



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000312388

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1069929-75.2022.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante/apelado MUNICÍPIO DE SÃO PAULO, é apelado/apelante SACHA CALMON – MISABEL DERZI CONSULTORES E ADVOGADOS.

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, nos termos que constarão do acórdão. 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), JOÃO ALBERTO PEZARINI E OCTAVIO MACHADO DE BARROS.

São Paulo, 31 de março de 2025.

GERALDO XAVIER
Relator(a)
Assinatura Eletrônica

Apelação 1069929-75.2022.8.26.0053

Apelantes: BSP Empreendimentos Imobiliários D106 Limitada e outros

Apelado: Município de São Paulo

Comarca: São Paulo

Voto 58.172

Apelações. Ação declaratória de inexistência de relação jurídico-tributária com pedido cumulado de repetição de indébito. Imposto sobre transmissão inter vivos de bens imóveis. Alegação de não incidência por se cuidar de transferência de bem a pessoa jurídica em realização de capital social. Improcedência. Exercício de atividade imobiliária preponderante a afastar a imunidade prevista no artigo 156, § 2º, I, da Constituição Federal. Inteligência desse dispositivo e do artigo 37, “caput”, do Código Tributário Nacional. Recurso do município provido, prejudicada a análise do apelo dos patronos das autoras.

Cuida-se ação declaratória de inexistência de relação jurídico-tributária com pedido cumulado de repetição de indébito proposto por BSP Empreendimentos Imobiliários D106 Limitada, BSP Empreendimentos Imobiliários R15 Limitada e BSP Empreendimentos Imobiliários D118 Limitada em face do município de São Paulo.¹

Sustentam as autoras, com arrimo no artigo 156, § 2º, I e II, da Constituição Federal, descabida a exigência de pagamento de imposto sobre transmissão inter vivos de bens imóveis (ITBI), dado que o tributo não incide quando a transferência de propriedade decorre de incorporação a patrimônio de pessoa jurídica; pleiteia anulação do lançamento e repetição do valor indevidamente pago.

Acolhidos os pedidos, condenou-se a autora a arcar com a verba honorária de 5% (cinco por cento) do valor da causa atualizado. Daí por que apelam tempestivamente ambas as partes. O município insiste na legitimidade da cobrança e requer inversão do resultado do julgamento. Os

¹ Valor da causa em dezembro de 2022: R\$ 8.003.103,20

patronos das autoras, por seu vez, almejam majoração da verba honorária.

Recebidos e processados, apenas o recurso do município foi contrariado.

Eis, sucinto, o relatório.

O reclamo do município comporta abrigo, razão pela qual prejudicado o apelo dos patronos das autoras.

Com efeito.

Reza o artigo 156, II e § 2º, I, da 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:

.....

“§ 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;” (grifos inexistentes no original)

Da análise do dispositivo recém-transcrito extrai-se não incidir ITBI sobre transmissão de imóvel decorrente de incorporação a patrimônio de pessoa jurídica em realização de capital, exceto quando a atividade principal do adquirente for a compra e venda, a locação de bens imóveis ou o arrendamento mercantil. A interpretação de que o desenvolvimento de atividade preponderante imobiliária afastaria a imunidade

apenas na hipótese de fusão, incorporação, cisão ou extinção de pessoa jurídica, e não no caso de integralização do capital social, não se mostra correta. Se não, vejamos.

O pronome demonstrativo “nesses” escolhido pelo constituinte indica claramente, como a luz do sol ao meio-dia, que a exceção à regra da imunidade diz não só com a oração mais próxima (“transmissão de bens ou direitos decorrente de fusão, incorporação, cisão ou extinção de pessoa jurídica”), como também com a que a antecede (“transmissão de bens ou direitos incorporados ao patrimônio de pessoa jurídica em realização de capital”). Caso se pretendesse excluir apenas as operações societárias indicadas na oração mais próxima utilizar-se-ia o pronome “nestes”.

O artigo 37 do Código Tributário Nacional reforça o entendimento de que, em casos como o vertente, a exceção à regra de não incidência tributária aplica-se indistintamente às hipóteses descritas no artigo imediatamente anterior, o 36 (as mesmas referidas no dispositivo constitucional em comento):

“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;

“II - quando decorrente da incorporação ou da fusão de uma pessoa jurídica por outra ou com outra.

“Parágrafo único. O imposto não incide sobre a transmissão aos mesmos alienantes, dos bens e direitos adquiridos na forma do inciso I deste artigo, em decorrência da sua desincorporação do patrimônio da pessoa jurídica a que foram conferidos.

“Artigo 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.”

Evidente que, se o derradeiro artigo transcrito, o 37, ao cuidar das exceções à imunidade fá-lo contemplando TODAS as hipóteses figuradas em seu antecedente, o 36, o qual, a seu turno, menciona explicitamente a incorporação do bem ao patrimônio de pessoa jurídica em pagamento de capital subscrito, esta também escapa à imunidade quando preponderante atividade imobiliária. “A lógica é a anatomia do pensamento” (Henry Goodwin).

Nem se argumente, ademais, que, ao analisar o recurso extraordinário 796.376/SC, o Supremo Tribunal Federal teria fixado entendimento no sentido de que, nos casos de transmissão do bem com vistas a integralização de capital social, a imunidade incidiria independentemente da natureza da atividade desenvolvida. O asserto do Ministro Alexandre de Moraes no voto condutor do acórdão, de que “a expressão 'nesses casos' não alcança o 'outro caso' referido na primeira oração do inciso I, do § 2º, do art. 156 da CF” foi incidental, “a latere”, de passagem (“obiter dictum”), e não se relaciona diretamente com a matéria afeta ao tema então objeto de análise em repercussão geral (“Tema nº 796. 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.”). Por conseguinte, tal asserto, inserido na fundamentação do aludido voto, não irradia efeitos vinculantes sobre a questão aqui em debate. A pelo, ensina-nos o professor Pedro Lenza:

“O STF vinha atribuindo efeito vinculante não somente ao dispositivo da sentença, mas também, aos **fundamentos determinantes da decisão**.

“Falava-se, então, em **transcendências dos motivos determinantes**, ou **efeitos irradiantes** ou **transbordantes dos motivos determinantes**.

“Há de se observar, inicialmente, a distinção entre *ratio decidendi* e *obter dictum*.

“**Obter dictum** ('coisa dita de passagem') ou simplesmente **dictum** são comentários laterais que não influem na decisão, sendo

perfeitamente dispensáveis. Portanto, aceita a '**teoria do transbordamento**', não se falaria em irradiação de *obiter dictum*, com efeito vinculante, para fora do processo. Por outro lado, a **ratio decidendi**, sendo **holding** a denominação mais usual na experiência norte-americana, é a fundamentação essencial que ensejou aquele determinado resultado da ação. Nessa hipótese, aceita a 'teoria dos efeitos irradiantes', a 'razão da decisão' passaria a vincular outros julgamentos.” (in “Direito Constitucional Esquematizado”, editora Saraiva, 21ª edição, 2017, páginas 327 e 328).

Na espécie, não se nega o desenvolvimento de atividade preponderantemente imobiliária, o que de resto se extrai da cláusula segunda do contrato social (folhas 23).

Nesses termos, diante do objeto social da autora e indemonstrado que suas receitas não provêm principalmente da venda e locação de bens imóveis, descabido reconhecer direito a imunidade tributária.

Eis a jurisprudência da corte:

“Apelação. Mandado de segurança. Incidência de ITBI sobre integralização de capital social através de bens imóveis. Controvérsia relacionada ao reconhecimento da imunidade tributária. A benesse constitucional do art. 156, § 2º, I da CF não é aplicável a contribuinte cuja atividade preponderante seja a compra e venda ou locação de bens imóveis. No caso, o objeto social da autora consiste em 'realização de investimentos em empreendimentos e a participação no capital social de outras pessoas jurídicas, sediadas no Brasil ou no Exterior, na condição de sócia, acionista ou quotista, com recursos próprios ou incentivado'. Tal atividade não está inserida nas exceções da regra imunizante do art. 156, § 2º, I, da CF. Ademais, não logrou o Fisco comprovar, cabalmente, eventual desnaturação do objeto social acima indicado para outro que inviabilizasse o reconhecimento da benesse. A reforma da sentença que não reconheceu a imunidade é imperiosa. Dá-se provimento ao recurso, nos termos do acórdão.” (apelação 1006390-88.2021.8.26.0177, Décima Oitava Câmara de Direito Público, relatora Desembargadora Beatriz Braga, julgamento em 26/1/2023);

“APELAÇÃO E REMESSA NECESSÁRIA – MANDADO DE SEGURANÇA – ITBI – Impetração para reconhecimento da imunidade total no ato de conferência dos imóveis para fins de integralização do capital social da empresa, tomando como base de cálculo, independentemente do exame da imunidade, o maior valor entre aquele declarado pelo contribuinte ou o valor venal adotado para fins de recolhimento do IPTU, ante a ilegalidade da adoção por parte da autoridade coatora do valor de referência ou, subsidiariamente, que se adote o valor venal do IPTU ou da transação, o que for maior, na apuração de diferença, afastada a adoção de valor de referência e de juros e multa, garantindo o direito de recolhimento do ITBI apenas por ocasião do registro – Imunidade – Cabimento, no limite do capital integralizado, conforme entendimento do STF no julgamento do RE 796.376/SC (Tema 796) da Repercussão Geral – Prevalência, por ora, dos valores venais dos imóveis, para fins de recolhimento do IPTU, porque maiores que os valores declarados para a transação, em consonância com a tese jurídica fixada no IRDR nº 2243516-62.2017.8.26.0000 (Tema 19 do TJSP), cujo fato gerador se dá somente no momento do registro, daquilo que sobejar o capital social a integralizar, afastada a adoção do valor de referência – Artigos 197 e 201 da Lei Municipal nº 3.915/2005- Declaração de inconstitucionalidade dos artigos 7º-A, 7º-B e 12, da Lei nº 11.154/91, do Município de São Paulo, pelo Órgão Especial do Tribunal de Justiça, que se estende à lei análoga – No caso concreto, a somatória dos valores venais dos imóveis não integraliza o capital social e, por isso, por ora, a impetrante faz jus à imunidade, uma vez que, adotado o entendimento fixado no julgamento do Tema 796 do STF, afastado o valor de referência, não há diferença a apurar, ressaltando-se o direito da Fazenda Municipal de, após regular procedimento administrativo, com garantia do contribuinte a eventual impugnação, efetuar lançamento complementar, nos moldes do disposto no art. 148 do CTN e também sem prejuízo de verificação administrativa de eventual atividade preponderante prevista no art. 156, § 2º, I da CF, que é causa de exclusão do benefício da imunidade - Sentença que concedeu em parte a segurança, acolhendo o pedido subsidiário, para garantir o direito da impetrante

de recolher o ITBI somente no momento do registro, com base no valor da transação reformada para acolher em parte o pedido principal, com o fim de conceder em parte a segurança, reconhecendo-se a imunidade da impetrante, no limite do capital integralizado, com observação quanto a possibilidade de lançamento complementar, caso verificado valores de mercado superiores ao utilizado para fins de IPTU e declarados para a conferência de bens, além da verificação da atividade preponderante da impetrante – Recurso oficial e voluntário improvidos – Recurso da impetrante provido em parte, com observação.” (apelação 1001188-06.2020.8.26.0650, Décima Quarta Câmara de Direito Público, relator Desembargador Rezende Silveira, julgamento em 23/6/2021);

“APELAÇÃO – Mandado de Segurança - ITBI
– Capital social da empresa integralizado mediante a conferência de bens imóveis
– Pretensão voltada ao reconhecimento da imunidade tributária, conforme art. 156, § 2º, I, da CF – Descabimento na hipótese – Imunidade condicionada à demonstração, por parte do contribuinte, do preenchimento de requisitos – Exegese do art. 37 do CTN - Atividade preponderante consistente na administração, incorporação, compra, venda, permuta e locação de bens imóveis - RECURSO DESPROVIDO.” (apelação 1000202-25.2022.8.26.0604, Décima Oitava Câmara de Direito Público, relator Desembargador Henrique Harris Júnior, julgamento em 11/1/2023).

Em suma: é caso de acolher a pretensão recursal do município. Prejudicado, portanto, o exame do apelo dos patronos das autoras.

Posto isso, dá-se provimento ao apelo do município: julgam-se improcedentes os pedidos e invertem-se os ônus do sucumbimento. Outrossim, fica prejudicada a análise do recurso dos patronos das autoras.

Geraldo Xavier
Relator