

NÃO INCIDÊNCIA DO ITBI NAS OPERAÇÕES DE INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA

Gustavo Pires Maia da Silva
Advogado Sócio do Homero Costa Advogados

O Imposto de Transmissão de Bens Imóveis *Inter Vivos* - ITBI integra o Sistema Tributário Nacional e, por força do princípio da discriminação de rendas tributárias, encontra-se inserto no âmbito da competência impositiva dos Municípios. Incide sobre a 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 (penhor, hipoteca e anticrese), bem como cessão de direitos à sua aquisição.

Como regra, os Municípios têm considerado qualquer transmissão da titularidade de bens imóveis que não seja objeto de doação como sendo sujeita à incidência do Imposto sobre Transmissão de Bens Imóveis, salvo quando verificadas as hipóteses de imunidade previstas na Constituição Federal (CF) e no Código Tributário Nacional (CTN).

O posicionamento que vem sendo adotado pelas Fazendas Públicas Municipais, nos casos de incorporações societárias, transgredie as hipóteses de incidência do ITBI, na medida em que tributa operações de reorganizações societárias.

De acordo com o Artigo 156, §2º, Inciso I, da Constituição da República de 1988, não há incidência do ITBI sobre a transmissão de bens em decorrência de incorporação de pessoas jurídicas. Veja a transcrição do dispositivo:

Art. 156 (...)

§ 2º O imposto previsto no inciso II:

I - **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;

O Código Tributário Nacional apresenta a mesma proteção prevista na Constituição Federal de 1988. Dispõe o Artigo 36, II, do CTN:

Art. 36. Ressalvado o disposto no artigo seguinte, **o imposto não incide** sobre a transmissão dos bens ou direitos referidos no artigo anterior:

(...)

II - quando decorrente da incorporação ou da fusão de uma pessoa jurídica por outra ou com outra.

É de extrema importância ressaltar que, no caso do Inciso I, do §2º, segunda parte, da CF/88, encontra-se a chamada imunidade condicionada, pois para que seja reconhecida nos casos previstos no texto constitucional (fusão, cisão, incorporação, etc.), a atividade preponderante do adquirente não pode ser a compra e venda desses bens ou direitos, locação de bens imóveis ou arrendamento mercantil.

Identifica-se a atividade preponderante quando a venda ou locação de propriedade imobiliária ou a cessão de direitos relativos à sua aquisição representar mais de 50% (cinquenta por cento) da atividade da empresa adquirente, nos termos do §1º do Artigo 37, do CTN.

Os Municípios estão agindo em verdadeiro descompasso com o Texto Constitucional e com o CTN, que preveem a hipótese de não incidência do ITBI, nos casos de operações societárias como a fusão, cisão e incorporação.

Conclui-se facilmente que, ressalvada a hipótese de a atividade preponderante do adquirente do imóvel ser a compra e venda desses bens ou direitos, a locação de bens imóveis ou arrendamento mercantil, o Artigo 156, §2º, Inciso I, da CF/88 e o Artigo 36, Inciso II, do CTN, garantem a não incidência do ITBI **sobre a transmissão de bens ou direitos decorrentes de fusão, incorporação, cisão ou extinção de pessoa jurídica, de modo que, a tributação dessas operações societárias e a cobrança do ITBI pelos Municípios é ilegal e inconstitucional.**