



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Registro: 2017.0000197236

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Apelação nº 1009727-45.2016.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante ALUCA PARTICIPAÇÕES LTDA, é apelado SECRETÁRIO MUNICIPAL DE FINANÇAS E DESENVOLVIMENTO DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 15ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V. U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ERBETTA FILHO (Presidente) e SILVA RUSSO.

São Paulo, 23 de março de 2017.

EURÍPEDES FAIM

RELATOR

Assinatura Eletrônica



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

VOTO Nº: 4604

APELAÇÃO Nº: 1009727-45.2016.8.26.0053

COMARCA: SÃO PAULO

APELANTE: ALUCA PARTICIPAÇÕES LTDA.

APELADO: SECRETÁRIO MUNICIPAL DE FINANÇAS E DESENVOLVIMENTO DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO

EMENTA

APELAÇÃO – MANDADO DE SEGURANÇA – MUNICÍPIO DE SÃO PAULO – ITBI – DESINCORPORAÇÃO DE IMÓVEL DO CAPITAL SOCIAL. Aplicabilidade do art. 36, parágrafo único, do Código Tributário Nacional – Incidência do imposto que só será afastada se a desincorporação ocorrer aos mesmos alienantes, o que não ocorreu no caso dos autos – Sentença mantida – Recurso desprovido.

Trata-se de recurso de apelação interposto por **ALUCA PARTICIPAÇÕES LTDA.** contra a respeitável sentença de fls. 221/225, cujo relatório se adota e que denegou a ordem no mandado de segurança impetrado contra ato do **SECRETÁRIO MUNICIPAL DE FINANÇAS E DESENVOLVIMENTO DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO**, rejeitando a pretensão de reconhecimento de imunidade do ITBI quanto à operação de desincorporação do imóvel do capital social.

Nas razões de apelação (fls. 236/266) a apelante argumenta que faz jus à imunidade do ITBI pela operação de desincorporação do imóvel do capital social, em razão do disposto no art. 156, §2º, I da Constituição Federal e no art. 36, parágrafo único, do Código Tributário Nacional. Argumenta que a exigência legal de similitude dos alienantes não foi recepcionada pela Constituição, de forma que a imunidade sobre a desincorporação pode ser reconhecida mesmo se o imóvel não retornar aos alienantes originais. Defende que o escopo dessa exigência é evitar fraudes, e que o Fisco já possui instrumento para coibi-las. Alega que a sócia que integralizou o imóvel detém 99,99% de suas quotas, o que demonstra que o imóvel retornou ao âmbito patrimonial da real titular do bem. Afirma que, de toda forma, a imunidade só poderia ser restringida se sua atividade fosse imobiliária, o que não é o caso.

Vieram as contrarrazões (fls. 274/291).

Este é o relatório.

Passa-se a analisar o recurso.

Dispõe o art. 156, § 2º, inciso I da Constituição Federal:

Art. 156. Compete aos Municípios instituir impostos sobre: [...]

§ 2º O imposto previsto no inciso II:

I - não incide sobre a transmissão de bens ou direitos incorporados ao

TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

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;** [...] (grifo nosso)

Sobre o assunto prevê o art. 36 do Código Tributário Nacional:

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.** (grifo nosso)

Cinge a controvérsia em saber se a restrição da imunidade à transmissão do imóvel para os mesmos alienantes não teria sido recepcionada pela Constituição Federal.

Sobre o tema já se debruçou Hugo de Brito Machado:

A vigente Constituição Federal diz que o imposto não incide sobre a transmissão de bens e direitos incorporados ao patrimônio da pessoa jurídica em realização de capital, nem sobre a transmissão de bens ou direitos decorrentes de fusão, incorporação, cisão ou extinção da pessoa jurídica, transferidos aos mesmos alienantes, vale dizer, às mesmas pessoas que os incorporaram ao capital da pessoa jurídica, não está na hipótese de incidência da norma de imunidade em questão. Em outras palavras, na hipótese de extinção da pessoa jurídica é irrelevante quem seja o destinatário dos bens transferidos. Por outro lado, não nos parece que exista incompatibilidade entre a norma imunizante albergada pela vigente Constituição Federal e a norma do art. 36, parágrafo único, do Código Tributário Nacional. Esta última na verdade não se aplica aos casos de extinção, que estão sob a incidência da primeira. **Aplica-se, porém, aos casos de simples redução do capital social, com a desincorporação dos bens imóveis ou direitos a eles relativos do patrimônio de pessoas jurídicas. Não se tratando de extinção, tais hipóteses não estão ao amparo da norma de imunidade, mas estarão ao amparo da norma do art. 36, parágrafo único, do Código Tributário Nacional, que se encontra recepcionada em face do art. 146, inciso III, alínea a, da vigente Constituição Federal, como norma de lei complementar delimitadora explicitante do âmbito constitucional desse imposto.** (MACHADO, Hugo de Brito. Comentários ao Código Tributário Nacional, 3ª ed., vol. I. Atlas: São Paulo, 2015, p. 380) (grifo nosso)

TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Essa regra se justifica porque se o imóvel for para o patrimônio de outrem terá ocorrido o fato gerador da transmissão como previsto constitucionalmente, mesmo que nada fosse previsto no Código Tributário Nacional.

Com isso, tratando-se, no caso, de desincorporação do imóvel da pessoa jurídica, plenamente aplicável a restrição contida no art. 36, parágrafo único, do Código Tributário Nacional, como já decidiu este E. Tribunal:

APELAÇÃO Mandado de Segurança ITBI ilegitimidade passiva da autoridade impetrada Afastada Decadência. Inocorrência. Imunidade tributária. **Desincorporação de bens em redução de capital social. Ausência de previsão constitucional expressa, nos termos do art. 156, §2º, I, da Constituição Federal. Aplicação do Código Tributário Nacional. Interpretação conforme a CF. Art. 36, parágrafo único, do CTN. Imunidade apenas no caso de devolução do bem ao patrimônio do sócio que o incorporou.** Falta de comprovação. Conhecimento sumário. Ausência de dilação probatória. Imunidade não comprovada. Recurso provido (TJ/SP, Apelação nº 0174582-04.2008.8.26.0000, 14ª Câmara de Direito Público, Rel. Cláudio Marques, j. 31/07/2014, V. U.) (grifo nosso)

APELAÇÃO CÍVEL - Ação declaratória c/c repetição de indébito - ITBI - **Tributo recolhido na desincorporação de imóvel** - Saída da autora do quadro societário da empresa possuidora do imóvel - **Alegação de imunidade tributária - Inteligência do art. 36, parágrafo único do CTN - Imposto devido, pois houve a desincorporação a pessoa que não o próprio alienante** - Sentença mantida - Recurso improvido. (TJ/SP, Apelação nº 9130286-98.2009.8.26.0000, 15ª Câmara de Direito Público, Rel. Eutálio Porto, j. 14/10/2010, V. U.)

No caso dos autos, observa-se pela matrícula acostada às fls. 110/115 que a sócia majoritária da impetrante, Sra. Alexandra Lupo, herdou fração ideal de 25% do imóvel em questão, e que os outros 75%, herdados pelos Srs. Wilton Lupo Neto, Andrea Lupo e Helena Lupo, foram integralizados ao capital social de R.L. Participações Ltda.

Após, a sócia Alexandra fundou a empresa impetrante, integralizando, ao capital social desta, suas quotas na empresa RL Participações Ltda (fls. 70/79). Com isso, a impetrante passou a ser sócia da referida empresa.

Por fim, houve a redução do capital social da empresa RL Participações em 09/10/2015, tendo a impetrante recebido, como parte do pagamento pelas suas quotas, o imóvel discutido nos autos (fls. 90/109).

Só a partir desses fatos já é possível rejeitar a pretensão da impetrante, já que, ao contrário do que alega, não foi sua sócia majoritária quem integralizou o imóvel ao capital social, e sim seus irmãos, de forma que não há a necessária identidade entre os alienantes requerida pelo art. 36, parágrafo único, do Código Tributário Nacional.

De toda forma, ainda que a sócia majoritária tivesse integralizado o imóvel, a desincorporação não estaria sendo feita para ela, e sim para a impetrante, que tem personalidade jurídica própria. O fato de a sócia majoritária deter 99,99% das quotas da



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

impetrante não altera essa conclusão: a personalidade distinta da impetrante envolve tanto direitos quanto obrigações, não sendo lícito à parte simplesmente desconsiderar essa personalidade quando lhe convier.

No mais, a aplicabilidade do art. 36, parágrafo único, do Código Tributário Nacional independe tanto da existência de outros mecanismos para coibir fraudes pelo Município quanto da atividade preponderante das sociedades envolvidas, de forma que a rejeição desses argumentos se impõe.

Assim, é o caso de se manter a r. sentença em sua integralidade.

Por derradeiro, considera-se questionada toda matéria infraconstitucional e constitucional, observando-se jurisprudência consagrada, inclusive no Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que para fins de interposição de recursos extremos às cortes superiores é desnecessária a citação numérica dos dispositivos legais, bastando que a questão posta tenha sido decidida. Bem por essa razão eventuais embargos declaratórios não se prestariam à eventual supressão de falta de referência a dispositivos de lei (STJ, EDcl no RMS 18.205/SP, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, DJ 08/05/2006).

Ante o exposto, meu voto propõe que se **NEGUE PROVIMENTO** ao recurso.

EURÍPEDES FAIM
RELATOR