



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
**PODER JUDICIÁRIO**  
São Paulo

**Registro: 2017.0000753861**

**ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Apelação nº 0007495-58.2011.8.26.0019, da Comarca de Americana, em que é apelante PREFEITURA MUNICIPAL DE AMERICANA, são apelados FANNIL EMPREENDIMIENTOS E PARTICIPAÇÕES LTDA (E OUTROS(AS)), JOSE RICARDO DUARTE FORTUNATO, JOSE MAURICIO DUARTE FORTUNATO, JOSE GUSTAVO DUARTE FORTUNATO, JOSE GUILHERME DUARTE FORTUNATO e MONICA DUARTE FORTUNATO BEDICKS.

**ACORDAM**, em 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 Exmos. Desembargadores OCTAVIO MACHADO DE BARROS (Presidente sem voto), GERALDO XAVIER E JOÃO ALBERTO PEZARINI.

São Paulo, 28 de setembro de 2017.

**MÔNICA SERRANO**

**RELATORA**

**Assinatura Eletrônica**



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
**PODER JUDICIÁRIO**  
São Paulo

APELAÇÃO nº 0007495-58.2011.8.26.0019 - Americana

APELANTE: PREFEITURA MUNICIPAL DE AMERICANA

APELADOS: FANNIL EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES LTDA,  
JOSE RICARDO DUARTE FORTUNATO, JOSE MAURICIO DUARTE  
FORTUNATO, JOSE GUSTAVO DUARTE FORTUNATO, JOSE GUILHERME  
DUARTE FORTUNATO E MONICA DUARTE FORTUNATO BEDICKS

**VOTO Nº 7595**

ITBI – Transmissão de bens decorrente da incorporação de empresa – Subsunção à hipótese do art. 37, par. 4º, do CTN – Descabimento – Dispositivo não recepcionado pela Constituição Federal de 1988 – Ampliação da isenção contida no art. 156, par. 2º, inc. I, e consequente ofensa ao art. 151, inc. III, ambos do texto constitucional – Ingerência indevida na esfera de competência tributária do município – Imposto devido – Sentença afastada – Sucumbência invertida – **Recurso provido.**

Trata-se de apelação interposta contra sentença que, em embargos à execução fiscal de ITBI, acolheu-os para afastar a incidência do imposto sobre operação de transmissão de bens decorrente da incorporação de outra empresa pela embargante, fundamentando o decidido em disposição do art. 37, par. 4º, do CTN, e afirmando a inexistência de compatibilidade desta norma com o comando esculpido no art. 152, par. 2º, inc. I, da Constituição Federal de 1988. Sucumbente, foi o município condenado às verbas de praxe e em honorários advocatícios fixados, por equidade, em R\$ 3.000.00.

Em síntese, sustenta a apelante, preliminarmente, a inexistência de decadência, repisando os argumentos do juízo *a quo*. No mérito, alega que o art. 37, par. 4º, do CTN não foi recepcionado pela CF/88, notadamente em razão de acrescentar hipótese de isenção do ITBI não prevista no texto constitucional e em afronta à competência municipal para legislar sobre o assunto. Assim, pugna pela validação da tributação observada.

Recurso tempestivo e bem processado.

Contrarrazões às fls. 322/329.

**É o relatório.**

A insurgência merece guarida.

Em suma, cuida-se de ITBI cobrado sobre operação de transferência de bens por ocasião da incorporação de empresa pela embargante, fato que restou incontroverso nos autos, assim como a informação de que a atividade preponderante da apelada consiste na transação de bens imóveis. Nesse esteio, pretende a embargante a subsunção da hipótese ao que determina o art. 37, par. 4º, do CTN, ao passo que o município defende a incidência do imposto com fulcro nas razões supramencionadas.

De proêmio, quanto à decadência, ficam aqui repisados, *ipsis literis*, os fundamentos deduzidos pelo magistrado sentenciante para o seu não reconhecimento.

No mérito, tem-se que a Constituição Federal de 1988 prevê, em seu art. 156, inc. II, a competência municipal para instituição do ITBI. No par. 2º, inc. I, do mesmo artigo, dispõe que o referido imposto “***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***” (grifou-se).

Como se observa do texto constitucional, a isenção não se aplica à hipótese vertente. No mesmo sentido, o CTN, ao disciplinar o ITBI, repete a mencionada isenção e sua exceção em seu art. 36, inc. II, e art. 37, *caput*. Todavia, o par. 4º do art. 37 dispõe que “*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*”. Do que se extrai dos autos, foi esse o



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
**PODER JUDICIÁRIO**  
São Paulo

caso da operação observada e tributada.

Nada obstante, em que pese ter o CTN status de lei complementar e, por isso, ser apta à instituição de normas gerais em matéria de legislação tributária, **a Constituição veda à União expressamente, em seu art. 151, inc. III, “instituir isenções de tributos da competência dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios”.**

Ora, a hipótese contida no par 4º do art. 37 do CTN (lei federal) nada mais é que ampliação da isenção contida no art. 156, par. 2º, inc. I, da CF/88, visto que afasta a incidência de tributo quando a transmissão de bens se dá em meio à totalidade do patrimônio da alienante. Assim, são de fato incompatíveis os comandos analisados, pelo que há de se concluir que a norma do CTN não foi recepcionada pela CF/88. Não apenas isso, houve indevida ingerência na esfera de competência municipal.

Nessa toada, de grande valia o magistério contido no seguinte trecho de parecer do Subprocurador-Geral da República, Dr. Odim Brandão Ferreira, nos autos do REEx nº 773.787 (ainda não julgado) lançado em caso idêntico, de relatoria do Min. Celso de Mello:

*“O art. 152, § 2º, i, da Constituição estabelece hipóteses de imunidade ao ITBI e, ao final, dela exclui a transmissão de bens por incorporação, fusão ou cisão, quando a atividade preponderante da aquirente seja a compra e venda de bens imóveis e de direitos reais sobre eles instituídos, ou de locação ou arrendamento mercantil desses bens. As Cartas de 1967 e 1969 continham regra substancialmente idêntica, como demonstrou a recorrente. Mas, aqui está o defeito da tese da recorrente, **a regra do art. 37, § 4º, do CTN não está nem nunca esteve inserida em Constituições. Trata-se, antes, da extensão do campo da imunidade do ITBI. Como tal, tem natureza de mera isenção, revocável pelo instrumento normativo adequado a esta***

TRIBUNAL DE JUSTIÇA  
PODER JUDICIÁRIO  
São Paulo

*medida – a lei ordinária municipal ou distrital. Enquanto o caput e demais parágrafos do art. 37 do CTN tratam da imunidade ao ITBI das operações das pessoas dedicadas preponderantemente à venda ou à locação de propriedade imobiliária, o § 4º disciplina a isenção do imposto citado, independentemente do atendimento das demais condições, quando a transmissão de bens e direitos for “realizada com a da totalidade do patrimônio da pessoa jurídica alienante”. Aqui não se discute se a atividade da adquirente é preponderantemente do ramo mencionado. **O § 4º funciona como exceção à exceção, por dispensar os requisitos dos §§ 1º a 3º, em campo mais amplo do que o constitucional. Daí ser isenção, e não explicitação do delineamento constitucional do tributo.** O tópico anterior demonstrou que o art. 37, § 4º, do CTN instituiu isenção de ITBI, em hipótese excluída da imunidade do art. 152, § 2º, i, da CR. **A referida norma de isenção era válida na vigência das Cartas de 1967 e 1969, pois ambas admitiam a possibilidade de a “União [...] conceder isenções de impostos federais, estaduais e municipais” (artigos 20, § 2º, e 19, § 2º, respectiva- 11 PGR STF – RE 773.787 mente). Isso, contudo, é expressamente repelido no art. 151, iii, da Constituição de 1988.** Logo, a tese do recurso de que o art. 37, § 4º, do CTN teria sido recepcionado pela atual Constituição não merece ser endossada. Não existindo inconstitucionalidade formal superveniente, segundo a doutrina e a jurisprudência do STF, poder-se-ia em um primeiro momento cogitar-se da recepção do art. 37, § 4º, do CTN como lei ordinária distrital. Seria, então, preciso discutir se o fenômeno geral continuaria válido, mesmo com a variação da competência federativa para sua edição. Estivesse em causa um decreto municipal válido, não se vacilaria na conclusão da sobrevivência da norma isentiva. O mesmo já fica menos seguro, quando a regra federal passou a recair na competência exclusiva dos municípios. Acaso tivesse que resolver o tema tenderia a dizer, com Hobbes, que determinada regra de direito vige não propriamente pela autoridade do legislador que a editou, mas pela força daquele que a mantém em vigor. **O caso, no entanto, revela-se mais simples, na medida em que o legislador distrital, no regular exercício de competência municipal, deliberou não***



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
**PODER JUDICIÁRIO**  
São Paulo

reproduzir a regra isentiva em lei pós-constitucional. Tendo reproduzido o art. 37 do CTN, à exceção do § 4º, parece evidente que não desejou acolher a isenção na nova disciplina do tema. E o faz validamente, no exercício de sua competência impositiva. Logo, o imposto é devido.” (Grifou-se).

Do exposto, **dá-se provimento** ao recurso para que, reconhecida a incidência do ITBI na hipótese vertente, seja afastada a sentença e desobstruída a execução fiscal, invertendo-se os ônus sucumbenciais.

**MÔNICA SERRANO**

Relatora