# XXIX CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BALNEÁRIO CAMBORIU - SC

## DIREITO TRIBUTÁRIO E FINANCEIRO II

**JONATHAN BARROS VITA**

**LIANE FRANCISCA HÜNING PAZINATO**

**YURI NATHAN DA COSTA LANNES**

Copyright © 2022 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

**Diretoria – CONPEDI**
**Presidente** - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
**Diretora Executiva** - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - UNIVEM/FMU – São Paulo
**Vice-presidente Norte** - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
**Vice-presidente Centro-Oeste** - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
**Vice-presidente Sul** - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
**Vice-presidente Sudeste** - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio – Rio de Janeiro
**Vice-presidente Nordeste** - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR – Ceará

**Representante Discente:** Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade – UNIMAR/FEPODI – São Paulo

**Conselho Fiscal:**
Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara – ESDHC – Minas Gerais
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho – Ceará
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS – Sergipe
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR – São Paulo
**Secretarias**
**Relações Institucionais:**
Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes – UNB – Distrito Federal
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – São Paulo
Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo
**Comunicação:**
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali – Rio Grande do Sul
Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB – Paraíba
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC – Santa Catarina
**Relações Internacionais para o Continente Americano:**
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM – Rio Grande do Sul
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
**Relações Internacionais para os demais Continentes:**
Prof. Dr. José Barroso Filho – ENAJUM
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
**Eventos:**
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec – Minas Gerais
Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC – Paraná
Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS – Mato Grosso do Sul

**Membro Nato** – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UMICAP – Pernambuco

D597

Direito tributário e financeiro II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Jonathan Barros Vita; Liane Francisca Hüning Pazinato; Yuri Nathan da Costa Lannes. – Florianópolis: CONPEDI, 2022.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-65-5648-636-9
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Constitucionalismo, Desenvolvimento, Sustentabilidade e Smart Cities

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direito tributário. 3. Financeiro. XXIX Congresso Nacional do CONPEDI Balneário Camboriu - SC (3: 2022: Florianópolis, Brasil).

CDU: 34




Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

# XXIX CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BALNEÁRIO CAMBORIU - SC

## DIREITO TRIBUTÁRIO E FINANCEIRO II

---

## Apresentação

O XXIX Encontro Nacional do CONPEDI, realizado em parceria com a UNIVALI, entre os dias 07 e 08 de dezembro de 2022, apresentou como temática central "Constitucionalismo, Desenvolvimento, Sustentabilidade e Smart Cities". Esta questão suscitou intensos debates desde o início e, no decorrer do evento, com a apresentação dos trabalhos previamente selecionados, fóruns e painéis que ocorreram em Balneário Camboriú.

Os trabalhos contidos nesta publicação foram apresentados como artigos no Grupo de Trabalho "DIREITO TRIBUTÁRIO E FINANCEIRO II", realizado no dia 08 de dezembro de 2022, que passaram previamente por no mínimo dupla avaliação cega por pares. Encontram-se os resultados de pesquisas desenvolvidas em diversos Programas de Pós-Graduação em Direito, que retratam parcela relevante dos estudos que têm sido produzidos na temática central do Grupo de Trabalho.

As temáticas abordadas decorrem de intensas e numerosas discussões que acontecem, com temas que reforçam a diversidade cultural brasileira e as preocupações que abrangem problemas relevantes e interessantes, a exemplo do direito tributário, do direito financeiro e das preocupações que surgem na relação entre fisco e contribuinte no tocante a proteção de dados pessoais, bem como políticas públicas e tributação sob o prisma da solidariedade social.

Espera-se, então, que o leitor possa vivenciar parcela destas discussões por meio da leitura dos textos. Agradecemos a todos os pesquisadores, colaboradores e pessoas envolvidas nos debates e organização do evento pela sua inestimável contribuição e desejamos uma proveitosa leitura!

Profa. Dr. Jonathan Barros Vita– UNIMAR

Prof. Dra. Liane Francisca Hüning Pazinato - FURG

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes – Mackenzie/FDF

# USO INDEVIDO DO TEMA 796 PARA COBRANÇA DE ITBI NA INTEGRALIZAÇÃO DE BENS IMÓVEIS NAS "HOLDINGS" FAMILIARES

# MISUSE OF THE THEME 796 FOR COLLECTING PROPERTY TRANSFER TAX ON SHARE CAPITAL INCORPORATION OF IMMOVABLE PROPERTY ON FAMILY COMPANIES

**Alexandre Naoki Nishioka** [1]
**Flavio Gomes Jacinto Junior** [2]
**Kaio Henrique Zanin Vieira** [3]

**Resumo**

No direito brasileiro, as holdings têm ocupado crescente importância no planejamento tributário das famílias. Desta forma, o Supremo Tribunal Federal julgou o Tema 796, o qual trata da cobrança de ITBI na integralização de bens imóveis nas pessoas jurídicas. Consequentemente, desde então a tese fixada no tema referido tem sido indevidamente utilizada pela municipalidade. A faculdade que os contribuintes detêm de integralizar seus bens na pessoa jurídica pelo valor histórico tem sido submetida à interpretação equivocada do Tema 796, implicando tributação. Além disso, a ratio decidendi contida na decisão do recurso extraordinário 796.376/SC definiu que a imunidade do tributo é incondicionada em relação à atividade preponderante. A relevância da matéria verifica-se devido à dificuldade de aplicação uniformizada do Tema 796 e do recurso extraordinário mencionado. A metodologia utilizada foi revisão bibliográfica de literatura especializada, análise de julgados e interpretação de normas constitucionais e infraconstitucionais, tais como leis, decretos e instruções normativas.

**Palavras-chave:** Tributação, Holding familiar, Imunidade incondicionada, Atividade preponderante, Planejamento tributário

**Abstract/Resumen/Résumé**

In the Brazilian law, the companies have occupied crescent importance in tax planning of the families. Therefore, the Supreme Court judged the Theme 796, which focuses on collecting property transfer tax on share capital incorporation of immovable property on legal persons. Consequently, since then the fixed thesis about the referred theme has been misused by municipality. The facultative option that the taxpayers have to incorporate their immovable goods on legal persons by the historical value has been submitted to mistaken interpretation of the Theme 796, implying taxation. Besides, the ratio decidendi contained in the decision

---

[1] Professor Doutor de Direito Tributário da Universidade de São Paulo. Doutor em Direito Tributário pela Universidade de São Paulo. Ex-Conselheiro do CARF. Sócio fundador do Nishioka & Gaban Advogados.

[2] Bacharel em Direito pela Universidade de São Paulo. Advogado.

[3] Bacharel em Direito pela Universidade de São Paulo. Associado do Nishioka & Gaban Advogados.

of the extraordinary recourse 796.376/SC defined that the tax immunity is unconditional relating to preponderant activity. The relevance of this subject is verified because of the difficulty of uniform application of the Theme 796 and the mentioned extraordinary recourse. The methodology used was specialized literature bibliographic revision, judgment analysis and interpretation of constitutional and infra-constitutional rules, such as laws, decrees and normative ruling.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** Taxation, Family company, Unconditional immunity, Preponderant activity, Tax planning

## INTRODUÇÃO

No planejamento tributário, a constituição de *holdings* tem sido recorrente instrumento para conceder solução eficaz às famílias que desejam organizar seu patrimônio mediante a incorporação dos bens ao patrimônio das pessoas jurídicas em realização de capital, com fundamento em dispositivos constitucionais e infraconstitucionais responsáveis por incentivar economicamente a operação.

Entretanto, o surgimento de um *leading case* em São João Batista/SC conduziu a questão ao Supremo Tribunal Federal, em sede do recurso extraordinário 796.376/SC, de repercussão geral, ensejando a fixação da tese do Tema 796. Nesta oportunidade, o Excelso Pretório julgou se o valor dos bens que excedem o limite do capital social integralizado gozaria ou não da imunidade tributária prevista no art. 156, § 2º, inciso I, da Constituição Federal.

Além da tese fixada, houve importante *ratio decidendi* consubstanciada no voto vencedor do Ministro Alexandre de Moraes, no tocante à imunidade descrita na primeira parte do art. 156, § 2º, inciso I, da Constituição Federal, ser incondicionada à atividade preponderante descrita *in fine* do mesmo dispositivo.

Sob o aspecto metodológico, realizaram-se revisão bibliográfica de literatura especializada, análise de acórdãos de tribunais superiores e de tribunais estaduais e interpretação de constituições, emendas, códigos, leis, decretos e instruções normativas pertinentes à matéria.

Demonstra-se, pois, tratar-se de matéria de grande pertinência acadêmica e prática, haja vista a aplicação indevida do Tema 796 e do RE 796.376/SC pelas municipalidades ensejar tributação desfavorável ao contribuinte e gerar insegurança jurídica, uma vez que a questão enfrentada tem sua uniformização obstada por decisões divergentes do poder judiciário.

## 1. O *LEADING CASE* LUSFRAMA: DA PRIMEIRA INSTÂNCIA À REPERCUSSÃO GERAL DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 796.376/SC

Lusframa Participações Societárias Ltda., doravante denominada “Lusframa”, trata-se de uma sociedade empresária limitada constituída no mês de maio do ano de dois mil e dez e que deu ensejo à controvérsia entre os contribuintes e os Fiscos municipais acerca da concessão da imunidade do imposto sobre transmissão de bens imóveis no ato de integralização do patrimônio imobiliário em pessoas jurídicas (SANTA CATARINA, 2010).

A sociedade foi composta por um capital social de R$ 24.000,00 (vinte e quatro mil reais), totalmente integralizado com 17 (dezessete) bens imóveis. No entanto, o patrimônio imobiliário, *in casu*, era avaliado em R$ 802.724,00 (oitocentos e dois mil, setecentos e vinte e quatro reais), havendo a destinação de R$ 778.724,00 (setecentos e setenta e oito mil, setecentos e vinte e quatro reais) a título de reserva de capital, representativa da diferença entre o valor total dos imóveis e o capital social devidamente integralizado (SANTA CATARINA, 2010).

Neste diapasão, ao solicitar a guia de imunidade do ITBI à Secretaria da Fazenda do Município de São João Batista/SC, a Lusframa foi surpreendida pelo deferimento parcial da imunidade do imposto. A municipalidade reputou que aludido beneplácito constitucional deveria compreender tão somente o valor integralizado como capital social, devendo, por esta razão, incidir o ITBI sobre a diferença entre o valor dos imóveis integralizado e o capital social, isto é, a reserva de capital (SANTA CATARINA, 2010).

Irresignada, a Lusframa impetrou mandado de segurança com pedido de liminar em face da autoridade coatora, o Secretário da Fazenda do Município de São João Batista/SC, e obteve tanto a concessão da liminar como sua confirmação pela sentença, em sede dos autos do processo de nº 0003169-14.2010.8.24.0062, para que a autoridade coatora se abstivesse de exigir o ITBI sobre os imóveis objetos da integralização (SANTA CATARINA, 2010).

Segundo decidiu o juízo de piso, com fundamento na exegese do art. 156, § 2º, inciso I, da Constituição Federal, para gozar da imunidade, reputa-se suficiente haver a incorporação dos imóveis em realização do capital social, sendo de pouca relevância na integralização, para avaliar-se a incidência do tributo, os valores dos imóveis e das cotas atribuídos no ato.

Além disso, nos termos de seu contrato social, Lusframa dedicava-se à consecução do objeto social de participações societárias e acionárias em outras empresas e representação comercial por conta própria ou de terceiros.

Consoante a fundamentação da sentença, depreende-se que, apesar da finalidade confusa da empresa, não seria possível asseverar que sua atividade preponderante seria compra e venda de imóveis, locação de bens imóveis ou arrendamento mercantil (SANTA CATARINA, 2010).

Desta forma, conquanto não tenha se manifestado expressamente sobre a (in)condicionalidade da imunidade tributária descrita na primeira parte do art. 156, § 2º, inciso I, da Constituição Federal, o magistrado sugeriu que a imunidade sobre a transmissão de bens

imóveis ao patrimônio de pessoa jurídica em realização de capital seria condicionada à atividade preponderante (SANTA CATARINA, 2010).

Ademais, o juízo de piso também afirmou, contudo, que a atividade imobiliária não pode ser presumida, cabendo ao Fisco realizar sua atividade fiscalizatória e, se for o caso de posterior exercício de referida atividade por parte da sociedade empresária, efetuar o correspondente lançamento de ofício (SANTA CATARINA, 2010).

O município de São João Batista/SC interpôs apelação e obteve o provimento do recurso para reformar a sentença e manter a cobrança inicial do ITBI sobre o excedente destinado a compor a reserva de capital da empresa. Neste sentido, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina decidiu que a imunidade prevista no art. 156, § 2º, inciso I, da Constituição Federal, alcança tão somente o limite do capital e das suas respectivas cotas integralizadas com imóveis, sujeitando-se o excedente à tributação (SANTA CATARINA, 2012).

Perante o acórdão desfavorável, a Lusframa interpôs recurso especial, o qual teve seguimento negado pelo Superior Tribunal de Justiça devido à fundamentação empregada pelo acórdão recorrido ser manifestamente constitucional, não sendo suscetível de análise pela via do recurso pretendido (BRASIL, 2013).

No entanto, a sociedade também interpôs recurso extraordinário (RE 796.376/SC), o qual teve o reconhecimento de repercussão geral da matéria constitucional suscitada, por alegação de violação dos arts. 1º, inciso IV, 5º, incisos II e XXXVI, 37, *caput*, 156, § 2º, inciso I, e 170, da Constituição Federal, tendo figurado como relator o Ministro Marco Aurélio (BRASIL, 2020).

## 2. O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O JULGAMENTO DO TEMA 796

No caso Lusframa, o RE 796.376/SC deu origem ao Tema 796, o qual foi julgado pelo Excelso Pretório para definir o alcance da imunidade tributária do imposto sobre transmissão de bens imóveis, disposta no art. 156, § 2º, inciso I, da *Lex Mater*, sobre imóveis incorporadores ao patrimônio de pessoa jurídica, na hipótese em que o valor total dos bens venha a exceder o limite do capital social integralizado no ato (BRASIL, 2020).

O Ministro Marco Aurélio, relator do caso, figurou como voto vencido, tendo sido acompanhado pelos Ministros Edson Fachin, Ricardo Lewandowski e Cármen Lúcia. Em suma, a tese vencida do relator era, *ipsis litteris*: “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" (BRASIL, 2020).

Isso porque, consoante o voto, as interpretações histórica e teleológica seriam os cânones hermenêuticos tradicionalmente seguidos pelo Supremo Tribunal Federal na análise das imunidades tributárias. Sob a perspectiva histórica, revela-se terem as Constituições de 1934[1], 1937[2] e 1946[3] previsto a incidência do ITBI nos atos de incorporação. Foi a Emenda Constitucional nº 18/1965 o ato normativo que primeiramente instituiu a imunidade do ITBI nos casos de incorporação de bens imóveis ao capital de pessoas jurídicas[4], tendo a Constituição Federal de 1988 seguido esta disposição sobre imunidade tributária (BRASIL, 2020).

Sob o prisma teleológico, para o relator, a finalidade da imunidade é favorecer a transmissão de bens entre os patrimônios interpessoais, havendo ganho social com a promoção do desenvolvimento nacional, objetivo fundamental da República Federativa do Brasil, nos termos do art. 3º, inciso II, da Constituição Federal (BRASIL, 2020).

Ainda, a diferença lançada como ágio na subscrição de cotas ou ações, no patrimônio líquido da empresa, denominada reserva de capital, trata-se de instituto previsto no art. 182, § 1º, alínea 'a', da Lei nº 6.404/1976[5], sendo empregada no quotidiano das sociedades. Representa, pois, o investimento direcionado à sociedade empresária (BRASIL, 2020).

Por sua vez, o voto vencedor, proferido pelo Ministro Alexandre de Moraes, redator do acórdão, foi acompanhado pelos Ministros Dias Toffoli, Celso de Mello, Gilmar Mendes, Luiz Fux, Rosa Weber e Luís Roberto Barroso. Desta forma, a tese fixada no Tema 796 pelo Supremo Tribunal Federal, *ipsis litteris*, recebeu a seguinte redação: **"**A imunidade em relação

[1] Art. 8º - Também compete privativamente aos Estados: I – decretar impostos sobre: [...] c) transmissão de propriedade imobiliária *inter vivos*, inclusive a sua incorporação ao capital da sociedade (BRASIL, 1934).
[2] Art. 23 - É da competência exclusiva dos Estados, salvo a limitação constante no art. 35, letra *d*: I – a decretação de impostos sobre: c) transmissão de propriedade imóvel *inter vivos*, inclusive a sua incorporação ao capital de sociedade (BRASIL, 1937).
[3] Art. 19. Compete aos Estados decretar impostos sobre: III – transmissão de propriedade imobiliária *inter vivos* e sua incorporação ao capital de sociedades (BRASIL, 1946).
[4] Art. 9º. Compete aos Estados o impôsto sôbre a transmissão, a qualquer título, de bens imóveis por natureza ou por acessão física, como definidos em lei, e de direitos reais sôbre imóveis, exceto os direitos reais de garantia. [...] § 2º O impôsto não incide sôbre a transmissão dos bens ou direitos referidos neste artigo, para sua incorporação ao capital de pessoas jurídicas, salvo o daquelas cuja atividade preponderante, como definida em lei complementar, seja a venda ou a locação da propriedade imobiliária ou a cessão de direitos relativos à sua aquisição (BRASIL, 1965)
[5] Atualmente, mesmo que as sociedades limitadas não prevejam expressamente em seu contrato a regência supletiva pelas normas das sociedades anônimas, a adoção de quaisquer institutos peculiares destas sociedades fará presumir referida regência supletiva. Neste sentido: 5.3. Regência supletiva da lei nº 6.404, de 1976. [...] II – presumir-se-á pela adoção de qualquer instituto próprio das sociedades anônimas, desde que compatível com a natureza da sociedade limitada, tais como: [...] (MINISTÉRIO DA ECONOMIA, 2020)**.**

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" (BRASIL, 2020).

De acordo com a inteligência do voto vitorioso, a exegese do art. 156, § 2º, inciso I, da Constituição Federal, seria extensiva se resultasse também na imunidade dos imóveis incorporados destinados a compor o valor excedente mediante a formação de reserva de capital, haja vista não visarem à integralização do capital subscrito, tratando-se de exceção constitucional à capacidade tributária (BRASIL, 2020).

Por conseguinte, é imperioso reconhecer, nos termos do voto vencedor, haver de incidir o imposto sobre transmissão de bens imóveis no tocante ao valor que exceda o capital subscrito a ser integralizado, uma vez que a imunidade busca abranger o valor integralizado como capital. Neste diapasão, elucida a matéria, pois, o Ministro Alexandre de Moraes, *in verbis* (BRASIL, 2020):

> 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 excedentes às quotas subscritas, ao arrepio da norma constitucional e em prejuízo ao Fisco municipal.
>
> [...]
>
> 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.

Desta forma, compreende-se que o Tema 796, fundamentado no voto vencedor do Ministro Alexandre de Moraes, permite a concessão de imunidade do ITBI tão somente sobre o valor dos bens imóveis devidamente integralizado, não alcançando o valor dos bens que exceda o limite do capital social.

Por derradeiro, com o julgamento do RE nº 796.376/SC, a Lusframa não obteve a concessão da imunidade integral no ato de integralização dos 17 (dezessete) bens imóveis na sociedade, sendo reputado lícito à municipalidade cobrar o tributo sobre o valor destinado à formação de sua reserva de capital.

## 3. A *HOLDING* FAMILIAR E A COBRANÇA ABUSIVA DE ITBI COM FUNDAMENTO NO TEMA 796

Com frequência, os indivíduos mantêm seu patrimônio ao longo da vida sob a própria titularidade na condição de pessoas físicas. No entanto, sendo a morte um evento sujeito a termo incerto, a necessidade de realização do inventário lançará os herdeiros do autor da sucessão a "teias burocráticas" (MAMEDE; MAMEDE, 2021, p. 84), não raramente implicando elevado dispêndio tributário e ínterim demasiadamente longo para o desfecho do processo.

Em sentido adverso, as pessoas jurídicas não sujeitam-se ao evento da morte, peculiar às pessoas naturais. Exceto se forem constituídas com prazo determinado, o que é a excepcionalidade dos casos, as pessoas jurídicas também não se extinguem com o decurso do tempo.

Neste diapasão, há o advento da *holding* familiar no Brasil, a qual visa ao alcance de benefícios de planejamento societário, sucessório e tributário, segregando as atividades produtivas e a proteção do patrimônio pessoal mediante participações societárias (MAMEDE; MAMEDE, 2021, p. 24).

Em língua inglesa, o verbo *to hold* significa segurar, manter ou deter, mas a *holding* não se resume a apenas isso. Na realidade, a *holding* representa pessoas jurídicas, geralmente sociedades personificadas, que detêm a titularidade de bens e direitos, tais quais bens móveis, bens imóveis, marcas, patentes, participações societárias e investimentos, mediante a constituição de uma sociedade ou de uma "estrutura societária", com duas ou mais sociedades (MAMEDE; MAMEDE, 2021, p. 24).

O permissivo legal para a constituição das *holdings* familiares com o objeto social de participações societárias surgiu com o advento do art. 2º, § 3º, da Lei nº 6.404/1976, consoante o qual "a companhia pode ter por objeto participar de outras sociedades; ainda que não prevista no estatuto, a participação é facultada como meio de realizar o objeto social, ou para beneficiar-se de incentivos fiscais" (BRASIL, 1976), tendo sido este, inclusive, o objeto da Lusframa no caso que ensejou o julgamento do Tema 796 pelo Supremo Tribunal Federal.

Deve-se ressaltar que, com a possibilidade de previsão no contrato social de regência supletiva da sociedade limitada pelas normas da sociedade anônima, nos termos do art. 1.053, parágrafo único, do Código Civil (BRASIL, 2002), as sociedades limitadas têm sido amplamente utilizadas como modelo societário para as *holdings* familiares com o objeto de

participações societárias, tanto em razão de sua facilidade de constituição como devido à proteção jurídica concedida aos sócios.

No tocante ao patrimônio imobiliário a ser integralizado na *holding*, a imunidade tributária disposta na primeira parte do art. 156, § 2º, inciso I, da Constituição Federal (BRASIL, 1988), sempre garantiu ao contribuinte segurança jurídica para a incorporação de bens imóveis ao patrimônio de pessoa jurídica em realização de capital, representando um incentivo à livre iniciativa e à transferência de bens imóveis do patrimônio de pessoas físicas para pessoas jurídicas (LAURINDO, 2021, p. 152-153). *In verbis*:

> 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[6] 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.

Além disso, o art. 23, *caput*, da Lei nº 9.249/1995, concede verdadeira faculdade ao contribuinte, no sentido de que "as pessoas físicas poderão transferir a pessoas jurídicas, a título de integralização de capital, bens e direitos pelo valor constante da respectiva declaração de bens ou pelo valor de mercado" (BRASIL, 1995). Corresponde-lhe o disposto no art. 142, *caput*, do Regulamento do Imposto de Renda de 2018 (BRASIL, 2018).

Com nítidos reflexos na tributação do imposto de renda sobre o ganho de capital, frequentemente os contribuintes afastavam-se de eleger o valor de mercado e optavam, em seu planejamento tributário na *holding* familiar, pela integralização de seus bens imóveis pelo valor declarado.

Todavia, após o ano de dois mil e vinte, com base no julgamento do Tema 796, os Fiscos municipais passaram a indeferir a concessão de imunidade integral nos imóveis integralizados pelo valor histórico.

Isso porque as municipalidades desenvolveram o entendimento de que a diferença entre o valor de mercado e o valor declarado dos bens imóveis no ato da integralização não

[6] Embora o legislador constituinte tenha utilizado a expressão "não incide" no art. 156, § 2º, inciso I, a norma não se trata de hipótese de não incidência, mas de imunidade tributária (MACHADO SEGUNDO, 2018, p. 306).

deve gozar da imunidade do ITBI, em razão de a referida diferença consistir, na visão do Fisco, em excedente ao limite do capital social integralizado, *ex vi* do Tema 796.

É patente a abusividade do emprego do Tema 796 pelos Fiscos municipais, haja vista o *leading case* ter versado sobre a diferença entre o valor total dos bens imóveis e o capital social integralizado, na hipótese de ágio com formação de reserva de capital. Isto é, o contribuinte que apenas integraliza seu bem imóvel pelo valor declarado na pessoa jurídica não está destinando a diferença em relação ao valor de mercado para qualquer formação de reserva de capital.

Contudo, as municipalidades têm se amparado na literalidade da tese do Tema 796 enunciada pelo Supremo Tribunal Federal e considerado como valor excedente ao capital integralizado a diferença entre o valor de mercado e o valor declarado no ato de integralização. Em verdade, o judiciário tem prolatado decisões de várias naturezas, ora favoráveis ao contribuinte, ora favoráveis aos Fiscos municipais, relativamente ao real alcance do aludido Tema 796.

Esclarecida a primeira abusividade cometida pelos Fiscos municipais, em relação à interpretação equivocada da expressão "valor dos bens que exceder o limite do capital social a ser integralizado" consubstanciada no Tema 796 (BRASIL, 2020), a fim de cobrar o ITBI sobre a diferença entre o valor de mercado e o valor declarado dos bens imóveis integralizados nas *holdings*, avança-se à análise da declaração de imunidade incondicionada realizada pelo Ministro Alexandre de Moraes.

## 4. A IMUNIDADE INCONDICIONADA COMO *RATIO DECIDENDI* DO TEMA 796

Faz-se mister notar que a imunidade tributária representa a vedação constitucional para instituição e cobrança de tributos relativos a fatos ou sujeitos, afastando-os da influência das regras de competência tributária, constituindo impedimento de hierarquia constitucional à competência tributária dos entes (MACHADO SEGUNDO, 2018, p. 87), a qual representa, por definição, "a atribuição constitucional do poder de tributar às entidades políticas componentes da Federação", abrangendo "o poder de instituir, modificar e extinguir tributos" (HARADA, 2018, p. 434-435).

Neste sentido, a doutrina especializada já compreendia que a imunidade do ITBI prevista no art. 156, § 2º, inciso I, da Constituição Federal, cuida-se de uma decisão do legislador constituinte, decorrente da dialeticidade junto aos interesses políticos da sociedade (SCHOUERI, 2012, p. 516).

Por sua vez, o voto vencedor do Ministro Alexandre de Moraes, em sede do julgamento do RE 796.376/SC, expandiu a compreensão da imunidade mencionada e definiu que a primeira parte do art. 156, § 2º, inciso I, da Constituição Federal, é incondicionada ao exercício da atividade imobiliária descrita na sua parte final, a qual condiciona tão somente a incorporação de bens ou direitos decorrente de fusão, incorporação, cisão ou extinção de pessoa jurídica (BRASIL, 2020). *Ipsis litteris*, transcreve-se o trecho do voto vitorioso:

> Art. 156. Compete aos Municípios instituir impostos sobre:
>
> § 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.
>
> Essa distinção é importante, porque tem levado certa parte da doutrina e da jurisprudência a defender a não incidência do ITBI sobre o valor dos bens incorporados que for excedente ao do capital subscrito. Argumentam os defensores desta posição que qualquer incorporação de bens à pessoa jurídica é imune, pois as únicas exceções são aquelas expressamente definidas no final do inciso I, do § 2º, do art. 156 da CF/88. Com essa alegação, propugnam que o intérprete não pode inovar criando outras hipóteses excepcionais.
>
> A esse respeito, o já mencionado professor HARADA esclarece que as ressalvas previstas na segunda parte do inciso I, do § 2º, do art. 156 da CF/88 aplicam-se unicamente à hipótese de incorporação de bens *decorrente de fusão, incorporação, cisão ou extinção de pessoa jurídica*.
>
> 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 e extinção de pessoas jurídicas referidas na segunda parte do referido inciso I.
>
> [...]
>
> 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.
>
> [...]
>
> Ou seja, a exceção prevista na parte final do inciso I, do § 2º, do art. 156 da CF/88 nada tem a ver com a imunidade referida na primeira parte desse inciso.

> Assim, o argumento no sentido de que incide a imunidade em relação ao ITBI, sobre o valor dos bens incorporados ao patrimônio de pessoa jurídica, em realização de capital, excedente ao valor do capital subscrito, não encontra amparo no inciso I, do § 2º, do art. 156 da CF/88, pois a ressalva sequer tem relação com a hipótese de integralização de capital.
>
> Reitere-se, as hipóteses excepcionais ali inscritas não aludem à imunidade prevista na primeira parte do dispositivo. Esta é incondicionada, desde que, por óbvio, refira-se à conferência de bens para integralizar capital subscrito.

Deve-se observar ser referida decisão de suma importância, pois as municipalidades também efetuam a cobrança integral de ITBI em decorrência do ato de integralização de bens imóveis em realização de capital, negando a concessão de imunidade tributária, em desfavor de pessoas jurídicas que exercem as atividades imobiliárias descritas no art. 156, § 2º, inciso I, *in fine*, da Constituição Federal – as denominadas *holdings* imobiliárias (MAMEDE; MAMEDE, 2021, p. 26).

Todavia, ocorre que a *ratio decidendi* consubstanciada no voto vencedor do Ministro Alexandre de Moraes, no julgamento do RE 796.376/SC, não reflete a literalidade da tese fixada no aludido Tema 796 e, portanto, não tem sido seguida pelos Fiscos municipais quando o contribuinte se demonstra irresignado perante a cobrança do tributo.

No entanto, o art. 927, do Código de Processo Civil (BRASIL, 2015), traz à luz o dever de observância de "*stare decisis* vertical no sistema jurídico brasileiro" (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2021, p. 791-792). Desta forma, a *ratio decidendi* emanada pelos tribunais superiores na fundamentação de seus acórdãos é o que necessita ser extraído e acatado pelos juízes e tribunais (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2021, p. 792).

Depreende-se que a incorporação de bens imóveis ao patrimônio de pessoa jurídica em realização de capital é incondicionada, não devendo sujeitar-se à análise pela municipalidade ou pelo judiciário se a pessoa jurídica adquirente detém eventual atividade preponderante de compra e venda de imóveis, locação de imóveis ou arrendamento mercantil, isto é, se sua atividade preponderante é de natureza imobiliária.

Portanto, infere-se que a *ratio decidendi* contida no julgamento do voto vencedor do RE 796.376/SC, emanado pelo Ministro Alexandre de Moraes, necessita ser adotada e difundida nos tribunais pátrios, a fim de promover o cumprimento rigoroso da Constituição Federal e garantir segurança jurídica ao contribuinte.

## 5. A ANÁLISE DA ATIVIDADE PREPONDERANTE DA *HOLDING* IMOBILIÁRIA

Com decisões divergentes acerca da possibilidade de aplicação da imunidade incondicionada da primeira parte do art. 156, § 2º, inciso I, da Constituição Federal, contida na *ratio decidendi* do RE 796.376/SC, o judiciário segue levando em consideração o conceito de atividade preponderante para decidir se as *holdings* familiares gozam ou não de imunidade do ITBI.

Previsto no art. 156, § 2º, inciso I, *in fine*, da Constituição Federal, o conceito de atividade preponderante é definido pelo art. 37, do Código Tributário Nacional (BRASIL, 1966), o qual foi recepcionado pela ordem constitucional vigente.

Isto é, para aferir-se se a pessoa jurídica tem atividade preponderantemente imobiliária, é necessário conjugar (i) o início de suas atividades, (ii) o momento da aquisição dos bens imóveis e (iii) a receita operacional.

Assim, nos termos do art. 37, § 2º, do Código Tributário Nacional (BRASIL, 1966), caso a pessoa jurídica tenha iniciado suas atividades após a integralização do patrimônio imobiliário, ou em menos de 2 (dois) anos a contar desta data, situações que geralmente refletem o cenário das *holdings* familiares, haverá atividade preponderante de natureza imobiliária se, nos 3 (três) primeiros anos seguintes à incorporação dos bens imóveis em realização de capital, a receita operacional da pessoa jurídica originar-se de compra e venda de imóveis ou direitos, locação de bens imóveis ou arrendamento mercantil e for superior a 50% (cinquenta por cento).

Por outro lado, *ex vi* do art. 37, § 1º, do Código Tributário Nacional (BRASIL, 1966), sendo distinta a data de início da atividade da pessoa jurídica, aferir-se-á sua atividade preponderante considerando-se os 2 (dois) anos anteriores e os 2 (anos) subsequentes à aquisição. De modo equânime, haverá atividade preponderante se a receita operacional da pessoa jurídica for maior que 50% (cinquenta por cento) e advier das atividades imobiliárias já discutidas. *In verbis*, a dicção dos dispositivos em comento:

> 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% (cinqüenta 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.

Desta forma, os Fiscos municipais não raramente efetuam a cobrança do imposto sobre transmissão de bens imóveis, em prejuízo das *holdings* familiares, quando estas meramente definem, em seu contrato social, o objeto social de gestão e administração do patrimônio imobiliário, gestão e administração de bens próprios e descrições semelhantes, sem se dedicarem à análise relativa à atividade preponderante de tais pessoas jurídicas.

Isso significa dizer, brevemente, que as *holdings* familiares são sujeitadas à tributação do ITBI com base apenas no objeto social descrito no contrato social, mesmo sem exercerem a atividade preponderante prevista no art. 156, § 2º, inciso I, *in fine*, da Constituição Federal, mesmo porque a análise da receita operacional, por vezes, sequer é realizada pela municipalidade, a qual contenta-se com a evidência da descrição do objeto social no ato constitutivo da pessoa jurídica adquirente.

Neste diapasão, enquanto o Tema 796 e a *ratio decidendi* do RE 796.376/SC se deparam com dificuldades de aplicação e controvérsias de ordem prática na administração pública e nos tribunais, demonstra-se fundamental atentar-se à necessária análise da atividade preponderante das *holdings* familiares, sobretudo das *holdings* imobiliárias que buscam comprovar não deter atividade preponderante ensejadora da tributação do ITBI.

## CONCLUSÃO

Ante o exposto, conclui-se que o julgamento do RE 796.376/SC, em repercussão geral, e a fixação da tese do Tema 796, pelo Supremo Tribunal Federal, versaram sobre *leading case* que discutia o indeferimento da imunidade integral do ITBI, por parte do Fisco municipal, em desfavor de sociedade empresária, a qual integralizou no seu capital social apenas pequena parte do valor dos bens imóveis, destinando a sua maior parte – representada pela diferença entre o valor total dos imóveis e o capital social integralizado – para formação de reserva de capital.

Com o voto vencedor do Ministro Alexandre de Moraes, fixou-se a tese de que a imunidade do ITBI, descrita no art. 156, § 2º, inciso I, da Constituição Federal, não alberga o valor dos bens que excederem o limite do capital social a ser integralizado, isto é, o valor destinado à formação de reserva de capital não deve gozar de imunidade tributária, mas tão somente o valor devidamente integralizado.

No entanto, a literalidade da tese do Tema 796 emanada pelo Excelso Pretório, especialmente devido à expressão “o valor dos bens que exceder o limite do capital social” passou a ser empregada pelas municipalidades para cobrança do ITBI em face das *holdings* familiares que incorporam bens imóveis ao seu patrimônio em realização de capital pelo valor declarado.

Isto é, a diferença entra o valor de mercado e o valor declarado é reputada, pelo Fisco municipal, como valor dos bens imóveis que excede o limite do capital social e, portanto, sujeita-se à tributação do ITBI, sendo imune apenas o valor declarado que constituíra o capital social integralizado.

Evidencia-se o abuso na cobrança à medida que os fatos e o direito aplicado distinguem-se. Primeiramente, a diferença entre o valor de mercado e o valor declarado dos bens imóveis não é destinada à formação de reserva de capital, o que por si só seria suficiente para afastar a tese do Tema 796. Além disso, o contribuinte que integraliza seu patrimônio imobiliário na *holding* familiar pelo valor declarado somente exerce, nos termos do art. 23, *caput*, da Lei nº 9.249/1995, e do art. 142, *caput*, do Decreto nº 9.580/2018, uma faculdade legal, visando ao planejamento tributário elisivo.

Deve-se ressaltar, também, ter a *ratio decidendi* do voto vencedor do RE 796.376/SC estabelecido que a primeira parte do art. 156, § 2º, inciso I, da Constituição Federal, é incondicionada às atividades preponderantes de compra e venda de bens imóveis ou direitos, locação de bens imóveis ou arrendamento mercantil, previstas no art. 156, § 2º, inciso I, *in fine*, da Constituição Federal.

Todavia, enquanto a mencionada *ratio decidendi* encontra óbices para sua aplicação uniformizada pelos tribunais, haja vista não ter sido inserida na dicção da tese do Tema 796, havendo decisões judiciais favoráveis e contrárias à imunidade incondicionada do ITBI, é imperioso, no caso das *holdings* imobiliárias, atentar-se à atividade preponderante destas sociedades, de modo que não sejam tributadas unicamente por conterem a descrição de atividade imobiliária no objeto social de seu ato constitutivo.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. **Código Civil**. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm>. Acesso em: 16 out. 2022.

BRASIL. **Código de Processo Civil**. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 16 out. 2022.

BRASIL. **Código Tributário Nacional**. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172compilado.htm>. Acesso em: 15 out. 2022.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**, de 16 de julho de 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em: 15 out. 2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 15 out. 2022.

BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**, de 10 de novembro de 1937. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm>. Acesso em: 15 out. 2022.

BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**, de 18 de setembro de 1946. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>. Acesso em: 15 out. 2022.

BRASIL. **Decreto nº 9.580**, de 22 de novembro de 2018. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/decreto/D9580.htm>. Acesso em: 16 out. 2022.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 65**, de 06 de dezembro de 1965. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/emecon/1960-1969/emendaconstitucional-18-1-dezembro-1965-363966-publicacaooriginal-1-pl.html>. Acesso em: 15 out. 2022.

BRASIL. **Lei nº 6.404**, de 15 de dezembro de 1976. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6404consol.htm>. Acesso em: 15 out. 2022.

BRASIL. **Lei nº 9.249**, de 26 de dezembro de 1995. Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9249.htm>. Acesso em: 15 out. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial nº 1.407.916/SC**. Ministro Relator Benedito Gonçalves. Brasília, DF, 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso extraordinário nº 796.376**. Ministro Relator Marco Aurélio. Ministro Redator Alexandre de Moraes. Brasília, DF, 2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/detalharProcesso.asp?numeroTema=796>. Acesso em: 15 out. 2022.

HARADA, K. **Direito financeiro e tributário**. 27ª ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2018.

LAURINDO, D. S. Imunidade tributária do ITBI e os reflexos do Tema 796 de repercussão geral. **Revista Direito Tributário Atual**, [S. l.], n. 47, p. 147–166, 2021. Disponível em: <https://revista.ibdt.org.br/index.php/RDTA/article/view/1167>. Acesso em: 16 out. 2022.

MACHADO SEGUNDO, H. B. **Manual de direitro tributário**. 10ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018.

MAMEDE, G.; MAMEDE, E. C. ***Holding* familiar e suas vantagens:** planejamento jurídico e econômico do patrimônio e da sucessão familiar. 13ª ed. São Paulo: Atlas, 2021.

MARINONI, L. G.; ARENHART, S. C.; MITIDIERO, D. **Código de processo civil comentado**. 7ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

MINISTÉRIO DA ECONOMIA. **Instrução Normativa nº 81**, de 10 de junho de 2020. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/instrucao-normativa-n-81-de-10-de-junho-de-2020-261499054>. Acesso em: 15 out. 2022.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. **Apelação Cível em Mandado de Segurança nº 2011.073712-5**. Desembargador Relator Jaime Ramos. Florianópolis, SC, 2012.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. **Mandado de segurança nº 0003169-14.2010.8.24.0062**. Juiz Samuel Andreis. São João Batista, SC, 2010.

SCHOUERI, L. E. **Direito tributário**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.