V O T O

O Senhor Ministro Alexandre de Moraes: Trata-se de Recurso Extraordinário interposto em face de acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, em que se debate o Tema 796 da repercussão geral, assim descrito:

> *"Recurso extraordinário em que se discute, à luz dos arts. 1º, IV, 5º, II e XXXVI, 37, caput, 156, § 2º, I, e 170 da Constituição Federal, o alcance da imunidade tributária do Imposto de Transmissão Inter Vivos de Bens Imóveis - ITBI, prevista no art. 156, § 2º, I, da Lei Maior, em relação à incorporação de imóveis ao patrimônio de empresa, nos casos em que o valor total desses bens excederem o limite do capital social a ser integralizado."*

Na origem, Lusframa Participações Societárias Ltda. impetrou mandado de segurança, com pedido liminar, contra ato do Secretário da Fazenda Municipal de São João Batista/SC, que reconheceu apenas parcialmente a imunidade do ITBI sobre os bens imóveis incorporados ao patrimônio da impetrante a título de realização de capital, exigindo o tributo sobre a diferença entre o valor do capital social e o dos bens transferidos.

Informou que (a) foi constituída em maio de 2010, com objeto social determinado para participação societária e acionária em outras empresas, e representação comercial por conta própria ou de terceiros; (b) o capital social da empresa é R$ 24.000,00, e foi integralizado mediante bens imóveis (17 imóveis) cujo valor total (R$ 802.724,00) é superior ao do capital social; e (c) a autoridade coatora se nega a emitir guia de Imposto de Transmissão de Bens Imóveis (ITBI) com imunidade integral na transferência dos bens, conforme previsão do art. 156 da Constituição Federal de 1988 e art. 36 do Código Tributário Nacional, sob o argumento de que a imunidade atinge somente o montante do capital social da empresa a ser integralizado.

Ao final, pleiteou a declaração de imunidade tributária em relação ao ITBI sobre o valor total do imóveis transferidos.

A sentença concedeu a segurança, para reconhecer a imunidade tributária sobre todos os imóveis transmitidos e determinar que a

Plenário Virtual - minuta de voto - 27/07/20 15:26

autoridade coatora se abstivesse de exigir o ITBI sobre a transmissão daqueles bens incorporados ao patrimônio da impetrante a título de realização de capital.

Em seguida, o Tribunal de origem, em sede de apelação e de reexame necessário, reformou a sentença, para denegar a segurança, ao entendimento de que a imunidade do ITBI incide apenas sobre o valor do imóvel suficiente para a integralização do capital social da empresa.

Decidiu que deve ser tributada a diferença, no montante de R$ 778.724,00, apurada entre os valores do capital social subscrito e dos bens dados em pagamento para a integralização da quotas sociais. O acórdão recebeu a seguinte ementa:

> TRIBUTÁRIO — ITBI — INCORPORAÇÃO DE IMÓVEIS PARA INTEGRALIZAÇÃO DE CAPITAL SOCIAL DE PESSOA JURÍDICA — IMUNIDADE TRIBUTARIA (ART. 156, § 2°, INCISO II, DA CF /1988) — VALOR DOS IMÓVEIS SUPERIOR AO DO CAPITAL SOCIAL INTEGRALIZADO E DAS COTAS DOS SÓCIOS RESPECTIVOS — IMUNIDADE QUE ALCANÇA APENAS O LIMITE DO CAPITAL E DAS COTAS (INTEGRALIZADAS COM IMÓVEIS — EXCEDENTE SUJEITO À TRIBUTAÇÃO — SENTENÇA REFORMADA. A imunidade tributária prevista na primeira parte do inciso II do § 2° do art. 156, da Constituição Federal de 1988 impede a incidência do imposto de transmissão de bens imóveis "inter vivos" somente sobre o valor do imóvel necessário à integralização da cota do capital social. Vale dizer, sobre o valor do imóvel incorporado que excede o limite do capital social a ser integralizado ou da própria cota do sócio respectivo, haverá incidência do tributo.

Opostos Embargos de Declaração pela impetrante, foram rejeitados.

Irresignada, a empresa interpôs Recurso Extraordinário, com fundamento no art. 102, III, "a", da Constituição Federal, em que aponta violação ao art. 156, § 2º, I, da Constituição Federal, além dos princípios constitucionais da legalidade (37, II), da reserva legal (art. 5º, II), da segurança jurídica (art. 5º, XXXVI), da da livre iniciativa e da autonomia da vontade (arts. 1º, IV, e 170). Para tanto, sustenta que:

> a) o fisco municipal e o acórdão recorrido afrontaram o princípio da legalidade ao impor limitação à imunidade do ITBI em relação aos

Plenário Virtual - minuta de voto - 27/07/20 15:26

imóveis destinados à integralização do capital social da empresa, haja vista tal restrição não estar prevista na Constituição, nem no Código Tributário Nacional;

b) " *ocorrendo a incorporação dos imóveis para fins de integralização do capital social, deve a empresa ora recorrente estar imune ao pagamento do tributo de transmissão sobre bens imóveis, não podendo ser criado ou estabelecido nenhum outro critério além daqueles previstos na Constituição Federal, a aplicação de tal critério de exceção traduz verdadeira insegurança jurídica ao empresariado;*

c) " *negar a concessão de benefício constitucional para empresa recorrente seria negar consequentemente o preceito que visa motivar os particulares à exploração de atividades empresariais",* o que contraria o objetivo da norma inscrita no art. 170 da CF;

d) a vedação ao poder de tributar constante no art. 156, § 2º, I, constitui imunidade tributária e, como tal, não admite limitação; e

e) as ilações do Tribunal de origem a respeito das razões pelas quais se pretende destinar imóveis em valor superior ao da integralização do capital viola à livre iniciativa, pois não há nenhuma norma legal que proíba tal conduta, uma vez que o valor dos imóveis excedente ao capital social figurará na contabilidade empresarial com reserva capital, conforme o acordo de vontade dos sócios consubstanciado no contrato social da empresa.

Sem contrarrazões.

O Recurso Extraordinário foi admitido na instância de origem.

Em 5/3/2015, o Plenário desta CORTE reconheceu a repercussão geral da matéria.

Em parecer, a Procuradoria-Geral manifestou-se pelo desprovimento do recurso, nos termos da seguinte ementa:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REALIZAÇÃO DE CAPITAL SOCIAL. ITBI. IMUNIDADE. ART. 156, § 2º, I, DACONSTITUIÇÃO FEDERAL. ALCANCE. TELEOLOGIA DA NORMA CONSTITUCIONAL QUE PREVINE A TRIBUTAÇÃO. DESPROVIMENTO.

1 – A interpretação teleológica do preceito conduz ao entendimento de que a imunidade do art. 156, § 2º, I, da Constituição,

Plenário Virtual - minuta de voto - 27/07/2015 15:26

na transmissão dos bens necessários para a formação do capital social de sociedade limitada, não se estende para além do valor estipulado no contrato social a esse título.

2 – Parecer pelo desprovimento do recurso.

A Associação Brasileira das Secretarias de Finanças das Capitais Brasileiras – ABRASF foi admitida no processo como terceira interessada.

É o essencial a ser relatado.

Na questão com repercussão geral reconhecida, debate-se o alcance da imunidade tributária do Imposto de Transmissão de Bens Imóveis – ITBI, prevista no art. 156, § 2º, I, da Constituição, sobre imóveis incorporados ao patrimônio de pessoa jurídica, quando o valor desses bens excede o limite do capital social a ser integralizado.

A Constituição Federal confere imunidade em relação ao ITBI da seguinte forma:

> 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 s** obre 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;

A CARTA MAGNA de 1988 imunizou a integralização do capital por meio de bens imóveis. Do teor do inciso I acima, extrai-se que não incide o ITBI sobre o valor do bem dado em pagamento do capital subscrito pelo sócio ou acionista da pessoa jurídica.

Plenário Virtual - minuta de voto - 27/07/2015 5:26

O inciso I do art. 36 do Código Tributário Nacional reflete esse mandamento constitucional, ao dispor que:

> "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 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."

Esse dispositivo foi recepcionado pela CF/88, por se harmonizar com o teor do inciso I do § 2º, do art. 156 da Lei Maior.

Segundo KIYOSHI HARADA, o que a norma imuniza não é qualquer incorporação de bens ou direitos ao patrimônio da pessoa jurídica; a norma imunizante diz respeito exclusivamente ao pagamento em bens ou direitos que o sócio faz para integralização do capital social subscrito que pode ocorrer tanto no início da constituição de pessoa jurídica, como também posteriormente por ocasião do aumento do capital (ITBI - Doutrina e prática. São Paulo: Atlas, 2010, p. 85).

Comparando-se a redação do aludido inciso I com a do art. 9º, § 2º da Emenda Constitucional 18/1965, verifica-se que não há, nesse parágrafo 2º da EC, a menção à situação de " *transmissão de bens ou direitos decorrente de fusão, incorporação, cisão ou extinção de pessoa jurídica"*. Vejamos :

> "Art. 9º Compete aos Estados o impôsto sôbre a transmissão, a qualquer título, de bens imóveis por natureza ou por cessão física, como definidos em lei, e de direitos reais sôbre imóveis, exceto os direitos reais de garantia.
>
> (...)
>
> **§ 2º** O imposto não incide sobre a transmissão dos bens ou direitos referidos neste artigo, para sua incorporação ao capital de pessoas jurídicas, **salvo** o daquelas cuja atividade preponderante, como

Plenário Virtual - minuta de voto - 27/07/20 15:26

definida em lei complementar, seja a venda ou a locação da propriedade imobiliária ou a cessão de direitos relativos à sua aquisição."

Como se vê, a ressalva contida no § 2º acima transcrito referia-se à circunstância diferente daquelas eleitas pelo inciso I do § 2º do art. 156 da atual Constituição Federal. Para maior clareza, comparemos:

> Art. 156 - (...)
> § 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.

Nesses últimos casos, há, da mesma forma, incorporação de bens, mas que decorre da "incorporação que é uma operação pela qual uma ou mais

Plenário Virtual - minuta de voto - 27/07/2018 13:26

sociedades são absorvidas por outra, que lhes sucede em todos os direitos e obrigações" (art. 227 da Lei 6.404/1976 – Lei de Sociedades Anônimas); cisão - operação pela qual uma sociedade transfere parte de seu patrimônio para uma ou mais empresas (art. 229 da Lei das S.A); ou fusão - operação pela qual se unem duas ou mais sociedades para formar uma nova sociedade que lhe sucederá em todos os direitos e obrigações (art. 228 da Lei das S.A.).

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

Em outras palavras, a segunda oração contida no inciso I - *" nem sobre a transmissão de bens ou direitos decorrente de fusão, incorporação, cisão ou extinção de pessoa jurídica,* ***salvo se, nesses casos*** *, a atividade preponderante do adquirente for a compra e venda desses bens ou direitos, locação de bens imóveis ou arrendamento mercantil"* - revela uma imunidade condicionada à não exploração, pela adquirente, de forma preponderante, da atividade de compra e venda de imóveis, de locação de imóveis ou de arrendamento mercantil. Isso fica muito claro quando se observa que a expressão "nesses casos" não alcança o "outro caso" referido na primeira oração do inciso I, do § 2º, do art. 156 da CF.

Esse entendimento é corroborado pela didática lição de EDUARDO DE MORAES SABBAG que, ao comentar o dispositivo constitucional em questão, apresenta um exemplo bastante esclarecedor:

> "ITBI e Imunidades
>
> 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, s alvo se, nesses casos, a atividade preponderante do adquirente for a compra e venda desses bens ou direitos, locação de bens imóveis ou arrendamento mercantil;***
>
> *II - compete ao Município da situação do bem.* (grifos no original)

Plenário Virtual - minuta de voto - 27/07/20 15:26

> O ITBI não incide sobre a transmissão de bens incorporados ao patrimônio da pessoa jurídica, salvo se a atividade preponderante da *adquirente* for a compra e venda desses bens. A preponderância existe se a atividade representar mais de 50% da receita operacional, nos dois anos anteriores e nos dois anos subsequentes (art. 37, § 1º, do CTN).
>
> **Exemplificando:** Se uma empresa "A" (atividade: *fabricação de azulejos*), com sede em Brasília, *incorpora* uma empresa "B" (atividade: *compra e venda de imóveis* , preponderantemente), com sede no Rio de Janeiro, havendo transmissão de todos os direitos e bens da empresa "B" para a adquirente "A", incluindo um imóvel localizado na cidade do Recife, pergunta-se: pagar-se-á ITBI a quem?
>
> Não se pagará o ITBI, uma vez que o caso de imunidade específica. Se a empresa "A" fosse aquela que tivesse comprado e vendido imóveis, teríamos, sim, a incidência do ITBI (para Recife, no caso). Note que a empresa adquirente é quem exerce a preponderante, havendo, portanto, nítida regra imunitória. (Elementos do Direito, Direito Tributário, 8ª ed. São Paulo: Premier Máxima, 2007, p. 340), (grifos no original).

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.

Revelaria interpretação extensiva a exegese que pretendesse albergar, sob o manto da imunidade, os imóveis incorporados ao patrimônio da pessoa jurídica que não fossem destinados à integralização do capital subscrito, e sim a outro objetivo - como, no caso presente, em que se destina o valor excedente à formação de reserva de capital.

Plenário Virtual - minuta de voto - 27/07/2015 26

Essa extensão interpretativa em termos de imunidades não é aceita por nossa SUPREMA CORTE, por constituir exceção constitucional à capacidade tributária:

> IMUNIDADE – CAPACIDADE ATIVA TRIBUTÁRIA. A imunidade encerra exceção constitucional à capacidade ativa tributária, cabendo interpretar os preceitos regedores de forma estrita. IMUNIDADE – EXPORTAÇÃO – RECEITA – LUCRO. A imunidade prevista no inciso I do § 2º do artigo 149 da Carta Federal não alcança o lucro das empresas exportadoras. LUCRO – CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO – EMPRESAS EXPORTADORAS. Incide no lucro das empresas exportadoras a Contribuição Social sobre o Lucro Líquido.(RE 564413, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, REPERCUSSÃO GERAL – MÉRITO, DJe de 6/12/2010)

> EMENTA: CONSTITUCIONAL. IMUNIDADE TRIBUTÁRIA. ART. 149, § 2º, I, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. EXTENSÃO DA IMUNIDADE À CPMF INCIDENTE SOBRE MOVIMENTAÇÕES FINANCEIRAS RELATIVAS A RECEITAS DECORRENTES DE EXPORTAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. INTERPRETAÇÃO ESTRITA DA NORMA. RECURSO EXTRAORDINÁRIO DESPROVIDO. I - O art. 149, § 2º, I, da Constituição Federal é claro ao limitar a imunidade apenas às contribuições sociais e de intervenção no domínio econômico incidentes sobre as receitas decorrentes de exportação. II - Em se tratando de imunidade tributária a interpretação há de ser restritiva, atentando sempre para o escopo pretendido pelo legislador. III - A CPMF não foi contemplada pela referida imunidade, porquanto a sua hipótese de incidência - movimentações financeiras - não se confunde com as receitas. IV - Recurso extraordinário desprovido. (RE 566.259, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 12/08/2010, REPERCUSSÃO GERAL – MÉRITO, DJe de 24 /9/2010)

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

Por outro lado, nada impede que os sócios ou os acionistas contribuam com quantia superior ao montante por eles subscrito, e que o contrato social

Plenário Virtual - minuta de voto - 27/07/2015 15:26

preveja que essa parcela será classificada como reserva de capital. Essa convenção se insere na autonomia de vontade dos subscritores.

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

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

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

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

Diante de todo o exposto, voto no sentido de NEGAR PROVIMENTO ao Recurso Extraordinário, com a fixação da seguinte Tese:

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

Plenário Virtual - minuta de voto - 27/07/2015 15:26