



**PREFEITURA DE
SÃO PAULO
FAZENDA**

SOLUÇÃO DE CONSULTA SF/DEJUG nº 11, de 20 de março de 2017

ITBI. Incorporação Imobiliária. Atividade preponderantemente imobiliária. Ressalva prevista no art. 156, § 2º, I, in fine. Não recepção do art. 37, § 4º do CTN. Ausência de previsão na legislação municipal. Incidência do imposto.

O DIRETOR DO DEPARTAMENTO DE TRIBUTAÇÃO E JULGAMENTO, no uso de suas atribuições legais, em especial à vista dos artigos 73 a 78 da Lei 14.107, de 12 de dezembro de 2005, e em conformidade com o que consta nos autos do processo administrativo,

ESCLARECE:

1. Trata-se de Consulta Tributária formulada pela consulente supra qualificada informando, em síntese, é sociedade atuante no ramo imobiliário, integrante do ***** , cujos empreendimentos são realizados por meio de “sociedades de propósito específico”, SPEs, ficando, cada SPE, responsável por um empreendimento imobiliário específico – sendo a consulente uma dessas SPEs.
2. Aponta, ademais, há projeto de reestruturação interna objetivando a incorporação total da consulente, bem como das demais SPEs integrantes do ***** , que estiverem hábeis a serem encerradas após o período de assistência técnica.
3. Informa que há casos em que a SPE a ser incorporada ainda possui imóveis em seu estoque, razão pela qual o custo do ITBI poderia inviabilizar a operação de incorporação.
4. Alega que, em que pese o art. 37, caput, do CTN, afastar a imunidade constitucional prevista no art. 156, parágrafo 2º, I da CF nos casos em que a pessoa jurídica adquirente tiver como atividade preponderante a venda ou locação de propriedade imobiliária ou a cessão de direitos relativos à sua aquisição, como é o caso apresentado pela consulente, o disposto no art. 37, parágrafo 4º, do CTN possibilitaria o reconhecimento da imunidade nos casos em que transmissão de bens ou direitos for realizada em conjunto com a da totalidade do patrimônio da pessoa jurídica alienante.

5. Pelo exposto, alega que não se deveria incidir o ITBI na operação de incorporação total das SPEs pertencentes ao ***** , nos casos em que houver imóvel em estoque da incorporada.
6. Ao final, indaga, em síntese:
 - 6.1. Se está correto o entendimento da consulente quanto a não incidência do ITBI no presente caso, em que uma pessoa jurídica incorporadora será utilizada exclusivamente para incorporar todas as outras pessoas jurídicas só mesmo grupo societário (SPEs), com a transmissão da totalidade do seu patrimônio (inclusive unidades imobiliárias em estoque), nos termos do parágrafo 4º do art. 37 do CTN.
 - 6.2. Estando correto o entendimento acima e considerando que a incorporação ainda não foi realizada, existe algum procedimento a ser adotado ou obrigação acessória a ser entregue pela consulente para confirmar a não incidência do tributo.
7. De início, verifica-se que a CF/88 em seu art. 156, § 2º, inc. I, parte final, afastou a imunidade constitucional relativa à transmissão de bens ou direitos decorrente de fusão, incorporação, cisão ou extinção de pessoa jurídica, tornando devido o ITBI quando a atividade preponderante do adquirente for a compra e venda desses bens ou direitos, locação de bens imóveis ou arrendamento mercantil.
8. Já o art. 37, § 4º, do Código Tributário Nacional – CTN preleciona, em redação original, que, no caso específico de incorporação total de ativos e passivos de entidade empresária, não haveria incidência do ITBI sobre os imóveis que foram transferidos, ainda que a pessoa jurídica adquirente se dedicasse à compra e venda desses bens ou direitos, locação de bens imóveis ou arrendamento mercantil.
9. Dessa forma, verifica-se que a hipótese de exceção prevista no parágrafo 4º do art. 37 do CTN não foi replicada no art. 156, parágrafo 2º, I da CF. Considerando que o texto constitucional é hierarquicamente superior ao do Diploma Tributário, a aparente antinomia resolve-se reconhecendo que o CTN, nesse ponto, não foi recepcionado pela nova ordem constitucional, prevalecendo o disposto na Carta Política de 1988.
10. Adicionalmente, destacamos que a norma inserta no § 4º do art. 37 do CTN não foi reproduzida na legislação tributária municipal. Portanto, mesmo que se considerasse tal norma recepcionada pela ordem constitucional vigente, a legalidade estrita, à qual está submetida a Administração Tributária, impede sua aplicação direta no Município de São Paulo, sem que esteja integrada à sua legislação tributária por meio de lei municipal concretizadora.
11. Por esta razão, no caso concreto, e ressalvada a competência da unidade competente para tanto, fica a consulta expressa no subitem 6.1. solucionada para esclarecer ser necessário proceder à análise de preponderância a fim de que se averigue se a atividade principal da adquirente é a compra e venda de bens ou direitos ou locação de bens imóveis. Retornando positiva a referida análise, incidirá o ITBI nas transmissões de eventuais imóveis em estoque na consulente em razão de sua incorporação total à adquirente, o qual deverá ser recolhido na forma da legislação municipal.

12. Ante o reconhecimento da incidência do ITBI sobre as transmissões imobiliárias objeto da consulta, fica prejudicado o questionamento contido no subitem 6.2.
13. Comunique-se a consulente do teor desta Solução de Consulta e, após as providências de praxe, archive-se.

Adolfo Cascudo Rodrigues

Diretor do Departamento de Tributação e Julgamento

DEJUG