



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000337516

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação / Remessa Necessária nº 1016451-54.2024.8.26.0451, da Comarca de Piracicaba, em que é recorrente JUÍZO EX OFFICIO e Apelante MUNICÍPIO DE PIRACICABA, é apelado IKIGAI PARTICIPAÇÕES LTDA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 14ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Negaram provimento aos recursos, com observação. V.U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores REZENDE SILVEIRA (Presidente) E WALTER BARONE.

São Paulo, 4 de abril de 2025.

OCTAVIO MACHADO DE BARROS

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

Voto 37.721.

Apelação e Reexame Necessário nº 1016451-54.2024.8.26.0451.

Apelante: Prefeitura Municipal de São Paulo e Juízo *Ex Officio*.

Apelada: Ikigai Participações Ltda.

APELAÇÃO E REEXAME NECESSÁRIO – MANDADO DE SEGURANÇA – ITBI – Integralização de imóvel ao capital social – Imunidade – Sociedade recém-constituída – Incidência do imposto condicionada à prova do efetivo exercício de atividade imobiliária preponderante nos três (3) anos subsequentes à conferência do imóvel para a integralização do capital social – Imunidade que não alcança o valor dos bens que exceder o limite do capital social a ser integralizado – RE 796.376, Tema 796, pelo STF, e artigos 36 e 37, do CTN – Base de cálculo definida no REsp 1.937.821/SP, Tema 1.113 do STJ – Tributo devido com base no valor declarado no negócio jurídico – CTN, art. 148 – Presunção de que o valor declarado pelo contribuinte é condizente com o de mercado que requer instauração de procedimento administrativo próprio para ser afastada – Possibilidade do lançamento desde que constatada a preponderância da atividade imobiliária e/ou a existência de excedente tributável, o que também requer a instauração de procedimento administrativo fiscal garantindo a ampla defesa do contribuinte – Recurso voluntário e reexame necessário desprovidos, com observação.

Apelação e Reexame Necessário em face da sentença que concedeu a segurança¹, para reconhecer *a imunidade tributária sobre a integralização do bem ao capital social da impetrante* e para determinar que a Municipalidade *se abstenha de exigir o ITBI com base no valor venal arbitrado, sem prévia instauração de processo administrativo específico, conforme art. 148, do CTN*. Inconformada, apela a Municipalidade sustentando em preliminar carência da ação diante da necessidade de dilação probatória, com revogação da tutela

¹ Valor da causa em julho/2024: R\$ 5.000,00.

antecipada. No mérito, alega que a imunidade não alcança o valor dos bens que exceder o limite do capital social a ser integralizado e que consta do objeto social da impetrada o desenvolvimento de atividades imobiliárias, de forma a permitir a utilização do valor venal indicado pelo Fisco como parâmetro para o cálculo do montante devido, daí pugnando pela denegação da ordem. Recurso recebido em seus regulares efeitos e processado com resposta.

Relatado.

A questão prejudicial de inadequação da via eleita fica rejeitada porque os documentos constantes dos autos são suficientes para a exata compreensão da controvérsia, dispensando, inclusive, a produção de outras provas (art. 5º, item XXXV, da CF).

Cuida-se de impetração contra o deferimento parcial do pedido de imunidade sobre operação de integralização de bem imóvel até o limite do capital social a ser integralizado (R\$ 53.333,00), sob condição resolutória de que nos três primeiros anos não desenvolva atividade preponderante-decorrente de operação imobiliária, mantida a cobrança sobre o valor do bem que excede o montante apurado de forma unilateral pelo Fisco (R\$ 355.394,03 – fls. 85/86).

Com efeito, dispõe o inciso I, do § 2º, do art. 156, da Constituição Federal que o ITBI *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.*

Conforme regulamentação contida nos artigos 36 e 37, do Código Tributário Nacional, a incidência do imposto depende de prova de que a venda ou locação da propriedade imobiliária ou cessão de direitos relativos à sua aquisição supere cinquenta por cento (50%) da receita operacional da pessoa jurídica:

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

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

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

Parágrafo único. O imposto não incide sobre a transmissão aos mesmos alienantes, dos bens e direitos adquiridos na forma do inciso I deste artigo, em decorrência da sua desincorporação do patrimônio da pessoa jurídica a que foram conferidos.

Artigo 37. O disposto no artigo anterior não se aplica quando a pessoa jurídica adquirente tenha com 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 subsequentes 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 nesta 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.

No caso, a impetrante foi constituída em 07 de

março de 2024, cujo objeto social também contempla o desenvolvimento de atividades de *compra, venda e aluguel de imóveis próprios* (fls. 14) e, a integralização do imóvel ao capital social ocorreu quando da sua constituição, de modo que o percentual de preponderância da receita operacional deve ser aferido nos três primeiros anos subsequentes à referida operação.

A propósito, merece ser transcrito trecho do acórdão proferido pelo *Ministro Humberto Gomes de Barros* no REsp 448527/SP:

Como se percebe, a incidência do tributo depende de uma circunstância positiva: a realização de negócios imobiliários, em valor superior à metade da renda operacional. Isto significa: Para dizer que o tributo incide, o Fisco deve provar que a circunstância geratriz da obrigação tributária realmente aconteceu. Isso ocorre, porque em direito probatório domina o cânone de que o encargo de demonstrar incumbe a quem afirma determinado fato ou circunstância. Imputar ao contribuinte o encargo de provar que não incidiu na exceção do § 1º é condená-lo à prova diabólica. Não demonstrada a ocorrência da hipótese excepcional prevista no art. 37 do CTN o tributo não incidiu e por isso não pode ser cobrado.

No caso de sociedade recém-constituída, prevalece a presunção de imunidade do imposto como regra e a incidência como exceção, competindo à Municipalidade demonstrar que a atividade preponderante da interessada consiste em negócios imobiliários, a afastar o lançamento por presunção para não subverter o sentido da norma constitucional, por falta de indicação sobre o efetivo exercício do comércio e a obtenção de renda na atividade imobiliária, de modo que a

incidência ou não do tributo fica sujeita à condição temporal.

No julgamento do RE nº 796.376, restou definida a tese de que a imunidade em relação ao 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, como se colhe da ementa do julgado:

CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE TRANSMISSÃO DE BENS IMÓVEIS - ITBI. IMUNIDADE PREVISTA NO ART. 156, § 2º, I DA CONSTITUIÇÃO. APLICABILIDADE ATÉ O LIMITE DO CAPITAL SOCIAL A SER INTEGRALIZADO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO IMPROVIDO. 1. A Constituição de 1988 imunizou a integralização do capital por meio de bens imóveis, não incidindo o ITBI sobre o valor do bem dado em pagamento do capital subscrito pelo sócio ou acionista da pessoa jurídica (art. 156, § 2º). 2. A norma não imuniza qualquer incorporação de bens ou direitos ao patrimônio da pessoa jurídica, mas exclusivamente o pagamento, em bens ou direitos, que o sócio faz para integralização do capital social subscrito. Portanto, sobre a diferença do valor dos bens imóveis que superar o capital subscrito a ser integralizado, incidirá a tributação pelo ITBI. 3. Recurso Extraordinário a que se nega provimento. Tema 796, fixada a seguinte tese de repercussão geral: "A imunidade em relação ao 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". (RE 796376, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 05/08/2020, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-210 DIVULG 24-08-2020 PUBLIC 25-08-2020 - grifado).

Sob esse aspecto, oportuna a transcrição de parte do

acórdão proferido pelo Ministro Alexandre de Moraes, no RE nº 796.376:

Disso decorre, logicamente, que, sobre a diferença do valor dos bens imóveis que superar o valor do capital subscrito a ser integralizado, incidirá a tributação pelo ITBI, pois a imunidade está voltada ao valor destinado à integralização do capital social, que é feita quando os sócios quitam as quotas subscritas.

Por outro lado, nada impede que os sócios ou os acionistas contribuam com quantia superior ao montante por eles subscrito, e que o contrato social preveja que essa parcela será classificada como reserva de capital. Essa convenção se insere na autonomia de vontade dos subscritores.

O que não se admite é que, a pretexto de criar-se uma reserva de capital, pretenda-se imunizar o valor dos imóveis excedente às quotas subscritas, ao arrepio da norma constitucional e em prejuízo ao Fisco municipal (grifado).

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.

Ademais, não obstante o valor atribuído na conferência com base no valor histórico declarado no imposto de renda corresponder ao montante do capital social integralizado, não se pode perder de vista que o valor que ultrapasse o efetivo do bem constitui transferência de patrimônio como qualquer outra, sem que integre o mesmo capital social, pois consiste, em verdade, reserva de capital. Neste sentido, a observação feita pelo eminente Desembargador *Henrique Harris*, no julgamento da apelação nº 1001342-71.2020.8.26.0311, *in verbis*:

Ressalte-se, ademais, que a interpretação que os apelados tentam dar ao precedente do STF é incompatível com o sentido expresso da tese jurídica firmada. Na verdade, não existem duas operações distintas, a integralização de capital social e a formação de capital de reserva, mas todo excesso à integralização de capital social é, por definição, formação de capital de reserva, não estando acorbertado, o excesso, pela regra da não incidência. Esta é absoluta em relação à integralização de capital social, mas, evidentemente, até o limite quantitativo desta, dado, por sua vez, pela magnitude do capital social. Tudo o que excede esse limite não é mais conferência de patrimônio em integralização de capital social, mas formação de capital de reserva. Não cabe às partes decidir o que é uma coisa ou outra, mas algo é integralização de capital social ou formação de capital de reserva dependendo de se excede ou não a magnitude do capital social (ou, conforme o caso, de seu acréscimo, sempre quantitativamente limitado) – grifado

Outrossim, no julgamento do REsp nº 1.937.821 (Tema 1.113), o Superior Tribunal de Justiça estabeleceu, com eficácia vinculante, na forma do art. 985, inciso I, do CPC, que a base de cálculo do ITBI é o valor da transação do imóvel, sem vincular à base de cálculo

do IPTU ou ao valor de referência arbitrado previamente, prevalecendo a veracidade do valor declarado pelo contribuinte, que só pode ser afastado pelo Fisco por meio de processo administrativo próprio (art. 148 do CTN):

TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. IMPOSTO SOBRE TRANSMISSÃO DE BENS IMÓVEIS (ITBI). BASE DE CÁLCULO. VINCULAÇÃO COM IMPOSTO PREDIAL E TERRITORIAL URBANO (IPTU). INEXISTÊNCIA. VALOR VENAL DECLARADO PELO CONTRIBUINTE. PRESUNÇÃO DE VERACIDADE. REVISÃO PELO FISCO. INSTAURAÇÃO DE PROCESSO ADMINISTRATIVO. POSSIBILIDADE. PRÉVIO VALOR DE REFERÊNCIA. ADOÇÃO. INVIABILIDADE. 1. A jurisprudência pacífica desta Corte Superior é no sentido de que, embora o Código Tributário Nacional estabeleça como base de cálculo do Imposto Predial e Territorial Urbano (IPTU) e do Imposto sobre Transmissão de Bens Imóveis (ITBI) o "valor venal", a apuração desse elemento quantitativo faz-se de formas diversas, notadamente em razão da distinção existente entre os fatos geradores e a modalidade de lançamento desses impostos. 2. Os arts. 35 e 38 do CTN dispõem, respectivamente, que o fato gerador do ITBI é a transmissão da propriedade ou de direitos reais imobiliários ou a cessão de direitos relativos a tais transmissões e que a base de cálculo do tributo é o "valor venal dos bens ou direitos transmitidos", que corresponde ao valor considerado para as negociações de imóveis em condições normais de mercado. 3. A possibilidade de dimensionar o valor dos imóveis no mercado, segundo critérios, por exemplo, de localização e tamanho (metragem), não impede que a avaliação de mercado específica de cada imóvel transacionado oscile dentro do parâmetro médio, a depender, por exemplo, da existência de outras circunstâncias igualmente relevantes e legítimas para a determinação do real valor da coisa, como a existência de benfeitorias, o estado de conservação e os interesses pessoais do vendedor e do comprador no ajuste do preço. 4. O ITBI comporta apenas duas modalidades de lançamento originário: por declaração, se a norma local exigir prévio exame das informações do contribuinte pela Administração para a constituição do crédito tributário, ou

*por homologação, se a legislação municipal disciplinar que caberá ao contribuinte apurar o valor do imposto e efetuar o seu pagamento antecipado sem prévio exame do ente tributante. 5. Os lançamentos por declaração ou por homologação se justificam pelas várias circunstâncias que podem interferir no específico valor de mercado de cada imóvel transacionado, circunstâncias cujo conhecimento integral somente os negociantes têm ou deveriam ter para melhor avaliar o real valor do bem quando da realização do negócio, sendo essa a principal razão da impossibilidade prática da realização do lançamento originário de ofício, ainda que autorizado pelo legislador local, pois o fisco não tem como possuir, previamente, o conhecimento de todas as variáveis determinantes para a composição do valor do imóvel transmitido. 6. Em face do princípio da boa-fé objetiva, o valor da transação declarado pelo contribuinte presume-se condizente com o valor médio de mercado do bem imóvel transacionado, presunção que somente pode ser afastada pelo fisco se esse valor se mostrar, de pronto, incompatível com a realidade, estando, nessa hipótese, justificada a instauração do procedimento próprio para o arbitramento da base de cálculo, em que deve ser assegurado ao contribuinte o contraditório necessário para apresentação das peculiaridades que amparariam o quantum informado (art. 148 do CTN). 7. A prévia adoção de um valor de referência pela Administração configura indevido lançamento de ofício do ITBI por mera estimativa e subverte o procedimento instituído no art. 148 do CTN, pois representa arbitramento da base de cálculo sem prévio juízo quanto à fidedignidade da declaração do sujeito passivo. 8. **Para o fim preconizado no art. 1.039 do CPC/2015, firmam-se as seguintes teses: a) a base de cálculo do ITBI é o valor do imóvel transmitido em condições normais de mercado, não estando vinculada à base de cálculo do IPTU, que nem sequer pode ser utilizada como piso de tributação; b) o valor da transação declarado pelo contribuinte goza da presunção de que é condizente com o valor de mercado, que somente pode ser afastada pelo fisco mediante a regular instauração de processo administrativo próprio (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.** 9. Recurso especial parcialmente provido (REsp 1937821/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 24/02/2022 - grifado).*

Na hipótese dos autos, ao contrário do que afirma a impetrada, prevalece a presunção de imunidade sob condição resolutória em favor da sociedade recém constituída, competindo ao Fisco após o decurso do triênio e mediante procedimento administrativo prévio (CTN, art. 148), demonstrar que a atividade preponderante da interessada, efetivamente, é a exploração de empreendimentos imobiliários, descabendo admitir o lançamento por mera previsão estatutária, sob pena de subverter o sentido da norma constitucional.

Nesse sentido:

APELAÇÃO – ITBI – Mandado de segurança - Contribuinte ingressou com pedido de imunidade de ITBI por via administrativa - Imunidade não reconhecida – Integralização de imóveis que compõem o capital social – Atividades da empresa que se iniciaram juntamente com a integralização do imóvel – Aplicação do artigo 37, § 2º, CTN – Municipalidade deverá verificar as atividades da empresa após três anos da sua constituição – Presunção em favor do contribuinte – Sentença reformada - Recurso PROVIDO (Apelação Cível 1012122-23.2020.8.26.0068; Relator (a): Mônica Serrano; Órgão Julgador: 14ª Câmara de Direito Público; Foro de Barueri - Vara da Fazenda Pública; Julgamento: 03/08/2021).

APELAÇÃO CÍVEL – Mandado de Segurança - ITBI - Município de Valinhos – Insurgência contra sentença denegatória de segurança - Integralização de bens imóveis ao capital social – Imunidade tributária - Artigo 156, § 2º, I, da Constituição Federal – Não existência de comprovação, por parte do município, do exercício, de forma preponderante, de atividades relacionadas à compra, venda, locação de bens – Imóvel destinado à residência de sócio – Fato estranho aos requisitos para gozo da benesse - Aplicação da regra constitucional – Sentença reformada – Recurso da contribuinte provido (Apelação Cível 1000180-28.2019.8.26.0650; Relator Raul de Felice; 15ª Câmara de Direito Público; Julgamento: 24/09/2020).

TRIBUTÁRIO – APELAÇÃO E REEXAME NECESSÁRIO – MANDADO DE SEGURANÇA – MUNICÍPIO DE SÃO PAULO – ITBI. Sentença que

concedeu a ordem. Apelo do Município. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA – INOCORRÊNCIA – Questão que não demanda dilação probatória. INTEGRALIZAÇÃO DE IMÓVEIS AO CAPITAL SOCIAL - IMUNIDADE NOS TERMOS DO ART. 156, §2º, I DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. Pretensão de reconhecimento da imunidade do ITBI – Aplicabilidade do art. 37, §1º, do Código Tributário Nacional – Incidência do tributo sujeita à aferição, pelo município, da atividade preponderante da sociedade – Precedentes desta C. Câmara - A imunidade é a regra, a qual só pode ser afastada quando a atividade empresarial preponderante for imobiliária – Tratando-se de empresa inativa, O C. Supremo Tribunal Federal já consignou que a inatividade não implica o afastamento da imunidade – O fato de a empresa estar inativa e, portanto, não auferir receitas no período a ser considerado para a aferição da imunidade, logicamente permite concluir que não houve atividade preponderantemente imobiliária, o que atrai a aplicação da norma imunizante – Precedentes deste E. Tribunal. No caso, a impetrante juntou declarações de imposto de renda comprovando que está inativa desde a sua constituição, não exercendo, portanto, atividade imobiliária – Imunidade reconhecida. Sentença mantida – Recurso desprovido – Reexame necessário realizado, mantido o dispositivo (Apelação / Remessa Necessária 1034983-48.2020.8.26.0053; Relator Eurípedes Faim: 15ª Câmara de Direito Público; Julgamento: 08/02/2021).

Desse modo, cabe observar que remanesce o direito líquido e certo da impetrante em não ser tributada nos três anos seguintes à integralização do imóvel ao seu capital social e de afastar o valor de referência previamente arbitrado pelo Fisco, ressalvada a possibilidade de tributação posterior caso seja verificada a preponderância da atividade imobiliária no período de aferição previsto na legislação de regência, o que não exclui a verificação do real valor de mercado do bem e bem assim a tributação sobre eventual excesso tributável, dada a limitação do alcance do benefício constitucional ao valor do capital social a ser integralizado, mediante a instauração de processo



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

administrativo próprio (CTN, art. 148) em que seja assegurada a ampla defesa.

Por tais razões, **nega-se provimento aos recursos**, com observação.

OCTAVIO MACHADO DE BARROS

Relator