AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.492.971 - SP (2019/0118121-0)

RELATOR	**:**	**MINISTRO GURGEL DE FARIA**
AGRAVANTE	:	MAIS SHOPPING FUNDO DE INVESTIMENTO IMOBILIARIO
AGRAVANTE	:	FUNDO DE INVESTIMENTO IMOBILIARIO MORUMBI TOWN I
AGRAVANTE	:	JK TOWN FUNDO DE INVESTIMENTO IMOBILIARIO I
AGRAVANTE	:	BANCO MODAL S/A
ADVOGADOS	:	CRISTIANO SILVA COLEPICOLO E OUTRO(S) - SP291906
		JOAO GILBERTO FREIRE GOULART - SP291913
AGRAVADO	:	MUNICÍPIO DE SÃO PAULO
PROCURADOR	:	HOLDON JOSÉ JUACABA E OUTRO(S) - SP076439

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. ITBI. AQUISIÇÃO DE IMÓVEL. COMPOSIÇÃO DE FUNDO DE INVESTIMENTO IMOBILIÁRIO. IMUNIDADE. MATÉRIA CONSTITUCIONAL. EXAME. INADEQUAÇÃO. TRANSFERÊNCIA DE PROPRIEDADE. EXISTÊNCIA. FATO GERADOR. CONFIGURAÇÃO.

1.A fundamentação empregada no acórdão recorrido para não reconhecer a imunidade tem natureza constitucional, sendo, pois, insuscetível de exame em sede de recurso especial.

2. A aquisição de imóvel para a composição do patrimônio de fundo de investimento imobiliário efetivada mediante emissão de novas quotas em favor dos alienantes configura transferência a título oneroso de propriedade de imóvel para fins de incidência do ITBI, na forma dos arts. 35 do CTN e 156, II, da CF/1988, ocorrendo o fato gerador no momento da averbação da propriedade fiduciária em nome da administradora (do fundo) no cartório de registro imobiliário.

3.Agravo conhecido para conhecer em parte do recurso especial e, nessa extensão, negar-lhe provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, prosseguindo o julgamento, conhecer do Agravo para, consoante o voto médio do Sr. Ministro Manoel Erhardt, conhecer parcialmente do recurso especial e, nessa extensão, por unanimidade, negar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. A Sra. Ministra Regina Helena Costa ressalvou seu ponto de vista, acompanhando o Sr. Ministro Relator pela conclusão. Os Srs. Ministros Manoel Erhardt. Benedito Gonçalves (Presidente) (voto-vista), Sérgio Kukina e Regina Helena Costa(voto-vista) votaram, no mérito, com o Sr. Ministro Relator. Não participou do julgamento o Sr. Ministro Paulo Sérgio Domingues.

Brasília, 28 de fevereiro de 2023

MINISTRO GURGEL DE FARIA

Relator

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1492971 - SP (2019/0118121-0)

RELATOR	**:**	**MINISTRO GURGEL DE FARIA**
AGRAVANTE	:	MAIS SHOPPING FUNDO DE INVESTIMENTO IMOBILIARIO
AGRAVANTE	:	FUNDO DE INVESTIMENTO IMOBILIARIO MORUMBI TOWN I
AGRAVANTE	:	JK TOWN FUNDO DE INVESTIMENTO IMOBILIARIO I
AGRAVANTE	:	BANCO MODAL S/A
ADVOGADOS	:	CRISTIANO SILVA COLEPICOLO E OUTRO(S) - SP291906 JOAO GILBERTO FREIRE GOULART - SP291913
AGRAVADO	:	MUNICÍPIO DE SÃO PAULO
PROCURADOR	:	HOLDON JOSÉ JUACABA E OUTRO(S) - SP076439

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. ITBI. AQUISIÇÃO DE IMÓVEL. COMPOSIÇÃO DE FUNDO DE INVESTIMENTO IMOBILIÁRIO. IMUNIDADE. MATÉRIA CONSTITUCIONAL. EXAME. INADEQUAÇÃO. TRANSFERÊNCIA DE PROPRIEDADE. EXISTÊNCIA. FATO GERADOR. CONFIGURAÇÃO.

1. A fundamentação empregada no acórdão recorrido para não reconhecer a imunidade tem natureza constitucional, sendo, pois, insuscetível de exame em sede de recurso especial.

2. A aquisição de imóvel para a composição do patrimônio de fundo de investimento imobiliário efetivada mediante emissão de novas quotas em favor dos alienantes configura transferência a título oneroso de propriedade de imóvel para fins de incidência do ITBI, na forma dos arts. 35 do CTN e 156, II, da CF/1988, ocorrendo o fato gerador no momento da averbação da propriedade fiduciária em nome da administradora (do fundo) no cartório de registro imobiliário.

3. Agravo conhecido para conhecer em parte do recurso especial e, nessa extensão, negar-lhe provimento.

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de BANCO MODAL S.A. e MAIS SHOPPING FUNDO DE INVESTIMENTO IMOBILIÁRIO e OUTROS, com o qual objetivam admissão de recurso especial interposto contra acórdão do TJ/SP assim

ementado:

> MANDADO DE SEGURANÇA ITBI - Pretensão da impetrante do reconhecimento da não incidência do tributo exigido sobre a integralização de imóveis pelos Fundos Imobiliários, sob a alegação de que a transferência da titularidade em caráter fiduciário ao Administrador do Fundo nada mais representa do que a transferência de um direito real de garantia Descabimento Incidência devida Os fundos de investimentos imobiliários, conforme determina a lei nº 8.668/93, são desprovidos de personalidade jurídica, razão pela qual são transferidos os imóveis para a Instituição Administradora em caráter fiduciário, de modo que tal operação não se encontra amparada pela imunidade tributária prevista no artigo 156, §2º, I, da Constituição Federal Sentença mantida Recurso desprovido.

No especial, as recorrentes alegam violação dos arts. 35 do CTN, 6°, 7° e 8° da Lei n. 8.668/1993, bem como dissídio jurisprudencial.

Sustentam, em síntese, que a operação de repasse do imóvel do quotista para o patrimônio do Fundo de Investimento Imobiliário não configura transmissão de propriedade para fins do fato gerador do ITBI.

Argumentam que o fundo de investimento, por não possuir personalidade jurídica, não pode ser titular de direitos e obrigações, ante expressa previsão do art. 6° da Lei n. 8.668/1993 de que o patrimônio do fundo será constituído pelos bens e direitos adquiridos pela instituição administradora em caráter fiduciário (e-STJ fl. 760), e que, não havendo averbação no registro cartorário de alteração de titularidade plena do imóvel, não há fato gerador do tributo (e-STJ fl. 763).

Aduzem, também, que a propriedade fiduciária de titularidade da instituição administradora do fundo tem natureza de direito real de garantia, não sendo objeto de tributação pelo ITBI em face da regra isentiva do art. 35, II, do CTN.

Para demonstrar o dissídio jurisprudencial, os recorrentes indicam a dissonância entre o acórdão local e a conclusão alcançada pelo TJMG ao enfrentar a questão da não incidência do ITBI sobre a propriedade fiduciária, transcrevem o julgado paradigma e promovem o cotejo analítico.

O recurso especial foi inadmitido na origem por aplicação do óbice da Súmula 7 do STJ e por ausência de correta demonstração do dissídio jurisdicional, fundamentos atacados no agravo.

O Ministério Público ofertou parecer pelo conhecimento do agravo e pelo não conhecimento do recurso especial por aplicação dos óbices das Súmulas 282 do STF e 211 e 7 do STJ.

É o relatório.

VOTO

Inicialmente, por entender estarem preenchidos os pressupostos legais para o conhecimento do agravo e do próprio recurso especial, submeto o presente feito diretamente ao Colegiado, conforme faculta o art. 1.042, § 5º, do CPC/2015.

O recurso especial se origina de mandado de segurança impetrado em litisconsórcio ativo por fundos imobiliários e por sua instituição administradora em que se pretende a não incidência de ITBI sobre as operações de aquisição de imóveis para o patrimônio de fundo de investimento imobiliário com emissão de novas quotas.

No primeiro grau de jurisdição, a segurança foi denegada ao fundamento de que, contrariamente ao alegado pelos impetrantes, os imóveis são adquiridos para o patrimônio do fundo de Investimento pela entidade administradora, devendo ser identificado o fundo como real proprietário dos bens adquiridos em condomínio pelos quotistas, apenas não figurando no registro de imóveis como titular da propriedade em razão da ausência de personalidade jurídica.

O magistrado reconheceu que, com a entrega do bem imóvel ao fundo e o recebimento das quotas, há a transferência onerosa de propriedade, pois, nessa operação, o alienante deixa de possuir todos os atributos da propriedade, os quais passam a ser exercidos pelo condomínio de quotistas (o fundo de investimento) através da administradora, cuja propriedade fiduciária é averbada no registro. Assim, constatou-se a transferência de propriedade ainda que por interposta pessoa, criando a lei uma ficção jurídica para este fim.

Esclareceu, ainda, que o administrador do fundo de investimento imobiliário não é o proprietário do imóvel por expressa disposição da lei de regência (e-STJ fls. 610/611):

> E os §1° a 3°, estabelecem que a transferência dos bens imóveis que passarão a compor o patrimônio do Fundo será feita através de instrumento público registrado no Registro Imobiliário competente, no qual constará a administradora como proprietária fiduciária e a menção expressa de que o imóvel constitui patrimônio do Fundo.
> Inegável, pois, que o Fundo de Investimento é o real proprietário dos bens, e apenas não pode figurar formalmente como tal porque não detém personalidade jurídica e, portanto, não pode ser sujeito de direitos e obrigações.
> [...]
> Em verdade, pelo fato do Fundo de Investimento não deter personalidade

> jurídica, o Administrador adquire a propriedade dos imóveis, mas o faz exclusivamente em benefício daquele, inclusive no CRI, sendo que os referidos imóveis não são integrados no patrimônio do Administrador e com ele não se confundem para qualquer efeito, figurando ele apenas como responsável tributário perante o fisco, nos termos do art. 14, inciso I, da Lei 8.668/93.
> Trata-se, em verdade, de operação onerosa e, portanto, sujeita a tributação, na medida em que as empresas que entregam estes imóveis para integralizar o capital social, à evidência, recebem em troca as cotas sociais respectivas.
> Tem-se, pois, que a Lei criou uma ficção jurídica, sendo claro, contudo, que há transferência de propriedade ao Fundo, ainda que por interposta pessoa e de forma não aparente, e negar-se esta circunstância implicaria em desconsiderar as características especialíssimas desta peculiar figura jurídica.

A apelação interposta pelos impetrantes foi desprovida pelo Tribunal bandeirante, mantendo-se as conclusões adotadas pelo juízo de primeiro grau.

A Corte local consignou que, apesar de não possuir personalidade jurídica, o fundo possui patrimônio a ele vinculado como universalidade de bens. Esse patrimônio é somente gerido pela administradora, e cabe a ela apenas proceder aos atos de alienação dele (patrimônio adquirido), não sendo a real proprietária dos bens (e-STJ fl. 695).

Vejamos, no que interessa, o que ficou consignado no acórdão recorrido (e-STJ fls. 696 e seguintes):

> O proprietário originário, em contraprestação ao recebimento das "quotas", aliena o imóvel ao Fundo, transmitindo-lhe integralmente a propriedade. Entre o Fundo e a Administradora ocorre um "negócio jurídico fiduciário", no qual o Fundo é o fiduciante e a Administradora é a fiduciária.
> E, por negócio jurídico fiduciário, entende-se como sendo um contrato pelo qual um contratante transmite ao outro a propriedade ou a titularidade de um bem ou direito, obrigando-se aquele que recebe o bem a restituí-lo ou transferi-lo a terceiro, tão logo alcançado o objetivo conforme o pactuado.
> [...]
> Assim sendo, observa-se que, *in casu*, ocorre um negócio jurídico fiduciário entre o Fundo e a Administradora, que, como se viu, não afasta o poder de tributar, haja vista a efetiva transferência da propriedade do imóvel.

Ainda, promovendo uma análise doutrinária, o Tribunal *a quo* discorre sobre a ausência de similitude existente entre as quotas de fundo de investimento e as quotas societárias, de forma a afastar a imunidade de que trata o art. 156, § 2º, I, da Constituição Federal, e sustenta que, ainda que assim não fosse, a imunidade seria inaplicável diante da atividade preponderante do fundo de investimentos.

Opostos embargos de declaração, foram eles rejeitados pelo Tribunal *a quo* ao fundamento de que a imunidade do art. 156, II, segunda parte, da CF/1988 já teria sido afastada pelo acórdão embargado ao registrar que há efetiva transferência onerosa de propriedade, que o fundo de investimento é o real proprietário

dos bens e que só não pode figurar formalmente como tal porque não detém personalidade jurídica.

Oferecido parecer pelo Ministério Público, os autos vieram conclusos.

De partida, contrariamente ao afirmado pelo *Parquet* em sua manifestação, os temas suscitados em recurso especial foram corretamente prequestionados, tendo a Corte de origem se manifestado de forma clara e exauriente acerca da titularidade passiva da obrigação tributária, bem como acerca da própria ocorrência do fato gerador, em especial sob a ótica suscitada pelo recorrente de que o registro da propriedade fiduciária em nome da administradora afastaria a incidência do tributo.

Também inaplicável o óbice da Súmula 7 do STJ ao caso concreto, tendo em vista que o que se pretende não é o revolvimento dos elementos fáticos descritos pelo Tribunal *a quo,* mas apenas o reconhecimento de que os dispositivos tributários não alcançam os fatos descritos pelas instâncias ordinárias, tratando-se de questão meramente de direito e de interpretação de norma.

Pois bem.

Extrai-se do acima relatado que o Tribunal *a quo* julgou a controvérsia sob dois enfoques: (i) a ausência de imunidade tributária (art. 156, §2°, I da Constituição) a alcançar as operações e, (ii) no âmbito infraconstitucional, a configuração de fato gerador do imposto municipal.

Uma vez que a questão relativa à inexistência de imunidade tributária nas operações possui natureza constitucional, é o Pretório Excelso, quando do julgamento do recurso extraordinário também interposto contra o acórdão originário, o juízo competente para julgá-la na forma do art. 102, III, da Constituição Federal, não podendo este Colegiado sobre ela se manifestar, sob pena de usurpação de competência.

Assim, convém que a análise do recurso especial se atenha à questão infraconstitucional suscitada nas razões recursais, qual seja, se as operações de aquisição de imóveis para o patrimônio de fundo de investimento imobiliário com emissão de novas quotas configuram o fato gerador do ITBI.

Originalmente, o CTN previa apenas um imposto, de competência estadual, a incidir sobre a transmissão de bens imóveis e aos direitos a eles relativos.

Entretanto, esta circunstância foi alterada com o advento da Constituição de 1988, que passou a identificar dois impostos de competências tributárias de entes federados diversos a incidir nas operações de transmissão imobiliária: o ITCMD, de competência estadual, a incidir sobre operações de transmissão *causa mortis,* ou em caso de doação (operação não onerosa); e o ITBI, de competência municipal.

No que interessa à solução da controvérsia, o ITBI é imposto de competência municipal, previsto constitucionalmente (art. 156, II, da CF/1988) para incidir na transmissão *inter vivos,* a qualquer título, por ato oneroso, de bens imóveis por natureza ou por acessão física, assim como sobre a transmissão de direitos reais sobre imóveis, exceto os de garantia (hipoteca, anticrese), e sobre a cessão de direitos de sua aquisição.

Para este tributo, a competência tributária ativa é atribuída ao município da situação do bem, verificando-se o fato gerador no momento da efetiva transferência da titularidade do imóvel, que ocorre no momento da averbação do novo proprietário no registro imobiliário (art. 1.245 e §§ do CC/2002).

Este é o entendimento consolidado neste Superior Tribunal, para quem o fato gerador do Imposto de Transmissão de Bens Imóveis é a transferência da propriedade, que se opera com o registro da transferência no Cartório de Registro de Imóveis (AgInt no AREsp 1597752/SP, Rel. Ministro MANOEL ERHARDT, DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF5, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21/02/2022, DJe 24/02/2022).

No mesmo sentido: REsp 1.809.411/MS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 10/09/2019, DJe 18/10/2019; AgInt no AREsp 794.303/RS, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 10/06/2019, DJe 13/06/2019; AgRg no AREsp 813.620/BA, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/12/2015, DJe 05/02/2016; AgRg no AREsp 659.008/RJ, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/04/2015, DJe 14/04/2015.

Discute-se, no recurso especial, a incidência do ITBI do Município de São Paulo - SP sobre as operações de aquisição de imóveis para o patrimônio de Fundo de Investimento Imobiliário com emissão de novas quotas.

A figura dos fundos de investimento imobiliários é prevista na Lei

n. 8.668/1993, que apresenta ao instituto algumas características peculiares.

Segundo o referido diploma legal, o fundo de investimento imobiliário é figura jurídica despersonificada, caracterizada pela comunhão de recursos para o fim específico de aplicação em empreendimentos imobiliários (art. 1°) e constituída sob a forma jurídica de condomínio fechado incidente sobre um patrimônio, o qual é distribuído aos quotistas, em frações, na medida de suas quotas individuais (títulos com natureza de valores mobiliários negociáveis no mercado) (arts. 2° e 3°).

A administração e a gestão do fundo (condomínio) e de seu patrimônio são designadas a entidade com características específicas, que adquirirá, em nome do fundo (condomínio) e em caráter fiduciário, os bens e direitos inerentes à atividade (arts. 5° e 6°), os quais, somados aos seus frutos e rendimentos, não se confundem ou se comunicam com o patrimônio da administradora (art. 7°).

Com efeito, cabem à entidade administradora a gestão e a administração dos bens por ela adquiridos em caráter fiduciário em nome do condomínio, designando-se a ela a atribuição exclusiva de dispor diretamente deste patrimônio conforme o interesse do fundo (art. 8°).

É o que se extrai da norma constante do art. 9° da Lei, que determina que a disposição dos bens e direitos integrantes do patrimônio do fundo, assim como a aquisição de novos bens a serem incorporados ao seu patrimônio, deve ser efetivada diretamente pela própria administradora.

Dito isso, verifica-se que, embora os bens adquiridos à universalidade de bens e vinculados à atividade do fundo sejam de propriedade de cada um dos titulares das quotas do condomínio – os quais gozarão dos direitos a elas inerentes na medida de suas quotas individuais –, não podem estes quotistas exercer diretamente qualquer direito real sobre os imóveis e empreendimentos integrantes deste patrimônio (arts. 8° e 13, I).

Anote-se, ainda, que, como corretamente identificado pelas instâncias ordinárias, a propriedade fiduciária averbada no registro do imóvel em nome da entidade administradora é apenas o meio jurídico pelo qual se instrumentaliza o exercício da atribuição designada pela Lei à administradora do fundo.

Nesse ponto, pode-se assumir a relação jurídica fiduciária firmada entre os quotistas do fundo e a administradora como uma relação jurídica fundada na

confiança (fidúcia), com natureza de mandato oneroso (arts. 653 e 658, parágrafo único, do CC/2002 e art. 10, IV da Lei n. 8.668/1993) e com algumas especificações, como o fato de se firmar *ex lege* (art. 5° da Lei n. 8.668/1993 e art. 657 do CC/2002), concedendo ao administrador poderes definidos na própria Lei (art. 661 do CC/2002 e arts. 8°, 9°, 10, 11 e 12 da Lei n. 8.668/1993) e instrumentalizada pelo regulamento e pela obrigatória averbação no registro imobiliário da propriedade fiduciária (arts. 10 e 11, e §§, da Lei n. 8.668/1993 e art. 653, parte final, e 654 do CC/2002).

Com efeito, a averbação da propriedade fiduciária sobre o bem imóvel identifica o negócio jurídico fiduciário firmado entre o condomínio de quotistas (o fundo) e a administradora, por determinação legal e sem natureza de garantia (art. 1.368-A do CC/2002), mas com a finalidade específica de instrumentalizar a administração e disposição dos bens e direitos dos titulares das quotas.

Do exposto, no que interessa à controvérsia submetida ao julgamento, tem-se que a aquisição de imóvel para o patrimônio do fundo de investimento imobiliário, operacionalizada pela emissão de novas quotas do condomínio e efetivada diretamente pela administradora do fundo, configura, a toda evidência, transferência a título oneroso de propriedade de imóvel, caracterizadora de fato gerador do ITBI na forma do art. 35 do CTN e 156, II, da CF/1988, ainda que instrumentalizada pela averbação da propriedade fiduciária em nome da administradora no registro imobiliário, momento em que se efetiva a obrigação tributária devida na operação.

Dessarte, tendo as instâncias ordinárias concluído nesses termos, apreciando as circunstâncias descritas e interpretando de forma coerente os dispositivos da lei de regência, não há correção a ser feita no acórdão recorrido.

Ante o exposto, CONHEÇO do agravo para CONHECER PARCIALMENTE do recurso especial e, nessa extensão, NEGAR-LHE PROVIMENTO.

É como voto.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO
PRIMEIRA TURMA

Número Registro: 2019/0118121-0 **PROCESSO ELETRÔNICO** **AREsp 1.492.971 / SP**

Número Origem: 10366743920168260053

PAUTA: 20/09/2022 JULGADO: 20/09/2022

Relator
Exmo. Sr. Ministro **GURGEL DE FARIA**

Presidente da Sessão
Exmo. Sr. Ministro SÉRGIO KUKINA

Subprocurador-Geral da República
Exmo. Sr. Dr. MIECIO OSCAR UCHOA CAVALCANTI FILHO

Secretária
Bela. BÁRBARA AMORIM SOUSA CAMUÑA

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE	:	MAIS SHOPPING FUNDO DE INVESTIMENTO IMOBILIARIO
AGRAVANTE	:	FUNDO DE INVESTIMENTO IMOBILIARIO MORUMBI TOWN I
AGRAVANTE	:	JK TOWN FUNDO DE INVESTIMENTO IMOBILIARIO I
AGRAVANTE	:	BANCO MODAL S/A
ADVOGADOS	:	CRISTIANO SILVA COLEPICOLO E OUTRO(S) - SP291906
		JOAO GILBERTO FREIRE GOULART - SP291913
AGRAVADO	:	MUNICÍPIO DE SÃO PAULO
PROCURADOR	:	HOLDON JOSÉ JUACABA E OUTRO(S) - SP076439

ASSUNTO: DIREITO TRIBUTÁRIO - Impostos - ITBI - Imposto de Transmissão Intervivos de Bens Móveis e Imóveis

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia PRIMEIRA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Após o voto do Sr. Ministro Relator conhecendo do agravo para negar provimento ao recurso especial, pediu vista antecipada a Sra. Ministra Regina Helena Costa. Aguardam os Srs. Ministros Manoel Erhardt (Desembargador convocado do TRF-5ª Região) e Sérgio Kukina.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Benedito Gonçalves.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Sérgio Kukina.

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.492.971 - SP (2019/0118121-0)

RELATOR	**:**	**MINISTRO GURGEL DE FARIA**
AGRAVANTE	:	MAIS SHOPPING FUNDO DE INVESTIMENTO IMOBILIARIO
AGRAVANTE	:	FUNDO DE INVESTIMENTO IMOBILIARIO MORUMBI TOWN I
AGRAVANTE	:	JK TOWN FUNDO DE INVESTIMENTO IMOBILIARIO I
AGRAVANTE	:	BANCO MODAL S/A
ADVOGADOS	:	CRISTIANO SILVA COLEPICOLO E OUTRO(S) - SP291906
		JOAO GILBERTO FREIRE GOULART - SP291913
AGRAVADO	:	MUNICÍPIO DE SÃO PAULO
PROCURADOR	:	HOLDON JOSÉ JUACABA E OUTRO(S) - SP076439

VOTO-VISTA

A EXCELENTÍSSIMA SENHORA MINISTRA REGINA HELENA COSTA:

Solicitei vista antecipada dos autos para examiná-los com maior detença.

Trata-se de Agravo em Recurso Especial interposto por **MAIS SHOPPING FUNDO DE INVESTIMENTO IMOBILIÁRIO E OUTROS** contra decisão de inadmissibilidade proferida pela Corte *a qua* (fl. 788e).

O **MUNICÍPIO DE SÃO PAULO** não apresentou contraminuta (fl. 823e).

Por sua vez, o Recurso Especial respectivo volta-se contra acórdãos proferidos pela 18ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, no julgamento de apelação, assim ementados (fls. 694 e 731e):

> ***MANDADO DE SEGURANÇA - ITBI*** *– Pretensão da impetrante do reconhecimento da não incidência do tributo exigido sobre a integralização de imóveis pelos Fundos Imobiliários, sob a alegação de que a transferência da titularidade em caráter fiduciário ao Administrador do Fundo nada mais representa do que a transferência de um direito real de garantia – Descabimento – Incidência devida – Os fundos de investimentos imobiliários, conforme determina a lei nº 8.668/93, são desprovidos de personalidade jurídica, razão pela qual são transferidos os imóveis para a Instituição Administradora em caráter fiduciário, de modo que tal*

operação não se encontra amparada pela imunidade tributária prevista no artigo 156, § 2º, I, da Constituição Federal – Sentença mantida – Recurso desprovido.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - MANDADO DE SEGURANÇA - ITBI *– Pretensão da impetrante ao reconhecimento da não incidência do tributo exigido sobre a integralização de imóveis pelos Fundos Imobiliários, sob a alegação de que a transferência da titularidade em caráter fiduciário ao Administrador do Fundo nada mais representa do que a transferência de um direito real de garantia Descabimento - Incidência devida - Embargos de declaração opostos pelos impetrantes, aduzindo ter o v. acórdão sido contraditório – Existência do vício apontado – Embargos acolhidos.*

As contribuintes, no bojo da mencionada peça recursal, com amparo no art. 105, III, *a* e *c*, da Constituição da República, apontam, a par do dissídio jurisprudencial, ofensa aos seguintes dispositivos legais:

I - arts. 6º, 7º, 8º, da Lei n. 8.668/1993: "[...] não há efetiva transferência da propriedade plena dos bens imóveis integralizados, mas tão somente a transferência da propriedade fiduciária em favor da Administradora [...]" (fl. 763e); e

II - art. 35, inciso II, do CTN, aduzindo, em síntese, que: "[...] não há fato gerador do ITBI na operação de integralização de bem em relação aos Fundos Recorrentes, haja vista que os referidos imóveis foram detidos e registrados como propriedade fiduciária da entidade Administradora Recorrente [...]" (fls. 764/765e).

Ao apresentar as contrarrazões de fls. 781/784e, o **MUNICÍPIO DE SÃO PAULO** informa que foram realizadas duas operações subsequentes: "1ª) a incorporação dos imóveis dos investidores "YAALOM Empreendimentos Imobiliários Ltda.", "Morumbi Town Center Empreendimentos Imobiliários Ltda.", e "Nidas Empreendimentos Imobiliários Ltda.", ao patrimônio dos fundos de investimento imobiliário MAIS SHOPPNG FUNDO DE INVESTIMENTO IMOBILIÁRIO, FUNDO DE INVESTIMENTO IMOBILIÁRIO MORUMBI TOWN I e JK FUNDO DE INVESTIMENTO IMOBILIÁRIO I, respectivamente, revertendo-se em quotas de participação; e

2ª) a transmissão da propriedade, em caráter fiduciário, ao Administrador, Banco Modal S.A., formando um patrimônio separado (fl. 782e).

O ente federativo defende que "[...] as operações tributadas pelo ITBI não são as transmissões da propriedade fiduciária dos fundos de investimento para o administrador Banco Modal S.A". Na verdade, "[...] são as incorporações dos imóveis descritos na inicial ao patrimônio dos fundos de investimento imobiliário" (fl. 782e).

E conclui: "o Fundo de Investimento é o real proprietário dos bens. O administrador adquire a propriedade dos imóveis, mas o faz exclusivamente em benefício daquele, inclusive no CRI, sendo que os referidos imóveis não são integrados no patrimônio do administrador e com ele não se confundem para qualquer efeito. Inquestionável a ocorrência de transferência onerosa da propriedade dos bens imóveis dos investidores para os Fundos de Investimento Imobiliário, sendo esta a operação objeto de incidência do ITBI, e não a posterior alienação fiduciária em garantia" (fl. 784e).

O Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento do recurso e, se vier a ser conhecido, pelo seu desprovimento (fls. 834/837e).

Na assentada de 20.09.2022, o Sr. Relator, Ministro Gurgel de Faria, proferiu voto conhecendo do Agravo para negar provimento ao Recurso Especial.

É o relatório. Passo a proferir o voto-vista.

I. Regramento processual aplicável e conhecimento do Agravo em Recurso Especial

Consoante o decidido pelo Plenário desta Corte, na sessão realizada em 09.03.2016, o regime recursal será determinado pela data da publicação do provimento jurisdicional impugnado. Assim sendo, *in casu*, aplica-se o Código de Processo Civil de 2015.

Anote-se que o Agravo em Recurso Especial exibe impugnação adequada dos fundamentos da decisão de inadmissibilidade,

razão pela qual passo, doravante, ao exame do próprio Recurso Especial, conforme, igualmente, procedeu o Sr. Relator ao proferir voto na assentada pretérita.

II. Delimitação da controvérsia e os prismas da fundamentação do acórdão local

No Recurso Especial em tela, as Recorrentes – o banco e os fundos por ele geridos –, pedem a reforma do acórdão local e reafirmam o pedido deduzido na inicial do Mandado de Segurança (fl. 757e, destaquei):

> [...] *se abstenham de exigir* [...] *ITBI sobre as operações de integralização de imóveis descritas no writ, bem como em relação à futuras integralizações da mesma natureza, junto ao Mais Shopping Fundo de Investimento Imobiliário, ao Fundo de Investimento Imobiliário Morumbi Town I e JK TOWN Fundo de Investimento Imobiliário I, ora administrados pelo Banco Modal S.A., bem como impedir que* [...] *exijam o referido tributo, relativo às operações descritas, também em relação ao próprio Administrador Recorrente, Banco Modal.*

Remarque-se que a apontada violação a dispositivos de lei federal – arts. 35, *inciso II*, do CTN; e 6º, 7º, 8º, da Lei n. 8.668/1993 – encontra-se alicerçada na compreensão segundo a qual:

(*i*) "[...] não há fato gerador do ITBI na operação de integralização de bem em relação aos Fundos Recorrentes, haja vista que os referidos imóveis foram detidos e registrados como propriedade fiduciária da entidade Administradora Recorrente [...]" (fls. 764/765e); e

(*ii*) "[...] **não há registro em cartório da transferência a título de integralização em favor dos Fundos** [...]" e ausente a "[...] efetiva transferência da propriedade plena dos bens imóveis integralizados, mas tão somente a transferência da propriedade fiduciária em favor da Administradora [...]" (fls. 760/763e, destaques do original).

Nesse contexto, cumpre registrar que as Recorrentes – partes que se apresentam em juízo com papeis distintos na sistemática negocial

em foco – perseguem, *cumulativamente*, tanto a não incidência do ITBI sobre a avença entre o proprietário originário do imóvel e o Fundo de Investimento Imobiliário - FII, quanto o reconhecimento da imunidade no tocante à propriedade fiduciária da instituição financeira gestora dos aludidos bens, aspecto pertinente à gestão dos fundos pelo banco.

Controverte-se, portanto, acerca da incidência de Imposto sobre Transmissão de Bens Imóveis - ITBI na formação do patrimônio, por meio de integralização de imóveis, de FII, cuja gestão cabe à instituição financeira administradora, a qual passa a deter, em razão do exercício da administração daqueles, a propriedade fiduciária dos bens.

Para tais pretensões foram deduzidas duas *teses tributárias:* (*i*) ausência de transferência do bem imóvel, fato gerador mais difundido na incidência do ITBI; e (*ii*) aplicação da norma imunizante abrigada no art. 156, inciso II, *in fine*, da Constituição da República, a qual cuida de direito real de garantia.

Delimitada a questão controvertida, passo ao exame dos fundamentos fixados pelo Tribunal de origem.

Por oportuno, registre-se excertos dos votos condutores dos acórdãos, originário e integrativo respectivamente (fls. 969e; e 732/733e, destaquei):

> [...] *in casu, ocorre à efetiva transferência do imóvel. O proprietário originário, em contraprestação ao recebimento das "quotas", aliena o imóvel ao Fundo, transmitindo-lhe integralmente a propriedade. Entre o Fundo e a Administradora ocorre um "negócio jurídico fiduciário", no qual o Fundo é o fiduciante e a Administradora é a fiduciária.*
>
> _____
>
> *Assiste razão às embargantes, quando alegam que o v. acordão embargado é contraditório em relação ao não reconhecimento da imunidade do ITBI, uma vez que as apelantes defendem a não incidência do ITBI, nos termos do artigo 156, inciso II, e o v. acórdão fundamentou com base no artigo 156, § 2°, I, ambos da CF.*
> *Assim, ainda que contraditória a fundamentação, não se vislumbra a possibilidade de imunidade, prevista no artigo 156,*

> *inciso II, pois, como restou consignado no v. acórdão embargado, no caso presente ocorreu um negócio jurídico fiduciário entre o Fundo e a Administradora, ato que não afasta o poder de tributar, haja vista a efetiva transferência da propriedade do imóvel.*
> *Os Fundos de Investimento Imobiliário foram instituídos pela Lei n° 8.668/93, e, apesar de não possuírem personalidade jurídica, são titulares de bens e direitos, ou seja, possuem patrimônio; no entanto, tais fundos serão administrados por instituição administradora autorizada pela Comissão de Valores Mobiliários, cabendo a ela proceder a atos de alienação referentes àquele patrimônio (bens e direitos) adquirido, em caráter fiduciário, de modo que tal patrimônio não se confunde com o da administradora.*
> *Aqueles que vendem seus bens imóveis ao Fundo recebem, em contrapartida, valores mobiliários denominados "quotas". Ou seja, deixam de ser proprietários dos imóveis, que passam ao patrimônio do Fundo, e não exercem mais qualquer direito real sobre tais imóveis e empreendimentos, conforme determina o artigo 13, I, da supramencionada lei'; isto é, há efetiva transferência de propriedade do imóvel, com distinção clara entre o patrimônio do Fundo e o patrimônio daquele que a lei chama de "quotista".*
> *Assim, entende-se que a norma descrita no artigo 156, II, da Constituição Federal não se aplica ao caso presente, posto que o Fundo de Investimento é o real proprietário dos bens, e apenas não pode figurar formalmente como tal porque não detém personalidade jurídica; portanto, não pode ser sujeito de direitos e obrigações.*
> *Desta forma, acolho os embargos de declaração opostos, para reconhecer que os embargantes não fazem jus à imunidade do ITBI, prevista no artigo 156, inciso II, da CF, nos termos retromencionados.*

Consoante se depreende dos votos, o acórdão impugnado exibe *duplo fundamento*, porquanto, diante do aspecto inaugural do negócio entre proprietário originário e FII, fixou-se a efetiva transferência do bem imóvel – aspecto material mais difundido do ITBI (art. 35, inciso I, CTN) e, no concernente à próxima etapa da operação, observada entre o FII e a instituição financeira, restou afastada a imunidade tributária (art. 156, inciso II, CR).

Inarredável, assim, concluir pela presença de matéria eminentemente constitucional, envolvendo a circunstância da propriedade fiduciária da instituição financeira Recorrente, porquanto o deslinde da

apontada parcela da controvérsia deu-se à luz do aludido art. 156, inciso II, *in fine*, da Constituição da República.

Logo, *in casu*, não se cuida, nesse particular, de mera apreciação da "não incidência" do ITBI, mas de autêntica hipótese de exame de imunidade tributária para a exação municipal.

Isso considerado, em meu sentir, inviável a análise de suposta violação de norma do Código Tributário Nacional (art. 35, inciso II) ou de dispositivos da Lei n. 8.668/1993 – que dispõe sobre a constituição e o regime tributário dos aludidos fundos –, porquanto tal proceder ensejaria incursão em matéria de competência do Supremo Tribunal Federal.

Esposando tal entendimento, precedentes deste Superior Tribunal apreciando outras discussões no tocante ao ITBI:

> ***PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. ITBI. BASE DE CÁLCULO. VALOR VENAL DO IMÓVEL. INTERPRETAÇÃO DE NORMA LOCAL. SÚMULA 280/STF. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA.***
> *1. O Tribunal de origem concedeu a Segurança em favor do contribuinte, afastando a majoração da base de cálculo do ITBI, sob o fundamento de que os arts. 7º-A e 7º-B da Lei Estadual 11.154/1991 (com a redação dada pela Lei local 14.256/2006) foram declarados inconstitucionais pelo respectivo Órgão Especial (por ofensa ao art. 150, I, da CF/1988 e ao princípio da segurança jurídica).*
> *2. A tese de violação do art. 38 do CTN não pode ser enfrentada nesta via recursal, tendo em vista que depende da obrigatória exegese de normas legais do ente federativo estadual (Súmula 280/STF).*
> *3. Por outro lado, haveria necessidade de superar o fundamento constitucional utilizado no acórdão recorrido, isto é, de que norma local infringiu dispositivos e princípios constitucionais. In casu, o Recurso Especial não constitui meio adequado para enfrentamento de matéria constitucional.*
> *4. Agravo conhecido para não se conhecer do Recurso Especial.*
> (AREsp 1.521.563/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/09/2019, DJe de 11/10/2019, destaquei);

> ***PROCESSO CIVIL. TRIBUTÁRIO. ITBI. MANDADO DE SEGURANÇA PREVENTIVO. SEGURANÇA CONCEDIDA. RECURSO ESPECIAL. CONTROVÉRSIA DECIDIDA COM***

> ***FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL. TEMA N. 1124/STF. COMPETÊNCIA DO STF. AGRAVO INTERNO. DECISÃO MANTIDA.***
> *I - Na origem, trata-se de mandado de segurança preventivo indicando como autoridade coatora o Diretor da Divisão de Fiscalização da Transação Imobiliária - ITBI do Município de São Paulo. Na sentença, a segurança foi concedida. No Tribunal a quo, a sentença foi mantida. O recurso especial interposto foi inadmitido.*
> *II - A questão controvertida foi decidida sob fundamento de cunho constitucional, transbordando os lindes específicos de cabimento do recurso especial. Assim, concluindo-se que o acórdão recorrido, ao dispor sobre a matéria, cingiu-se à interpretação de regramentos e princípios constitucionais, tem-se inviabilizada a apreciação da questão por este Tribunal, estando a competência de tal exame jungida à excelsa Corte, ex vi do disposto no art. 102 da Constituição Federal, sob pena de usurpação daquela competência.*
> [...]
> *IV - Nesse panorama, verificado que a matéria veiculada no recurso especial é própria de recurso extraordinário, apresenta-se evidente a incompetência do Superior Tribunal de Justiça para analisar a questão, sob pena de usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal. No mesmo sentido, destaco os seguintes precedentes:* [...].
> *V - Agravo interno improvido.*
> (AgInt no AREsp 2.088.600/SP, Rel. Ministro Francisco Falcão, SEGUNDA TURMA, julgado em 12/09/2022, DJe de 14/9/2022, destaquei).

À vista do claro intento das Recorrentes de reforma *integral* do acórdão local, que, consoante anotado, ostenta duplo fundamento, remanesce o segundo capítulo do *decisum*, exatamente aquele voltado para a relação entre proprietário originário e FII, cuja conclusão se encontra alicerçada no reconhecimento da efetiva transferência da propriedade do imóvel.

Colaciono, uma vez mais, o registro do voto condutor do acórdão do TJSP (fl. 732e, destaquei):

> *Aqueles que vendem seus bens imóveis ao Fundo recebem, em contrapartida, valores mobiliários denominados "quotas". Ou seja, deixam de ser proprietários dos imóveis, que passam ao patrimônio do Fundo* [...]; *isto é, há efetiva transferência de propriedade do imóvel, com distinção clara entre o patrimônio*

do Fundo e o patrimônio daquele que a lei chama de "quotista".

Ocorre que, na peça recursal, foram apontados como violados, tão somente, os seguintes dispositivos: (*i*) art. 35, inciso II, do Código Tributário Nacional; e (*ii*) os arts. 6º, 7º e 8º, da Lei n. 8.668/1993.

Conquanto a alegação de violação esteja restrita ao inciso II, transcreve-se o *caput* e os três incisos do art. 35 do Código Tributário Nacional:

> *Art. 35. O imposto, de competência dos Estados, sobre a transmissão de bens imóveis e de direitos a eles relativos tem como fato gerador:*
> *I - a transmissão, a qualquer título, da propriedade ou do domínio útil de bens imóveis por natureza ou por acessão física, como definidos na lei civil;*
> *II - a transmissão, a qualquer título, de direitos reais sobre imóveis, exceto os direitos reais de garantia;*
> *III - a cessão de direitos relativos às transmissões referidas nos incisos I e II.*
> [...] (destaquei).

Por seu turno, a Lei n. 8.668/1993 dispõe nos arts. 6º, 7º e 8º:

> *Art. 6º O patrimônio do Fundo será constituído pelos bens e direitos adquiridos pela instituição administradora, em caráter fiduciário.*
>
> *Art. 7º Os bens e direitos integrantes do patrimônio do Fundo de Investimento Imobiliário, em especial os bens imóveis mantidos sob a propriedade fiduciária da instituição administradora, bem como seus frutos e rendimentos, não se comunicam com o patrimônio desta, observadas, quanto a tais bens e direitos, as seguintes restrições:*
> *I - não integrem o ativo da administradora;*
> *II - não respondam direta ou indiretamente por qualquer obrigação da instituição administradora;*
> *III - não componham a lista de bens e direitos da administradora, para efeito de liquidação judicial ou extrajudicial;*
> *IV - não possam ser dados em garantia de débito de operação da instituição administradora;*
> *V - não sejam passíveis de execução por quaisquer credores da administradora, por mais privilegiados que possam ser;*
> *VI - não possam ser constituídos quaisquer ônus reais sobre*

os imóveis.
§ 1º No título aquisitivo, a instituição administradora fará constar as restrições enumeradas nos incisos I a VI e destacará que o bem adquirido constitui patrimônio do Fundo de Investimento Imobiliário.
§ 2º No registro de imóveis serão averbadas as restrições e o destaque referido no parágrafo anterior.
§ 3º A instituição administradora fica dispensada da apresentação de certidão negativa de débitos, expedida pelo Instituto Nacional da Seguridade Social, e da Certidão Negativa de Tributos e Contribuições, administrada pela Secretaria da Receita Federal, quando alienar imóveis integrantes do patrimônio do Fundo de Investimento Imobiliário.

Art. 8º O fiduciário administrará os bens adquiridos em fidúcia e deles disporá na forma e para os fins estabelecidos no regulamento do fundo ou em assembleia de quotistas, respondendo em caso de má gestão, gestão temerária, conflito de interesses, descumprimento do regulamento do fundo ou de determinação da assembleia de quotistas.

Assim, equivocam-se as Recorrentes ao buscar no inciso II do art. 35 do Código Tributário Nacional, o qual dispõe acerca da "transmissão, a qualquer título, de direitos reais sobre imóveis, exceto os direitos reais de garantia", o comando normativo capaz de embasar a *tese tributária* apta para a modificação do acórdão do TJSP.

Nesse vértice, cumpre rememorar que o aspecto *material* do imposto em estudo consiste em transmitir, *inter vivos*, a qualquer título, por ato oneroso, bens imóveis, direitos reais sobre eles relativos, exceto os de garantia, ou ainda, cessão de direitos a sua aquisição.

Aliás, o Supremo Tribunal Federal, recentemente, pronunciou-se sobre a *distinção* entre as três hipóteses de incidência apontadas, justamente para reconhecer a "existência de matéria constitucional e de sua repercussão geral, sem, no entanto, reafirmar jurisprudência, dando ensejo à apreciação do Tema n. 1.124, assim expresso: "Incidência do Imposto de Transmissão de Bens Imóveis (ITBI) na cessão de direitos de compra e venda, ausente a transferência de propriedade pelo registro imobiliário" (Pleno, ARE n. 1.294.969 ED-ED, Redator do acórdão Ministro Dias Toffoli, j. 29.08.2022).

O Sr. Ministro Dias Toffoli gizou, no voto condutor do acordão, tal compreensão (p. 05, destaquei):

> *A distinção é deveras importante.*
> *Com efeito, o art. 156, inciso II, do texto constitucional estabelece a competência dos municípios para instituírem imposto (ITBI) sobre transmissão inter vivos, a qualquer título, por ato oneroso, de (i) bens imóveis, por natureza ou acessão física, e de (ii) direitos reais sobre imóveis, exceto os de garantia, bem como sobre (iii) cessão de direitos a sua aquisição.*
> *Há, nesse dispositivo constitucional, três hipóteses para a cobrança da exação, as duas primeiras relacionadas com a palavra transmissão e a última – na qual se enquadraria o presente feito – com o verbete cessão.*

A doutrina de Kiyoshi Harada é, igualmente, precisa ao segregar os três eixos do tributo:

> *Pela leitura atualizada do texto do art. 35 do CTN conclui-se que o ITBI tem como fato gerador:*
>
> *I - a transmissão inter vivos, a qualquer título, por ato oneroso, da propriedade ou do domínio útil de bens imóveis, por natureza ou por acessão física, como definidos na lei civil;*
> *II - a transmissão inter vivos, a qualquer título, por ato oneroso, de direitos reais sobre imóveis, exceto os direitos reais de garantia;*
> *III - a cessão, por ato oneroso, dos direitos relativos às transmissões referidas nos incisos I e II.*
> (*ITBI: Doutrina e Prática*. 3ª ed. Belo Horizonte: Editora Dialética, 2021. p. 206).

Diferentemente, portanto, do inciso I do art. 35 do CTN, dedicado ao aspecto material concernente à transmissão de propriedade ou do domínio útil de bens imóveis, o inciso seguinte cuida da transmissão de direitos reais sobre imóveis, exceto os direitos reais de garantia, ponto, consoante anotado, com viés eminentemente constitucional.

Noutra quadra, os arts. 6º, 7º e 8º, da Lei n. 8.668/1993 tomados *sem a conjugação com a adequada norma tributária da exação* (*in casu*, o *inciso I* do art. 35 do CTN), revelam-se, de igual modo, inidôneos a

infirmar o fundamento adotado pelo Tribunal de origem concernente à transmissão, porquanto ausente comando suficiente naqueles dispositivos para alterar a apontada conclusão no tocante à tributação, haja vista que *disciplinam relação jurídica diversa*, é dizer, a constituição dos Fundos de Investimento Imobiliário - FII, inclusive a relação entre fundo e instituição administradora, bem como a dispensa de Certidão Negativa de Débitos no contexto descrito naquele diploma legal.

Considerando que a pretensão das Recorrentes – reforma do acórdão que assentou a efetiva transferência do bem imóvel – não é extraída de tais dispositivos, o Recurso Especial não pode ser conhecido, pela incidência, por analogia, da orientação contida na Súmula n. 284, do Supremo Tribunal Federal, assim expressa: "É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia", como o demonstram os seguintes precedentes:

> ***PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. MANDADO DE SEGURANÇA. CONTAGEM DE PRAZO EM PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. DIVERGÊNCIA NÃO DEMONSTRADA. DISPOSITIVOS LEGAIS NÃO PREQUESTIONADOS E SEM COMANDO NORMATIVO APTO A ENSEJAR EVENTUAL ALTERAÇÃO DO ACÓRDÃO RECORRIDO. INADMISSIBILIDADE. PRETENSÃO DE DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO DECRETO N. 70.235/1932. INADEQUAÇÃO DA VIA RECURSAL.***
> [...]
> *5. Não se conhece do recurso quando o artigo de lei tido por violado não contém comando normativo apto a ensejar eventual alteração do acórdão recorrido. Observância da Súmula 284 do STF.*
> *6. O recurso especial não é via recursal adequada à declaração de inconstitucionalidade do § 9º do art. 23 do Decreto n. 70.235/1972.*
> *7. Agravo interno não provido.*
> (AgInt no AREsp 990.830/DF, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, PRIMEIRA TURMA, julgado em 26/09/2022, DJe de 28/9/2022);
>
> ***PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NOS***

> ***EMBARDOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. COMANDO NORMATIVO INDEQUADO. SÚMULA 284/STF. NEXO CAUSAL. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. QUANTUM INDENIZATÓRIO. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO.***
> *1. A ausência da indicação de como os dispositivos legais teriam sido violados, atrai a incidência da Súmula 284/STF, em razão da deficiência na fundamentação do recurso especial. Assim como quando o dispositivo em questão não possui comando normativo suficiente para sustentar a tese de insurgência expendida no recurso especial.*
> [...]
> *4. Agravo interno não provido.*
> (AgInt nos EDcl no AREsp 2.079.455/RS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/10/2022, DJe de 19/10/2022).

Anotado o duplo fundamento do acórdão local e a impropriedade técnica do Recurso Especial, prossigo com o desfecho da pretensão, inclusive quanto à alínea *c* do permissivo constitucional.

III. Da conclusão

O recurso especial possui fundamentação vinculada, destinando-se a garantir a autoridade da lei federal e a sua aplicação uniforme, não constituindo, portanto, instrumento processual destinado a examinar a questão constitucional, sob pena de usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal, conforme dispõe o art. 102, III, da Carta Magna.

Outrossim, observo que a pretensão recursal não é extraída dos dispositivos apontados como violados (art. 35, *inciso II*, do CTN; e arts. 6º, 7º, 8º, da Lei n. 8.668/1993).

Diante da constatação do viés eminentemente constitucional do acórdão local, bem como da incidência do óbice plasmado na Súmula n. 284/STF, anote-se a impossibilidade desta Turma avançar sobre o exame

das supostas violações de dispositivos legais.

Assiste, portanto, razão ao Recorrido, conquanto por fundamento diverso, no tocante ao pleito, deduzido em contrarrazões, de não conhecimento do recurso (fls. 781/784e).

Destaco, também, que a conclusão alcançada *se mostra alicerçada na especificidade da presente ação*, é dizer, considera o objeto da demanda *tal como deduzido* e a moldura fixada no Tribunal de origem.

Nesse cenário, impõe-se, por fim, a prejudicialidade do exame da divergência jurisprudencial.

Isso porque, os óbices os quais impedem a análise do recurso pela alínea *a* prejudicam a apreciação do especial manejado pela alínea *c* do permissivo constitucional para questionar a mesma matéria (cf. 2ª T., REsp n. 1.659.829/PE, Rel. Ministro Herman Benjamin, j. 18.05.2017; 1ª T., REsp n. 1.254.719/AL, Rel. Ministro Sérgio Kukina, j. 20.02.2018; e 1ª T., AgInt no REsp n. 1.883.971/PR, de minha relatoria, j. 05.10.2020).

Posto isso, **CONHEÇO** do Agravo para, com a licença do Sr. Relator, **NÃO CONHECER** do Recurso Especial, nos termos expostos.

É o voto.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO
PRIMEIRA TURMA

Número Registro: 2019/0118121-0 **PROCESSO ELETRÔNICO** **AREsp 1.492.971 / SP**

Número Origem: 10366743920168260053

PAUTA: 22/11/2022 JULGADO: 22/11/2022

Relator
Exmo. Sr. Ministro **GURGEL DE FARIA**

Presidente da Sessão
Exmo. Sr. Ministro BENEDITO GONÇALVES

Subprocurador-Geral da República
Exmo. Sr. Dr. AURÉLIO VIRGÍLIO VEIGA RIOS

Secretária
Bela. BÁRBARA AMORIM SOUSA CAMUÑA

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE	:	MAIS SHOPPING FUNDO DE INVESTIMENTO IMOBILIARIO
AGRAVANTE	:	FUNDO DE INVESTIMENTO IMOBILIARIO MORUMBI TOWN I
AGRAVANTE	:	JK TOWN FUNDO DE INVESTIMENTO IMOBILIARIO I
AGRAVANTE	:	BANCO MODAL S/A
ADVOGADOS	:	CRISTIANO SILVA COLEPICOLO E OUTRO(S) - SP291906
		JOAO GILBERTO FREIRE GOULART - SP291913
AGRAVADO	:	MUNICÍPIO DE SÃO PAULO
PROCURADOR	:	HOLDON JOSÉ JUACABA E OUTRO(S) - SP076439

ASSUNTO: DIREITO TRIBUTÁRIO - Impostos - ITBI - Imposto de Transmissão Intervivos de Bens Móveis e Imóveis

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia PRIMEIRA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Prosseguindo o julgamento, após o voto-vista da Sra. Ministra Regina Helena Costa conhecendo do agravo para não conhecer do recurso especial e o voto do Sr. Ministro Manoel Erhardt conhecendo do agravo para conhecer parcialmente do recurso especial e, nessa parte, negar-lhe provimento, pediu vista o Sr. Ministro Benedito Gonçalves. Encontra-se em vista coletiva o Sr. Ministro Sérgio Kukina.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO
PRIMEIRA TURMA

Número Registro: 2019/0118121-0 **PROCESSO ELETRÔNICO** **AREsp 1.492.971 / SP**

Número Origem: 10366743920168260053

PAUTA: 22/11/2022 JULGADO: 15/12/2022

Relator
Exmo. Sr. Ministro **GURGEL DE FARIA**

Presidente da Sessão
Exmo. Sr. Ministro BENEDITO GONÇALVES

Subprocurador-Geral da República
Exmo. Sr. Dr. AURÉLIO VIRGÍLIO VEIGA RIOS

Secretária
Bela. BÁRBARA AMORIM SOUSA CAMUÑA

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE	:	MAIS SHOPPING FUNDO DE INVESTIMENTO IMOBILIARIO
AGRAVANTE	:	FUNDO DE INVESTIMENTO IMOBILIARIO MORUMBI TOWN I
AGRAVANTE	:	JK TOWN FUNDO DE INVESTIMENTO IMOBILIARIO I
AGRAVANTE	:	BANCO MODAL S/A
ADVOGADOS	:	CRISTIANO SILVA COLEPICOLO E OUTRO(S) - SP291906
		JOAO GILBERTO FREIRE GOULART - SP291913
AGRAVADO	:	MUNICÍPIO DE SÃO PAULO
PROCURADOR	:	HOLDON JOSÉ JUACABA E OUTRO(S) - SP076439

ASSUNTO: DIREITO TRIBUTÁRIO - Impostos - ITBI - Imposto de Transmissão Intervivos de Bens Móveis e Imóveis

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia PRIMEIRA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Retirado de Pauta por indicação do Sr. Ministro Benedito Gonçalves.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO
PRIMEIRA TURMA

Número Registro: 2019/0118121-0 **PROCESSO ELETRÔNICO** **AREsp 1.492.971 / SP**

Número Origem: 10366743920168260053

PAUTA: 14/02/2023 JULGADO: 14/02/2023

Relator
Exmo. Sr. Ministro **GURGEL DE FARIA**

Presidente da Sessão
Exmo. Sr. Ministro BENEDITO GONÇALVES

Subprocurador-Geral da República
Exmo. Sr. Dr. HUMBERTO JACQUES DE MEDEIROS

Secretária
Bela. BÁRBARA AMORIM SOUSA CAMUÑA

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE	:	MAIS SHOPPING FUNDO DE INVESTIMENTO IMOBILIARIO
AGRAVANTE	:	FUNDO DE INVESTIMENTO IMOBILIARIO MORUMBI TOWN I
AGRAVANTE	:	JK TOWN FUNDO DE INVESTIMENTO IMOBILIARIO I
AGRAVANTE	:	BANCO MODAL S/A
ADVOGADOS	:	CRISTIANO SILVA COLEPICOLO E OUTRO(S) - SP291906
		JOAO GILBERTO FREIRE GOULART - SP291913
AGRAVADO	:	MUNICÍPIO DE SÃO PAULO
PROCURADOR	:	HOLDON JOSÉ JUACABA E OUTRO(S) - SP076439

ASSUNTO: DIREITO TRIBUTÁRIO - Impostos - ITBI - Imposto de Transmissão Intervivos de Bens Móveis e Imóveis

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia PRIMEIRA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Adiado por indicação do Sr. Ministro Benedito Gonçalves.

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1492971 - SP (2019/0118121-0)

RELATOR	**:**	**MINISTRO GURGEL DE FARIA**
AGRAVANTE	:	MAIS SHOPPING FUNDO DE INVESTIMENTO IMOBILIARIO
AGRAVANTE	:	FUNDO DE INVESTIMENTO IMOBILIARIO MORUMBI TOWN I
AGRAVANTE	:	JK TOWN FUNDO DE INVESTIMENTO IMOBILIARIO I
AGRAVANTE	:	BANCO MODAL S/A
ADVOGADOS	:	CRISTIANO SILVA COLEPICOLO E OUTRO(S) - SP291906
		JOAO GILBERTO FREIRE GOULART - SP291913
AGRAVADO	:	MUNICÍPIO DE SÃO PAULO
PROCURADOR	:	HOLDON JOSÉ JUACABA E OUTRO(S) - SP076439

VOTO-VISTA

O SENHOR MINISTRO BENEDITO GONÇALVES: Consigne-se inicialmente que o recurso foi interposto contra decisão publicada na vigência do Código de Processo Civil de 2015, devendo ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele previsto, conforme Enunciado Administrativo n. 3/2016/STJ.

Trata-se de agravo em recurso especial, da Relatoria do eminente Ministro Gurgel de Faria, interposto contra decisão da Corte de origem que não admitiu o recurso especial por aplicação do óbice da Súmula 7 do STJ e por ausência de correta demonstração do dissídio jurisdicional.

O apelo nobre obstado enfrenta acórdão proferido pelo TJ/SP, cuja ementa é a seguinte (fl. 694):

> MANDADO DE SEGURANÇA ITBI - Pretensão da impetrante do reconhecimento da não incidência do tributo exigido sobre a integralização de imóveis pelos Fundos Imobiliários, sob a alegação de que a transferência da titularidade em caráter fiduciário ao Administrador do Fundo nada mais representa do que a transferência de um direito real de garantia Descabimento Incidência devida - Os fundos de investimentos imobiliários, conforme determina a lei nº 8.668/93, são desprovidos de personalidade jurídica, razão pela qual são transferidos os imóveis para a Instituição Administradora em caráter fiduciário, de modo que tal operação não se encontra amparada pela imunidade tributária prevista no artigo 156, §2º, I, da Constituição Federal Sentença mantida Recurso desprovido.

Embargos de declaração rejeitados.

O recurso especial foi interposto com fundamento no artigo 105, inciso III, alíneas "a" e "c", da Constituição da República, por indicada violação aos artigos 35, II do CTN e artigos 6º, 7º e 8º da Lei n. 8.668/93, bem como também é interposto por divergência jurisprudencial.

Discute-se nos autos se há a ocorrência do fato gerador do ITBI na operação de repasse do imóvel do quotista para o patrimônio do Fundo de Investimento Imobiliário (FII). Os recorrentes defendem nos autos a tese de ser indevida a incidência do ITBI, compreendendo que não houve transmissão da propriedade dos imóveis ao Fundo Imobiliário, na medida em que, após a integralização, há a transferência da titularidade em caráter fiduciário ao Administrador.

Com contrarrazões.

O eminente Ministro Relator Gurgel de Faria apresentou seu voto na sessão de julgamento da Primeira ocorrida em 20/9/20222, no sentido de conhecer do agravo para negar provimento ao recurso especial, pedindo vista dos autos a eminente Ministra Regina Helena Costa.

Na sessão de julgamento de 22/11/2022 a Ministra Regina Helena Costa apresentou seu voto-vista no sentido de conhecer do agravo para não conhecer do recurso especial, votando também o Ministro Manoel Erhardt para, conhecendo do agravo, conhecer parcialmente do recurso especial e, nessa extensão, negar-lhe provimento.

Pedi vista dos autos.

É o relatório.

Inicialmente, compreendo que a parte promoveu a efetiva impugnação aos fundamentos da decisão agravada, de modo que deve ser conhecido o agravo em recurso especial.

Quanto ao conhecimento do recurso especial, rogando vênias à eminente Ministra Regina Helena Costa, compreendo que a temática dos autos é extraída mediante interpretação do sentido e alcance de normas infraconstitucionais (art. 35, inciso II, do CTN; e arts. 6º, 7º, 8º, da Lei n. 8.668/1993). Ademais, a argumentação recursal não se revela, com a devida vênia, genérica, de modo que não incide ao caso dos autos o óbice da Súmula 284/STF. O ponto controvertido, quanto à delimitação e ocorrência do fato gerador do ITBI, está devidamente particularizado nos autos, não havendo a incidência de óbices ao conhecimento do recurso especial.

No que diz respeito ao mérito, também acompanho o Ministro Relator Gurgel de Faria, pois compreendo que, realizada a entrega do bem imóvel ao Fundo de Investimento Imobiliário (FII) com o correspondente recebimento das quotas pelos alienantes, há a transferência onerosa de propriedade. Nessa operação, o alienante deixa de possuir os atributos da propriedade, os quais passam a ser exercidos pelo condomínio de quotistas (FII) através da sua administradora, cuja propriedade fiduciária é averbada no registro.

Na hipótese, em consonância com os artigos 8º e 13, I, da Lei 8.668/1993, não obstante os bens adquiridos à universalidade de bens e vinculados à atividade do Fundo sejam de propriedade de cada um dos titulares das quotas respectivas, não podem os quotistas exercer qualquer direito real sobre os imóveis e empreendimentos integrantes deste patrimônio.

Assim, diante da transferência de propriedade há a ocorrência do aspecto material da hipótese de incidência do imposto - ITBI.

Como bem pontuado pelo Relator, na hipótese há uma aquisição de imóvel para o

patrimônio do Fundo de Investimento Imobiliário, cuja operacionalização se processa mediante a emissão de novas quotas do condomínio e é efetivada diretamente pela administradora do fundo, configurando "transferência a título oneroso de propriedade de imóvel, caracterizadora de fato gerador do ITBI na forma do art. 35 do CTN e 156, II, da CF/1988, ainda que instrumentalizada pela averbação da propriedade fiduciária em nome da administradora no registro imobiliário, momento em que se efetiva a obrigação tributária devida na operação".

Ante o exposto, rogando vênia à divergência, acompanho o voto do Ministro Relator Gurgel de Faria, para **conhecer do agravo e negar provimento ao recurso especial**.

É como voto.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO
PRIMEIRA TURMA

Número Registro: 2019/0118121-0 **PROCESSO ELETRÔNICO** **AREsp 1.492.971 / SP**

Número Origem: 10366743920168260053

PAUTA: 14/02/2023 JULGADO: 28/02/2023

Relator
Exmo. Sr. Ministro **GURGEL DE FARIA**

Presidente da Sessão
Exmo. Sr. Ministro BENEDITO GONÇALVES

Subprocurador-Geral da República
Exmo. Sr. Dr. HUMBERTO JACQUES DE MEDEIROS

Secretária
Bela. BÁRBARA AMORIM SOUSA CAMUÑA

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE	:	MAIS SHOPPING FUNDO DE INVESTIMENTO IMOBILIARIO
AGRAVANTE	:	FUNDO DE INVESTIMENTO IMOBILIARIO MORUMBI TOWN I
AGRAVANTE	:	JK TOWN FUNDO DE INVESTIMENTO IMOBILIARIO I
AGRAVANTE	:	BANCO MODAL S/A
ADVOGADOS	:	CRISTIANO SILVA COLEPICOLO E OUTRO(S) - SP291906
		JOAO GILBERTO FREIRE GOULART - SP291913
AGRAVADO	:	MUNICÍPIO DE SÃO PAULO
PROCURADOR	:	HOLDON JOSÉ JUACABA E OUTRO(S) - SP076439

ASSUNTO: DIREITO TRIBUTÁRIO - Impostos - ITBI - Imposto de Transmissão Intervivos de Bens Móveis e Imóveis

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia PRIMEIRA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Prosseguindo o julgamento, a Primeira Turma, por unanimidade, conheceu do Agravo para, consoante o voto médio do Sr. Ministro Manoel Erhardt, conhecer parcialmente do recurso especial e, nessa extensão, por unanimidade, negar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. A Sra. Ministra Regina Helena Costa ressalvou seu ponto de vista, acompanhando o Sr. Ministro Relator pela conclusão.

Os Srs. Ministros Manoel Erhardt. Benedito Gonçalves (Presidente) (voto-vista), Sérgio Kukina e Regina Helena Costa(voto-vista) votaram, no mérito, com o Sr. Ministro Relator.

Não participou do julgamento o Sr. Ministro Paulo Sérgio Domingues.