

9 de junho de 2021

## NOTÍCIAS

### 1. JUDICIÁRIO DIVERGE SOBRE COBRANÇA DE ITBI NA INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA

*Ministros do STJ dizem que tema deve ser analisado pelo STF e vice-versa*

Por Adriana Aguiar — De São Paulo

O ramo imobiliário tem arcado com o custo de decisões divergentes dos tribunais de Justiça do país sobre a incidência do Imposto de Transmissão de Bens Imóveis (ITBI) na incorporação de uma empresa por outra. Como a empresa incorporada, em geral, é detentora de diversos imóveis, ao serem transferidos na reorganização societária, alguns municípios cobram o ITBI, outros não.

O impasse deve parar nos tribunais superiores. Contudo, por ora, ministros do Superior Tribunal de Justiça (STJ) dizem que o tema deve ser definido pelo Supremo Tribunal Federal (STF) e vice-versa - o que aumenta a importância dos precedentes das instâncias inferiores da Justiça.

Apesar de a não incidência do imposto estar prevista no parágrafo 4º do artigo 37 do Código Tributário Nacional (CTN), municípios alegam que esse dispositivo não foi recepcionado pela Constituição de 1988 para cobrar o imposto. A alíquota do ITBI varia entre 2% e 3%, a depender do município, e incide sobre o valor do imóvel.

“O tema possui impacto milionário para os municípios e contribuintes envolvidos, uma vez que, geralmente, os casos de incorporação total envolvem imóveis de grande valor”, diz o advogado Bruno Sigaud, do Sigaud Advogados.

Atualmente, duas das três câmaras do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJ-SP) julgaram o tema a

favor dos contribuintes. Os tribunais do Rio de Janeiro, Rio Grande do Sul, e Paraná também têm decisões contra a incidência. Por outro lado, Minas Gerais e Distrito Federal têm julgados que beneficiam o Fisco, segundo levantamento do Sigaud Advogados.

Para que não haja a incidência do ITBI, as empresas imobiliárias passaram a ingressar com mandados de segurança preventivos na Justiça, ao registrar a transferência de propriedade dos imóveis envolvidos. O dispositivo prevê que não incidirá o ITBI na “transmissão de bens ou direitos, quando realizada em conjunto com a da totalidade do patrimônio da pessoa jurídica alienante”.

Os julgados mais recentes das 15ª e 18ª Câmaras de Direito Público do TJ-SP entendem que o artigo 4º do artigo 37 do CTN é compatível com a Constituição de 1988. Ou seja, que seria aplicável a não incidência do ITBI na incorporação total de uma empresa pela outra. Entre eles, está o caso da São Sebastião Desenvolvimento Imobiliário, que conseguiu transferir 53 imóveis, por meio da incorporação total das empresas antes proprietárias, sem pagar qualquer ITBI. A decisão é da 15ª Câmara contra o município de Porto Feliz (Apelação nº 1000768-87.2019.8.26.0471).

Segundo o relator, desembargador Rezende Silveira, “em caso de incorporação total, os bens e direitos transmitidos por força de tal situação jurídica não implicam em ato oneroso, pois não há que se falar em ato de transmissão *inter vivos* propriamente dito, mas de reestruturação

9 de junho de 2021

societária de caráter universal, com o desaparecimento das sociedades incorporadoras”.

Para Silveira, o artigo 37, parágrafo 4º do CTN, não entra em conflito com a Constituição. Procurados pelo Valor, o advogado da empresa e a Prefeitura de Porto Feliz não retornaram até o fechamento da edição.

Mas também há decisões do TJ-SP pela tributação. Em um dos casos, que envolve a BR Properties contra o município de São Paulo, a relatora desembargadora da 14ª Câmara Monica Serrano, afirma que embora o CTN tenha status de lei complementar, a Constituição veda à União, em seu artigo 151, inciso III, a instituição de isenções de tributos (Apelação nº 1052710-59.2016.8.26.0053).

A advogada que assessora a BR Properties no processo, Vivian Casanova, do BMA Advogados, afirma que a maioria das decisões em São Paulo têm sido desfavoráveis. E, além disso, diz ela, é difícil fazer com que esses recursos sejam analisados no mérito pelos tribunais superiores.

Por um lado, os ministros do STJ negam a análise por entender que se trata de discussão constitucional. Um dos casos que já chegaram a ser analisados por lá envolve a Multiplan, uma das maiores empresas de shoppings do país contra o município de Belo Horizonte. O ministro Og Fernandes não conheceu do recurso da empresa e, agora, isso será analisado pela 2ª Turma (Resp 1937194). O advogado da Multiplan no processo e a empresa não quiseram se manifestar. A Prefeitura de Belo Horizonte disse, por meio de nota, que não se manifesta sobre ação em curso na Justiça.

Por outro lado, os ministros do STF também se recusam a analisar o mérito. Entendem envolver provas que não poderiam ser reanalisadas, ou que se trata de tema infraconstitucional. “Hoje temos essa bola dividida, mas a meu ver, a discussão precisaria ser avaliada pelo Supremo”, diz Vivian.

A advogada afirma que já existem julgados no STF que reconhecem isenção prevista em lei complementar e admitem que isso estaria em linha com o que dispõe a Constituição, no artigo 156, inciso III. A situação ocorreu no julgamento pela 1ª Turma do STF sobre o ISS para serviços bancários, em 2016 (RE 600.192). Por meio de nota, a Prefeitura de São Paulo disse que já se manifestou na ação.

Embora exista esse impasse nos tribunais superiores e a divergência nos tribunais de segunda instância, para o advogado Bruno Sigaud a tese tem chances de prosperar porque o fato gerador do ITBI é a onerosidade. “Na incorporação total não tem onerosidade. É absorvido todo o passivo, todo o patrimônio e essa pessoa jurídica [absorvida] é extinta”, diz. Para ele, ao analisar a cobrança de laudêmio no litoral, o STJ já entendeu que a incorporação total não tem onerosidade (Resp nº 1072529).

O advogado Thiago Marigo, do Freitas Leite Advogados, afirma que a tese é muito boa, uma vez que a não incidência do ITBI na incorporação total está expressa no CTN e o código tem status de lei complementar. “Os municípios não poderiam ir contra uma regra claramente estabelecida pelo CTN”, diz.

Acesso em:

<https://valor.globo.com/legislacao/noticia/2021/06/09/judiciario-diverge-sobre-cobranca-de-itbi-na-incorporacao-imobiliaria.ghtml>