeiro:

Penalidades. Em princípio, ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei [...]. Por outro lado, penalidades são matérias reservadas à lei. Além disso, o CTN transpôs para o Direito Tributário as regras básicas de Direito Penal, favoráveis à pessoa punida, nos casos expressos (p. ex., arts. 106 e 112) (*Direito tributário brasileiro*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1972, p. 361).

Ademais, é de geral ciência que a multa tributária, qualquer que seja a denominação que se lhe dê o legislador, é sanção por ato ilícito tributário, *id est*, penalidade imposta em decorrência do descumprimento de obrigação tributária principal ou acessória.

A propósito, Aliomar Baleeiro ensina:

A penalidade, vale dizer, a multa fiscal, ora cobre a mora (CTN, art. 134, parágrafo único) e indeniza despesas judiciais de cobrança do crédito tributário, ora funciona como sanção punitiva da negligência, rebeldia, reticência e dolo (*Direito tributário brasileiro*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 862).

Sua função não é a compensação do crédito, como certas cláusulas penais do Direito Civil, que substituem o valor da obrigação por elas assegurada. Daí dizer que a multa ou cláusula penal do Código Civil é uma pré-avaliação das perdas e danos, isto é, indenização devida pelo não-cumprimento da obrigação, de sorte que o credor não pode exigir o valor desta e o da pena, cumulativamente. Terá a escolha entre uma ou outra (Código Civil, art. 918).

No Direito Tributário, o Fisco, se há infração legal por parte do sujeito passivo, pode cumular o crédito fiscal e a penalidade, exigindo esta e aquele.

Assim, a multa estabelecida em lei tem natureza nitidamente sancionatória pela falta de cumprimento de um dever legal.

Quanto aos juros moratórios, sabe-se que a mora é o atraso no cumprimento da obrigação tanto pelo credor que opõe injustificada resistência ao recebimento, quanto do devedor que não entrega a prestação prometida. Eis, nesse sentido, a lição de Caio Mário da Silva Pereira, na obra atualizada por Luiz Roldão de Freitas Gomes:

Uma das circunstâncias que acompanham o pagamento é o tempo. A obrigação deve executar-se oportunamente. Quando alguma das partes desatende a este fato, falta ao obrigado ainda quando tal inadimplemento não chegue às raízes da inexecução cabal. Há um atraso na prestação. Esta não se impossibilitou, mas o destempo só por si traduz uma falha daquele que nisto incorreu. A mora é este retardamento injustificado da parte de algum dos sujeitos da relação obrigacional no tocante à prestação. (*Instituições de direito civil*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. 2, p. 307).

A mora gera conseqüências. Uma delas consiste na exigibilidade dos juros. Outra vez a lição é do mesmo jurista, na obra citada, p. 310:

Responde, na verdade, o devedor pelos prejuízos a que der causa o retardamento da execução (Código Civil de 2002, art. 395); obrigado fica a indenizar o credor pelo dano que o atraso lhe causar, seja mediante o pagamento dos juros moratórios legais ou convencionais, seja ressarcindo o que o retardo tiver gerado.

Porém, tanto a multa quanto os juros de mora somente são devidos pelo descumprimento de obrigação principal.

O § 2º, I, do art. 156 da Constituição da República veda a cobrança de ITBI sobre a transmissão de bens ou direitos incorporados ao patrimônio de pessoa jurídica em realização de capital, conforme lição de Roque Antônio Carrazza:

O ITBI também não pode incidir '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' (art. 156, § 2º, I, da CF). (*Curso de direito constitucional tributário*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 719).

Não são, pois, tributáveis por meio de ITBI as transmissões de bens ou direitos: I - incorporados ao patrimônio de pessoas jurídicas em realização de capital; e II - decorrentes de fusão, incorporação, cisão ou extinção de

pessoa jurídica. Estas duas últimas imunidades, todavia, caem por terra se a atividade preponderante do adquirente for a compra e venda desses bens ou direitos, a locação de bens imóveis ou o arrendamento mercantil (*leasing* imobiliário). Frisamos, por oportuno, que a atividade preponderante do transmitente ou cedente é de todo em todo irrelevante para a fruição da imunidade em tela.

A multa e os juros exigidos pelo impetrado constituem sanção pelo não-pagamento de ITBI sobre a transmissão de imóvel quando integralizam capital de pessoa jurídica incorporada pela impetrante e que não tem como objeto preponderante a compra e venda ou locação de bens imóveis. E o próprio impetrado reconheceu a inexigibilidade do tributo no Parecer LHVR 84/2007, de f. 86/92, quando concluiu o digno Procurador do Município de Nova Lima, à f. 92:

c) Reconhecer a não-incidência do ITBI em relação à cessão da Fazenda 'Ana da Cruz' à Recorrente, eis que a atividade imobiliária sequer integra seu objeto social, ressalvado o direito de revisão em caso de alteração do objeto social da empresa nos dois anos subsequentes à aquisição, nos termos do artigo 2º, § 2º, da Lei 1.909/05.

Em síntese: os impetrados estão a exigir o pagamento de multa e juros sobre obrigação principal inexistente, o que, a toda evidência, lesa direito líquido e certo da impetrante. Logo, a sentença está correta.

Com esses fundamentos, em reexame necessário, confirmo a sentença.

Sem custas.

DES. RONEY OLIVEIRA - De acordo.

DES. CARREIRA MACHADO - De acordo.

Súmula - EM REEXAME NECESSÁRIO, CONFIRMARAM A SENTENÇA.

...