

**FACULDADE DE DIREITO DE VITÓRIA  
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**CLARISSA PITANGA MALTA**

**A IMUNIDADE TRIBUTÁRIA DO ITBI QUANDO DA  
INTEGRALIZAÇÃO DE BEM IMÓVEL A PESSOA JURÍDICA  
COMO CAPITAL SUBSCRITO**

VITÓRIA  
2022

CLARISSA PITANGA MALTA

**A IMUNIDADE TRIBUTÁRIA DO ITBI QUANDO DA  
INTEGRALIZAÇÃO DE BEM IMÓVEL A PESSOA JURÍDICA  
COMO CAPITAL SUBSCRITO**

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito da Faculdade de Direito de Vitória, como requisito parcial para a obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientadora: Professora Pós-Doutora Karoline Marchiori de Assis.

VITÓRIA

2022

CLARISSA PITANGA MALTA

**A IMUNIDADE TRIBUTÁRIA DO ITBI QUANDO DA  
INTEGRALIZAÇÃO DE BEM IMÓVEL A PESSOA JURÍDICA  
COMO CAPITAL SUBSCRITO**

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito da Faculdade de Direito de Vitória, como requisito parcial para a obtenção do grau de bacharel em Direito.

Aprovada em \_\_\_\_ de junho de 2022.

COMISSÃO EXAMINADORA

---

Professora Pós-Doutora Karoline  
Marchiori de Assis  
Faculdade de Direito de Vitória  
Orientadora

---

---

## RESUMO

O presente trabalho busca analisar o alcance da imunidade tributária do Imposto sobre Transmissão sobre bens imóveis, no caso específico do art. 156, §2º, inciso I, da Constituição Federal, através do qual estabelece a imunidade tributária na integralização de bem imóvel na realização de capital. O estudo utiliza-se, ainda, o julgamento no Recurso Extraordinário nº 796.376 pelo Supremo Tribunal Federal e demonstra a importância das interpretações jurídicas a partir dos ditames constitucionais. O método utilizado para a obtenção dos resultados foi uma pesquisa doutrinária e jurisprudencial. Concluindo, dessa forma, que as questões apresentadas evidenciam que os Fiscos Municipais a partir de interpretações distorcidas do Tema 796, de repercussão geral, estão cobrando sobre os imóveis integralizados ao capital social subscrito da pessoa jurídica o Imposto sobre Transmissão de Bens Imóveis no tocante a diferença do valor registrado do imóvel e o seu valor venal.

**Palavras-chave:** Imunidades Tributária. Interpretação. ITBI. Capital Social. Integralização. Decisão. STF.

# SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	05
<b>1 IMUNIDADES TRIBUTÁRIAS</b> .....	07
1.1 CONCEITO .....	07
1.2 INTERPRETAÇÃO DAS NORMAS IMUNIZANTES .....	10
<b>2 IMPOSTO SOBRE A TRANSMISSÃO DE BENS IMÓVEIS</b> .....	14
2.1 O ITBI .....	14
2.2 O ALCANCE DA IMUNIDADE TRIBUTÁRIA PREVISTA NO INCISO I, §2º DO ART. 156 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL .....	18
2.2.1 A realização do capital social com a transferência de bem imóvel ...	18
2.2.2 A imunidade tributária quando da integralização do capital subscrito com bens imóveis .....	21
<b>3 A INTERPRETAÇÃO DA DECISÃO PROFERIDA NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 796.376/SC PELO STF</b> .....	26
3.1 CONTEXTUALIZAÇÃO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 796.376/SC .....	26
3.2 INTERPRETAÇÕES A PARTIR DO <i>LEADING CASE</i> .....	30
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS</b> .....	35
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	37

## INTRODUÇÃO

Quando ocorre a transmissão de bens ou direitos incorporados ao patrimônio de pessoa jurídica, por pessoa física, em realização ou integralização de capital, a Constituição Federal estabelece que há imunidade tributária do Imposto sobre a Transmissão Inter Vivos”, por ato oneroso, de Bens Imóveis (ITBI). Sendo assim, para casos em que o capital social for subscrito, em parte ou completamente, por bens imóveis, o contribuinte tem a prerrogativa da imunidade tributária do ITBI.

Sucedo que, a partir do julgamento do Recurso Extraordinário n. 796.376/SC, através do qual tinha como escopo esclarecer se a imunidade tributária ITBI, na incorporação de imóveis ao patrimônio de pessoas jurídicas, alcança ou não o valor dos bens que exceder o capital social a ser integralizado, levantou interpretações distorcidas acerca do alcance desta imunidade, uma vez que, desde a afetação do recurso ao regime de repercussão geral, muitos dos entes fiscais municipais têm se valido do caso para deixar de reconhecer a imunidade e, assim, cobrar parte do imposto.

Desse modo, o objetivo do presente trabalho é analisar a imunidade tributária em relação ao ITBI quando da incorporação de bens imóveis ao patrimônio das pessoas jurídicas, em realização de capital.

Para isso, primeiramente, se faz necessário compreender o que são as imunidades tributárias, onde estão prescritas no nosso ordenamento jurídico e como devem ser interpretadas.

Após entender suas peculiaridades e seu funcionamento, observar-se-á o Imposto sobre Transmissão de Bens Imóveis, seus requisitos de incidência, sua aplicação, e quais imunidades tributárias se relacionam com tal tributo, como também o que é e como ocorre a realização do capital social com a integralização de bem imóvel.

Uma vez estudadas essas duas temáticas de forma separadas, será objeto de análise a decisão proferida no recurso extraordinário nº 796.376/SC pelo Supremo

Tribunal Federal, e se as análises que estão sendo feitas de tal decisão coadunam com o seu teor e as normas jurídicas que entrelaçam com este caso.

Isso posto, evidencia-se, que este trabalho se propõe a verificar o alcance da imunidade tributária constitucional do Imposto de Transmissão de Bens Imóveis, no caso específico de quando uma pessoa física integraliza bens imóveis para realização do capital social subscrito de uma empresa.

## CAPÍTULO 1: IMUNIDADES TRIBUTÁRIAS

### 1.1 CONCEITO

A primeira ideia que se tem com relação às imunidades é a de que o Constituinte houve por bem proteger, ou até, tornar imunes, certas pessoas ou circunstâncias, tornando-se até intuitivo, portanto, que a imunidade se identifica com um valor tão caro ao constituinte, que houve por bem impedir que o Estado viesse a tolher o exercício de certa liberdade (SCHOUERI, 2022, p. 463).

Com efeito, insta destacar que, etimologicamente, o vocábulo "imunidade" procede do latim *immunitas*, *immunitate*, indicativo a negação de *munus*, isto é, o vocábulo remete à noção de desobrigação de se suportar uma condição onerosa (FAZZIO JÚNIOR, 2014, p. 3).

Nessa baila, o ilustre professor SCHOUERI (2022, p. 463) comenta que:

[...] a imunidade exclui algumas situações ou algumas pessoas, o que implica de certo modo, um privilégio, já que os gastos públicos aproveitam a toda a coletividade, mas alguns membros desta deixam de suportá-los.

Por outro lado, Regina Helena Costa (2021, p. 50) ao ensinar sobre as imunidades tributárias apresenta dúplici sua natureza: de um lado, exsurge como norma constitucional demarcatória da competência tributária, por continente de hipótese de intributabilidade, e, de outro, constitui direito público subjetivo das pessoas direta ou indiretamente por ela favorecida, devendo, portanto, ser visualizada sob os aspectos formal e substancial.

Daury Fabríz (2014, p. 05), por sua vez, elenca que são imunidades tributárias aquelas instituídas por privilégio contido em lei ou considerações de interesse geral que excluem do poder público, na esfera federativa que lhe compete, o poder de tributar.



Outrossim, Sacha Calmon Navarro Coêlho (2019) aponta, ainda, que, em suma, as imunidades dizem o que não pode ser tributado, proibindo ao legislador o exercício da sua competência tributária sobre certos fatos, pessoas ou situações, por expressa determinação da Constituição.

Nesse sentido, a competência tributária é a habilidade privativa, outorgada pela Constituição Federal, conferida a cada um dos entes políticos - União, Estados, Municípios e Distrito Federal - o poder de instituir tributos, que serão exigíveis, à vista da ocorrência concreta de determinadas situações, das pessoas que se vincularem a essas mesmas situações (AMARO, 2021, p. 70).

Frisa-se, ainda, que a imunidade tributária pode ser observada como uma garantia fundamental concedida aos contribuintes, uma vez que trata-se também de uma forma de proteger alguns contribuintes. Isso se propõe, uma vez que nesta sociedade complexa, os direitos fundamentais do cidadão demandam proteção e vigilância (RODRIGUES e LEAL, 2018, p. 15).

Sob essa ótica, COSTA (2006, p. 76) ressalta que, no que tange às imunidades tributárias, a rigidez constitucional atinge seu grau máximo, uma vez que as normas imunizantes são cláusulas pétreas, autênticas limitações materiais ao exercício do Poder Constituinte Derivado.

Nesse panorama, SCHOUERI (2022, p. 468) sustenta que:

[...] como fundamentação para as imunidades, a busca, por parte do constituinte, de algum valor que lhe seja tão caro, a ponto de justificar um tratamento desigual. Normalmente, tais valores estarão relacionados a liberdades e garantias fundamentais, assegurados constitucionalmente como base do ordenamento. Tais liberdades e garantias, por serem o alicerce do ordenamento jurídico brasileiro, não podem ser modificados sequer por emenda constitucional, como se extrai do artigo 60, § 4º, IV, da Constituição Federal. [...]

Assim, a imunidade tributária é um direito fundamental, e, por força do do art. 60, §4º, inciso IV, veda-se a emenda constitucional de abolir estas imunidades inseridas na Constituição assegurando sua estabilidade. Restando cristalino, portanto, que o

constituente, “não quis” que determinadas situações materiais sejam oneradas por determinados tributos exclui certas pessoas, ou bens, ou serviços, ou situações, deixando-os fora do alcance do poder de tributar.

Denota-se, portanto, que ao mesmo tempo em que a Constituição Federal delimita a competência de cada ente, ao estabelecer o poder de tributar do Estado, trouxe limitações a esse poder, como por exemplo as imunidades tributárias, inserindo-se nas limitações do poder de tributar, como também contribui para garantir alguns direitos fundamentais.

Nesse sentido, Caliendo (2019, p. 215) assinala que, as imunidades são normas constitucionais que limitam o poder de tributar ao determinar a exclusão de competência tributária sobre determinadas situações, bens ou pessoas, com a finalidade de realizar a proteção e promoção de valores constitucionais.

Nos ensinamentos de SCHOUERI (2022, p. 254), tem-se que:

Note-se que a imunidade surge como uma limitação da própria competência tributária. Ou seja: ao mesmo tempo que a Constituição Federal permite que uma pessoa jurídica de Direito Público venha a instituir um tributo sobre fenômeno econômico por ela apontado, a própria Constituição cria uma barreira ao exercício da competência. Pode-se dizer, em síntese, que, em virtude da imunidade, sequer surge, para o ente tributante, a possibilidade de tributar determinada situação.

Ademais, ALTOÉ (2020, p. 207) apregoa que:

Ao buscar uma conceituação para tal categoria, Baleeiro (1998, p. 225-226) afirma ser a figura da imunidade (1) “uma regra jurídica com sede constitucional”; (2) “delimitativa (no sentido negativo) da competência dos entes políticos da Federação, ou regra de incompetência”; e que (3) “obsta o exercício da atividade legislativa do ente estatal, pois nega competência para criar imposição em relação a certos fatos especiais e determinados”. Com efeito, embora princípios e imunidades encontrem-se englobados na matéria “limites constitucionais ao poder de tributar”, ambas as categorias não se confundem e preservam suas naturezas jurídicas próprias.

A imunidade tributária, portanto, nada mais é que a exoneração, fixada constitucionalmente, traduzida em norma expressa impeditiva da atribuição de

competência tributária, que confere direito público subjetivo a certas pessoas, nos termos por ela delimitados, de não se sujeitam à tributação (COSTA, 2006, p. 58).

Posto isso, fica evidente que a imunidade tributária se caracteriza como a declaração expressa do legislador sobre fatos ou aspectos de fatos ou estados de fato, não pode ser atingida pelo tributo, em razão de norma constitucional.

Neste contexto, conclui-se, conforme destaca Amaro (2021, p. 122), que instituído o tributo sobre um universo de situações que compreenda a hipótese de imunidade, esta permanece no campo da não incidência, infensa à tributação. Portanto, caso a lei, de modo explícito, declare a incidência sobre a situação imune, o preceito será nulo, por vício de inconstitucionalidade.

## **1.2 INTERPRETAÇÃO DE NORMAS IMUNIZANTES**

O direito positivo é um corpo de linguagem, de cunho prescritivo, organizado para disciplinar o comportamento dos seres humanos no convívio social (CARVALHO, 2019, p. 148).

Nesse viés, o ordenamento jurídico traz diversos enunciados prescritivos que trazem normas de conduta e de estrutura, os quais, em conjunto, formam o complexo direito positivo brasileiro.

Ocorre que, conforme destaca José Eduardo Soares Melo (2011, p. 163), os preceitos jurídicos nem sempre são claros e precisos revelando ambiguidades e imperfeições, primando por redação defeituosa, omissões e contradições entre diplomas normativos vigentes, especialmente porque fruto da atividade humana, de modo que qualquer aplicador do Direito deve, sempre, descobrir o real sentido da norma jurídica.

Por isso, a interpretação jurídica, consoante bem destaca Roque Antonio Carraza (2011, p. 52), é uma atividade cognoscitiva que visa a precisar o significado e o

alcance das normas jurídicas possibilitando-lhes uma correta aplicação, voltada, precipuamente, à descoberta da *mens legis*, isto é, a vontade do Estado contida na norma jurídica, e exige a constante invocação dos grandes princípios, mormente em face das disposições incertas e das palavras equívocas ou polissêmicas que costumam recamar nos textos legislativos brasileiros.

Isso porque, conforme salienta Sacha Calmon Coelho (2003, p. 142), as leis escritas têm um ponto de partida e outro de chegada, uma vez que, muitas vezes, durante o processo de aplicação das leis aos casos concretos, essas adquirem sentidos não exatamente pensados pelo legislador. Essas mutações ocorrem mediante a intelecção que o intérprete faz da lei em razão dos casos concretos, das mudanças sociais e de interesses e valores posteriores à feitura da lei.

Entretanto, importante destacar que, as próprias normas, sempre que possuem pluralidade de sentidos, devem ser interpretadas e aplicadas de modo consentâneo com os princípios da Carta Fundamental, que, justamente, por sua superior dignidade, lhe servem de balizas (CARRAZA, 2011, p. 53).

Nesse ponto, é possível detectar a supremacia da Constituição, que segundo Regina Helena Costa (20, p. 114), é, certamente, o aspecto mais relevante do procedimento de interpretação de suas normas, posto que essa qualidade se traduz na impossibilidade de que qualquer outro ato normativo venha contrastá-la.

Para além disso, a ilustre doutrinadora (COSTA, 2006 p. 115), ainda, dispõe que a interpretação da norma jurídica deve considerar, antes de qualquer outro aspecto, sua finalidade e seus objetivos, de modo que o intérprete, como também o aplicador da lei deve buscar a sensibilidade necessária para captar a real finalidade da norma, visando à execução da vontade do estado nela contida.

Sendo assim, segundo Regina Helena Costa (2006) a interpretação deve ser efetuada de molde a efetivar o princípio ou liberdade por ela densificado, portanto, dar a eficácia ao direito por ela protegida, devendo ser efetuada na exata medida para fazer exsurgir dela o valor albergado.

Evidente, portanto, que a melhor interpretação é aquela que, de forma mais razoável e adequada, realiza os ditames constitucionais (BALEEIRO, 2018, p 143).

Na esfera do direito tributário, no entanto, TORRES (2013, p. 143) aponta que a interpretação foi considerada durante muitos séculos como excepcional, a coincidir com as próprias normas fiscais, que se afastariam do direito comum, ora com a prevalência do princípio *in dubio contra fisco*, ora o do *in dubio pro fisco*. Entretanto, Ricardo Lobo Torres complementa:

Essas posições hoje estão inteiramente superadas, da mesma forma que o direito fiscal não pode ser considerado excepcional. [...] a interpretação do Direito Tributário, junto com a interpretação jurídica em geral, se insere no conjunto da atividade hermenêutica, ao lado da interpretação histórica, filológica, artística etc. (TORRES, 2013, p. 143)

Sob esta ótica, Roque Antonio Carrazza (2011, p. 55) elucida que, no direito tributário, a funcionalidade e a validade dos princípios têm sido sempre mais postas em evidência, a ponto de falar-se que eles moldam, interferem e, de um certo modo, até antecipam o conteúdo das leis tributárias, de modo que as normas infraconstitucionais, maiormente as tributárias, para terem validade, devem passar pelo crivo dos princípios constitucionais. Assim, o contribuinte somente estará sujeito à lei tributária quando esta for coerente com o conteúdo material dos grandes princípios que encontram morada na Constituição.

Diante dessa análise, ao explorar a interpretação das normas constitucionais imunizantes, oportuno evidenciar que, constituindo as imunidades tributárias como limitações ao poder de tributar, a interpretação em seu sentido e alcance deve considerar a bipolaridade entre as relações jurídicas de direito público, de modo que em um polo da relação jurídica o valor a ser protegido é o direito do particular e noutro, a autoridade do poder público (COSTA, 2006, p.116).

Pestana (2001, p. 63), por sua vez, frisa que a característica da bipolaridade das normas imunizantes concerne a doutra face da não-imunidade, ou seja, a

possibilidade de serem tributadas as situações que não se encontrem sob seu abrigo.

Dessa forma, a interpretação das imunidades tributárias deve ser efetuada na medida exata, na qual faça exsurgir o princípio ou valor nela albergado, a fim de alcançar uma interpretação estrita e literal como garantia constitucional (COSTA, 2006, p.117-118).

Nesse sentido, Marco Aurélio Greco (20, p. 711) observa que:

Em função dessa duplicidade de funções, a interpretação das limitações, ao mesmo tempo (e este é o grande desafio), não pode resultar nem numa conclusão que implique em ela se tornar maior que o próprio poder que está sendo limitado (pois limitação não é negação do poder, mas restrição a sua amplitude e no seu exercício), nem pode dar à norma constitucional que a prevê um sentido tão restrito que iniba a proteção ao valor subjacente (GRECO, 20, p. 711)

Portanto, através das normas imunizantes busca-se resguardar certos princípios constitucionais como preceitos básicos do regime político, a fim de preservar os valores que se encontram juridicamente prestigiados na Carta Magna.

## CAPÍTULO 2: IMPOSTO SOBRE A TRANSMISSÃO DE BENS IMÓVEIS

### 2.1 O ITBI

O denominado imposto de transmissão de bens imóveis ou ITBI está previsto no art. 156, II, da Constituição Federal de 1988, com a seguinte denominação completa: imposto sobre 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 direitos a sua aquisição.

Diante disso, neste capítulo serão abordadas as principais características do imposto sob análise, especialmente no que diz respeito a sua classificação, os princípios que o regem, e como surgiu.

Nesse panorama, conforme destaca Caliendo (2019, p. 872), a primeira inclusão deste tributo no texto constitucional ocorreu na Constituição de 1891, no qual dispunha que competia aos Estados a tributação sobre a sobre transmissão de propriedade.

Frisa-se que nesse período, tanto o imposto sobre a transmissão *causa mortis* (ITCMD), quanto o imposto sobre a transmissão *inter vivos* (ITBI), estavam unificados em um único tipo tributário, e somente a Constituição de 1934 desmembrou os impostos em duas novas espécies, ambos, ainda, de competência dos Estados (CALIENDO, 2019, p. 872).

Após, com a Emenda Constitucional nº 5, de 1961, a competência para instituir o ITBI passou a ser municipal. Contudo, pouco tempo depois, por meio da Emenda Constitucional nº 18, de 1965 retornou a união entre os impostos de transmissão *causa mortis* e *inter vivos*, mantendo a competência impositiva dos Estados-membros, o que foi confirmado pela Lei Maior de 1967 (CALIENDO, 2019, p. 872).

Entretanto, segundo Kiyoshi Harada (2021, p. 49), a vigência da Constituição Federal de 1988 resultou na cisão do imposto sobre transmissão, cabendo, ao Estado-membro tanto a transmissão causa mortis, como também a transmissão *inter vivos* a título gracioso, incidindo sobre quaisquer bens ou direitos, consoante o inciso I, do art. 155 da Magna Carta.

Ao Município, por sua vez, restou apenas a competência para instituir a transmissão *inter vivos* a título oneroso, conforme se depreende do art. 156, II, da Constituição (HARADA, 2021, p. 49). Confira-se:

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. (BRASIL, 1988)

Denota-se, portanto, que o denominado ITBI trata-se de um imposto municipal, real, direto e de função predominantemente fiscal, como bem aponta Paulo Caliendo (2019, p. 872):

É um imposto real, incidindo sobre a transmissão da propriedade imóvel e sobre os direitos em garantia correspondentes, não importando a capacidade contributiva do contribuinte. É um imposto direto, dado que não ocorre a translação do encargo econômico para um contribuinte de fato. A repercussão econômica ocorre para o contribuinte de direito, não sendo previsto o repasse desse ônus. É um imposto predominantemente fiscal, porque incide sobre as operações de transferência de bens imóveis e sobre os direitos correlatos.

Nesse sentido, Caliendo (2019, p. 873) ainda destaca que o ITBI possui como hipótese de incidência a transmissão *inter vivos* da propriedade de bens imóveis, que se caracteriza conforme o art. 1.245 do Código Civil<sup>1</sup>, mediante o registro do título translativo no Registro de Imóveis.

Desse modo, conforme apregoa Regina Helena Costa (2021, p. 427), o aspecto material do imposto em foco consiste em transmitir, *inter vivos*, a qualquer título, por

---

<sup>1</sup> **Art. 1.245 – Código Civil:** Transfere-se entre vivos a propriedade mediante o registro do título translativo no Registro de Imóveis.



ato oneroso, bens imóveis, direitos reais sobre eles relativos, exceto os de garantia, ou ainda, a cessão de direitos a sua aquisição.

Outrossim, o aspecto espacial é o território do Município onde se situa o imóvel ou do Distrito Federal, porquanto o aspecto temporal se dá no momento da transmissão do bem imóvel ou direito a ele relativo, consumada no respectivo registro em cartório, a teor do art. 1.227 do Código Civil<sup>2</sup> (COSTA, 2021, p. 427).

O aspecto pessoal, por sua vez, conforme Costa (2021, p. 427), contempla como sujeitos ativos o Município e o Distrito Federal, e como sujeito passivo qualquer das partes na operação tributada, como dispuser a lei, a teor do art. 42 do Código Tributário Nacional<sup>3</sup>.

O aspecto quantitativo, compreende a base de cálculo e a alíquota. No caso do tributo em destaque, a base de cálculo caracteriza-se pelo valor venal dos bens ou direitos transmitidos como a base de cálculo do imposto, a luz do art. 38 do Código Tributário Nacional, e o valor de sua alíquota será definida pela lei municipal e distrital, não excedendo os limites fixados em resolução do Senado Federal, conforme o art. 39, do mesmo diploma legal.

Urge ressaltar que a partir de todos esses aspectos é possível construir a regra-matriz de incidência tributária do ITBI, a qual sempre será fixada pela lei municipal, ou distrital, que o instituir, conforme o teor do art. 156 da Lei Maior.

Frisa-se, ainda, que o lançamento deste imposto é, em regra, feito por declaração, de tal maneira que o contribuinte leva ao conhecimento da autoridade os elementos de fato indispensáveis à feitura do lançamento, e esta então calcula o imposto devido, notificando o contribuinte para pagá-lo ou impugná-lo, nos termos dos arts. 145 e 148 do Código Tributário Nacional (MACHADO SEGUNDO, 2022, p. 317).

---

<sup>2</sup> **Art. 1.227 - Código Civil:** Os direitos reais sobre imóveis constituídos, ou transmitidos por atos entre vivos, só se adquirem com o registro no Cartório de Registro de Imóveis dos referidos títulos (arts. 1.245 a 1.247), salvo os casos expressos neste Código.

<sup>3</sup> **Art. 42 - Código Tributário Nacional:** Contribuinte do imposto é qualquer das partes na operação tributada, como dispuser a lei.

Contudo, Hugo de Brito Machado Segundo (2022, p. 317) ressalta que, como todo tributo, o ITBI também pode ser objeto de lançamento de ofício, caso se faça necessário corrigir alguma insuficiência ou irregularidade em recolhimentos anteriores.

Nesse ínterim, resta-nos evidenciar que, sobre o imposto sobre transmissão de bens imóveis por ato *inter vivos*, incide três imunidades tributárias específicas.

Regina Helena Costa (2020, p.426) assinala a primeira norma imunizante, abrigada no art. 156, II, da Magna Carta, alcança apenas os direitos reais de garantia sobre os imóveis dispensam a tributação do ITBI quando nos casos de hipoteca e anticrese, a fim de não onerar ainda mais o sujeito passivo desse imposto.

Noutro lado, o art. 156, §2º, I, da Constituição, registra mais duas normas imunizantes, de natureza objetiva e política, ao preconizar que *“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”*.

Desse modo, ambas hipóteses têm como fito facilitar a formação, transformação, fusão, cisão ou extinção de sociedades civis e comerciais, contudo, essas não se configuram no caso de atividade preponderante do adquirente ser a compra e venda desses bens ou direitos, locação de bens imóveis ou arrendamento mercantil (COSTA, 2021, p. 427).

## **2.2 O ALCANCE DA IMUNIDADE TRIBUTÁRIA PREVISTA NO INCISO I, §2º DO ART. 156 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL**

### **2.2.1 A realização do capital social com a transferência de bem imóvel**

Diante do exposto, evidente, que o presente estudo tem por cerne analisar a imunidade em relação ao ITBI quando da incorporação de bens imóveis ao patrimônio das pessoas jurídicas, em realização de capital. Assim sendo, é válido se debruçar sobre os conceitos inerentes a tal operação.

Inicialmente, cumpre destacar que o capital social constitui um dos elementos essenciais à formação da sociedade, uma vez que, no processo de abertura de uma empresa, os sócios responsáveis se dispõem no contrato social a transferir parte do seu patrimônio para a pessoa jurídica.

O capital social pode ser integrado por valores em dinheiro ou bens móveis ou imóveis, corpóreos ou incorpóreos, que serão incorporados somente depois de sua avaliação e de deliberação da assembleia geral (NEGRÃO, 2021, p. 48).

No que tocante a este ponto, Fábio Ulhoa Coelho (2012, p. 16) aduz que:

Ao ingressar numa sociedade empresária, qualquer que seja ela, o sócio deve contribuir para o capital social. Se a sociedade está em constituição ou se houve aumento do capital social com novas participações, o ingressante subscreve uma parte. Ou seja, ele se compromete a pagar uma quantia determinada para a sociedade, contribuindo, assim, com o capital social e legitimando a sua pretensão à percepção de parcela dos lucros gerados pelos negócios sociais. Poderá fazê-lo à vista ou a prazo. Na medida em que for pagando o que ele se comprometeu a pagar, na subscrição, à sociedade, disse que ele está integralizando a sua participação societária. Quando todos os sócios já cumpriram com as respectivas obrigações de contribuir para a formação da sociedade, o capital social estará totalmente integralizado.

Dessa forma, pode-se dizer que o capital da sociedade é constituído por recursos pelos quais se obriga o sócio quando de seu ingresso no quadro social, através do qual diz-se subscrito o capital prometido, mas ainda não integrado ao patrimônio da sociedade, e integralizado o que efetivamente foi realizado pelos sócios a favor da sociedade (NEGRÃO, 2021, p. 16).

Nesse contexto há que se destacar a distinção do instituto da subscrição quanto a integralização abordada por Osni Ribeiro. Em síntese, o autor aponta que:

A subscrição do capital em uma sociedade compreende o momento em que os sócios reunidos assumem o compromisso de investir, na entidade, o valor da parte do capital que cabe a cada um deles, em dinheiro ou em diversos elementos. Normalmente, a subscrição ocorre com a assinatura do contrato (sociedades em geral) ou do estatuto (sociedades por ações). [...] Realização ou integralização do capital corresponde ao momento em que o titular ou os sócios entregam para a empresa os valores em dinheiro, ou em outros elementos, pelos quais se comprometeram no momento da subscrição do capital (RIBEIRO, 2017, p. 74-76).

Corroborando, Ricardo Negrão (2021, p. 41) dispõe que, diz-se subscrito o capital prometido, mas ainda não integrado ao patrimônio da sociedade e integralizado o que efetivamente foi realizado pelos sócios a favor da sociedade.

Assim, afere-se que o capital social é o primeiro patrimônio daquela pessoa jurídica útil ao início de suas atividades. Quanto a isso, muito bem observa Fazzio Júnior (2014, p. 12):

Inicialmente, será identificado com o patrimônio porque é o patrimônio inicial. Depois, dele se afastará, porque variável. Tem, principalmente, a função de servir como parâmetro para a detecção dos resultados da atividade negocial, seja durante o exercício financeiro, seja na liquidação, tendo em vista a partilha dos lucros líquidos verificados ou os prejuízos sofridos.

Em linguagem contábil, o capital social trata-se de parte Patrimônio Líquido de uma sociedade empresária, divergindo das noções de patrimônio social e patrimônio líquido. Sob essa ótica, BORBA (2009, p. 68) explica que:

Verifica-se, por conseguinte, que o capital é um valor formal e estático, enquanto o patrimônio é real e dinâmico. O capital não se modifica no dia a dia da empresa – a realidade não o afeta, pois se trata de uma cifra contábil. O patrimônio encontra-se sujeito ao sucesso ou insucesso da sociedade, crescendo na medida em que esta realize operação lucrativas, e reduzindo-se com os prejuízos que se forem acumulando. O patrimônio inicial da sociedade corresponde a mais ou menos o capital. Iniciadas as atividades sociais, o patrimônio líquido tende a exceder o capital, se a sociedade acumular lucros, e a inferiorizar-se, na hipótese de prejuízos.

Denota-se, portanto, que o capital social é sempre expresso numericamente, em moeda corrente, mas a contribuição do sócio para sua formação pode ser realizada em dinheiro ou em qualquer outro bem suscetível de apreciação pecuniária, de

modo que a contribuição dada pelo sócio é essencial para formação do acervo de bens necessários à atividade desenvolvida pela sociedade.

Ocorre que, no caso do ingresso de bens para a formação do capital social, a avaliação dos referidos bens será feita por peritos ou por empresa especializada, nomeados em Assembleia Geral dos subscritores (FAZZIO JÚNIOR., 2020, p. 167). Sobre o tema Gladson Memede (2021, p. 124) ensina que:

O capital social poderá ser formado com contribuições em dinheiro ou em qualquer espécie de bens suscetíveis de avaliação em dinheiro. Tendo havido subscrição de ações para integralização em bens, caberá à assembleia geral de subscritores promover a avaliação dos bens oferecidos, aferindo se o seu valor de mercado corresponde ao valor pelo qual o subscritor o ofereceu à sociedade para a realização de suas ações. Essa avaliação será feita por três peritos ou por empresa especializada, nomeados em assembleia geral dos subscritores, convocada pela imprensa e presidida por um dos fundadores, instalando-se em primeira convocação com a presença de subscritores que representem metade, pelo menos, do capital social e em segunda convocação com qualquer número. [...] Em se tratando de bem em condomínio, oferecido por seus proprietários para a integralização das ações que subscreveram, será solidária a responsabilidade desses para com a companhia, os acionistas e terceiros.

Denota-se, consoante todo o exposto, que contribuir para a formação do capital social é obrigação basilar dos sócios, que ao constituírem a pessoa jurídica devem declinar a forma pela qual trarão os aportes para constituir o capital social (VENOSA, 2020, p. 130).

A falta de realização do capital subscrito, sua redução em razão de incorporação de valores irreais ou a fraude decorrente de superavaliação pode inviabilizar a empresa, gerando responsabilidades perante terceiros, daí por que é do interesse exclusivo dos sócios a deliberação sobre a incorporação de bens ao capital social (NEGRÃO, 2021, p. 48).

Sendo assim, conclui-se que a integralização do capital é o passo importante para a formação da sociedade, tendo em vista que a partir desse momento a empresa passa a ter autonomia para investir na própria evolução e dar início às atividades da sociedade empresária.

### **2.2.2 A imunidade tributária quando da integralização do capital subscrito com bens imóveis**

Conforme exposto no capítulo anterior, quanto ao imposto sobre transmissão de bens e direitos (ITBI), definido no art. 156, II, da Constituição Federal, há a imunidade referida no seu §2º, inciso I, vedando a incidência desse tributo sobre a transmissão de bens ou direitos incorporados ao patrimônio de pessoa jurídica em realização de capital, ou na transmissão de bens ou direitos decorrentes 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 (CARVALHO, 2019, p. 271).

Nessa senda, Pestana (2001, p. 99) afirma que os municípios são competentes para instituir o imposto sobre a transmissão *inter vivos*, a qualquer título, por ato oneroso, de bens imóveis, por natureza, ou acessão física, e de direitos reais sobre imóveis, com exceção aos de garantia e cessão de direitos a sua aquisição, bem como os eminentes a transmissão de bens ou direitos incorporados ao patrimônio da pessoa jurídica, conforme prevê expressamente o art. 156, §2, I, da Lei Maior.

Entretanto, não é qualquer incorporação de bens ou direitos ao patrimônio da pessoa jurídica que está sujeito a norma imunizante, como acontece, por exemplo, com a operação de compra e venda, mas a imunidade em destaque diz respeito, exclusivamente, ao pagamento em bens ou direitos que o sócio faz para integralização do capital subscrito (HARADA, 2021, p. 218).

A integralização do capital subscrito conforme já delineado nesta pesquisa, em síntese, corresponde ao momento subsequente à subscrição, e refere-se ao processo de efetiva transferência de patrimônio, dos sócios à sociedade em decorrência da subscrição que aqueles efetivaram (COELHO, 2015, p.761).

Nesse íterim, conforme salienta Carrazza (2006, p. 730):

ao capitalizar determinados recursos nessa pessoa, denominada jurídica, eles passam a pertencer a esta última, e não mais às pessoas fundadoras. Em contrapartida, as pessoas que levaram bens ao capital social da referida sociedade passam a deter participações societárias desta e, como tais, recebem o título de sócios. Os sócios nada mais fazem do que permutar seus bens. Exemplificando para melhor esclarecer, deixam de ser proprietários de determinados montantes de dinheiro para serem proprietários de quotas sociais. [...] Muito bem: assim como a incorporação de um bem imóvel à sociedade é imune ao ITBI, entendemos que o fenômeno oposto, isto é, a retirada de um bem imóvel do patrimônio da empresa (que poderíamos chamar de desincorporação) também o é.[...] Por outro lado, sendo a imunidade ampla e indivisível, uma vez presente, ela é insusceptível de meios-termos. Assim, a imunidade em análise vai da incorporação (fenômeno máximo) de pessoa jurídica à extinção (fenômeno mínimo) de pessoa jurídica, passando pela desincorporação (fenômeno intermediário entre a incorporação e a extinção). A transferência da propriedade imobiliária segundo o artigo 1.245 do Código Civil de 2002 se dá apenas pelo registro do título no Registro de Imóveis.[...].II.8. Assim, como regra geral, quem integraliza bens imóveis é imune ao pagamento de ITBI, salvo nos casos expressos na Constituição Federal. (CARRAZZA, 2006, p. 730).

À vista disso, nota-se que a Constituição estabeleceu de modo genérico a proteção às operações de capitalização de empresas por meio da integralização de ativos com a utilização de patrimônio imobiliário e com a regra de não incidência do ITBI nas suas operações, de modo que, a imunidade alcança tanto as operações de integralização de capital quanto a transmissão de direitos decorrentes de fusão, incorporação, cisão ou extinção de pessoa jurídica (CALIENDO, 2019, p. 873).

Contudo, não é sobre qualquer pessoa jurídica que norma imunizante incide, nos termos do art. 37, caput e §§ 1º e 2º, do Código Tributário Nacional, os bens imóveis só serão transmitidos sem a incidência do ITBI, se os adquirentes não tiverem por atividade preponderante a compra e venda de bens imóveis ou de direitos a eles relativos ou a locação de bens imóveis *lato sensu*.

O art. 37 do Código Tributário Nacional, portanto, estabelece o conceito de atividade preponderante, regulamentando essa imunidade, conforme destaca Machado Segundo (2022, p. 317), em obediência ao art. 146, II, da Constituição Federal<sup>4</sup>.

---

<sup>4</sup> **Art. 146 - Constituição Federal:** Cabe à lei complementar:  
[...]

II - regular as limitações constitucionais ao poder de tributar;

Dessa forma, a atividade preponderante é caracterizada quando mais de 50% da receita operacional da pessoa jurídica adquirente, nos dois anos anteriores e nos dois anos subsequentes à aquisição, decorrer de compra, venda, locação ou arrendamento de bens imóveis, ou ainda, se a pessoa jurídica adquirente iniciar suas atividades após a aquisição, ou menos de dois anos antes dela, apurar-se-á a preponderância levando em conta os três primeiros anos seguintes à data da aquisição.

Assim, verificada a preponderância, tornar-se-á devido o imposto, nos termos da lei vigente à data da aquisição, sobre o valor do bem ou direito nessa data (MACHADO SEGUNDO, 2022, p. 317). Nesse sentido, LENZA (2021, p. 928) destaca que:

O dispositivo tem por objetivo a desoneração das operações de constituição e reorganização societárias, na quais normalmente ocorre a transferência de imóveis como consequência dos negócios realizados, mas sem que esta tenha sido a finalidade precípua das partes, conforme estabelece o art. 156, § 2º, I, da Constituição.

Sucedo que, como elenca o §4º do art. 37, do Código Tributário, quando a transmissão de bens ou direitos for realizada em conjunto com a da totalidade do patrimônio da pessoa jurídica alienante, não se aplica à transmissão de bens ou direitos, isto é, quando ocorrer a transferência da própria pessoa jurídica proprietária dos imóveis.

Sob essa ótica, vislumbra Sacha Calmon Navarro Coêlho (2021, p. 247), inclusive, um ponto importantíssimo protegido pela legislação brasileira, que, a fim de evitar o abuso da norma imunizante, como, por exemplo, fazer e desfazer um contrato de sociedade para evitar o ITBI, o Código Tributário Nacional estabelece que no caso de colação de bens ao capital de sociedades, somente o sócio que integralizou imóvel pode sair com ele na extinção, ou cisão, ou retirada, uma vez que o legislador tentou impedir a integralização ao capital da sociedade com imóveis, somente para economizar o ITBI.

Essas disposições encontram-se cristalinas nos arts. 36 e 37 do Código Tributário Nacional. Vejamos:



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.

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.

§ 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.

De modo conclusivo, restou claro que, quando o sócio de uma empresa, pessoa física, faz a integralização do capital de uma empresa por meio de imóveis, efetivamente ocorre a transferência da propriedade entre as partes, contudo, sobre essa transferência não incidirá o ITBI, uma vez que quando da implementação do art. 156, §2º, I, a intenção do constituinte foi no sentido de impedir a tributação de operações que promovam aumento de capital, em razão dos potenciais efeitos positivos da transação (LENZA, 2021, p. 185).

No entanto, quando a operação for realizada entre empresas cujo principal negócio seja justamente a compra e venda de imóveis ou atividades correlatas, isto é, imobiliárias, incorporadoras, ou instituições correlatas, Lenza (2021, p. 185) aponta que, o ITBI deverá incidir, pois o objeto da transação tem como escopo o próprio “estoque” das partes, observando os casos específicos de quando à transmissão de bens ou direitos for realizada em conjunto com a da totalidade do patrimônio da pessoa jurídica alienante, a luz do §4º do art. 37, do Código Tributário.

Não obstante, faz-se necessário salientar, ainda, que, é preciso que haja correspondência entre o valor dos bens imóveis a serem incorporados e o valor do capital subscrito a ser integralizado, de modo que, se o valor dos bens imóveis é insuficiente, nada impede a sua complementação em dinheiro (HARADA, 2021).

## **CAPÍTULO 3: A INTERPRETAÇÃO DA DECISÃO PROFERIDA NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 796.376/SC PELO STF**

### **3.1 CONTEXTUALIZAÇÃO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 796.376/SC**

Diante de todos os conceitos expostos neste estudo, importante ressaltar o acórdão proferido no julgamento do Recurso Extraordinário Nº 796.376/SC, que desenvolveu o Tema 796, tese de repercussão geral que trouxe novos entendimentos sobre a imunidade tributária do ITBI quando da integralização de capital social, que suscitou algumas interpretações quanto aos reflexos do que fora decidido.

Nesse viés, oportuno evidenciar que, o caso em apreço, na origem, tratava-se de mandado de segurança impetrado por uma *holding* de participações de Santa Catarina, cujo objeto social consiste em participações societárias.

Por ocasião da sua constituição, a empresa integralizou seu capital social mediante 17 (dezessete) bens imóveis à sociedade, cujo valor registrado, isso é, constante da declaração de imposto de renda das pessoas físicas sócias da sociedade, perfazia a quantia de R\$ 802.724,00 (oitocentos e dois mil setecentos e vinte quatro reais) (TARBINE, 2020, p. 02).

Ocorre que, Maruan Tarbine (2020, p. 02) afirma que, o capital social não foi fixado em R\$ 802.724,00 (oitocentos e dois mil setecentos e vinte quatro reais), mas em R\$ 24.000,00 (vinte e quatro mil reais), sendo que a diferença entre tais valores foi lançada contabilmente como reserva de capital no patrimônio líquido, isto é, ágio na subscrição de quotas.

Entretanto, a Fazenda municipal do município de São João não concordou com tal procedimento e lançou o ITBI sobre a diferença, sob a justificativa de que o valor dos imóveis excedia o capital integralizado, reconhecendo, portanto, a imunidade apenas com relação à parcela que efetivamente acresceu ao capital social da sociedade (ZUGMAN, BASTOS e GHILARDI, 2021).

Nessa toada, o contribuinte, por intermédio do mandado de segurança, pugnou pela imunidade do ITBI para integralizações de capital, prevista no artigo 156, §2º, I, da Constituição. Confira-se:

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;

Em sua exordial, conforme os autos processuais, Zugman, Bastos e Ghilardi (2021, p. 01) explicam que, a Recorrente sustenta que o seu capital social foi integralizado mediante incorporação de imóveis com valor superior ao das cotas subscritas, sendo a diferença lançada, à conta de ágio, no patrimônio líquido, de modo que o valor atribuído aos bens na integralização, foi destinada parte ao aumento do capital social e parte à conta de reserva de ágio, aumentando o patrimônio da sociedade, mas não seu capital.

Nesse sentido, após a devida instrução processual, em sede de primeiro grau, o h. Juízo concedeu a segurança pretendida pelo Requerente. Contudo, a decisão foi logo reformada pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina, através do qual afirmou que a diferença entre o valor do bem e o valor do capital social a ser realizado sofre incidência do ITBI.

Irresignada, diante da decisão na qual estabeleceu que o benefício alcança apenas a parcela do valor do imóvel suficiente à realização da subscrição, a Requerente interpôs Recurso Extraordinário.

Nos termos do voto do min. Alexandre de Moraes, por maioria, o plenário do STF negou provimento ao Recurso Extraordinário, reconhecendo a incidência do ITBI sobre o valor dos imóveis que excedia o do capital social pendente de integralização, no qual restou ementado da seguinte forma:

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, I).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 n. 796376, rel. Min. Marco Aurélio, rel. para o acórdão Min. Alexandre de Moraes, DJe 25-08-2020)

Oportuno ressaltar que, o relator ministro Marco Aurélio, em seu voto, manteve a imunidade integral ao ITBI, propondo 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".

Entretanto, o Ministro Alexandre de Moraes divergiu, e foi acompanhado pela maioria dos seus pares, aduzindo que "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".

Assim, restou consolidado que no caso de integralizações de capital, a diferença entre o valor dos bens imóveis que aumenta o capital social e a parcela do valor dos bens imóveis que é destinada à conta de reserva de ágio não é imune ao ITBI, devendo ser pago o imposto sobre a diferença, de modo que caso todo o patrimônio imobiliário seja integralizado na conta de capital social, não há incidência do ITBI.

Além disso, entendeu-se que a imunidade referente a realização de capital é incondicionada, enquanto a imunidade da incorporação de bens, isto é, quando da fusão, cisão ou incorporação, só é aplicável caso a sociedade incorporadora do patrimônio imobiliário não desenvolva atividade preponderantemente imobiliária (ZUGMAN, BASTOS e GHILARDI, 2021).

Nestes termos, foi fixada a tese, mediante o improvimento do Recurso Extraordinário, na qual estabeleceu que a imunidade em relação ao 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.

A presente decisão, nos moldes do art. 927, III, do Código de Processo Civil<sup>5</sup>, se reveste de caráter precedente qualificado e terá força vinculativa. Importante, inclusive, consignar que no Brasil, o reconhecimento da força vinculante dos princípios foi proclamado a partir da Constituição Federal de 1988, no teor do seu art. 5º e seguintes (DIAS e NORÕES, 2019, p. 243)

Desta forma, destaca Deise Laurindo (2021, p. 159) que, por esta razão, e conforme o art. 926<sup>6</sup>, também do mesmo diploma processual, os tribunais “devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”, de maneira que não tardará para que seja ele perfilhado por juízes e tribunais de todo o país.

Ocorre que, em função da tese fixada, Maruan Tarbine (2020, p. 03) demonstra que, muitas Fazendas municipais começaram a adotar uma prática que, aparentemente, não encontra respaldo legal, muito menos constitucional. Isso porque, quando o contribuinte faz a integralização do capital social por meio de imóveis, pelo valor

---

<sup>5</sup> **Art. 927 – Código de Processo Civil:** Os juízes e os tribunais observarão:

[...]

III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;

<sup>6</sup> **Art. 926 – Código de Processo Civil:** Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

registrado, os municípios passaram a lançar o ITBI sobre a diferença entre o valor de mercado, arbitrado pelo próprio município, e o valor registrado (TARBINE, 2020).

Nesse sentido, vale esclarecer alguns aspectos, conforme será exposto no item a seguir.

### **3.2 INTERPRETAÇÕES A PARTIR DO *LEADING CASE***

Conforme delineado no item anterior, o Supremo Tribunal Federal, a partir da Tema 796, estabeleceu a imunidade em relação ao 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.

Dessa forma, o STF determinou que a imunidade somente alcança a operação de transferência de bens imóveis para a pessoa jurídica em realização de capital, de modo que a imunidade deve abranger todo o valor integralizado para fins de realização de capital quando o valor de tais bens não supere o valor do capital social declarado.

De forma mais clara, a partir do caso exposto, pode-se evidenciar os seguintes pontos: o mandado de segurança impetrado pela *holding*, tinha como escopo assegurar a imunidade tributária do ITBI sobre R\$ 802.724,00 (oitocentos e dois mil setecentos e vinte quatro reais), isto é, valor correspondente aos 17 (dezessete imóveis) integralizados.

Ocorre que, o capital subscrito da empresa perfazia a quantia de R\$24.000,00 (vinte e quatro mil reais), de modo que a diferença entre esses valores, R\$778.724,00 (setecentos e setenta e oito mil setecentos e vinte e quatro reais), necessariamente devem ser lançados contabilmente como reserva de capital, conta esta que não estaria respaldada na regra imunizante.

A legislação societária, nesse sentido, evidencia que a reserva de capital não se confunde com o capital social, consoante disposição no art. 182, da Lei nº 6404/76. Senão vejamos:

Art. 182. A conta do **capital social** discriminará o montante subscrito e, por dedução, a parcela ainda não realizada.

§ 1º Serão classificadas como **reservas de capital** as contas que registrarem:

a) a contribuição do subscritor de ações que ultrapassar o valor nominal e a parte do preço de emissão das ações sem valor nominal que ultrapassar a importância destinada à formação do capital social, inclusive nos casos de conversão em ações de debêntures ou partes beneficiárias;

b) o produto da alienação de partes beneficiárias e bônus de subscrição;

§ 2º Será ainda registrado como reserva de capital o resultado da correção monetária do capital realizado, enquanto não-capitalizado. **(grifei)**

Assim, a compreensão extraída da decisão, em consonância com os artigos constitucionais e infraconstitucionais, é clara ao determinar que o valor não alcança o valor dos bens que excedem o limite do capital social a ser integralizado.

Ocorre que, alguns Municípios, numa interpretação “muito a propósito” do que foi decidido pelo STF, no RE 796.376/SC, como salienta NEVES (2020), estão entendendo que, com base no art. 24 §1º, da Lei nº 9.249/95, o valor que deixou de ser tributado pela União, como ganho de capital deve ser alcançado pelo ITBI:

Art. 23. 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.

§ 1º Se a entrega for feita pelo valor constante da declaração de bens, as pessoas físicas deverão lançar nesta declaração as ações ou quotas subscritas pelo mesmo valor dos bens ou direitos transferidos, não se aplicando o disposto no art. 60 do Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977, e no art. 20, II, do Decreto-Lei nº 2.065, de 26 de outubro de 1983.

Sob essa ótica, é importante salientar que, no momento da integralização ou do aumento de capital social, a legislação do Imposto de Renda garante ao sócio a



faculdade de transferir o imóvel pelo valor constante da declaração de bens ou pelo valor de mercado (VALIM, 2020, p. 02).

Essa determinação pode ser observada a partir da análise do art. 142 do Decreto nº 9.580/18, que Regulamenta do Imposto de Renda, quando estabelece que as pessoas físicas podem integralizar bens no capital social de pessoa jurídica pelo valor registrado. Vejamos:

Art. 142. As pessoas físicas poderão transferir a pessoas jurídicas, a título de integralização de capital, bens e direitos, pelo valor constante da declaração de bens ou pelo valor de mercado.

§ 1º Se a transferência for feita pelo valor constante da declaração de bens, as pessoas físicas deverão lançar nessa declaração as ações ou as quotas subscritas pelo mesmo valor dos bens ou dos direitos transferidos, hipótese em que não presumida a distribuição disfarçada de que trata o art. 528.

§ 2º Se a transferência não se fizer pelo valor constante da declaração de bens, a diferença a maior será tributável como ganho de capital.

Desse modo, as pessoas físicas têm a faculdade de integralizar o capital social de pessoa jurídica com imóveis pelo valor registrado ou pelo valor de mercado, e que, nesta última situação, haverá incidência de ganho de capital sobre a diferença entre o valor registrado e o valor de mercado.

Ocorre que, tratando-se de base de cálculo do ITBI, como demonstrado nos capítulos anteriores, o Código Tributário Nacional estabelece, a teor art. 38, que esta base será o valor venal do bem transmitido:

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

A partir disso, alguns Municípios, em uma interpretação equivocada (NEVES, 2020, p. 228) da decisão exarada no RE 796.376/SC, estão sustentando que o valor que deixou de ser tributado pela União, como ganho de capital, pode ser alcançado pelo ITBI, ou seja, a diferença entre o valor declarado para fins de imposto de renda, e o valor de mercado (venal), deve incidir o ITBI. Entretanto, tal compreensão não foi objeto do RE 796.376/SC, cuja controvérsia girou em torno tão somente da efetiva

diferença entre o valor dos imóveis e o das cotas ou ações integralizadas (NEVES, 2020, p. 228).

Nesse panorama, Zugman, Bastos e Ghilardi (2021) observam que em momento algum, no *leading case*, houve discussão a respeito do valor venal dos imóveis, que consiste na base de cálculo do ITBI, e eventual diferença com relação ao valor atribuído aos bens para fins de realização de capital. Com efeito, salienta os autores que a tese estabelecida pelo STF diz respeito à hipótese de integralização de capital em que ocorre a subscrição de ações ou quotas com ágio.

Outrossim, Braichi (2022) apregoa que parece ter ocorrido uma grande confusão no critério utilizado para o cálculo do imposto por parte do Fisco Municipal, tendo em vista que para evitar o ganho de capital, as pessoas físicas podem transferir bens para as pessoas jurídicas pelo valor constante da declaração de imposto de renda, e, assim, o imóvel detido pela pessoa física deixa de constar em sua declaração e passam a constar nas cotas/ações de sociedade pelo mesmo valor do imóvel, de modo que não há ganho para a pessoa física, que apenas “troca” um bem pelo outro.

Dessa forma, evidente que, apesar do *leading case* ter apresentado uma regra importante, percebe-se que os Fiscos Municipais estão distorcendo as decisões levantadas, uma vez que a decisão do Supremo, em nenhum momento, autoriza os Municípios a se utilizarem de um benefício concedido pela União, isto é, o de incorporar os bens pelo valor histórico, para dele extrair vantagens.

Com efeito, conforme salienta Alice Grecchi (2020) caso a integralização ocorresse pelo valor de mercado, tudo o que se teria seria a incidência imediata do Imposto de Renda sobre o ganho de capital, sem o nascimento de qualquer dever de recolher o ITBI, ocorrendo a incidência do ITBI apenas se o valor do bem ultrapasse o do capital social, como ocorreu no *leading case*.

Ante ao que fora exposto, verifica-se a importância que os reflexos das decisões podem causar na realidade prática, e, no caso em comento, nota-se que a referida

exigência de ITBI sobre a diferença entre o preço de mercado do imóvel e o seu custo histórico, quando este último tenha sido adotado pelo contribuinte para integralizar cotas ou ações de igual valor de face, não se coaduna com o estabelecido pela Colenda Corte.

Com efeito, NEVES (2020, p. 229) esclarece que, a partir da análise da decisão que negou provimento ao extraordinário, ficou estabelecido tão somente de maneira a não reconhecer a imunidade sobre o valor dos bens que exceder o valor do capital subscrito.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A temática apresentada por esta pesquisa visava analisar o alcance da imunidade tributária constitucional do ITBI, no caso específico de quando uma pessoa física integraliza bens imóveis para realização do capital social subscrito de uma empresa.

Diante dos apontamentos, pode-se entender que a imunidade tributária caracteriza-se como a declaração expressa do constituinte sobre fatos ou aspectos de fatos ou estados de fato, que não pode ser atingida pelo tributo.

Ademais, em razão de se tratar de uma norma constitucional, com limitações ao poder de tributar, ao explorar a sua interpretação, seu sentido e alcance deve considerar a bipolaridade entre as relações jurídicas de direito público, de modo que em um polo da relação jurídica o valor a ser protegido é o direito do particular e noutro, a autoridade do poder público.

Dessa forma, a interpretação das imunidades tributárias deve ser efetuada na medida exata, isto é, de acordo com os ditames constitucionais e infraconstitucionais, a fim de alcançar uma interpretação estrita e literal como garantia constitucional.

No caso do ITBI, imposto de competência municipal sobre a transmissão “inter vivos”, a qualquer título, por ato oneroso, de bens imóveis, por natureza ou acessão física, e de direitos reais sobre imóveis, nota-se, a partir do disposto no §2º, do art. 156, da Constituição Federal, que existe mais de uma norma imunizante a ele relacionado, entre elas, a imunidade em relação à transferência de bem imóvel para integralização de capital social.

Ocorre que, não é qualquer incorporação de bens ou direitos ao patrimônio da pessoa jurídica que está sujeita à imunidade tributária, mas a imunidade em destaque diz respeito, exclusivamente, à realização do capital subscrito a partir de bens imóveis.

A partir dessa análise, buscou-se examinar a decisão proferida no âmbito do Recurso Extraordinário Nº 796.376/SC, através do qual fixou-se a tese de que a imunidade em relação ao 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.

Contudo, algumas municipalidades em uma interpretação enganada, a partir do acórdão proferido no RE 796.376/SC, desenvolveram uma tese, sustentando, em síntese, que a diferença entre o valor de mercado (venal) e o valor declarado na declaração do Imposto de Renda, pode ser alcançado pelo ITBI.

Entretanto, tal compreensão não foi objeto do RE 796.376/SC, e a decisão não autoriza os Municípios a se utilizarem do benefício concedido pela União, qual seja, a possibilidade de integralizar o capital social pelo valor que os bens encontram-se declarados na declaração do Imposto de Renda, para dele extrair vantagens, de modo que tal premissa não se coaduna com o estabelecido pela Colenda Corte.

A partir da análise da decisão que negou provimento ao extraordinário, ficou estabelecido tão somente de maneira a não reconhecer a imunidade sobre o valor dos bens que exceder o valor do capital subscrito, de modo que a imunidade somente deve alcançar a operação de transferência de bens imóveis para a pessoa jurídica em realização de capital, não abrangendo, portanto, o valor que supere o montante que for contabilizado como reserva de capital.

## REFERÊNCIAS

ALTOÉ, Marcelo Martins. **Elusão e os limites do planejamento tributário: entre o direito fundamental de liberdade fiscal e o dever fundamental de pagar tributos**. Orientador: Américo Bedê Freire Júnior. 2020. 693 f. Tese (Doutorado em Direitos e Garantias Fundamentais) - Programa de Pós-Graduação em Direitos e Garantias Fundamentais, Faculdade de Direito de Vitória, Vitória, 2020.

AMARO, L.D. S. **DIREITO TRIBUTÁRIO BRASILEIRO**. São Paulo: Editora Saraiva, 2021.

BALEEIRO, Aliomar. **Direito Tributário Brasileiro**. 14. ed., rev. atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2018.

BORBA, José Edwaldo Tavares. **Direito Societário**. 12. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p.68

BRAICHI, Thiago. Afinal de contas, incide ITBI na integralização de capital com imóveis?. **Legislação & Mercados**. 2022. Disponível em: <https://legislacaoemercados.capitalaberto.com.br/afinal-de-contas-incide-itbi-na-integralizacao-de-capital-com-imoveis/>.

\_\_\_\_\_. Constituição da República Federativa do Brasil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Assembleia Nacional Constituinte, Brasília, DF.

\_\_\_\_\_. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 (Código Tributário Nacional). **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF.

\_\_\_\_\_. Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF.

\_\_\_\_\_. Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF.

\_\_\_\_\_. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil). **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Legislativo, Brasília, DF.

\_\_\_\_\_. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil). **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Legislativo, Brasília.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Recurso Extraordinário nº 796.376/SC**. Acórdão. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 05/8/2020.

CALIENDO, Paulo. **Curso de Direito Tributário**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

CARNEIRO, Claudio. **Impostos Federais, Estaduais e Municipais**. Editora Saraiva, 2019.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 30ª Edição. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

COÊLHO, Sacha Calmon N. **Curso de Direito Tributário Brasileiro**. 17ª edição. Grupo GEN, 2019.

\_\_\_\_\_, Sacha Calmon N. **Teoria geral do tributo, da interpretação, e da exoneração tributária**. São Paulo: Dialética, 2003.

COSTA, Regina Helena. **Curso de Direito Tributário - Constituição E Código Tributário Nacional**. Editora Saraiva, 2021.

\_\_\_\_\_, Regina Helena. **Curso de direito tributário**. Saraiva Educação SA, 2021.

\_\_\_\_\_, Regina Helena. **Imunidades tributárias: teoria e análise da jurisprudência do STF**. Malheiros, 2006.

DIAS, Eduardo Rocha; NORÕES, Mariane Paiva. Restrição de tratamento por planos de saúde e o papel da Agência Nacional de Saúde Suplementar: uma análise hermenêutica das decisões do Superior Tribunal de Justiça. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, v. 20, n. 2, p. 225-250, 2019.

FABRIZ, Daury Cesar; DE ANDRADE DOMINGOS, Pedro Luiz. Interpretação axiológica dos crimes contra a ordem tributária com base nos interesses supraindividuais. **Derecho y Cambio Social**, v. 11, n. 37, p. 5-15, 2014.

DAS NEVES, Letícia Borges. A imunidade do ITBI na integralização de capital e a interpretação do STF no RE 796.376/SC. **Revista Tributária e de Finanças Públicas** 147 (2021): 211-232.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Manual de Direito Comercial**. Grupo GEN, 2020.

\_\_\_\_\_, Waldo. **Manual de Direito Comercial**. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

GRECCHI, Alice. Incidência de ITBI X incorporação de bens móveis: Após decisão do STF no RE 796.376/SC. **Jus.com.br**. 2020. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/85102/incidencia-de-itbi-x-incorporacao-de-bens-moveis>

HARADA, Kiyoshi. **ITBI: doutrina e prática**. Editora Dialética, 2021.

LAURINDO, Deise Saccaro. Imunidade Tributária do ITBI e os Reflexos do Tema 796 de Repercussão Geral. **Revista Direito Tributário Atual**, n.47. p. 147-166. São Paulo: IBDT, 1º semestre 2021. Quadrimestral.

LENZA, P.; CAPARROZ, R. **Direito tributário esquematizado**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2021.



MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **Manual de Direito Tributário**. Grupo GEN, 2022.

MAMEDE, Gladston. **Manual de Direito Empresarial**. Grupo GEN, 2021.

NEGRÃO, Ricardo. **Manual de Direito Empresarial**. Editora Saraiva, 2021.

RIBEIRO, Osni M. **Contabilidade geral**. Editora Saraiva, 2017.

RODRIGUES, Leandro Nascimento; LEAL, Pastora do Socorro Teixeira. A eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas à luz da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: análise crítica do Recurso Especial 201.819-8 e Ação Direta de Inconstitucionalidade 4815. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, v. 19, n. 2, p. 11-42, 2018.

SCHOUERI, L. E. **DIREITO TRIBUTÁRIO**. São Paulo: Editora Saraiva, 2022.

TARBINE, Maruan. **Imunidade do ITBI e o RE 796.376: STF decidiu, mas não definiu**. 2021. Disponível em: <https://www.jota.info/autor/maruantarbine>.

TORRES, Ricardo Lobo. **Curso de Direito Financeiro e Tributário**. 19ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2013.

VALIM, Thiago Cremasco. **O ITBI na integralização do capital social**. Disponível em:

<https://www.conjur.com.br/2021-nov-09/tiago-valim-itbi-integralizacao-capital-social?msclkid=4287f1e0c64311ecac9fe3b305dee716>.

VENOSA, Sílvio de S. **Direito Empresarial**. Grupo GEN, 2020.

ZUGMAN, Daniel; BASTOS, Frederico; GHILARDI, Beatriz. **O STF, o ITBI e a integralização de imóveis ao capital social**. 2021. Disponível em:

<https://www.conjur.com.br/2021-abr-27/opinioao-stf-itbi-integralizacao-imoveis-capital-social>.