



## Ricardo Almeida Ribeiro da Silva: O ITBI no divã?

### 1) Introdução

Três decisões recentes dos tribunais superiores têm provocado uma espécie de "crise de personalidade" no Imposto sobre Transmissões de Bens Imóveis (ITBI), gerando questionamentos capazes de abalar a higidez no ordenamento jurídico brasileiro vigente.



A primeira decisão dos tribunais a ser analisada nesta série de

artigos é a mais recente e mais polêmica. Trata-se do acórdão proferido pela 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça (STJ) no Recurso Especial nº 1.937.821 (Tema 1.113), com caráter repetitivo, interposto contra decisão colegiada do Tribunal de Justiça de São Paulo, decidindo um Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas.

Antes de passar ao caso concreto, vale acentuar que a análise de decisões judiciais num sistema (que se pretende) de precedentes exige que se percorra algumas etapas na pesquisa e compreensão da jurisprudência e dos julgados individualmente considerados.

Em primeiro lugar, deve-se aferir a situação processual do caso examinado antes de se enveredar pelo seu mérito. Essa etapa é importante porque esse *iter* analítico tem sido, cada vez mais, solapado por notícias abreviadas ou resumidas sobre a "jurisprudência dos tribunais" nas mídias tradicionais e sociais, que se equivocam sobre as matérias decididas pelos tribunais, ao ponto de serem quase "*fake news*" jurídicas.

Em segundo lugar, é preciso examinar e compreender alguns elementos que delimitam o campo de cognição do caso, tais como: o objeto da ação originária, os tipos de instrumentos recursais utilizados e o conteúdo dos respectivos julgamentos. Somente assim se poderá compreender o alcance e os limites das decisões recorridas.

### 2) Aspectos processuais

O caso em foco tem origem em ação judicial de repetição de indébito de ITBI proposta pela empresa *Fortress Negócios Imobiliários* contra o *Município de São Paulo (MSP)*. Na petição inicial, a empresa requereu a devolução da diferença entre o valor do imposto calculado pela *Secretaria Municipal de Fazenda paulistana* e o que seria, segundo ela, devido com base no preço pago pela arrematação do imóvel em hasta pública judicial. Na mesma época, outras duas ações semelhantes de repetição de



indébito de ITBI foram movidas pela empresa nos municípios paulistas de Bertioga e Itu.

A sentença julgou procedente a ação contra o município de São Paulo, determinando o recálculo do ITBI e adotando como valor venal do imóvel *aquele fixado para fins de incidência de IPTU* ou o *valor da arrematação*, "o que fosse maior" — no caso, o último, diante de uma base de cálculo bastante defasada de IPTU. O MSP apelou (13/12/2017) e a empresa, então, requereu a instauração de IRDR. Fez, contudo, uma delimitação ampla para o IRDR, sem mencionar casos semelhantes com necessidade de uniformização, apenas "casos futuros", indo muito além dos limites processuais estabelecidos pelo artigo 976 do CPC. Apesar disso, o pedido foi deferido.

Esse foi, então, recebido e processado pela Turma Especial de Direito Público do TJ-SP, que determinou a suspensão do curso processual da Apelação (23/04/2018), sem suspender nenhum recurso relativo ao tema. Até mesmo a apelação entre a *Fortress* e o município de São Paulo acabou julgada pela 14ª Câmara do TJ-SP (28/6/2018) — que não enfrentou a matéria tratada no IRDR, apenas a incidência ou não de juros no indébito pleiteado.

Contra esse Acórdão, foi interposto REsp pelo MSP (8/5/2019), que foi inadmitido na origem, mas acabou sendo conhecido após agravo de instrumento em REsp. Por falta de "pré-questionamento", o ARES n° 1.493.616 foi rejeitado em decisão monocrática. A matéria, então, precluiu em 28/2/2020.

Neste ínterim, o 7º Grupo de Direito Público do TJ-SP julgou o IRDR (em 23/05/2019) e seus julgadores:

*"FIXARAM A TESE JURÍDICA DA BASE DE CÁLCULO DO ITBI, DEVENDO SER CALCULADO SOBRE O VALOR DO NEGÓCIO JURÍDICO REALIZADO E, SE ADQUIRIDO EM HASTAS PÚBLICAS, SOBRE O VALOR DA ARREMATAÇÃO OU SOBRE O VALOR VENAL DO IMÓVEL PARA FINS DE IPTU, AQUELE QUE FOR MAIOR, AFASTANDO O VALOR DE REFERÊNCIA"*

Ao final, do voto-vencedor, o desembargador Burza Neto assinalou que:

*"Por essas razões, a base de cálculo do ITBI deve corresponder ao valor venal do bem imóvel transferido e, caso este valor seja inferior ao da negociação, deve prevalecer este último.*

*Ocorrendo isto, pelo meu voto, no julgamento do incidente, FIXO A TESE JURÍDICA DA BASE DE CÁLCULO DO ITBI, DEVENDO CORRESPONDER AO VALOR VENAL DO IMÓVEL OU AO VALOR DA TRANSAÇÃO, PREVALECENDO O QUE FOR MAIOR."*

Um novo REsp foi interposto pelo MSP contra o acórdão do IRDR (8/8/2019), mas foi inadmitido na origem (4/9/2019). Todavia, após interposição de agravo pelo ente, foi conhecido e convocado pelo STJ em REsp (em 11/5/2021), sob o n° 1.937.821. Em 5/10/2021, esse recurso foi afetado ao *regime dos recursos repetitivos*. Em 24/2/2022, a 1ª Seção do STJ deu parcial provimento ao recurso do município de São Paulo, com as seguintes conclusões:

*a) a base de cálculo do ITBI é o valor do imóvel transmitido em condições normais de mercado, não estando vinculada à base de cálculo do IPTU, que nem sequer pode ser utilizada como piso de tributação;*



b) o valor da transação declarado pelo contribuinte goza da presunção de que é condizente com o valor de mercado, que somente pode ser afastada pelo fisco mediante a regular instauração de processo administrativo próprio (artigo 148 do CTN);

c) o Município não pode arbitrar previamente a base de cálculo do ITBI com base em valor de referência estabelecido unilateralmente.

O MSP opôs Embargos de Declaração em 27/4/2022, alegando que o IRDR *não resolveu as demandas repetitivas, pois sequer se referiu aos três casos da mesma empresa; que os demais casos apontados como repetitivos (Bertioga e Itu) foram julgados em sentido contrário ao do IRDR pelo TJSP; que não havia interesse processual na continuidade do REsp do MSP, contra o acórdão do IRDR; e que a parte do acórdão que desproveu o REsp promoveu uma reformatio in pejus na medida em que adotou o preço do negócio jurídico como base de cálculo do ITBI em detrimento do valor venal de mercado (próprio dos impostos sobre o patrimônio) sem sequer se referir ao critério adotado pelo IRDR – para que se aplicasse o valor maior.* Os embargos foram rejeitados sob a alegação genérica de que não havia omissão, obscuridade ou contradição no acórdão do repetitivo.

Em 23/06/2022, o MSP interpôs Recurso Extraordinário ao STF alegando que o REsp seria descabido por força da disciplina constitucional (artigo 105, III, CRFB), na medida em que teria sido interposto contra IRDR decidido em abstrato, o que não seria possível segundo entendimento do próprio STJ (no RE nº 1.798.374). Além disso, diz ter havido agressão ao devido processo legal constitucional (artigo 5º, LIV, CRFB), na medida da *reformatio in pejus* que teria ocorrido contra o recorrente quando o acórdão afastou o critério do IPTU e trouxe critérios abstratos que sequer estavam em discussão. Vale ressaltar que o Recurso Extraordinário ainda não foi julgado, não havendo, assim, trânsito em julgado da decisão do STJ.

2) Efeitos das decisões proferidas no caso

a) Limites Processuais do Acórdão do REsp 1.937.821.

Para além da falta do trânsito em julgado, cumpre observar que, por ser oriundo de um RE interposto contra Acórdão de IRDR de Tribunal Estadual, só pode ser considerada válida e eficaz se estiver vinculada a um caso concreto ("causa decidida"). Do contrário, não seria sequer cabível o seu processamento como apelo especialíssimo, como já assentou o próprio STJ em recente decisão da sua Corte Especial, ao julgar procedente o incidente de inconstitucionalidade suscitado no Recurso Especial 1.798.374 (18/5/2022).

Ainda, é necessário circunscrever a vinculatividade do Acórdão proferido no REsp nº 1.937.821 ao objeto do caso concreto julgado pelo TJ-SP. A repetição de indébito proposta pela Fortress se limita à discussão da base de cálculo do ITBI em arrematações de imóveis ofertados em hastas públicas judiciais. Nesse sentido, a doutrina abalizada de Antônio do Passo Cabral [\[1\]](#), nos comentários do artigo 987, e a de Cássio Scarpinella Bueno [\[2\]](#) assim também entendem na medida em que trazem que apenas um caso concreto a ser julgado (e não um incidente formado a partir de um punhado) seria capaz de legitimar o cabimento daqueles recursos na perspectiva constitucional (artigos 102, III e 105, III, CRFB).

Com efeito, ainda que o IRDR e o voto do ministro Gurgel de Faria tenham se arvorado em digressões abstratas sobre a base de cálculo e modalidades de lançamento cabíveis na gestão fiscal do ITBI pelos municípios brasileiros, não se pode extrair destes Acórdãos um caráter de norma geral, transcendente dos limites do caso concreto e da res in iudicio deducta. Do contrário, seria uma ultrapassagem dos



limites do artigo 976, CPC, e, sobretudo, da competência recursal do STJ, delimitada pelo artigo 105, III, CRFB, conforme confirmado pela Corte Especial do STJ e pelo STF (RE 581. 947). Isso poderia sustentar a inconstitucionalidade suscitada pelo MSP.

Nesse sentido, frisa-se: O entendimento fixado pelo STJ no REsp 1.937.821 só pode ser interpretado como aplicável aos casos de aferição da base de cálculo do ITBI relativos a arrematações de imóveis em hastas públicas e não a todas as hipóteses de alienação sujeitas ao ITBI. Somente essa matéria vinha sendo decidida pelo STJ nesse sentido. Não havia jurisprudência sua que sustentasse editar um tema de Repetitivo para a discussão de base de cálculo de ITBI em outras hipóteses de alienação de imóveis, sobretudo em negócios jurídicos particulares!

O preço pago na arrematação em hasta pública (salvo se "preço vil") já era o valor adotado nas legislações de vários municípios brasileiros [3]. Optavam pela praticidade fiscal na definição do elemento quantitativo do fato gerador abstrato do imposto. Pela publicidade e formalidade dos atos, essa modalidade de alienação imobiliária (em sede judicial) dá segurança jurídica suficiente para que as autoridades fiscais tenham, nesse valor, um *indicador objetivo, confiável, do valor venal do imóvel para fins de incidência do ITBI*, já que insujeito à livre disposição das partes negociantes.

#### **b) A decisão de mérito e seus fundamentos (RE 1.937.821): matérias não integrantes da "causa decidida" só podem ser entendidas como *obiter dicta***

O imperativo processual da "causa decidida" limita o pedido do REsp e o campo de cognição do STJ no caso. Por força do princípio da *non reformatio in pejus*, a conclusão do julgado só poderia determinar a adoção dos valores fixados pela Prefeitura ou a manutenção do critério alternativo: o valor venal declarado (assumido como índice do valor de mercado efetivo e atual) ou a base de cálculo do IPTU — o que fosse o maior. Neste sentido, a 1ª Seção do STJ jamais poderia derivar os debates para outras hipóteses que não foram objeto do caso concreto e muito menos julgar o caso em desfavor do único recorrente.

A abordagem geral sobre base de cálculo e modalidades de lançamento só pode ser entendida como *obiter dicta*. Isto é, como **manifestações** circunstanciais sobre outras hipóteses de incidência do ITBI, diversas das alienações de imóveis decorrentes de arrematações em hastas públicas, em relação às quais o Acórdão não possui teor vinculativo algum. Isso afrontaria os limites constitucionais que balizam a sua competência recursal, a divisão de Poderes e o federalismo fiscal.

#### **c) Limites processuais do acórdão: aplicação restrita ao Poder Judiciário, conveniência ou não, de sua adoção pelas administrações públicas municipais**

Por fim, é relevante a discussão sobre a vinculatividade da decisão às administrações públicas municipais. Os municípios que possuem leis prevendo a incidência do ITBI sobre o valor venal do imóvel (calculado pela prefeitura) estão obrigados a acatar a decisão do STJ? Pode-se adiantar que não.

A decisão do REsp Repetitivo não tem alcance e grau de vinculatividade do Poder Executivo ou das administrações públicas no Brasil. Entretanto, há diversos preceitos processuais insertos no Código de Processo Civil brasileiro determinando a vinculação automática de todos os graus do Poder Judiciário à matéria decidida em recursos repetitivos, inclusive devendo ser deferida tutela da evidência (artigo 311, inciso III do CPC).



No entanto, as municipalidades não estão obrigadas a alterarem a sua legislação. Deve-se ponderar, contudo, em juízo de conveniência e oportunidade, quanto ao seguimento ou não da decisão do STJ, inclusive em vista de eventual busca pela superação total (*overruling*) ou parcial (*overriding*) do precedente por decisão futura do próprio STJ e, especialmente, do STF.

### 3) Conclusão

A análise do acórdão permite concluir:

1) O Acórdão proferido no REsp nº 1.937.821 não transitou em julgado, sendo objeto de Recurso Extraordinário interposto pelo município de São Paulo, cujo pedido de anulação se baseia, principalmente, em dois fundamentos:

a. O RESP em foco violou a hipótese de cabimento prevista no inciso III, do artigo 105 da Constituição, não podendo versar sobre tema genérico, abstraindo-se da causa decidida, nos termos do que foi recém assentado pela Corte Especial do STJ no julgamento do incidente de inconstitucionalidade nº 1.798.374;

b. O referido RESP não poderia realizar um julgamento *extra petita* e muito menos promover uma *reformatio in pejus*, uma vez que o único recorrente era o próprio município de São Paulo, e o julgamento do IRDR ateve-se a critério totalmente distinto e limitado às arrematações;

2) Ainda que houvesse transitado em julgado, o Acórdão proferido em Recurso Especial repetitivo não tem efeitos vinculantes para as administrações públicas tributárias, nem mesmo para a do município de São Paulo – havendo, todavia, o risco de maior velocidade de futuras decisões em litígios judiciais, acolhendo automaticamente os critérios adotados neste acórdão — caso transitado em julgado – ainda que os seus efeitos sejam compreendidos de forma bem mais restrita da que está sendo difundida nas mídias especializadas, restringindo-o aos casos de arrematações em hastas públicas.

3) Diante das limitações processuais impostas pelo critério da "causa decidida", nos termos do inciso III do artigo 105 da Constituição de 1988, o Acórdão do REsp 1.937.821 só pode ser entendido como válido e eficaz para as discussões acerca da base de cálculo do ITBI para arrematações em hastas públicas, inclusive porque o entendimento pretérito do STJ e de diversas legislações municipais já apontavam o montante do lance vencedor do pracemento do imóvel como valor seguro para fins de fixação da base de cálculo, considerando-o um procedimento formal realizado em sede judicial, capaz de fornecer um valor objetivo e seguro, não disponível à livre negociação e às subjetividades das partes, ainda possa ser criticado por ser uma espécie de "venda forçada".

### Continua [parte 2](#)

[1] Cf. In: CABRAL, Antônio do Passo; CRAMER, Ronaldo (coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 1.452-1.453.

[2] Cf. Manual de Direito Processual Civil. 8 ed., 2002, São Paulo: SaraivaJur.



[3] Cite-se, como exemplo, as seguintes legislações municipais: Porto Alegre (*Lei Complementar Municipal n. 197/89*); Florianópolis (*Lei Complementar nº 007/1997, com a redação dada pela LC 683/2019*); Belo Horizonte (*Decreto n. 17.026/2018 (regulamenta a Lei nº 5.492/88)*); Curitiba (*Lei Complementar nº 108/2017*); Porto Velho (*Lei Complementar nº 878/2021*).

**Date Created**

12/09/2022