

EXMO. SR. DR. JUIZ DE DIREITO DA 12ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA DA COMARCA DA CAPITAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO:

GRERJ Nº21901331931-07

LSH BARRA EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS S.A., inscrita no CNPJ sob o nº 17.250.558/0001-28, com sede na Av. Ruy Frazão Soares, nº 191, sala 216, Barra da Tijuca, CEP 22.793-074, Rio de Janeiro, neste ato representada na forma de seus atos constitutivos, vem, por seus procuradores ao final assinados (DOC.01), com fundamento na Lei nº 12.016/2009 e no artigo 5º, inciso LXIX, da Constituição Federal, impetrar o presente

MANDADO DE SEGURANÇA

COM PEDIDO DE LIMINAR INAUDITA ALTERA PARS



contra ato praticado pelo ILMO. SR. COORDENADOR DA COODENADORIA DE CONSULTAS E ESTUDOS TRIBUTÁRIOS DA SECRETARIA MUNICIPAL DE FAZENDA DO RIO DE JANEIRO, com endereço na Rua Afonso Cavalcanti nº 455, Cidade Nova, CEP: 20211-111, pelas razões de fato e pelos fundamentos de direito a seguir aduzidos.

I. TEMPESTIVIDADE

Primeiramente, cumpre pontuar que o presente *mandamus* é impetrado dentro do prazo legal, já que a Impetrante teve ciência da decisão proferida pela autoridade coatora na quinta feira, dia 21 de novembro de 2013, conforme comprova o Aviso de Recebimento expedido pelos Correios. (DOC.02)

Com efeito, por força do que dispõe o artigo 23 da Lei n.º 12.016/2009, o prazo para impetração é de 120 (cento e vinte) dias, contados da data da inequívoca ciência do ato impugnado.

Assim sendo, vê-se que o ajuizamento da presente ação constitucional na presente data é inquestionavelmente tempestivo.

II. BREVE SÍNTESE DA DEMANDA

Objetivando a construção de hotel, a Impetrante adquiriu em 21 de dezembro de 2012 o imóvel constituído pelo Lote 09 da Quadra 35 do PAL 5220, com frente para a Av. Sernambetiba e esquina com a Praça do O, Barra da Tijuca, devidamente descrito e caracterizado na matrícula nº 270.990, junto ao 9º Ofício de Registro de Imóveis.

Em função disso, formulou requerimento para reconhecimento de isenção de ITBI perante a Secretaria Municipal de Fazenda (processo administrativo, nº 04/451.944/2013), com fundamento no artigo 5º da Lei Municipal nº 5.230/2010, que instituiu incentivos e benefícios fiscais relacionados à realização da Copa das Confederações de 2013, da Copa do Mundo de 2014 e dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016. (DOC.03)

Através da r. decisão de fls. 65/66, o i. Fiscal de Rendas, Sr. Marcelo Machado Marinho, houve por indeferir o pedido de reconhecimento de isenção do ITBI sobre a aquisição do imóvel, nos seguintes termos (DOC.04):

“ITBI. ISENÇÃO. IMÓVEL DESTINADO A UTILIZAÇÃO PELOS ESTABELECIMENTOS DE QUE TRATAM O ARTIGO 2º DA LEI 5.230/2010.INDEFERIMENTO

Somente são isentas de ITBI as operações de transmissão ocorridas por aquisição onerosa até 31 de dezembro de 2012.

(...)

O Requerente apresentou instrumento particular de compra e venda datado de 21.12.2012 no qual foi dado um sinal de pagamento e uma promissória com vencimento em 21.04.2013. Ou seja, existe apenas um compromisso entre as partes, que futuramente, após a quitação do preço total, será lavrada uma escritura definitiva de compra e venda para a transmissão do imóvel em questão.

Atente-se, quanto à compra e venda de bens imóveis, o que determina o artigo 108 do Novo Código Civil, ao dispor acerca da obrigatoriedade da escritura pública para a validade dos negócios jurídicos que visem à constituição, transferência, modificação ou renúncia desses bens ou de direitos a eles relativos. (...)”

Não se conformando com o teor da r. decisão, a ora Impetrante, interpôs Recurso Administrativo dirigido à Coordenadoria de Consultas e Estudos

04

Tributários, sob condição de posterior comprovação das condições estabelecidas nos incisos I e II do *caput* do artigo 7º da Lei Municipal nº 5.230/10 relativamente à transmissão de imóvel destinado à utilização por hotel situado no imóvel supracitado. (DOC.05)

Todavia, o Sr. Coordenador de Consultas e Estudos Tributários da Secretaria Municipal de Fazenda, Sr. Fernando Miguez Bastos da Silva, ora impetrado, houve por bem negar provimento ao mencionado recurso, mantendo a decisão exarada pelo i. Fiscal de Rendas (DOC.06)

“ITBI. Isenção. Imóvel destinado a utilização pelo estabelecimento de que tratam o art. 2º da Lei nº 5.230/2010.

Recurso Improvido.

Somente são isentas de ITBI operações de transmissão ocorridas por aquisição onerosa até 31 de dezembro de 2012.”

Em uma única palavra, ao não reconhecer a isenção do ITBI, com base no artigo 5º da Lei Municipal nº 5.230/10, o Impetrado não só feriu direito líquido e certo da Impetrante, como também agiu na contramão dos interesses do próprio Município do Rio de Janeiro, como a seguir se demonstrará.

III. DA LEGITIMIDADE PASSIVA DA AUTORIDADE COATORA

Tornou-se clássica na doutrina e placitada pela jurisprudência, a definição de autoridade coatora como a autoridade superior que pratica ou ordena concreta e especificamente a execução ou a inexecução do ato impugnado e responde pelas suas consequências administrativas.

Na espécie, coube ao Ilmo. Sr. Coordenador de Consultas e Estudos Tributários da Secretaria Municipal de Fazenda proferir a decisão que indeferiu o recurso da Impetrante e feriu seu direito líquido e certo.

IV. DO DIREITO LÍQUIDO E CERTO DA IMPETRANTE

O Mandado de Segurança é remédio constitucional destinado à proteção de direito líquido e certo, lesado ou ameaçado por ato de autoridade. Seu objetivo, portanto, será sempre a correção de ato ou omissão de autoridade, desde que ilegal e ofensivo ao direito líquido e certo do impetrante.

05

Vale conferir a lição do inolvidável administrativista HELY LOPES MEIRELLES¹:

“Direito líquido e certo é o que se apresenta manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercitado no momento da impetração. Por outras palavras, o direito invocado, para ser amparável por mandado de segurança, há de vir expresso em norma legal e trazer em si todos os requisitos e condições de sua aplicação ao impetrante: se a sua existência for duvidosa; se a sua extensão ainda não estiver delimitada; se o seu exercício depender de situações e fatos ainda indeterminados, não rende ensejo à segurança, embora possa ser defendido por outros meios jurídicos.

Quando a lei alude a direito líquido e certo, está exigindo que esse direito se apresente com todos os requisitos para o seu reconhecimento e exercício no momento da impetração. Em última análise, direito líquido e certo é direito comprovado de plano. Se depender de comprovação posterior não é líquido nem certo, para fins de segurança”. (grifamos)

Pois bem. Na hipótese vertente, a ofensa ao direito líquido e certo da Impetrante se consubstancia no fato de que a isenção de ITBI na aquisição de imóvel para fins de construção de unidade hoteleira foi expressamente prevista na Lei Municipal nº 5.230/2010 e que reúne ela, impetrante, os requisitos legais para fruição do benefício fiscal.

Com efeito, a Lei Municipal nº 5.230/2010 foi editada com o propósito específico de instituir incentivos e benefícios fiscais para fins de expansão da rede hoteleira da Cidade do Rio de Janeiro, tendo como foco a realização da Copa do Mundo de 2014 e dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016.

O art. 5º da referida Lei Municipal é claro e não deixa dúvidas:

“Art. 5º Ficam isentas do Imposto sobre a Transmissão de Bens Imóveis e de Direitos a Eles Relativos, Realizada Inter Vivos, por Ato Oneroso – ITBI as operações de transmissão ocorrida por aquisição onerosa até 31 de dezembro de 2012, relativas a imóveis destinados a utilização pelo estabelecimento de que tratam os incisos do artigo 2º desta Lei, observado o disposto no artigo 7º desta Lei.”

¹ Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, “Habeas-Data”; 29ª ed. São Paulo, Malheiros, 2006, págs. 36/37

O art. 7º do referido diploma legal, por seu turno, estabelece que os benefícios fiscais serão reconhecidos sob condições. Senão vejamos:

“Art. 7º Os benefícios de que tratam os arts. 3º a 5º desta Lei não se aplicarão se:

I - em 31 de dezembro de 2015, não se houver obtido o “habite-se” ou a aceitação das obras, conforme o caso;

II - a atividade hoteleira não for iniciada no prazo de noventa dias após a obtenção do “habite-se” ou da aceitação das obras, conforme o caso, e, após esse início, não for mantida durante um prazo mínimo de dois exercícios após o final dos Jogos Paraolímpicos de 2016.

§1º Os benefícios serão reconhecidos sob condição de posterior comprovação das condições estabelecidas nos incisos I e II do caput deste artigo.

§2º Verificando-se o não atendimento ao disposto no § 1º deste artigo, o tributo deverá ser recolhido com os devidos acréscimos legais.”

Já o Decreto nº 33.763/2011, que regulamenta a citada lei municipal, dispõe em seu art. 5º sobre o ITBI nos seguintes termos: **(DOC.07)**

“Ficam isentas do Imposto sobre a Transmissão de Bens Imóveis e de Direitos a eles relativos, realizada inter vivos por ato oneroso – ITBI, as operações de transmissão ocorridas por aquisição onerosa até 31 de dezembro de 2012, relativas a imóveis destinados à utilização pelos estabelecimentos de que tratam os incisos I e II do art. 1º, desde que observadas as condições do art. 8º.”²

Da dicção das duas normas fica evidenciado que, ao estabelecer as condições para fruição dos benefícios fiscais, o que se pretendeu foi garantir a

² Art. 8º Os benefícios de que tratam os arts. 2º, 3º e 5º somente se aplicam se:

I – até 31 de dezembro de 2015, se houver obtido o “habite-se” ou a aceitação das obras, conforme o caso;

II – a atividade hoteleira for iniciada no prazo de noventa dias após a obtenção do “habite-se” ou da aceitação das obras, conforme o caso, e, após esse início, for mantida durante um prazo mínimo de dois exercícios após o final dos Jogos Paraolímpicos de 2016.

§ 1º O benefício será reconhecido sob condição de posterior comprovação das condições estabelecidas nos incisos I e II, nos prazos e na forma definidos em ato do Secretário Municipal de Fazenda.

§ 2º Verificando-se o não atendimento às condições estabelecidas nos incisos I e II, o tributo referente a todo o período deverá ser recolhido com os devidos acréscimos legais.

regular instalação e o pleno desenvolvimento da atividade hoteleira em tempo hábil para atender à demanda por ocasião dos eventos esportivos.

Para tanto, a legislação municipal estabelece os seguintes marcos temporais:

- (a) Aquisição onerosa do imóvel até 31 de dezembro de 2012;**
- (b) Concessão do "habite-se" até 31 de dezembro de 2015;**
- (c) Início da atividade hoteleira no prazo de 90 (noventa) dias após a obtenção do "habite-se" e a sua manutenção pelo prazo mínimo de 02 (dois) exercícios após o final dos Jogos Paraolímpicos de 2016.**

Ou seja, não basta a aquisição onerosa do imóvel até 31 de dezembro de 2012, porque a isenção do ITBI fica suspensa até a comprovação da concessão do "habite-se" até 31 de dezembro de 2015 e o início da atividade hoteleira nos 90 (noventa) dias seguintes.

Neste contexto, fácil é perceber que dos três marcos estabelecidos na legislação, o menos relevante é o referente à aquisição onerosa do imóvel, haja vista que o não atendimento às demais condições implicará no recolhimento do tributo, com os devidos acréscimos legais (§2º do art. 7º da Lei Municipal nº 5.230/2010 e §2º do art. 8º do Decreto nº 33.763/2011).

E a razão é simples: o que o Município do Rio de Janeiro buscou incentivar e garantir, através da isenção tributária, é que o empreendimento hoteleiro seja, efetivamente, uma realidade e possa atender à demanda que será gerada pelos grandes eventos esportivos.

Daí porque ter fixado os marcos temporais da obtenção do habite-se e do início da atividade hoteleira.

Na hipótese destes autos, portanto, causa perplexidade que a autoridade coatora tenha entendido por negar o pleito de isenção sob o argumento de que o contribuinte não detinha Escritura Pública de Compra e Venda no momento

da formulação do pedido e de que uma nota promissória de caráter *pro soluto* não representa a quitação do preço.

Trata-se de um crasso e palmar equívoco que fulmina, de morte, o direito líquido e certo da Impetrante e esfacela o interesse público colimado pela lei que concedeu o benefício fiscal da isenção: o incentivo à produção de unidades hoteleiras na cidade, em tempo hábil à realização da Copa do Mundo e dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos.

Antes de mais nada, é importante ressaltar que o texto legal utiliza a expressão "aquisição onerosa do imóvel" de forma genérica, sem prever como condição formal a apresentação de escritura pública.

Assim, se a lei não estabeleceu tal exigência, não pode o seu aplicador, no caso as autoridades coatoras, condicionar o gozo da isenção ao cumprimento dessa exigência.

Até mesmo porque, a Lei Federal nº 7.433/85 - que dispõe sobre os requisitos para a lavratura de escrituras públicas - estabelece no § 2º do seu artigo 1º a obrigatoriedade do Tabelião de consignar no ato notarial a apresentação do documento comprobatório do pagamento do imposto.³

Ou seja, em cumprimento à lei federal, NENHUM cartório de notas é autorizado a lavrar Escritura Pública de Compra e Venda sem que o ITBI esteja devidamente recolhido ou tenha o interessado apresentado declaração exarada pelo Município de que tal operação é isenta do recolhimento.

Eis, então a pergunta que não quer calar: se o requerimento apresentado visa justamente a isenção do ITBI, como é possível que o órgão fazendário, para concedê-la, imponha uma condição (escritura pública) que pressupõe o prévio recolhimento do tributo?

³ Art 1º - Na lavratura de atos notariais, inclusive os relativos a imóveis, além dos documentos de identificação das partes, somente serão apresentados os documentos expressamente determinados nesta Lei.

§ 1º - O disposto nesta Lei se estende, onde couber, ao instrumento particular a que se refere o art. 61, da Lei nº 4.380, de 21 de agosto de 1964, modificada pela Lei nº 5.049, de 29 de Junho de 1966.

§ 2º - O Tabelião consignará no ato notarial, a apresentação do documento comprobatório do pagamento do Imposto de Transmissão inter vivos, as certidões fiscais, feitos ajuizados, e ônus reais, ficando dispensada sua transcrição.

§ 3º - Obriga-se o Tabelião a manter, em Cartório, os documentos e certidões de que trata o parágrafo anterior, no original ou em cópias autenticadas.

Como já se aduziu, em momento algum, a lei municipal ou o decreto que a regulamenta estabelecem a necessidade de escritura pública como condição para obtenção da isenção, como acima alinhado.

Como então é juridicamente plausível que o agente fazendário faça exigências que as normas municipais não impõem?

Se por mais não fosse, a decisão recorrida, nos termos em que proferida, faz letra morta o Princípio da Legalidade, diretriz fundamental da atuação da Administração Pública.

Vale a pena conferir, pela pertinência, o que ensina HELY LOPES MEIRELES⁴:

"A eficácia de toda a atividade administrativa está condicionada ao atendimento da lei. Na Administração Pública, não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo o que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza. A lei, para o particular, significa 'pode fazer assim'; para o administrador significa 'deve fazer assim'."

Em linguagem mais solta, a decisão recorrida implica em simplesmente tornar a Lei Municipal nº 5.230/2010 inaplicável e inócua, em detrimento do próprio interesse público municipal.

A prevalecer o entendimento da autoridade coatora no sentido de que para se obter a isenção do ITBI é condição a apresentação prévia de escritura pública de compra e venda - condição que nem a lei nem seu regulamento previram - fere-se o mais basilar dos princípios constitucionais e esvazia-se o sentido finalístico do incentivo fiscal, qual seja, a produção de unidades hoteleiras na Cidade do Rio de Janeiro, em volume que atenda à demanda dos jogos esportivos.

De fato, na espécie, trata-se de isenção que tem um único e exclusivo fim extrafiscal: fomentar a construção e o funcionamento de instalações destinadas a hotéis.

⁴ Direito Administrativo Brasileiro, 22ª edição, p. 83

Nesse particular, confira-se, por relevante, parte da sentença proferida, em 06.11.2013, pela ilustre Magistrada CRISTINA GOMES CAMPOS DE SETA desta 12ª Vara de Fazenda Pública, nos autos do processo nº 0251164-95.2012.8.19.0001, em que são partes DEBREY REALTY HOLDING LTDA. e DIRETOR DA COORDENADORIA DE CONSULTAS E ESTUDOS TRIBUTÁRIOS, que tem por objeto a mesma Lei aqui discutida (DOC. 08):

(...) Em se tratando de isenção, a interpretação deve ser restritiva e não ampliativa. Ao mesmo tempo, a interpretação deve ser sempre guiada pela ratio da legislação. Isenções são concedidas com a finalidade de obtenção de um interesse público e, portanto, havendo dúvidas na interpretação de seu alcance, não se pode jamais perder de vista o intuito, o objetivo a ser alcançado para a sociedade com a referida isenção. No caso, como dito acima, a finalidade da legislação é suprir a carência de vagas para hospedagens, ou seja, a obtenção de um aumento no número de vagas disponíveis aos visitantes deste Município em razão dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos que ocorrerão nesta cidade. Com isto, se evitará a reincidência do que ocorreu na Jornada Mundial da Juventude em que se solicitava aos municípios que hospedassem pessoas em suas residências. Com base nestes nortes, deverá o termo 'reconversão' ser interpretado a fim de saber se o autor tem direito à isenção pretendida. O decreto que regulamentou a lei municipal menciona a expressão 'recuperação de uso', o que, somado a ratio da legislação implica em recuperar o imóvel a fim de resgatar o seu uso de hotel. Somente esta interpretação permite coadunar o interesse público de aumento do número de vagas disponíveis. (...) (grifamos)

De fato, é sob as luzes holísticas da efetividade de uma política pública - dotar a Cidade do Rio de Janeiro de capacidade hoteleira para os jogos esportivos - que deve ser lida, interpretada e aplicada a isenção de ITBI prevista na Lei Municipal nº 5.230/2010, abandonando-se a sempre tentadora, mas míope, opção da interpretação literal da isenção.

Os fatos sociais são dinâmicos e o Direito, por definição, deve acompanhá-los, par a passo, a fim de regulá-los, a tempo e a hora, em prol dos reclamos da sociedade, da garantia dos direitos fundamentais e do aperfeiçoamento da máquina estatal e das instituições públicas.

Dentre os operadores do Direito, destacam-se, evidentemente, todos os agentes e órgãos que integram a chamada Administração Pública.

Que fique claro: operadores do Direito e, não, meros aplicadores da lei.

Pois bem. No moderno Direito Administrativo, a noção de que a Administração Pública é meramente aplicadora das leis é tão ultrapassada quanto a de que o direito seria apenas um limite para o Administrador.

Por certo, não prescinde a Administração Pública de uma autorização legal para agir, mas, no exercício de competência legalmente definida, têm os agentes públicos, se visualizado o Estado em termos globais, um dilatado campo de liberdade para desempenhar a função formadora, que é hoje universalmente reconhecida ao Poder Público.⁵

Se é certo que a Administração Pública está submetida ao Princípio da Legalidade, não menos certo é que tal submissão não pode – nem deve – implicar em interpretação literal, fria e simplista das normas jurídicas.

Ao contrário, a interpretação das normas jurídicas pelos agentes e órgãos da Administração Pública deve privilegiar, antes de tudo, o seu sentido teleológico, no intuito de verificar qual é a interpretação que melhor se coaduna com as necessidades coletivas, com os direitos e garantias fundamentais em jogo, com a eficiência da máquina administrativa e com a eficácia das políticas públicas.

CARLOS MAXIMILIANO⁶, em obra clássica da Hermêutica Jurídica, leciona:

“A norma jurídica não é um conjunto de preceitos rijos, cadavéricos, e criados pela vontade humana; é uma força viva, operante, suscetível de desenvolvimento; mas o progresso e a adaptação à realidade efetuam-se de acordo, aproximado, ou pelo menos aparente, com o texto; não em contraste com este.

Para ser hermeneuta completo, é mister entesourar ‘profundo conhecimento de todo o organismo do Direito e cognição sólida, não só da história dos institutos, mas também das condições de vida em que as relações jurídicas se formam.

A interpretação das leis é obra de raciocínio e de lógica, mas também de discernimento e bom senso, de sabedoria e experiência.” (grifamos)

⁵ Almiro do Couto e Silva, Poder Discricionário no direito administrativo brasileiro, Revista de Direito Administrativo 179/180:53

⁶ Hermenêutica e Aplicação do Direito, pp.80 e 100.

O ilustre constitucionalista, e hoje Ministro do STF, LUIS ROBERTO BARROSO⁷ conclui:

“O fetiche da legalidade, a paixão cega pela norma é politicamente devastadora. Ninguém pode julgar-se imparcial ou alegar suposta indiferença ante as consequências práticas que sua atuação como intérprete da norma possa favorecer ou mesmo engendrar. O conhecimento humano não tem por objetivo apenas a interpretação do mundo, mas também a sua transformação. A paixão acrítica pela norma é a paixão neurótica pelo dominador. A paixão pela lei não é desprezível. Só que não poderá ser monogâmica. É certo que as leis existem para serem cumpridas. Um dos flagelos deste País é, precisamente, o descumprimento constante, reiterado e, sobretudo, impune das leis. As leis existem para ser cumpridas. Mas é preciso pensa-las criticamente. É preciso ter a curiosidade de investigar a quem elas aproveitam, que objetivos visam, e buscar, quando seja o caso, por trás da lei a justiça.”

Em uma única palavra, como se vê, o ato praticado pelos Impetrados vai muito além de sonegar do particular o direito de usufruir da isenção do ITBI incidente sobre o imóvel adquirido para a construção de um hotel.

Ao negar a isenção de ITBI à Impetrante, os Impetrados, num tiro certo e mortal, esfacelam o interesse público, tão alardeado pelo Executivo Municipal, de dotar a cidade de capacidade hoteleira que atenda à demanda dos jogos esportivos.

Note-se, neste ponto, que o próprio Chefe do Poder Executivo vem noticiando a dificuldade de atender esse objetivo, como comprova a declaração abaixo transcrita retirada do *site* do Comitê Olímpico Nacional. (DOC.09)

“Segundo o prefeito do Rio de Janeiro, Eduardo Paes (foto), há sempre preocupações em relação a prazos, mas tudo está “caminhando bem”. “À medida que vai se aproximando, os prazos vão ficando mais curtos, mas eu acho que nesses três dias a gente vai mostrar que as Olimpíadas do Rio estão caminhando super bem. Claro que tem coisas que demandam mais atenção”, disse.

Eduardo Paes acrescentou que a questão das acomodações na cidade continua gerando certa preocupação. Apesar disso, segundo ele, o déficit de quartos de hotéis está cada vez menor. “A preocupação não é com a cidade, mas com determinados lugares, como

⁷ Temas de Direito Constitucional, pp.612/613

a Barra da Tijuca, onde ainda há um gap de 700 acomodações. Da necessidade de 15 mil acomodações na Barra, já resolvemos 14.300. Mas estamos atentos, trabalhando para acabar com esse gap”, disse Paes

Não soa razoável, portanto, que o órgão fazendário municipal se prenda a formalismos exagerados e com isso impeça que a implantação do hotel no imóvel da Impetrante possa, de fato e de direito, contribuir para o atingimento do interesse público tutelado e perseguido pelo Município ao editar a lei de incentivo à construção de hotéis.

Se por mais não fosse, o insólito entendimento das autoridades coatoras afronta o Princípio da Eficiência que timbra toda a atuação da Administração Pública, por força do art. 37 da Constituição da República.

Aliás, a eficiência administrativa não é só um princípio de assento constitucional.

A eficiência administrativa é um dever da Administração Pública.

De fato, o dever de eficiência dos administradores públicos reside na necessidade de tornar cada vez mais qualitativa a atividade administrativa. Perfeição, celeridade, coordenação, técnica, todos esses são fatores que qualificam a atividade pública e produzem maior eficiência no seu desempenho.⁸

Mas não é só isso.

No que tange ao esdrúxulo argumento de que a quitação do preço do imóvel não teria sido concluída até 31 de dezembro de 2012, em razão da Impetrante ter pago um sinal e entregue uma nota promissória com vencimento para 21 de abril de 2013, o órgão fazendário parece desconhecer a natureza jurídica de uma nota promissória de caráter *pro soluto*.

Não obstante tratar-se de questão eminentemente negocial, cumpre afastar qualquer dúvida acerca de que o preço do imóvel encontra-se devidamente quitado.

⁸ José dos Santos Carvalho Filho, Manual de Direito Administrativo, p. 66

14

A nota promissória *pro soluto* tem natureza de pagamento, de modo que com a sua entrega pelo devedor (comprador) ao credor (vendedor) opera-se a quitação do preço da compra e venda avençada. Na hipótese do não pagamento da nota promissória *pro soluto* no seu vencimento, a compra e venda permanece firme e inabalável, cabendo ao credor a execução do título de crédito.

O ínclito professor LUIZ EMYGDIO⁹ ensina:

(...) as partes podem convencionar no documento que formaliza o negócio jurídico que a emissão da nota promissória ocorre com natureza *pro soluto*, isto é, em pagamento. Nesta hipótese, a mera emissão do título e a sua entrega ao credor opera novação, vale dizer, extingue a obrigação traduzida na relação causal, independente de não ter ainda ocorrido o vencimento e pagamento do título, contra a assunção de uma obrigação nova, decorrente da emissão do título.

Quando a nota promissória é emitida com natureza *pro soluto*, o credor só pode acionar o devedor para cobrar a soma cambiária, e não para rescindir o negócio jurídico por descumprimento da obrigação relativa ao preço, porque esta se extinguiu com a emissão e entrega do título ao credor, ainda que não vencido.

O Colendo TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO também já teve a oportunidade de definir, com precisão, a natureza jurídica da nota promissória *pro soluto*:

“Ação de cobrança, oriunda de contrato de construção de quadras esportivas. Preliminar de nulidade de sentença rejeitada, pois o Magistrado somente se vincula ao feito quando colhe prova oral em audiência. No mérito, trata-se de cobrança pela realização de obras que seriam pagas mediante a emissão de uma nota promissória *pro soluto*. Nota promissória, segundo cláusula do contrato, que foi realmente emitida, mas que não foi apresentada pela Autora da ação de cobrança. Emitido para pagamento, em qualquer contrato, um título *pro soluto*, considera-se tal pagamento como efetivamente realizado, restando ao credor da obrigação tão somente executar ou cobrar o referido título. Provimento do recurso para julgar improcedente o pedido de cobrança”.¹⁰

⁹ Cf. Tullio Ascarelli, Teoria Geral do Título de Crédito, São Paulo: Saraiva, 1943, p. 119-120.

¹⁰ APELACAO Nº 0007240-83.2006.8.19.0209 - DES. ANTONIO ILOIZIO B. BASTOS - Julgamento: 14/04/2009 - DECIMA SEGUNDA CAMARA CIVEL

Como se vê, Ex^a., não resta dúvida acerca de que, na espécie, se está diante da aquisição onerosa do imóvel pela Impetrante, antes de 31 de dezembro de 2012, através da quitação do preço por nota promissória emitida em caráter *pro soluto*, o que atende, em cheio, a condição estabelecida no art. 5º da Lei Municipal nº 5.230/2010.

Enfim, por onde quer que se olhe, a Impetrante faz jus ao benefício da isenção do ITBI, razão pela qual a decisão da autoridade coatora que negou-lhe o benefício fiscal da isenção é medida que fere o seu direito líquido e certo.

V. DA AQUISIÇÃO ONEROSA DO IMÓVEL PELA IMPETRANTE

No caso vertente, a Impetrante celebrou com a SL3 PARTICIPAÇÕES S.A., Instrumento Particular de Compra e Venda do imóvel em tela, em 21 de dezembro de 2012, através do qual quitou a integralidade do preço avençado e imitiu-se na posse do imóvel.

Observe-se, por relevante, que as firmas dos signatários foram reconhecidas em cartório ainda em 2012.

O referido Instrumento Particular de Compra e Venda tem o condão de comprovar a realização de operação de transmissão por aquisição onerosa, para fins de reconhecimento da isenção do ITBI, como fartamente exposto no capítulo anterior.

Registre-se que a cláusula 2.4 do referido Instrumento Particular de Compra e Venda é clara no sentido de que ambas as partes estão obrigadas a celebrar a competente Escritura Pública, assim que o presente processo de reconhecimento de isenção seja concluído. (DOC.10)

E mais. O Instrumento Particular de Compra e Venda foi firmado em caráter irrevogável e irretratável, nos termos das cláusulas 2.1 e 4.2.

Nesse ponto, cumpre destacar que a referida Escritura Pública será de Rerratificação do Instrumento Particular de Compra e Venda. Ou seja, retificação da forma (de instrumento particular para escritura pública) e ratificação do conteúdo (aquisição onerosa do imóvel em 21 de dezembro de 2012, com quitação do preço e transmissão da posse).

Mais uma prova, portanto, de que a Impetrante adquiriu onerosamente o seu imóvel antes de 31 de dezembro de 2012, data limite para o direito à isenção do ITBI, conforme impõe a legislação municipal.

Aliás, é imperioso rememorar que não foi celebrada uma escritura pública até aquela data frente à impossibilidade de sua lavratura sem a apresentação do documento comprobatório do pagamento do ITBI ou da declaração exarada pelo Município de que tal operação é isenta do recolhimento (§ 2º do artigo 1º Lei Federal nº 7.433/85).

Para que não reste qualquer dúvida acerca de seu direito líquido e certo, a Impetrante apresenta, além do Instrumento Particular de Compra e Venda celebrado em 21 de dezembro de 2012, cópia do Instrumento Particular de Recibo de Sinal, firmado em 30 de outubro de 2012, sem direito de arrependimento, nos termos do artigo 419 do Código Civil (cláusula 2.1 e 2.2). **(DOC.11)**

Note-se que o aludido recibo de sinal foi assinado pela empresa Polaris Projetos e Empreendimentos Ltda. com permissivo para indicação de terceiro para adquirir o imóvel (cláusula 5.1).

Com efeito, sem prejuízo do que dispõe o artigo 108 do Código Civil mencionado na r. decisão proferida pela autoridade coatora, na espécie, o Recibo de Sinal, sem cláusula de arrependimento, seguido de Instrumento Particular de Compra e Venda, com quitação do preço e transmissão na posse - ambos firmados em caráter irrevogável e irretratável, sem comportar arrependimento - são instrumentos perfeitamente válidos e eficazes para fins de comprovação de operação de transmissão de aquisição onerosa para os fins pretendidos pela Lei Municipal nº 5.230/2010.

Por fim, a Impetrante também instrui o presente *mandamus*, como demonstração inequívoca da sua real intenção em implementar uma unidade hoteleira no imóvel adquirido, cópia da licença de obras expedida pela Secretaria Municipal de Urbanismo para fins de *"construção de empreendimento de que trata o inciso I do artigo 2º da Lei nº 5.230/2010."* **(DOC.12)**

Ressalte-se que o processo que deu origem ao pedido da referida licença de obras teve início em 2012 - processo nº 02/270233/2012 **(DOC. 13)** - o que

demonstra de forma inequívoca a real intenção da Impetrante em implementar uma unidade hoteleira no imóvel adquirido, em total conformidade com o objetivo colimado pela Lei Municipal nº 5.230/2010.

Diante de todo o exposto, não resta dúvida de que a Impetrante, não só adquiriu onerosamente o imóvel em tela em 2012, como desde aquele exercício vem desenvolvendo projeto para implantação do hotel, de acordo com os prazos estabelecidos na Lei Municipal nº 5.230/2010.

Isto porque – repita-se – o benefício da isenção do ITBI está condicionado à comprovação da concessão do “habite-se” até 31 de dezembro de 2015 e do início da atividade hoteleira nos 90 (noventa) dias seguintes.

VI. MEDIDA LIMINAR

A medida liminar é provimento de urgência admitido pela própria Lei do Mandado de Segurança quando houver fundamento relevante e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida, caso seja finalmente deferida (art. 7º, inciso III, da Lei nº 12.016/2009).

E, na hipótese destes autos, tais requisitos não só estão presentes, como são evidentes.

Intenta a Impetrante lhe seja concedida liminar que, *inaudita altera pars*, determine à autoridade coatora o reconhecimento da isenção do ITBI relativamente à aquisição onerosa do imóvel antes descrito e destinado à instalação de hotel.

O fundamento relevante está no fato de que a prevalecer o entendimento da autoridade coatora no sentido de que para se obter a isenção do ITBI é condição a apresentação prévia de escritura pública de compra e venda - condição que nem a lei nem seu regulamento previram - fere-se, de morte, o Princípio da Legalidade previsto no art. 37 da Constituição da República e esvazia-se o sentido finalístico do incentivo fiscal, qual seja, a produção de unidades hoteleiras na Cidade do Rio de Janeiro, em volume que atenda à demanda dos jogos esportivos, o que significa afronta, também, ao Princípio da Eficiência igualmente imposto à administração Pública por aquele dispositivo constitucional.

O fundamento relevante está no fato de que, sem isso, a Impetrante não poderá celebrar a escritura pública de compra e venda do imóvel e consumir o registro do título junto ao Cartório de Registro de Imóveis competente.

Neste particular, como é sabido, o registro visa conferir efeitos *erga omnes* ao ato praticado de modo a garantir a oponibilidade perante terceiros e, no caso em tela, permitir à Impetrante a adoção de todas as medidas subsequentes e necessárias ao regular desenvolvimento e à implantação da unidade hoteleira.

Com efeito, o próprio Município do Rio de Janeiro, através de seus órgãos urbanísticos, vem exigindo da Impetrante a comprovação do registro do título de propriedade perante o RGI competente para as providencias atinentes ao licenciamento da construção do hotel.

Além disso, também é patente a ineficácia da medida.

É real e iminente o *periculum in mora* no presente caso, na medida em que, como se viu, a Lei Municipal nº 5.230/2010 estabelece outros importantes prazos que deverão ser cumpridos pela Impetrante para que ela possa fazer jus aos benefícios constantes da Lei.

Repita-se, por pertinente: (a) concessão do habite-se até 31 de dezembro de 2015; e (b) início da atividade hoteleira no prazo de 90 (noventa) dias após a obtenção do "habite-se" e a sua manutenção pelo prazo mínimo de 02 (dois) exercícios após o final dos Jogos Paraolímpicos de 2016.

Isso significa dizer que o não reconhecimento da isenção do ITBI a que faz jus a Impetrante acarretará, de forma irremediável, a alteração dos planos de abertura e funcionamento da unidade hoteleira e, conseqüentemente, no desatendimento aos prazos definidos na lei municipal, a tempo e a hora para atender à demanda dos eventos esportivos mundiais que se realizarão na Cidade.

Demonstrada a presença, na espécie, dos requisitos legais autorizadores da concessão da liminar em sede mandamental, impõe-se a outorga desse provimento jurisdicional.

Assim, requer a Impetrante seja concedida a medida liminar, *inaudita altera pars*, para que seja determinado à autoridade coatora o reconhecimento da

mercado.kahn 2013/11/21 16:22:36

TJRJ 201400032029 24/01/2014 16:24:20 IMV> Petição Inicial Eletrônica

isenção do ITBI relativamente à aquisição onerosa do imóvel antes descrito e destinado à instalação de hotel.

VII. CONCLUSÃO

DO EXPOSTO, espera e requer a Impetrante:

(i) seja concedida a medida liminar acima requerida para que seja determinado à autoridade coatora o reconhecimento da isenção do ITBI relativamente à aquisição onerosa do imóvel antes descrito e destinado à instalação de hotel;

(ii) seja expedido ofício endereçado à autoridade apontada como coatora para que preste, no prazo legal, querendo, as informações que entender cabíveis;

(iii) seja dado ciência à d. Procuradoria Geral do Município do Rio de Janeiro para que, querendo, ingresse no feito, na forma do art. 7º, II, da Lei nº 12.016/2009;

(iv) seja, ao final, concedida a segurança para seja reconhecida a isenção do ITBI, com base no artigo 5º da Lei Municipal nº 5.230/10, sob condição de posterior comprovação das condições estabelecidas nos incisos I e II do caput do artigo 7º da referida lei, relativamente à transmissão de imóvel da Impetrante, destinado à implantação de hotel.

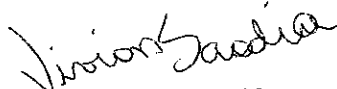
Dá-se à causa o valor de R\$ 240.000,00 (duzentos e quarenta mil).

Informa, finalmente, que todas as publicações veiculadas na imprensa oficial deverão ser feitas em nome do advogado Alexandre Kingston, inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil – Seção do Rio de Janeiro, sob o nº. 103.458, sob as penas do art. 236, § 1º, do CPC.

Nestes Termos,
Pede Deferimento.

Rio de Janeiro, 27 de novembro de 2013.

ALEXANDRE KINGSTON
OAB/RJ 103.458


VIVIAN SAADIA
OAB/RJ 167.853