

04

COMO É DETERMINADA A BASE DE CÁLCULO DO IMPOSTO SOBRE TRANSMISSÃO DE BENS IMÓVEIS - ITBI NOS CASOS DE INTEGRALIZAÇÃO DE BENS IMÓVEIS NO CAPITAL SOCIAL DE HOLDINGS E SOCIEDADES EMPRESÁRIAS À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES?

O presente estudo traz à discussão a incidência do ITBI nos casos de integralização de bens imóveis no capital social de sociedades empresárias e *Holding*, assunto que é objeto de controvérsia nos municípios brasileiros, principalmente em relação à sua base de cálculo e ao momento do pagamento. As *Holdings* revelam-se como estrutura cada vez mais presente na sociedade contemporânea, especialmente por facilitar a governança corporativa, gestão patrimonial e organização sucessória, impactando diretamente o direito público e privado.

Palavras-chave

Integralização de bens imóveis no capital social de sociedades empresárias e Holdings - Imposto sobre Transmissão de Bens Imóveis - ITBI - Imunidade - Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal - STF - Superior Tribunal de Justiça - STJ.

Felipe Gonsales

Advogado tributarista em projetos de consultoria planejamento tributário, e advocacia contenciosa administrativa e judicial voltada para implantação de teses visando a redução da carga tributária, e administração de passivo tributário.

Júlia Herrera Firetti

Advogada formada em Direito pela Universidade Paulista - UNIP, em 2015. Concluiu a Pós-Graduação em Processo Civil pela Escola Superior de Advocacia - ESA em 2018. Coordenadora do Departamento Societário de empresa de Consultoria Empresarial.

1. INTRODUÇÃO

A *Holdings* se estrutura de maneira concisa seguindo as seguintes etapas: (i) criação de uma sociedade empresarial, geralmente de responsabilidade limitada, composta por membros de um núcleo familiar; (ii) incorporação de ativos, tangíveis e/ou intangíveis, como bens móveis e/ou imóveis, ao patrimônio da *Holdings*; (iii) estabelecimento de uma governança societária para garantir o controle patrimonial e político a um sócio específico, conforme as necessidades do caso concreto; e (iv) transferência ao longo do tempo, ou de forma imediata, das cotas dos sócios a outros membros da família (geralmente dos ascendentes para os descendentes/herdeiros legais), de modo a transmitir também o patrimônio contido na *Holdings*¹.

Nesse contexto, ao desenvolver o planejamento (fases "ii" e "iv"), pode surgir a incidência de dois tributos: o Imposto sobre Transmissão de Bens Imóveis (ITBI) e o Imposto sobre Transmissão Causa Mortis e Doação (ITCMD ou ITCD).

O Imposto de Transmissão de Bens Imóveis (ITBI), em linhas gerais, incide quando há a transferência "onerosa" de um bem imóvel de uma pessoa para o patrimônio de outra. No contexto de uma *Holdings*, essa incidência pode ocorrer quando um indivíduo transmite um bem imóvel para a empresa - como parte da integralização de capital.

Já o Imposto sobre Transmissão Causa Mortis e Doação (ITCMD ou ITCD) incide quando há a transmissão de um bem, seja ele móvel ou imóvel, por meio de **doação ou herança**, para outra pessoa. No cenário da *Holdings*, o ITCMD incide quando um dos sócios realiza a doação total ou parcial de suas cotas para outro sócio.

Todavia, o foco central deste artigo recai sobre o ITBI e sua complexidade quanto à sua incidência

ou não. Essa questão merece uma análise mais detalhada para compreendermos os contornos dessa tributação e suas implicações no âmbito das operações imobiliárias e societárias².

2. DESENVOLVIMENTO

O Imposto sobre Transmissão de Bens Imóveis - ITBI é um tributo que gera bastante controvérsia no cenário das políticas fiscais estabelecidas pelos municípios brasileiros.

São vários os fatores que turvam a inteligência dos aspectos das regras de incidência tributária do imposto, fomentando acirrados embates entre os contribuintes e os Fiscos municipais, que se iniciam nas esferas administrativas, e, inviavelmente, são solucionadas pelo Poder Judiciário.

As discussões envolvem, principalmente, os aspectos temporais (quando o imposto deve ser recolhido?) e quantitativo (qual a base de cálculo a ser utilizada?) da hipótese de incidência tributária, e, frequentemente, desbordam para questões registrais (em qual momento o imposto deve ser recolhido? Na lavratura da escritura pública? No momento do registro na matrícula?).

Dadas as múltiplas controvérsias que orbitam o assunto, buscaremos, por meio do presente artigo, trazer à tona a discussão sobre qual a efetiva base de cálculo do ITBI nos casos de integralização de bem imóvel no capital social de sociedades empresárias e *Holdings* à luz da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) e do Superior Tribunal de Justiça (STJ).

O Imposto sobre a Transmissão de Bens Imóveis e de Direitos a ele Relativos - ITBI é imposto de competência municipal, que incide sobre a transmissão de bens "inter vivos", a qualquer título, por ato oneroso, da propriedade ou domínio

² MIGALHAS. **Holding e ITBI: a consolidação de um novo entendimento**. Migalhas, São Paulo, 1 set. 2021. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/387535/holding-e-itbi-a-consolidacao-de-um-novo-entendimento>. Acesso em: 29 jul. 2023.

útil de bens imóveis e de direitos a eles relativos, consoante infere-se do art. 156, II da Constituição Federal.

Nesta linha, o § 2º, inciso I do artigo 156 da Constituição Federal, dispõe que não incide o referido imposto de competência municipal, quando da integralização de bens imóveis no capital social de pessoa jurídica (transmissão de bens e/ou direitos):

"Art. 156. Compete aos Municípios instituir impostos sobre:

(...)

II - 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, bem como cessão de direitos a sua aquisição;

(...)

§ 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;"³

Regulamentando o dispositivo constitucional, o Código Tributário Nacional - CTN estabelece, em seus artigos 36, inciso I e 37, § 1º, os requisitos necessários para afastar a incidência do imposto nos casos em que os bens imóveis forem destinados à integralização do capital social:

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

³ https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm: acesso em 29/09/2023, às 11h48.

I - quando efetuada para sua incorporação ao patrimônio de pessoa jurídica em pagamento de capital nela subscrito;

Art. 37. O disposto no artigo anterior não se aplica quando a pessoa jurídica adquirente tenha como atividade preponderante a venda ou locação de propriedade imobiliária ou a cessão de direitos relativos à sua aquisição.

§ 1º Considera-se caracterizada a atividade preponderante referida neste artigo quando mais de 50% (cinquenta por cento) da receita operacional da pessoa jurídica adquirente, nos 2 (dois) anos anteriores e nos 2 (dois) anos subseqüentes à aquisição, decorrer de transações mencionadas neste artigo.

§ 2º Se a pessoa jurídica adquirente iniciar suas atividades após a aquisição, ou menos de 2 (dois) anos antes dela, apurar-se-á a preponderância referida no parágrafo anterior levando em conta os 3 (três) primeiros anos seguintes à data da aquisição.

§ 3º Verificada a preponderância referida neste artigo, tornar-se-á devido o imposto, nos termos da lei vigente à data da aquisição, sobre o valor do bem ou direito nessa data.

§ 4º O disposto neste artigo não se aplica à transmissão de bens ou direitos, quando realizada em conjunto com a da totalidade do patrimônio da pessoa jurídica alienante."

É de praxe observarmos que os argumentos utilizados pelos municípios para cobrança do imposto são basicamente dois: (i) que a pessoa jurídica a quem se está transferindo determinado bem imóvel tenha atividade preponderantemente imobiliária, pelo simples fato de constar o objeto social da mesma o Código Nacional de Atividade Econômica - CNAE de natureza imobiliária, utilizando-se da parte final do inciso I, § 2º, do artigo 156, da Constituição Federal; e (ii)

que “a imunidade em relação ao Imposto sobre Transmissão de Bens Imóveis (ITBI), prevista no inciso I do § 2º do artigo 156 da Constituição Federal, não alcança o valor dos bens que exceder o limite do capital social a ser integralizado”, em razão do julgado de agosto de 2020 pelo Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário nº 796.376 (Tema 796), com repercussão geral.

Na primeira circunstância apresentada, a análise correta a ser feita pelo município deverá, no entendimento dos Autores deste artigo, seguir o disposto no artigo 37 do Código Tributário Nacional (CTN), que estabelece os critérios para aferir a preponderância de atividades imobiliárias para aferir a incidência ou não do Imposto sobre Transmissão de Bens Imóveis (ITBI) quando a pessoa jurídica possui receita operacional decorrente de atividades imobiliárias, como a comercialização ou aluguel de propriedades imobiliárias ou a transferência de direitos relacionados a elas, embora concordemos que seja possível a discussão judicial pelos motivos a seguir expostos.

Ou seja, em linhas gerais, para determinar a preponderância de receitas operacionais de natureza imobiliária, existem dois critérios que consideram o tempo de atividade da sociedade empresarial ou *Holdings*:

(i) A atividade imobiliária será considerada preponderante quando mais de 50% (cinquenta por cento) da receita operacional da pessoa jurídica adquirente, nos 2 (dois) anos anteriores e nos 2 (dois) anos subsequentes à aquisição, provenha de transações relacionadas à venda, locação ou cessão de direitos sobre propriedades imobiliárias; e (ii) Se a pessoa jurídica adquirente iniciar suas atividades após a aquisição, ou menos de 2 (dois) anos antes dela, a preponderância será avaliada considerando os 3 (três) primeiros anos após a data da aquisição.

Caso a preponderância mencionada seja constatada, o imposto devido será calculado com base na legislação vigente à data da aquisição,

considerando o valor do bem ou direito nessa data.

Apesar disso os municípios, muitas vezes, consideram que apenas pelo fato de constar no objeto social da sociedade ou *Holdings*, ou no Comprovante de Inscrição e de Situação Cadastral da Receita Federal algum Código Nacional de Atividade Econômica - CNAE relacionado à atividade imobiliária, há a incidência do ITBI na hipótese de integralização de bem imóvel no capital social, utilizando-se como fundamento para sua cobrança a parte final do Inciso I do § 2º, do artigo 156, da Constituição Federal.

Apesar disso, não se pode perder de vistas o voto do Ministro Alexandre de Moraes, do Supremo Tribunal Federal, por meio do julgamento do RE nº 796.376, que resultou na fixação do Tema 796. Em sua *ratio decidendi* posicionou-se, no sentido de que, para fins de incidência do ITBI, a preponderância das atividades imobiliárias diz respeito apenas às figuras de incorporação, cisão ou fusão, aplicando-se de forma irrestrita a imunidade nos casos de integralização do capital social, ainda que a empresa possua como atividade econômica preponderante as atividades de natureza imobiliária, conforme é possível observar:

“É dizer, a incorporação de bens ao patrimônio da pessoa jurídica em realização de capital, que está na primeira parte do inciso I do § 2º, do art. 156 da CF/88, não se confunde com as figuras jurídicas societárias da incorporação, fusão, cisão ou extinção de pessoas jurídicas referidas na segunda parte do referido inciso I.

Nesses últimos casos, há, da mesma forma, incorporação de bens, mas que decorre da ‘incorporação que é uma operação pela qual uma ou mais sociedades são absorvidas por outra, que lhes sucede em todos os direitos e obrigações’ (art. 227 da Lei 6.404/1976 – Lei de Sociedades Anônimas); cisão – operação pela qual uma sociedade transfere parte de seu patrimônio

para uma ou mais empresas (art. 229 da Lei das S.A); ou fusão – operação pela qual se unem duas ou mais sociedades para formar uma nova sociedade que lhe sucederá em todos os direitos e obrigações (art. 228 da Lei das S.A.).

E, todas essas hipóteses, há incorporação do patrimônio imobiliário de uma sociedade para outra, mas sem qualquer relação com incorporação (integralização) referida na primeira parte do citado inciso I, do § 2º, do art. 156 da CF, que alude à transferência de bens para integralização do capital.

Em outras palavras, a segunda oração contida no inciso I – *'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'* – revela uma imunidade condicionada à não exploração, pela adquirente, de forma preponderante, da atividade de compra e venda de imóveis, de locação de imóveis ou de arrendamento mercantil. Isso fica muito claro quando se observa que a expressão ‘nesses casos’ não alcança o ‘outro caso’ referido na primeira oração do inciso I do § 2º, do art. 156 da CF.”

O voto foi acompanhado pelos Ministros Gilmar Mendes, Luiz Fux, Rosa Weber, Dias Toffoli, Roberto Barroso e Celso de Mello, deixando claro que a hipótese de imunidade tributária relativa à integralização de bem imóvel no capital social, independe da atividade econômica desenvolvida pela empresa; fator este a ser levado em consideração apenas nas operações de incorporação de imóveis aos patrimônios de sociedades sem aumento de capital, isto é, apenas nos casos de fusão, cisão ou incorporação.

Apesar disso, o objeto central do RE 796.376 foi dimensionar a extensão da imunidade em integralização de capital social no qual o valor dos

imóveis integralizados superasse o valor do capital a ser subscrito, razão pela qual não vinculou a orientação dos Tribunais sobre o assunto, apesar de sinalizar o entendimento preponderante na Suprema Corte.

Dessa forma, entendemos ser possível questionar a incidência do ITBI nos casos de integralização de bens imóveis no capital social de empresas ou *Holdings*, ainda que possua atividade preponderantemente imobiliária.

Em prosseguimento, é possível notar que os órgãos municipais quando não se beneficiam ao exigir o pagamento integral do ITBI com base no valor total do imóvel a ser transferido, optam por cobrar o ITBI sobre a diferença entre o valor declarado do imóvel, geralmente associado ao valor nominal (valor contábil para fins de Imposto de Renda), e seu valor venal.

Nesse sentido é o entendimento das Câmaras especializadas em tributos municipais do Estado de São Paulo:

APELAÇÃO – MANDADO DE SEGURANÇA
– ITBI – IMUNIDADE – Integralização de imóvel ao capital social – *Holding* familiar
– Administração dos bens próprios e participação no capital de outras sociedades
– Impossibilidade de aferição da atividade preponderante – Ônus probatório que incumbe ao Fisco, após o decurso do período balizador – CTN, art. 37, parágrafos 1º, 2º e 3º – Abuso de direito não evidenciado
– Implementação da *holding* para o planejamento tributário da sociedade – Inexistência proibição – Presunção descabida
– Imunidade Reconhecida – Sentença reformada. Recurso provido, com possibilidade de verificação posterior para efeito do artigo 37, parágrafos 1º, 2º e 3º, do CTN. (TJ-SP – AC: 10013510520188260246 SP 1001351-05.2018.8.26.0246, Relator: Octavio Machado de Barros, Data de Julgamento: 25/11/2021, 14ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 26/11/2021)

“Tributário Apelação Ação Anulatória ITBI

Município de Arujá. Insurgência contra a r. sentença que julgou procedente a ação. Apelo do Município. Integralização de imóveis ao capital social - Imunidade nos termos do artigo 156, § 2º, I da Constituição da República. Pretensão de reconhecimento da imunidade do ITBI de sociedade recém- constituída Aplicabilidade do art. 37, § 2º, do Código Tributário Nacional Incidência do tributo sujeita a condição temporal Precedentes desta C. Câmara Possibilidade de lançamento complementar ao fim do período de três anos da aquisição dos imóveis Necessidade, contudo, de comprovação contábil da preponderância da atividade imobiliária. No caso dos autos, o contrato social da empresa, com a descrição dos imóveis a serem adquiridos para a integralização de capital, foi registrado em 03/02/2017 na Junta Comercial, que é a data inicial do prazo trienal a ser observado antes do lançamento do ITBI Inexigibilidade do tributo reconhecida Precedentes desse E. Tribunal de Justiça. Honorários recursais [...] Sentença mantida Recurso desprovido". (TJSP; Apelação Cível 1002280-59.2018.8.26.0045; Relator (a): Eurípedes Faim; Órgão Julgador: 15a Câmara de Direito Público; Foro de Arujá - 1a Vara; Data do Julgamento: 12/02/2021; Data de Registro: 12/02/2021)

"Apelação Cível - Mandado de Segurança - ITBI - Município de São Sebastião - Integralização de imóvel a capital social - Pretendida não incidência do tributo municipal, nos termos do art. 156, § 2º, inciso I, da Constituição Federal - Procedência - Impossibilidade de se aferir a atividade preponderante da empresa imetrante, quanto seu objeto social tenha incluído a compra/venda e o aluguel de imóveis próprios - Inteligência do art. 37, § 2º, do Código Tributário Nacional - Sentença reformada - Ordem concedida - Recurso provido". (TJSP; Apelação Cível 1003336-19.2019.8.26.0587; Relator (a): Silvana Malandrino Mollo; Órgão Julgador: 14a Câmara de Direito Público; Foro de

São Sebastião - 1a Vara Cível; Data do Julgamento: 19/05/2020; Data de Registro: 19/05/2020)"

Muito se discute a respeito da amplitude da imunidade conferida pela Constituição Federal nos casos de integralização de bem imóvel no capital social de pessoa jurídica, e o principal ponto de controvérsia reside justamente em sua base de cálculo. Dispõe o art. 38 do Código Tributário Nacional:

"Art. 38. A base de cálculo do imposto é o valor venal dos bens ou direitos transmitidos."

De plano, é preciso diferenciar o valor venal para fins da incidência do IPTU, do valor venal para fins da incidência do ITBI. O art. 33 do Código Tributário Nacional define a base de cálculo do IPTU, como sendo o valor venal:

"Art. 33. A base do cálculo do imposto é o valor venal do imóvel."

A partir de uma análise superficial, é fácil incorrer na equivocada interpretação de que a base de cálculo para ambos os impostos é a mesma. Apesar disso, o Ministro Gurgel de Faria, do Superior Tribunal de Justiça, em seu voto no julgamento do Recurso Especial nº 1.937.821/SP⁴, de forma bastante didática, trouxe a distinção nos termos seguintes:

"a) a base de cálculo do ITBI está vinculada à do IPTU?"

A resposta é negativa.

Não obstante a lei se refira como base de cálculo do IPTU (Imposto Predial e Territorial Urbano) e do ITBI o 'valor venal', a apuração desse elemento quantitativo difere

⁴ STJ. Recurso Especial no 1.937.821-SP. Primeira Seção. Rel. Min. Gurgel de Faria. Julgado em 24 de fevereiro de 2022. https://processo.stj.jus.br/processo/julgamento/electronico/documento/mediado/?documento_tipo=91&documento_sequencial=144784493®istro_numero=202000120791&peticao_numero=&publicacao_data=20220303&formato=PDF. Acesso em: 29/07/2023, às 13h10.

em relação aos dois impostos, notadamente diante da distinção existente entre os fatos geradores e a modalidade de lançamento de cada um deles.

No IPTU, tributa-se a propriedade, lançando-se de ofício o imposto tendo por base de cálculo a Planta Genérica de Valores aprovada pelo Poder Legislativo local, que considera aspectos mais amplos e objetivos como, por exemplo, a localização e a metragem do imóvel.

Já no ITBI, a base de cálculo deve considerar o valor de mercado do imóvel individualmente considerado, que, como visto, resulta de uma gama maior de fatores, motivo pelo qual o lançamento desse imposto se dá, originalmente e via de regra, por declaração do contribuinte, ressalvado o direito da fiscalização tributária de revisar o quantum declarado, por meio de regular instauração de processo administrativo.

Em face disso, tem-se a impossibilidade de vinculação da base de cálculo do ITBI à estipulada para o IPTU, nem mesmo como piso de tributação, pois, repita-se, o valor adotado para fins de IPTU considera, apenas, os critérios fixados na Planta Genérica de Valores, que ‘são padrões de avaliação de imóveis em consonância com a metragem e com outros fatores, tais como localização, acabamento e antiguidade, ou seja, consistem em presunções relativas, no contexto da praticabilidade tributária, que auxiliam na fixação da base de cálculo desse imposto’ (STF, ARE 1245097 RG, relator: MINISTRO PRESIDENTE, Tribunal Pleno, julgado em 09/04/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-102 DIVULG 27-04-2020 PUBLIC 28-04-2020).

Tais padrões são gerais e, por isso, embora facilitem a arrecadação, desconsideram a realidade de cada operação de transmissão da propriedade imobiliária efetivamente realizada, não refletindo, portanto, o real valor de mercado da coisa.”

Em suma, para fins de IPTU, o valor venal é o resultado da estimativa realizada pela Fazenda Municipal, com base em elementos objetivos e concretos existentes em seus cadastros acerca de pesquisas no local, levando em consideração imóveis com as mesmas características do imóvel em discussão, desprezando as características subjetivas do negócio.

Em contrapartida, para fins de ITBI, o valor venal é necessariamente o valor do negócio realizado, onde até os fatores subjetivos podem interferir na fixação do preço, como, por exemplo, a existência de benfeitorias, estado de conservação dos interesses pessoais do vendedor (necessidade da venda para despesas urgentes, mudança de investimentos, etc.) e do comprador (escassez do imóvel na região, proximidade com o trabalho e/ou com familiares, etc).

Na mesma esteira, é frequente observar que os municípios consideram como base de cálculo o valor venal de referência, que consiste em valor previamente fixado pelo fisco municipal como parâmetro para a fixação de base de cálculo do ITBI. Apesar disso, o Ministro Gurgel de Faria, em seu voto, igualmente concluiu pela ilegalidade, trazendo as seguintes ponderações em seu voto:

“b) É legítima a adoção de valor venal de referência previamente estipulado pelo fisco municipal como parâmetro para a fixação da base de cálculo do ITBI?

Essa resposta também é negativa.

De início, cabe refutar a alegação da municipalidade recorrente de que a prévia adoção do valor venal de referência não modifica a modalidade de lançamento do imposto, que, segundo a edilidade, continuaria sendo por homologação.

Como dito antes, o lançamento do ITBI se dá por declaração ou por homologação.

No caso, diversamente do afirmado pelo município recorrente, a sua tributação do

ITBI não se dá por homologação, visto que não há pagamento antecipado do imposto sem prévio exame do fisco, mas, ao contrário disso, a Administração impõe ao contribuinte o valor do crédito a ser recolhido.

Em verdade, ao fixar a base de cálculo com lastro em valor de referência previamente estabelecido, o fisco busca, de fato, realizar o lançamento de ofício do imposto, o qual, todavia, está indevidamente amparado em critérios que foram por ele escolhidos unilateralmente e que apenas revelariam um valor médio de mercado, de cunho meramente estimativo, visto que despreza as peculiaridades do imóvel e da transação que foram quantificadas na declaração prestada pelo contribuinte, que, como cediço, presume-se de boa-fé.

Além disso, a adoção desse valor de referência como primeiro parâmetro para fixação da base de cálculo do ITBI, com a inversão do ônus da prova ao contribuinte para demonstrar o contrário, subverte o procedimento instituído no art. 148 do CTN, pois, a toda evidência, resulta em arbitramento da base de cálculo sem prévio juízo quanto à fidedignidade da declaração do sujeito passivo.

Esse denominado valor venal de referência, ou equivalente, quando muito, poderá justificar a ação fiscal para apurar a veracidade da declaração prestada, mas, em hipótese alguma, pode servir para antecipar tal juízo, porquanto, além de não abranger todas as áleas definidoras do valor de mercado daquele específico imóvel, acaba por subtrair a garantida do contraditório assegurada ao contribuinte, cujo exercício pressupõe a prévia instauração de regular processo administrativo.”

Ao fim do julgamento, o Superior Tribunal de Justiça fixou a seguinte tese, por meio do Tema 1.113:

“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 poder ser afastada pelo fisco mediante a regular instauração do processo administrativo próprio (art. 148 do CTN);

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

Assim, para fins de definição da base de cálculo do ITBI, nos casos de operação de transmissão de bens *inter vivos*, não pode a Fazenda Municipal lançar de ofício o imposto sobre a diferença entre o valor negociado entre as partes, e o valor venal para fins de IPTU, ou valor venal de referência, na medida em que a declaração do valor negociado pelas partes goza de presunção de boa-fé.

A Fazenda Municipal, caso verifique que o preço pago pelo adquirente do imóvel não reflete as condições normais de mercado, ou que existem indícios de simulação do preço no negócio jurídico, pode, motivadamente, instaurar procedimento administrativo fiscal para apurar a real base de cálculo do imposto para então arbitrar o valor do imposto devido, assegurando ao contribuinte o contraditório e a ampla defesa, conforme prescreve o art. 148 do Código Tributário Nacional:

Art. 148. Quando o cálculo do tributo tenha por base, ou tome em consideração, o valor ou o preço de bens, direitos, serviços ou atos jurídicos, a autoridade lançadora, mediante processo regular, arbitrará aquele valor ou preço, sempre que sejam omissos ou não mereçam fé as declarações ou os esclarecimentos prestados, ou os documentos expedidos pelo sujeito

passivo ou pelo terceiro legalmente obrigado, ressalvada, em caso de contestação, avaliação contraditória, administrativa ou judicial.

Feita essa análise a despeito da base de cálculo do ITBI, é preciso tecer algumas considerações. O precedente firmado pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) por meio do Recurso Especial nº 1.937.821/SP, que resultou no Tema 1.113, trouxe como pano de fundo uma operação de compra e venda entre particulares. O que os Autores propõem por meio do presente artigo é a extensão dessa interpretação, por meio da analogia, aos casos de integralização dos bens imóveis ao capital social de sociedades empresárias e *Holdings*, conciliando-o ao entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal (STF) no julgamento do Recurso Extraordinário nº 796.376 (Tema 796).

Portanto, chegamos ao seguinte questionamento: e nos casos de integralização de bem imóvel no capital social de sociedade empresária e *Holdings*? Deve ser considerado o valor contábil (informado na Declaração de Imposto de Renda Pessoa Física – DIRPF, ou Declaração de Imposto de Renda Pessoa Jurídica – DIRPJ), ou o valor venal do imóvel?

E mais: sendo o imóvel integralizado por seu valor contábil no capital social da sociedade empresária, pode a Fazenda Municipal constituir o crédito de ITBI sobre a diferença deste valor e do valor venal, ou ainda do valor venal de referência?

O Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário com Repercussão Geral nº 796.376, por meio do voto vencedor do Ministro Alexandre de Moraes, fixou o Tema 796, no seguinte sentido:

“Tema 796. A imunidade em relação ao ITBI, prevista no inciso do § 2º do art. 156 da Constituição Federal, não alcança o valor dos bens que exceder o limite do capital social a ser integralizado.”

No caso concreto, a empresa contribuinte pretendia integralizar um capital social de R\$ 24.000,00 e, para tanto, utilizou um total de 17 imóveis, no valor de R\$ 802.724,00. Requeria à Prefeitura Municipal a emissão de guia de Imposto de Transmissão de Bens imóveis (ITBI), com imunidade integral na transferência dos bens.

A tese sustentada pelo Contribuinte foi a de que a imunidade alcançaria o valor da subscrição do capital social (R\$ 24.000,00), e também o excedente que formaria a reserva de capital.

O Ministro Marco Aurélio, relator do caso, concluiu que a finalidade da imunidade prevista no art. 156, § 2º, inciso I da Constituição Federal, é facilitar o trânsito jurídico de bens considerado o ganho social decorrente do desenvolvimento nacional, reconhecendo a imunidade integral sobre a integralização, ainda que excedesse o valor do capital social:

“As ressalvas seriam duas: imunidade na incorporação ao capital de sociedades e dedução, do ITBI, do valor devido a título de Imposto sobre a Renda, benefício esse não mantido na Carta de 1988.

A razão de ser da imunidade – e nada surge sem causa, princípio lógico e racional do determinismo – é facilitar o trânsito jurídico de bens, considerado o ganho social decorrente do desenvolvimento nacional, objetivo fundamental da República – artigo 3º, inciso III, da Lei Maior.

Embora, ordinariamente, a contrapartida dos sócios se exprima na figura do capital social, nem sempre isso ocorre, seja em razão da vontade, seja em consequência de fatores econômicos. Nesses casos, o ágio alimentará outra conta do patrimônio líquido, chamada reserva de capital.

(...)

O ágio na subscrição de cotas ou ações representa investimento direto em sociedade empresária, tanto quanto a integra-

lização de capital pura e simples, devendo receber idêntico tratamento. É consagrada a noção: onde houver o mesmo fundamento, aplica-se o mesmo direito.

E nem se diga ter o constituinte, ao lançar a expressão 'em realização de capital', afastando a interpretação teleológica ora proposta. Mediante a previsão, buscou-se manter a incidência do ITBI em outras formas de aquisição da propriedade, como a dação em pagamento e a compra e venda - situações nas quais os bens se incorporaram ao patrimônio da pessoa jurídica, ausente realização de capital."

Ao fim, propôs a seguinte tese: *"Revela-se imune, sob o ângulo tributário, a incorporação de imóvel ao patrimônio de pessoa jurídica, ainda que o valor total exceda o limite do capital social a ser integralizado".*

No entanto, o Ministro Alexandre de Moraes abriu divergência para não conferir interpretação extensiva à imunidade, limitando-a ao valor a ser subscrito no capital social, no que foi acompanhado pela maioria dos Ministros:

"Ainda que o preceito constitucional em apreço tenha por finalidade incentivar a livre iniciativa, estimular o empreendedorismo, promover a capitalização e o desenvolvimento das empresas, não chega ao ponto de imunizar imóvel cuja destinação escapa da finalidade da norma.

No caso concreto, a diferença entre o valor do capital social e os imóveis incorporados é de R\$ 778.724,00. É de indagar-se a razão pela qual uma empresa, cujo capital social é de R\$ 24.000,00, pretende constituir uma reserva de capital em montante tão superior ao seu capital, e, sobretudo, livre do pagamento de imposto.

Assim, não cabe conferir interpretação extensiva à imunidade do ITBI, de modo a alcançar o excesso entre o valor do imóvel incorporado e o limite do capital social a ser integralizado."

Portanto, a tese que prevaleceu, fixada por meio do Tema 796, foi a de que "A imunidade em relação ITBI, prevista no inciso I do § 2º do art. 156 da Constituição Federal, não alcança o valor dos bens que exceder o limite do capital social a ser integralizado."

Observe-se que, no contexto do julgamento do RE nº 796.376, em momento algum discutiu-se a questão da base de cálculo do ITBI: se o valor contábil (admitido pela legislação do Imposto de Renda), ou se o valor venal ou de referência. A discussão restringiu-se a delimitar a abrangência da imunidade do imposto nas hipóteses de integralização do capital em que ocorre a subscrição de ações ou cotas com ágio. Isto é, o valor dos bens imóveis incorporados supera o valor nominal nas cotas a serem subscritas, e, o excedente, é destinado à reserva de capital.

Conforme discorrem Daniel Zugman, Frederico Bastos e Beatriz Ghilardi, em artigo intitulado "O STF, o ITBI e a integralização de imóveis ao capital social", muitos municípios vem sustentando que independentemente da existência de ágio na subscrição, sempre que o valor venal, ou o valor venal de referência for superior ao valor contábil atribuído ao imóvel para fins de integralização, a diferença estará sujeita à incidência do ITBI.

Apesar disso, essa posição não se sustenta. Entendemos que a correta interpretação sobre o alcance da norma de imunidade deve ser interpretada à luz da jurisprudência consolidada pelo Supremo Tribunal Federal, por meio do Tema 796, e pelo Superior Tribunal de Justiça, por meio do Tema 1.113.

O Supremo Tribunal Federal, por meio do Tema 796, limitou-se a declarar que a imunidade do ITBI alcança apenas o valor a ser subscrito no capital social. Portanto, a título de ilustração, se o que se pretende é subscriver um capital social de R\$ 100.000,00, e, para tanto, o contribuinte utiliza um imóvel cujo valor contábil seja de R\$ 100.000,00, haverá imunidade integral sobre

a integralização. Caso o valor venal, ou o valor venal de referência do imóvel para o município seja de R\$ 150.000,00, a Fazenda Municipal não está autorizada a exigir o ITBI sobre essa diferença de R\$ 50.000,00, sob pena de violar o art. 148 do Código Tributário Nacional.

Nessa linha, deve-se conciliar à hipótese concreta o Tema 1.113 do Superior Tribunal de Justiça, que assegura que a declaração do valor do imóvel pelas partes goza de presunção de boa-fé. Sendo assim, caso a Fazenda municipal entenda que o valor declarado para o imóvel não reflete as condições normais de mercado, ou que existem indícios de simulação do preço no negócio jurídico, pode, motivadamente, instaurar procedimento administrativo fiscal tendente a apurar a real base de cálculo do imposto para então arbitrar o valor do imposto devido, assegurando ao contribuinte o contraditório e a ampla defesa, conforme prescreve o art. 148 do Código Tributário Nacional.

Em conclusão, não pode o Fisco municipal se recusar a reconhecer a imunidade sobre a operação de integralização de bem imóvel ao capital social de sociedade empresária ou de *Holdings* sob o fundamento de que o valor declarado não está condizente com o valor venal, valor venal de referência, ou valor de mercado, e exigir o prévio recolhimento do imposto sobre essa diferença. Deverá sim reconhecer a imunidade sobre a operação, e, posteriormente, poderá instaurar procedimento fiscal na forma do art. 148 do Código Tributário Nacional, assegurando o contraditório e ampla defesa, para então arbitrar o imposto que entender devido.

CONJUR. Ana Paula Babbulin: **Planejamento sucessório e holding familiar**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-mar-20/ana-paula-babbulin-planejamento-sucessorio-holding-familiar>. Acesso em: 29 jul.2023.

MIGALHAS. **Holding e ITBI: a consolidação de um novo entendimento**. Migalhas, São Paulo, 1 set. 2021. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/387535/holding-e-itbi-a-consolidacao-de-um-novo-entendimento>. Acesso em: 29 jul. 2023.

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constitucional/constitucional.htm: acesso em 29/09/2023, às 11h48.

STJ. Recurso Especial nº 1.937.821-SP. Primeira Seção. Rel. Min. Gurgel de Faria. Julgado em 24 de fevereiro de 2022. https://processo.stj.jus.br/processo/julgamento/eletronico/documento/mediado/?documento_tipo=91&documento_sequencial=144784493®istro_numero=202000120791&peticao_numero=&publicacao_data=20220303&formato=PDF. Acesso em: 29/07/2023, às 13h10.

<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4529914>. Acesso e, 30/07/2023, às 2H01.

<https://www.conjur.com.br/2021-abr-27/opiniao-stf-itbi-integralizacao-imoveis-capital-social#:~:text=A%20tese%20estabelecida%20pelo%20STF,destinada%20%C3%A0%20reserva%20de%20%C3%A1gio>. Acesso em 30/07/2023, às 13h24.