



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2024.0001275088

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2333730-55.2024.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante RODOLITA EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES LTDA, é agravado MUNICÍPIO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 14ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Deram 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

Agravo de Instrumento nº 2333730-55.2024.8.26.0000

Processo originário nº 1582919-71.2015.8.26.0090¹

Agravante: Rodolita Empreendimentos e Participações Ltda

Agravado: Município de São Paulo

Comarca: Vara das Execuções Fiscais Municipais - São Paulo

Voto nº 9729

AGRAVO DE INSTRUMENTO – Execução Fiscal – ITBI
– Insurgência contra decisão que rejeitou a exceção de pré-executividade oposta, visando afastar a incidência de ITBI – Cabimento – Desnecessidade de dilação probatória – Suficiência da prova documental carreada aos autos – Hipótese de incorporação total de sociedade que não implica em ato oneroso, uma vez que não há que se falar em ato de transmissão inter vivos propriamente dito, mas sim de reestruturação societária – Ausência da ocorrência do fato gerador – Aplicação do art. 37, §4º, do CTN – Demais teses aventadas no presente recurso prejudicadas em razão do reconhecimento da não incidência do ITBI – Decisão reformada – Acolhimento da exceção de pré-executividade – Imposição de verba honorária – Recurso provido.

VISTOS.

Trata-se de agravo de instrumento interposto por **Rodolita Empreendimentos e Participações Ltda.** contra decisão que, nos autos da execução fiscal ajuizada pelo **Município de São Paulo**, para cobrança de ITBI do exercício de 2010, rejeitou a exceção de pré-executividade oposta pela executada, sob o fundamento de que a comprovação do que alegado demanda dilação probatória, incompatível com a via eleita, e concedeu o prazo de 5 dias para que a executada efetue o pagamento (preferencialmente na via administrativa) ou garanta

a execução, observando a ordem do artigo 11, da Lei 6.830/80 (fls. 93/96 do processo de origem).

Em suas razões recursais, a agravante defende, primeiramente, o cabimento da exceção de pré-executividade. Sustenta a não incidência do ITBI, uma vez que a aquisição de bem imóvel em questão decorre da incorporação integral da empresa SPE Reservato Alto da Lapa Desenvolvimento Imobiliário Ltda à sua sociedade. Afirma não se tratar de integralização do capital social da sociedade pela incorporação de imóvel, nem da transferência de unidades aos adquirentes, mas da incorporação de toda uma empresa, hipótese não englobada pela competência tributária municipal. Alega que a incorporação de uma SPE (Sociedade de Propósito Específico) e, conseqüentemente, dos imóveis que compunham o seu patrimônio, é imune ao imposto, sem qualquer condicionante. Aduz que a incorporação de uma outra sociedade é hipótese expressamente não englobada pela competência tributária, a teor dos artigos 156, § 2º, I, da CF, e 36, II, do CTN, sendo certo que toda a documentação societária necessária para comprovar a incorporação foi disponibilizada nos autos. Arrazoa que, por não se tratar de integralização de capital social, a operação em comento não se submete à verificação da condicionante da não preponderância de realização de atividade imobiliária pela adquirente. Suscita a nulidade da CDA, porque os débitos em cobrança foram atualizados com a utilização de índice diverso à Taxa Selic, com a cumulação de juros moratórios. Assim pleiteia a concessão do efeito suspensivo e, ao final, o provimento do recurso para que seja acolhida a exceção de pré-executividade, com reconhecimento da imunidade tributária e da nulidade da CDA, e conseqüente extinção da execução. Subsidiariamente, requer seja determinado o recálculo do débito, com aplicação da Taxa Selic em sua atualização.

Contraminuta às fls. 83/96.

Recurso tempestivo, com preparo comprovado às fls. 38/39 e sem oposição ao julgamento virtual.

RELATADO.

PASSO AO VOTO.

O recurso comporta provimento.

Trata-se de execução fiscal ajuizada pelo **Município de São Paulo** em face de **Rodolita Empreendimentos e Participações Ltda.**, para cobrança de ITBI do exercício de 2010, no valor de R\$ 24.956,50, relativo ao imóvel situado na Rua Camandulas nº 112, apto 14 e 2Vg, contribuinte nº 080.146.0174-2 (CDA de fl. 02 do processo de origem).

A executada apresentou exceção de pré-executividade requerendo, em suma, o reconhecimento da não incidência do ITBI na operação levada a efeito pela Municipalidade, sob o argumento de que houve mera alteração de titularidade dos bens imóveis na incorporação integral realizada entre ela (incorporadora) e a empresa SPE Reservato Alto da Lapa Desenvolvimento Imobiliário Ltda (incorporada). Pleiteou, ainda, a condenação da excepta ao pagamento das custas e honorários sucumbenciais, em percentual não inferior a 10% do crédito exequendo (fls. 10/23 do processo de origem).

Sobreveio a decisão recorrida, que rejeitou a exceção de pré-executividade, nos seguintes termos (fls. 94/95 do processo de origem):

(...)

2. Trata-se de ação de execução fiscal, promovida pela Municipalidade de São Paulo, tendo por objeto débito de ITBI Imposto sobre a Transmissão de Bens Imóveis, incidente sobre a incorporação de imóveis para realização de capital social da empresa executada.

Com efeito, compete à parte interessada demonstrar que faz jus à imunidade tributária prevista pelo artigo 156, § 2º, I, da Constituição Federal e artigos 36 e 37 do CTN (a não incidência do imposto sobre a transmissão de bens ou direitos incorporados ao patrimônio de pessoa jurídica em realização de capital). Confira-se:

...

No caso dos autos, evidente que o caso demanda dilação probatória apta a desconstituir o quanto concluído no Processo Administrativo, incompatível com a via eleita, mormente diante da necessidade de produção de prova pericial para a eventual demonstração deque a excipiente preenche os requisitos mencionados a fim de reverter em seu favor a decisão contida no processo administrativo.

3. Diante do exposto, rejeito a exceção e concedo o prazo de 5 dias para que a parte executada efetue o pagamento (preferencialmente na via administrativa) ou garanta a execução, observando estritamente a ordem do Art. 11, da Lei 6.830/80.

(...)

A exceção de pré-executividade tem cabimento como meio de defesa em execução fiscal, sempre que envolva matéria de ordem pública cognoscível de ofício pelo Magistrado e que haja prova pré-constituída, sem necessidade de ampliação da fase instrutória, adotado o entendimento contido na Súmula 393 do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual "A exceção de pré-executividade é admissível

relativamente às matérias conhecíveis de ofício que não demandem dilação probatória”, o que ocorre no caso em análise.

Depreende-se dos autos que a agravante comprovou ter incorporado a sociedade Reservato Alto da Lapa Desenvolvimento Imobiliário Ltda em 30/11/2010 e que, esta última, lhe transferiu a totalidade de seu patrimônio líquido (fls. 29/41 do processo de origem).

Válido mencionar que o ITBI é imposto incidente sobre a transferência de propriedade, por ato oneroso, o que não ocorreu na hipótese de incorporação de bens. Isso porque, não se trata de transmissão *inter vivos*, mas sim de reestruturação da sociedade que foi incorporada.

Assim, o caso concreto enseja a aplicação da exceção de não incidência do ITBI, conforme dispõe o art. 37, §4º, do Código Tributário Nacional:

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.

(...)

§ 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.

Extrai-se do dispositivo acima transcrito, que a não incidência de ITBI independe da verificação da atividade preponderante da apelada, afastando, no caso concreto, a aplicação do art. 152, § 2º, II, da Constituição Federal.

Enalteço que não há que se falar em não recepção do art. 37, §4º, do Código Tributário pela Constituição Federal. Isso porque, o referido dispositivo não ampliou a figura da imunidade disciplinada no art. 152, §2º, II, da CF, mas sim explicita uma situação na qual não ocorre o fato gerador do imposto.

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

*AGRAVO DE INSTRUMENTO – DECLARATÓRIA COM PEDIDO DE TUTELA DE URGÊNCIA – **ITBI – Insurgência em face de decisão que indeferiu o pedido de tutela de urgência - 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 societária de caráter universal – Inteligência do art. 37, § 4º do CTN** – Decisão reformada – Recurso provido (TJSP; Agravo de Instrumento 2105766-47.2019.8.26.0000; Relator: **Rezende Silveira**; Órgão Julgador: 15ª Câmara de Direito Público; Foro de Jundiaí - Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 29/08/2019; Data de Registro: 25/09/2019);*

*MANDADO DE SEGURANÇA - Município de São Paulo – Pretensão da impetrante voltada à não incidência do imposto – **ITBI sobre a transmissão de bem imóvel decorrente de incorporação total dos bens de sociedades empresárias – Aplicação, in casu, do §***

4º do art. 37 do CTN – Recursos oficial e voluntário, da
Municipalidade, não providos (TJSP; Apelação / Remessa
Necessária 1022857-40.2021.8.26.0405; Relator:
Erbetta Filho; Órgão Julgador: 15ª Câmara de Direito
Público; Foro de Osasco - 1ª Vara da Fazenda Pública;
Data do Julgamento: 11/05/2023; Data de Registro:
12/05/2023);

*APELAÇÃO/ REEXAME NECESSÁRIO – Município de Barueri
– Mandado de Segurança – **ITBI - Imóveis
transferidos em razão da incorporação integral da
sociedade empresaria – Descaracterização do ato
oneroso – Finalidade da concretização de negócios,
ou seja, reestruturação societária – Art.37, § 4º do
CTN que está em consonância com o art.156, § 2º, I
da CF** – Precedentes desta c. Câmara – Sentença mantida
– Recursos oficial e voluntário não providos (TJSP;
Apelação / Remessa Necessária 1062225-11.2022.
8.26.0053; Relatora: **Tania Mara Ahualli**; Órgão
Julgador: 15ª Câmara de Direito Público; Foro de Barueri
- Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento:
03/05/2023; Data de Registro: 04/05/2023);*

*APELAÇÃO CÍVEL – Mandado de segurança – ITBI sobre
incorporação total de sociedade – Recurso de apelação da
impetrante provido para afastar a tributação do ITBI em
razão de reestruturação societária mediante transferência
de bens não caracterizar ato oneroso – Interposição de
recurso extraordinário – Recurso devolvido à Turma
Julgadora, nos termos do artigo 1.030, inciso II, do CPC
em razão do julgamento do Recurso Extraordinário nº
796.376, Tema nº 796 pelo STF – Inaplicabilidade –*

Incorporação societária com transferência da totalidade do patrimônio à incorporadora – Reestruturação societária não passível de incidência do ITBI – Artigo 37, §4º, do Código Tributário Nacional – Manutenção da conclusão do julgamento anterior (TJSP; Apelação Cível 1014133-70. 2020.8.26.0053; Relator: **Raul De Felice**; Órgão Julgador: 15ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 10ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 21/03/2023; Data de Registro: 21/03/2023).

Assim, pertinente reconhecer a não incidência do ITBI e declarar inexigível o crédito tributário referente ao exercício de 2010, incidente sobre o imóvel tributado.

Para que não se alegue omissão, menciono que as demais teses aventadas no presente recurso, relativas à nulidade da CDA em razão da utilização de índice diverso da Taxa Selic, com a cumulação de juros moratórios, restaram prejudicadas em razão do reconhecimento da não incidência do ITBI em questão.

Portanto, fica acolhida a exceção de pré-executividade e, em consequência, julgo extinta a execução fiscal, com fundamento no art. 485, VI, do CPC.

Em razão da sucumbência, condeno o Município de São Paulo ao reembolso das custas processuais e ao pagamento de honorários advocatícios que fixo em 10% sobre o valor da causa, nos termos do artigo 85, §§ 2º e 3º, do Código de Processo Civil.

Ante o exposto, pelo meu voto, proponho o



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PROVIMENTO do recurso.

ADRIANA CARVALHO

Relatora