



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

**Registro: 2025.0000385657**

**ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1044587-11.2023.8.26.0576, da Comarca de São José do Rio Preto, em que é apelante D&M RIO PRETO PARTICIPAÇÕES LTDA, é apelado MUNICÍPIO DE SÃO JOSÉ DO RIO PRETO.

**ACORDAM**, em sessão permanente e virtual da 15ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Deram provimento ao recurso. V. U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores EURÍPEDES FAIM (Presidente sem voto), EUTÁLIO PORTO E RAUL DE FELICE.

São Paulo, 22 de abril de 2025.

**MARCOS SOARES MACHADO**

**Relator(a)**

Assinatura Eletrônica

**Voto nº 3656 – 15ª Câmara de Direito Público**

**Apelação Cível nº 1044587-11.2023.8.26.0576**

**Apelante:** D&M Rio Preto Participações Ltda.

**Apelado:** Município de São José do Rio Preto

**Origem:** Foro de São José do Rio Preto – 1ª Vara da Fazenda Pública

APELAÇÃO – Ação declaratória de inexistência de relação jurídica cumulada com pedido de tutela provisória – ITBI - Município de São José do Rio Preto - Sentença de improcedência - Irresignação da autora – Cabimento - Pretensão ao reconhecimento de imunidade tributária em relação aos imóveis transmitidos em integralização do capital social da empresa nos termos da CF, art. 156, II, §2º – Preponderância de rendas imobiliárias que deve ser verificada pela Administração nos três anos que sucederem a constituição da empresa. Incorreta aplicação do Tema nº 796, do STF, na medida em que o Município apurou a existência de ágio, ao deixar de observar o valor declarado na conferência de bens, para adotar como base de cálculo valor venal, em desobediência ao Tema nº 1.133, do regime dos recursos repetitivos – Hipótese em que o Município, ao verificar inconsistência no valor adotado entre os contratantes, deve instaurar procedimento administrativo próprio (art. 148, do CTN), vedada adoção do valor venal vinculado à base de cálculo do IPTU, ITR, ou ainda valor de referência estabelecido de modo unilateral – Ação procedente – Sentença reformada - Recurso provido.

Trata-se de recurso de apelação interposto contra r. sentença (fls. 369/374) que julgou improcedente a ação declaratória de inexistência de relação jurídica cumulada com pedido de tutela provisória, ajuizada por **D&M Rio Preto Participações Ltda.** em face **Município de São José do Rio Preto**, com fundamento no artigo 487, inciso I, do Código de Processo Civil, condenada a autora ao pagamento das despesas processuais e dos honorários advocatícios, arbitrados em 10% do valor da causa.

Na petição inicial, a autora afirma, em síntese, ser

pessoa jurídica constituída para participação e controle de outras sociedades, bem como que a 07/04/2022, conforme estipulado no contrato social registrado na JUCESP, os sócios deliberaram pela formação do capital social com integralização em moeda corrente no País e por imóveis de propriedade do sócio Durval Prette, pelo seu valor constante de declaração de imposto de renda, operação imune de impostos em razão do objeto empresarial, na forma do art. 156, §2º, inc. I, da CF/88 e art. 36 e 37 do CTN. Sustenta que para realizar o registro da transmissão junto ao cartório imobiliário, pleiteou o reconhecimento da imunidade tributária do ITBI, deferido pelo município de Planalto/SP, sem ressalva; contudo, em relação ao imóvel objeto da matrícula nº 111.266 do 2º CRI de São José do Rio Preto, o Município réu, deferiu parcialmente, apenas, em razão do valor da integralização ser inferior ao valor venal do imóvel, ocasião em que efetuou o lançamento do ITBI sobre o valor excedente, o que reputa, a autora, conduta ilegal e inconstitucional, eis que extrapola os limites da regra de limitação de competência de matriz constitucional; colaciona a respectiva decisão administrativa, a qual, alega, violou o TEMA 796/STF. Tece considerações acerca de distinção da presente situação jurídica e aquela versada no julgamento do tema 796, do STF, pois a integralização se reportou exatamente ao valor do imóvel, com o pagamento de cotas de idêntico valor, sem reserva de capital; afirma ter o município criado nova base de cálculo para a exação, e colaciona precedentes. Requer, liminarmente, a suspensão da exigibilidade do ITBI e a emissão da certidão de imunidade tributária para fins de registro da integralização junto ao cartório imobiliário e ao final, seja declarada a imunidade do ITBI sobre a aludida transferência do imóvel e a nulidade do débito

tributário.

A liminar requerida pela autora foi indeferida pela decisão de fl. 268, a qual foi atacada por recurso de Agravo de Instrumento, julgado por esta C. Câmara, por acórdão de lavra da Des. Tânia Ahualli, que deu parcial provimento para suspender a exigibilidade do imposto em discussão, determinando ao Município que se abstenha da prática de atos de constrição ou coerção em desfavor da contribuinte, bem como de recusar expedição de Certidão de Regularidade Fiscal em razão dos valores discutidos, até o final da demanda (fls. 362/368).

Devidamente citado, o Município apresentou contestação (fls. 275/292), esclarecendo que o capital social da empresa-autora foi integralizado pelos sócios Marcos Cesar Prette e Durval José Prette em moeda corrente do País, referente às respectivas cotas-partes; o sócio Durval Prette integralizou suas cotas sociais com dois imóveis de sua propriedade, sendo um imóvel localizado no município de Planalto/SP, pelo valor de R\$ 155.000,00 e outro, encravado no município de São José do Rio Preto pelo valor de R\$ 62.000,00 e, posteriormente, retirou-se da sociedade. Aduziu ter deferido parcialmente pedido administrativo de isenção do ITBI por integralização de capital, referente ao imóvel da matrícula nº 111.266 do 2º CRI local, ao verificar que o valor venal do imóvel excede o limite do capital social a ser integralizado e dessa forma, defendeu a incidência do imposto sobre essa diferença; colacionou precedentes favoráveis à sua tese, de casos análogos em que figurou como requerido e afirmou, apesar de alegado na inicial, a aludida declaração de imposto de renda não foi autuada. Discorreu sobre o entendimento manifestado pelo

Pretório Excelso no tema 796, ocasião em que se definiu que a imunidade alcança apenas o valor da subscrição de capital, afirma ser a base de cálculo de ITBI correspondente ao valor venal dos bens transmitidos. Requereu a improcedência da ação.

A autora apresentou réplica às 321/326.

Após a manifestação das partes acerca da especificação de provas, sobreveio a r. sentença de improcedência da ação.

A autora apela buscando a reforma integral da decisão, reiterando os argumentos expostos na inicial.

Contrarrazões apresentadas às fls. 397/403.

### **É o relatório.**

A autora objetiva que a Fazenda Pública Municipal se abstenha da cobrança de quaisquer valores de ITBI pela integralização de imóveis ao capital social da empresa, em razão da imunidade tributária prevista no art. 156, § 2º, I, da Constituição Federal, bem assim observe o valor declarado pelo contribuinte na referida conferência de bens, afastando-se o valor venal arbitrado unilateralmente pelo réu.

A empresa autora foi constituída em 01 de abril de 2022 (fl. 35) e tem como objeto social “*a participação em outras sociedades, seja na condição de cotista ou acionista, e investimento de capitais próprios.*” (fl. 17).

Esclarece que, a fim de promover o registro da integralização junto ao Cartório de Registro de Imóveis da Comarca de São José do Rio Preto/SP, a autora requereu junto ao réu, o reconhecimento de imunidade tributária para operação, no que tange a

incidência do ITBI, nos termos do artigo 156, parágrafo 2º, inciso I, da Constituição Federal, e artigos 36 e 37 do Código Tributário Nacional, sendo o mesmo procedimento foi adotado junto ao Município de Planalto/SP, com referência ao imóvel integralizado, o qual ratificou a imunidade tributária na operação, sem qualquer ressalva. Contudo, o Município réu, deferiu parcialmente, apenas em razão do valor da integralização ser inferior ao valor venal do imóvel, ocasião em que efetuou o lançamento do ITBI sobre o valor excedente.

Pois bem.

A imunidade tributária constitui privilégio de natureza constitucional, excluindo do ente federativo o poder de tributar. Em outras palavras, nas hipóteses imunes de tributação, não se efetiva o fato gerador da obrigação tributária.

Segundo os ensinamentos de Hugo de Brito Machado, *“imunidade é o obstáculo decorrente de regra da Constituição à incidência de regra jurídica de tributação. O que é imune não pode ser tributado. A imunidade impede que a lei defina como hipótese de incidência tributária aquilo que é imune. É limitação de competência”*.

A imunidade somente se verifica nas hipóteses expressamente previstas na Constituição Federal, e no que se refere à imunidade tributária referente ao ITBI, o artigo 156, inciso II, parágrafo 2º:

*“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 direito 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. (...)”.* (g.n.)

Já o Código Tributário Nacional prevê em seu artigo 36:

*“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 quem foram conferidos.”*

E, no tocante ao conceito de “*atividade preponderante*”, assim dispõe o artigo 37 do Código Tributário Nacional:

*“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 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 nessa data.”*

Respeitado esforço interpretativo da norma constitucional, o fato é que ao dizer na parte final do inc. I do § 2º do art. 156, “*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*”, a Constituição Federal refere-se a todas as situações descritas no dispositivo que envolvam a transmissão “*inter*



*vivos', a qualquer título, por ato oneroso, de bens imóveis, por natureza ou acessão física, e de direitos reais sobre imóveis, exceto os de garantia, bem como cessão de direito a sua aquisição”*, quais sejam, de bens ou direitos incorporados ao patrimônio de pessoa jurídica em realização de capital e também a bens ou direitos transmitidos em decorrência de integralização, fusão, incorporação, cisão ou extinção de pessoa jurídica, portanto, deve-se sempre indagar sobre a atividade preponderante da pessoa jurídica que receberá o imóvel em integralização de capital, pois, se se concluir que a atividade exercida é de *“compra e venda desses bens ou direitos, locação de bens imóveis ou arrendamento mercantil”*, a imunidade tributária não se verifica.

Em outros termos, incide o ITBI quando a empresa tiver como atividade preponderante a venda ou a locação de propriedade imobiliária, ou seja, quando mais de 50% da receita operacional, nos dois anos anteriores ou posteriores à aquisição, decorrer dessas transações, fato que, se verificado, tornará devido o imposto.

Não se olvida que no *leading case* do tema nº 796, do STF, o Ministro Relator cogitou da existência de imunidade incondicionada, todavia se tratou de consideração *obiter dicta*, que não conta com efeito vinculante.

Neste sentido é o entendimento desta C. 15ª Câmara de Direito Público:

*“Ação de repetição de indébito - ITBI - Município de Matão - Integralização de quotas sociais através de bens imóveis - Pretensão da impetrante de ver reconhecida a imunidade tributária em relação ao ITBI que lhe foi exigido nessa operação de integralização, com repetição do valor já pago -*

*Imunidade tributária prevista no artigo 156, § 2º, I da Constituição Federal que se aplica apenas às operações de integralização de quotas sociais de pessoas jurídicas que não desenvolvam atividade preponderante de compra e venda de imóveis, de locação de imóveis e de arrendamento mercantil - Interpretação de que a imunidade seria incondicionada que não é vinculante e é dissonante a previsão legal do CTN Sentença de improcedência mantida RECURSO DESPROVIDO.” (TJSP - 15ª Câmara de Direito Público - Apelação Cível nº 1004950 95.2022.8.26.0347 - Relatora Desembargadora Tania Maria Ahualli – j.16.04.2024) (gn).*

*“EMENTA – TRIBUTÁRIO - DECLARATÓRIA - APELAÇÃO - AÇÃO - MUNICÍPIO DE CAMPINAS – ITBI - Sentença que julgou improcedente a ação - Apelo da autora - RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 796.376/SC - Tema 796 - Tese de Repercussão Geral que apenas diz respeito ao entendimento de que a imunidade prevista no inciso I do § 2º do art. 156 da Constituição da República não alcança o valor dos bens que exceder o limite do capital social a ser integralizado - Embora tenha sido mencionado no julgado ser incondicionada a imunidade do ITBI em relação à integralização de imóvel ao capital social, tal questão não está contida na matéria afeta à repercussão geral - Trata-se de fundamentação obter dicta, que não possui efeito vinculante - Precedente desta C. Câmara - No caso dos autos, a apelante pleiteia a aplicação de entendimento mencionado no julgamento do Recurso*

*Extraordinário nº 796.376/SC, para que seja concedida de forma incondicionada a imunidade em relação ao ITBI incidente sobre integralização de imóveis ao seu capital social - Contudo, ausente o efeito vinculante, não se justifica a observância a tal entendimento em detrimento da jurisprudência consolidada por esta C. Câmara. 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 - No caso dos autos, o Município indeferiu o pedido de não incidência do ITBI, determinou que fosse constituído crédito tributário (fls. 44), ante a constatação da preponderância das receitas operacionais decorrentes de venda de imóveis (95,12%), o que não foi negado pela autora - Ausência de impugnação quanto à preponderância das atividades desenvolvidas pela empresa - Afastada, portanto, a imunidade prevista no artigo 156, § 2º, inciso I, da Constituição da República reconhecida - Exigibilidade do ITBI - Honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor atualizado da causa -HONORÁRIOS RECURSAIS - Majoração nos termos do artigo 85, §11 do Código de Processo Civil de 2015 - POSSIBILIDADE*

*Observância ao disposto nos §§ 2º a 6º do artigo 85, bem como aos limites estabelecidos nos §§ 2º e 3º do respectivo artigo - Majoração em 1%, totalizando a verba honorária 11% sobre o valor da atualizado da causa. Sentença mantida Recurso desprovido.” (TJSP - 15ª Câmara de Direito Público - Apelação Cível nº 1004950 95.2022.8.26.0347 - Relator Desembargador Eurípedes Faim – j. 15.02.2024) (gn).*

Reconhecendo-se, portanto, que a imunidade é condicionada, seria necessário aferir a eventual renda preponderante de índole imobiliária, providência que incumbe ao Fisco.

Observa-se que a empresa impetrante foi constituída em abril de 2022, portanto, a apuração da destinação econômica imobiliária deve ser apurada no futuro, considerando os três primeiros anos de faturamento.

No caso dos autos, a atividade social da empresa autora consiste em participação em outras empresas, de modo que não se pode reconhecer desde já a imunidade, facultando-se ao Município averiguar a preponderância de receitas no momento oportuno.

A propósito, sobre o tema, a jurisprudência desta Colenda Câmara de Direito Público:

*“AGRAVO DE INSTRUMENTO – Mandado de Segurança – Município de Itajobi – ITBI – Integralização de quotas sociais por meio de imóveis – Decisão agravada que deferiu a liminar requerida, a fim de suspender a exigibilidade do ITBI, nos termos do art. 156, § 2º, I da CF, porquanto a atividade preponderante da empresa impetrante não teria natureza*

*imobiliária – Insurgência do Município – Não acolhimento -  
Pessoa jurídica agravada recém-constituída (04.01.2023) -  
Interpretação do art. 37, §2º do CTN que impede a cobrança  
imediata do imposto, o qual deve ficar sob condição  
suspensiva por três anos, quando deverá ser analisada a  
atividade preponderante da pessoa jurídica – Liminar que  
deve ser mantida, para impedir a cobrança imediata do  
tributo sobre o valor do capital integralizado, preservado o  
direito de cobrança imediata de eventual diferença entre o  
valor venal dos imóveis e o do capital social, nos termos do  
Tema nº 796 de Repercussão Geral – Decisão agravada  
mantida, embora por fundamento diverso – RECURSO  
DESPROVIDO, COM OBSERVAÇÃO”.* (TJSP; Agravo de  
Instrumento 2321394-53.2023.8.26.0000; Relator (a): Tania  
Ahualli; Órgão Julgador: 15ª Câmara de Direito Público; Foro  
de Itajobi - Vara Única; Data do Julgamento: 29/01/2024;  
Data de Registro: 29/01/2024). (gn).

Comprovado que não prevalecem rendimentos imobiliários, cumpre registrar que eventual cobrança, no alcance estipulado pelo Tema 796/STF, sobre valores que venham a exceder o limite do capital social a ser integralizado, deverá ser calculada sobre a importância declarada pelo contribuinte na operação de integralização (tema nº 1.113, do STJ), afastando-se o valor venal arbitrado prévia e unilateralmente pela Municipalidade:

*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;*(g.n.)

*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);* (g.n.)

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

Portanto, quando se fala em valor venal para fins de ITBI, o valor a ser considerado para base de cálculo, segundo o entendimento do STJ, é o declarado no negócio jurídico.

Na realidade, somente haverá a reserva de capital (tema nº 796, do STF) caso o valor declarado dos imóveis for superior ao valor integralizado, quando a diferença se qualifica como reserva de caixa.

De toda forma, consigne-se que a base de cálculo do ITBI é o valor do imóvel transmitido, declarado pelas partes contratantes, cuja higidez deve ser presumida, não se admitindo que a Administração imponha adoção do valor venal aplicado como base de cálculo do IPTU, ITR, tampouco suposto valor de referência, individualizado de modo genérico, considerando a localização e a descrição do bem.

Em caso de dissenso, como no caso dos autos, poderá o fisco instaurar procedimento administrativo, com fundamento no art. 148, do CTN, para infirmar os valores declarados dos imóveis a

título de integralização, assegurados ao administrado o contraditório e o exercício da defesa.

Assim, é caso de reconhecer a imunidade com espeque na declaração dos sócios, afastado o valor de referência e o valor venal do IPTU ou ITR como base de cálculo do ITBI, ressalvado o direito do Fisco, em apurar eventual inconsistência nos valores integralizados, aplicado o Tema nº 1.113, do STJ, bem como de averiguar a renda preponderante pelo Fisco, nos moldes do art. 37, §§ 2º e 3º do CTN.

Diante do exposto, de rigor a reforma da r. sentença para julgar procedente a ação e declarar a imunidade, por ora, do ITBI sobre a aludida transferência do imóvel e inexigibilidade de valores lançados, ressalvada a hipótese de instauração do procedimento verificatório previsto no art. 148, do CTN, invertendo-se os ônus da sucumbência.

Posto isso, **dá-se** provimento ao recurso nos termos que constaram do Acórdão.

**MARCOS SOARES MACHADO**  
**Relator**