



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Registro: 2017.0000485760

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação / Reexame Necessário nº 1020542-23.2016.8.26.0564, da Comarca de São Bernardo do Campo, em que é apelante PREFEITURA DE SAO BERNARDO DO CAMPO e Recorrente JUIZO EX OFFÍCIO, são apelados FABIO JOSE DA SILVA e DALVENISA OLIVEIRA PEREIRA SILVA.

ACORDAM, em 18ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento aos recursos. V. U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores BEATRIZ BRAGA (Presidente sem voto), BURZA NETO E FRANCISCO OLAVO.

São Paulo, 29 de junho de 2017

WANDERLEY JOSÉ FEDERIGHI

RELATOR

Assinatura Eletrônica



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Apelação/Reexame necessário: 1020542-23.2016.8.26.0564 -.

Apelantes: Prefeitura Municipal de São Bernardo do Campo

Apelada: Fábio José da Silva e outra.

Voto n. 24.220.

MANDADO DE SEGURANÇA – ITBI – Discussão acerca da base de cálculo do referido imposto no caso de aquisição de imóvel na planta – Contrato de compra e venda de fração de terreno e mútuo com alienação fiduciária para futura construção – Base de cálculo que deve corresponder ao valor do terreno adquirido, excluindo-se da incidência do imposto o valor do financiamento de futura edificação – Exegese das súmulas 110 e 470 do STF – Manutenção da r. sentença de primeiro grau que se impõe – Recursos desprovidos.

Vistos.

FÁBIO JOSÉ DA SILVA e DALVENISA OLIVEIRA PEREIRA SILVA, qualificados nos autos, impetram a presente ação de mandado de segurança contra ato do **PREFEITO DO MUNICÍPIO DE SÃO BERNARDO DO CAMPO E DO DIRETOR DO DEPARTAMENTO DE RENDAS IMOBILIÁRIAS**, objetivando, em síntese, a concessão da ordem para que o recolhimento do Imposto sobre a Transmissão de Bens Imóveis – ITBI seja realizado apenas sobre o valor do terreno adquirido e não sobre a construção da unidade autônoma, uma vez que esta inexistia quando da contratação.

Registra-se que foi proferida a r. sentença de fls. 117/125, que concedeu a segurança pleiteada, recorrendo a magistrada de ofício.

Na sequência, a Municipalidade apresentou seu recurso de apelação (fls. 134/142). Resumidamente, alega a legalidade da base de cálculo sobre o



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

valor integral do contrato. Ao término, pugna pelo provimento do presente recurso, para o fim de alterar-se a r. sentença recorrida, denegando-se a segurança.

Tempestivo o recurso, foi o mesmo regulamente processado, com a apresentação de contrarrazões (fls. 145/152).

Subiram os autos a esta Corte

É o relatório.

Malgrado o zelo e a combatividade do ínclito procurador da Municipalidade apelante, entende-se, com a devida vênia, que *o recurso voluntário interposto não reúne condições de ser provido*.

Senão, vejamos.

A controvérsia junte-se em saber qual a correta base de cálculo do ITBI em se tratando de aquisição de imóvel na planta para entrega futura de unidade autônoma.

Pois bem.

Apregoa o art. 156, II, da CF que 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”* (grifamos).

Tal regra, aliás, é repetida pelo art. 35 do Código Tributário Nacional e complementada pelo art. 38 do mesmo diploma legal, o qual estabelece:

*“A base de cálculo do imposto é o **valor do bem ou direitos transmitidos**”* (grifamos).

No caso em apreço, verifica-se que os impetrantes apelados firmaram *Contrato de compra e venda de terreno e mútuo para construção de unidade vinculada a empreendimento, com fiança, alienação fiduciária em garantia e outras obrigações* (fls. 16/41), sendo o valor total do contrato, incluindo a alienação fiduciária, de R\$ 296.543,61 (duzentos e noventa e seis mil, quinhentos e quarenta e três reais e sessenta e um centavos), valor este no qual apenas R\$ 26.760,55 (vinte e seis mil, setecentos e sessenta reais e cinquenta e cinco centavos) refere-se à compra do terreno, onde se



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

prometeu a construção de uma unidade habitacional.

Ora, para fins de cálculo do ITBI nos parece coerente que seja observado o valor do imóvel no momento da transmissão de sua propriedade!

Assim, se os impetrantes adquiriram um terreno e, nesta mesma ocasião, contrataram a construção de unidade autônoma junto à Caixa Econômica Federal, com prazo para o início e término da construção, é irrefutável que devem pagar somente pelo terreno que adquiriram no momento da contratação e não pelas benfeitorias futuras que seriam a ele incorporadas com o passar do tempo. Isto, pois, quando da contratação e momento do recolhimento do tributo, somente tiveram transmitido o terreno e não a edificação!

Outrossim, não se pode perder de vista que a base de cálculo do ITBI deve refletir o valor da transmissão que efetivamente ocorreu, ou seja, deve guardar relação com a realidade da aquisição no momento do recolhimento do tributo, sob pena de caracterizar-se um enriquecimento indevido por parte da Municipalidade, que, por sua vez, elege equivocadamente como base de cálculo o valor total da transação, ao invés do valor correspondente à compra e venda do terreno.

A fim de possibilitar-se uma melhor compreensão sobre a questão, segue abaixo trecho da obra de Francisco Ramos Mangieri e Osmar Augusto Leite Melo, citado no julgamento da apelação nº 0001127-34.2012.8.26.0654, de Relatoria do Desembargador Osvaldo Capraro, ex-integrante desta Câmara:

“...imaginemos uma hipótese em que uma incorporadora transfira a propriedade de frações de terrenos a terceiros ou mesmo compromisse a venda tais porções de terra, contratando também a construção de apartamentos sobre os terrenos alienados.

“Questiona-se: incidirá ITBI sobre o terreno mais a construção ou somente sobre aquele?”

“As posições são divergentes, com entendimentos que pendem para os dois lados. Contudo, a posição mais acertada, no nosso entender, é que, no caso, existe a celebração concomitante de dois contratos, que apresentam fatos geradores distintos e independentes. O primeiro, de compra e venda (ou promessa de venda); o segundo, de empreitada de construção civil. É que a existência de tais contratos, antes do término da obra implica em reconhecer que a construção não está realizada para



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

a incorporadora/construtora, mas para terceiros, caracterizando uma nítida prestação de serviços.

“Melhor dizendo, a incorporadora vende a fração ideal do terreno e, concomitantemente, presta serviços de construção do respectivo apartamento para o seu cliente - aquele que adquiriu determinada fração de terreno e contratou a obra civil.

“Podemos, então, visualizar nitidamente a ocorrência de dois fatos impositivos: de um lado, a compra e venda ou mesmo o compromisso de compra e venda, ambos sujeitos ao ITBI (transmissão de bens imóveis ou cessão de direitos à sua aquisição), de outro, a prestação de serviços de empreitada na construção civil, situação material que compõe a hipótese de incidência do ISS.

“Destarte, em resposta à questão inicialmente formulada, a nosso sentir, o ITBI incidirá apenas sobre o terreno vendido ou prometido à venda, enquanto que sobre a construção do apartamento recairá o ISS. Por conseguinte, a base de cálculo do ITBI corresponderá única e exclusivamente ao valor venal do terreno, desconsiderando-se o preço da empreitada (ou do valor do imóvel edificado).

“O STJ vem entendendo do mesmo modo, como se depreende do REsp nº 57.478-1/RJ” “In” ITBI Imposto sobre Transmissões de Bens Imóveis Editora Edipro, página 168”” (j. 25.07.2013).

Acresça-se, ainda, que a impossibilidade de incidência do ITBI sobre construção futura já restou reconhecida pelo Egrégio STF através das Súmulas 110 e 470:

“Súmula 110. O imposto de transmissão inter vivos não incide sobre a construção, ou parte dela, realizada pelo adquirente, mas sobre o que tiver sido construído ao tempo da alienação do terreno”.

“Súmula 470. O imposto de transmissão inter vivos não incide sobre a construção, ou parte dela, realizada, inequivocadamente, pelo promitente comprador, mas sobre o valor do que tiver sido construído antes da promessa de venda”.

Sobre o assunto, aliás, este Egrégio Tribunal já se pronunciou algumas vezes:

“APELAÇÃO CÍVEL e REEXAME NECESSÁRIO - Mandado de Segurança - ITBI - Município da Estância Turística de Itu - Contrato de



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

compra e venda de fração de terreno e mútuo com alienação fiduciária para futura construção - Base de cálculo sobre o valor do terreno adquirido - Não incidência do imposto sobre o valor do financiamento de futura edificação - Súmulas 110 e 470 do STF - Sentença mantida - Recursos oficial e voluntário não providos” (1004328-83.2014.8.26.0286, 15ª Câmara de Direito Público, Relator Desembargador Raul de Felice, j. 15.03.2016).

“REEXAME NECESSÁRIO e APELAÇÃO - Ação Declaratória c/c Anulatória de Débito Fiscal - ITBI - Cobrança suplementar de ITBI calculado sobre o valor do imóvel financiado pela CEF - Descabimento - Aquisição de terreno, efetuando o recolhimento de ITBI, com posterior edificação pela CEF - Sentença mantida com redução dos honorários advocatícios - Reexame necessário parcialmente procedente e Recurso voluntário improvido” (Apelação nº 0507762-64.2010.8.26.0000, 14ª Câmara de Direito Público, Relator Maurício Fiorito, j. 26.03.2015).

Dessa forma, descabe outra ilação, senão a de que deve o **ITBI incidir apenas sobre a fração do terreno**, uma vez que a posterior construção do imóvel, ainda que englobada em contrato de financiamento, não autoriza a exigência do imposto.

Sem maiores delongas, portanto, de rigor *a manutenção* da r. sentença de primeiro grau, por seus próprios e jurídicos fundamentos, aos quais adicionam-se os do presente voto.

Para os devidos fins de direito, consideram-se prequestionados os dispositivos legais e constitucionais mencionados pela recorrente.

.

Com isto, **nega-se provimento** aos recursos.

WANDERLEY JOSÉ FEDERIGHI
Relator.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo