Registro: 2016.0000272306

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2268328-42.2015.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que são agravantes VERA MARTINS SERRA ESPUNY BARRETTO e CARLOS ROBERTO BARRETTO, é agravado DIRETOR DO DEPARTAMENTO DE RECEITA IMOBILIÁRIA DA SECRETARIA DE FINANÇAS DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 15ª 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 RAUL DE FELICE (Presidente), ERBETTA FILHO E SILVA RUSSO.

São Paulo, 26 de abril de 2016.

Raul De Felice
Relator
Assinatura Eletrônica

Agravo de Instrumento nº 2268328-42.2015.8.26.0000

Agravantes: Vera Martins Serra Espuny Barreto e outro.

Agravado: Diretor do Departamento de Receita Mobiliária da Secretaria de Finanças do Município de são Paulo.

Comarca: São Paulo

VOTO Nº 1692

AGRAVO DE INSTRUMENTO − Mandado de Segurança − Município de São Paulo - Insurgência contra indeferimento de liminar − Alegação de impossibilidade de tributação pelo ITBI sobre patrimônio transferido em separação consensual ante a inexistência de qualquer ato oneroso (hipótese de venda ou transmissão) − Inocorrência da hipótese prevista no art. 156, II da Constituição Federal - Transmissão a título não oneroso - Divisão amigável do patrimônio do casal através de consenso que não caracteriza onerosidade, tampouco, transmissão, mas mera divisão patrimonial − Precedentes desta 15ª Câmara de Direito Público - Presença dos requisitos previstos no art. 273 do CPC/73, aptos à concessão da liminar − Possibilidade, no entanto, de reversão da medida, quando da prolação da sentença - Decisão reformada - Agravo provido.

Vistos.

Trata-se de agravo de instrumento interposto por **VERA MARTINS SERRA ESPUNY BARRETO E OUTRO,** em face da decisão de fls. 19 que, nos autos do Mandado de Segurança impetrado em face do **DIRETOR DO DEPARTAMENTO DE RECEITA MOBILIÁRIA DA SECRETARIA DE FINANÇAS DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO,** indeferiu a liminar pleiteada sob o fundamento de que ausente o perigo de dano e irreparável e que as alegações dos impetrantes dependiam do

contraditório.

Alega a agravante que a decisão merece reforma porquanto inexistiu o fato gerador do ITBI uma vez que houve partilha igualitária do patrimônio comum dos agravantes em razão de separação consensual, sem qualquer ato oneroso, apto a ensejar a tributação pelo ITBI. Assim, o patrimônio do casal que perfazia um montante de R$ 4.729.876,50, no qual estavam incluídos bens móveis e imóveis foi dividido exatamente na metade (R$ 2.364.938,20), correspondente a cada quinhão. Requereu o provimento do presente agravo para que seja concedida a liminar pleiteada.

O agravo foi recebido e processado com a concessão da tutela recursal (fls. 156/157).

Contraminuta às fls. 172/174.

É O RELATÓRIO.

O recurso merece ser provido.

Com efeito, sem pretensão de adentrar no mérito do mandado de segurança no qual se discute a eventual tributação do ITBI nos imóveis objetos de partilha em separação consensual, devidamente homologada, há que se verificar se os pressupostos necessários à concessão da liminar se encontram ou não presentes para a manutenção ou reforma da decisão agravada.

Compulsando os autos, mas especificamente na cópia da petição inicial do *mandamus* (fls. 25/51), os impetrantes insurgem-se contra a tributação do ITBI na transferência de imóveis quando das averbações da sentença homologatória em separação consensual, cuja partilha foi devidamente homologada pelo Juízo através da sentença copiadas às fls. 121.

Com efeito, o art. 156, inciso II da Constituição Federal dispõe que:

"Compete aos Municípios instituir impostos sobre:

I – (...)

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."

Como é cediço, na separação consensual, na qual as partes dividem o patrimônio de forma igualitária, não há transação (hipótese de venda ou transmissão) apta a gerar o fato gerador do ITBI, posto que, neste caso, existe mera partilha de bens entre o casal, em relação ao patrimônio que era comum.

Portanto, a Constituição federal deixa claro que haverá exigência do ITBI na transmissão a qualquer título, **por ato oneroso**, não se configurando, no caso em tela, onerosa a partilha de bens, mas apenas divisão patrimonial entre os cônjuges e maneira especificada, não havendo, assim, qualquer venda ou transação onerosa, mas apenas divisão nominal por intermédio de um consenso, cuja partilha, como mencionado anteriormente, já fora devidamente homologada pelo Juízo. *(negritei)*

Nesse sentido é o entendimento desta Câmara em casos análogos, conforme se observa nas ementas abaixo transcritas:

"REPETIÇÃO DE INDÉBITO – ITBI – Exercício 2012 Município de São Sebastião - Existência de excesso na

meação havida na separação judicial da autora, com o consentimento desta Divisão patrimonial não igualitária- Transmissão de bem imóvel por ato oneroso não configurada - Consorte que abre mão de sua meação em favor do outro - Inocorrência do fato gerador, neste caso, do ITBI - Precedentes jurisprudenciais - Pleito inaugural agora acolhido - Inversão da sucumbência - Sentença reformada - Apelo provido, com determinação. (Apelação nº 0000797-10.2013.8.26.0587, em 15ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, j. em 14.05.2015 – Relator Silva Russo);

"ITBI - Município de Santos - Repetição de indébito - Divórcio consensual - Excesso de meação - Transmissão a título não oneroso - Hipótese de não incidência do imposto - Recolhimento indevido - Devolução que se impõe Recurso não provido. (Apelação nº 0144859-71.2007.8.26.0000, 15ªCâmara de Direito Público, julgado em 19.01.2012 – Relator Erbetta Filho);

"APELAÇÃO CÍVEL - Ação de repetição de indébito - ITBI recolhido indevidamente - Separação judicial de casal - Excesso de meação - Transmissão a título não oneroso - Divisão amigável do que em comum, consenso que não se caracteriza ato oneroso nem transmissão, mas mera divisão

patrimonial, ficando especificado de forma individual o que pertencerá a cada um - Sentença mantida – Recursos improvidos (Apelação Com Revisão nº 0173572-90.2006.8.26.0000, 15ªCâmara de Direito Público, julgado em 06.08.2009 - Relator Eutálio Porto).

Portanto, mesmo que milite em favor da Fazenda Pública Municipal a presunção de legalidade do ato administrativo do lançamento do tributo, a cobrança, na situação ora posta nos autos, ao menos numa análise perfunctória e de acordo com a documentação juntada, a torna ilegal, sendo de rigor, portanto, a reforma da decisão agravada, em razão da presença dos requisitos previstos no art. 273 do CPC/73 que dispõe que: *"O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e que haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação"*.

Por fim, não é de somenos importância destacar que a concessão de liminar, mesmo revelando um convencimento que poderá ser confirmado ou não no futuro, não vincula o julgador, que poderá, durante a análise da documentação trazida na impetração do *mandamus*, modificar seu entendimento obtido numa análise inicial dos fatos a ele trazidos, concedendo ou denegando a segurança pleiteada.

De rigor, portanto, a reforma da decisão agravada, para conceder a liminar pleiteada inicialmente no mandado de segurança.

Ante o exposto, **dá-se provimento ao agravo de**

instrumento, nos termos do voto.

Raul De Felice
Relator