

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.495.108 SÃO PAULO

RELATOR	: MIN. EDSON FACHIN
RECTE.(S)	: ALPHA - P REGITANO E PERRONE ADMINISTRACAO DE BENS PROPRIOS LTDA
ADV.(A/S)	: ANDRE FERREIRA ZOCCOLI
ADV.(A/S)	: GABRIEL SACCOMANO ZOCCOLI
RECDO.(A/S)	: MUNICIPIO DE PIRACICABA
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL DO MUNICÍPIO DE PIRACICABA
ADV.(A/S)	: CLARISSA LACERDA GURZILO SOARES
ADV.(A/S)	: RICARDO ALMEIDA RIBEIRO DA SILVA
AM. CURIAE.	: SINDICATO DAS EMPRESAS DE COMPRA, VENDA, LOCAÇÃO E ADMINISTRAÇÃO DE IMÓVEIS RESIDENCIAIS E COMERCIAIS DO ESTADO DE SÃO PAULO - SECOVI-SP
ADV.(A/S)	: ANDRE MENDES MOREIRA
AM. CURIAE.	: ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DAS SECRETARIAS DE FINANÇAS DAS CAPITAIS - ABRASF
ADV.(A/S)	: RICARDO ALMEIDA RIBEIRO DA SILVA
ADV.(A/S)	: ALEXANDRE GRABERT BARANJAK
AM. CURIAE.	: MUNICIPIO DE RIO DE JANEIRO
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL DO MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO
AM. CURIAE.	: FEDERAÇÃO DAS ASSOCIAÇÕES COMERCIAIS E EMPRESARIAIS DO ESTADO DE MINAS GERAIS - FEDERAMINAS
ADV.(A/S)	: ALMEIDA MELO SOCIEDADE DE ADVOGADOS
ADV.(A/S)	: JOAO PAULO FANUCCHI DE ALMEIDA MELO
AM. CURIAE.	: DISTRITO FEDERAL
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL DO DISTRITO FEDERAL
AM. CURIAE.	: MUNICÍPIO DE PORTO ALEGRE
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL DO MUNICÍPIO DE PORTO ALEGRE
AM. CURIAE.	: MUNICÍPIO DE SÃO PAULO
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO
AM. CURIAE.	: FEDERAÇÃO DA AGRICULTURA E PECUÁRIA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL - FAMASUL

RE 1495108 / SP

ADV.(A/S) : GUSTAVO PASSARELLI DA SILVA
AM. CURIAE. : ASSOCIACAO BRASILEIRA DE SHOPPING CENTERS
ABRASCE
ADV.(A/S) : RENATA MARIA NOVOTNY VALLARELLI

VOTO VISTA

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES:

Trata-se de Recurso Extraordinário no qual se discute questão com repercussão geral reconhecida nos seguintes termos:

Tema 1348 - Alcance da imunidade do ITBI, prevista no inciso I do § 2º do art. 156 da Constituição, para a transferência de bens e direitos em integralização de capital social, quando a atividade preponderante da empresa é compra e venda ou locação de bens imóveis.

Iniciado o julgamento do mérito na Sessão Virtual de 3 a 10 de outubro de 2025, o Eminentíssimo Relator, Ministro EDSON FACHIN, julgou procedente o Recurso Extraordinário do contribuinte, garantindo o direito à imunidade do ITBI sobre a transmissão de bens ou direitos incorporados ao patrimônio de pessoa jurídica em realização de capital como incondicionado, ou seja, independentemente da atividade empresarial preponderante, ainda que seja a compra e venda desses bens ou direitos, locação de bens imóveis ou arrendamento mercantil, restringindo a regra de desoneração apenas ao limite do capital social a ser integralizado, conforme definido no julgamento do Tema 796 da repercussão geral. Por fim, S. Exa. propôs a fixação da seguinte tese: “A imunidade tributária do ITBI, prevista no art. 156, § 2º, I, na realização do capital social mediante integralização de bens e valores, é incondicionada, portanto, indiferente a atividade preponderantemente imobiliária”.

S. Exa. foi seguida pelo Eminentíssimo Ministro CRISTIANO ZANIN, com ressalvas, e por mim.

Pediu vista o Ilustre Ministro GILMAR MENDES. S. Exa. devolveu os autos para julgamento na Sessão Virtual de 20 a 27 de março de 2026, ocasião em que inaugurou divergência, negando provimento ao Recurso Extraordinário e sugerindo a seguinte tese: “A imunidade do ITBI prevista no inciso I do § 2º do art. 156 da Constituição Federal não alcança a transmissão de bens ou direitos para integralização de capital quando a pessoa jurídica adquirente tiver como atividade preponderante a compra e venda, locação ou arrendamento mercantil de imóveis”.

A Eminentíssima Ministra CÁRMEN LÚCIA votou, acompanhando o Relator. O Ilustre Ministro FLÁVIO DINO registrou destaque.

É o relatório.

O inciso I do parágrafo 2º do art. 156 da Constituição concede imunidade do Imposto sobre a Transmissão de Bens Imóveis (ITBI) em duas situações:

- 1 - transmissão de bens ou direitos incorporados ao patrimônio de pessoa jurídica em realização de capital;
- 2 - transmissão de bens ou direitos decorrente de fusão, incorporação, cisão ou extinção de pessoa jurídica

Logo após anunciar essas hipóteses de não incidência, a Constituição estabelece uma ressalva: **“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”**.

Discute-se neste momento se a ressalva vale para ambas as situações de imunidade, ou se se dirige apenas para a segunda (transmissão de bens ou direitos decorrente de fusão, incorporação, cisão ou extinção de pessoa jurídica). Em outros termos: cabe examinar se a expressão “nesses casos” engloba as duas hipóteses de imunidade, ou apenas a segunda,

mais próxima textualmente.

A controvérsia possui expressiva repercussão econômica não apenas para as destinatárias mais notórias, as imobiliárias. Conforme a manifestação da ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DAS SECRETARIAS DE FINANÇAS DAS CAPITAIS – ABRASF e de três municípios (Doc. 102), a definição acerca do caráter condicionado, ou não, da imunidade repercute diretamente sobre holdings patrimoniais, family offices, e gestoras de ativos, que recebem bens imóveis em integralização de capital. A mesma manifestação registra, com fundamento em dados que atribui à Receita Federal, a existência de mais de 100 mil holdings patrimoniais no País.

Conforme menciona o referido memorial, holdings patrimoniais ou familiares são sociedades utilizadas para concentrar e administrar bens, especialmente imóveis, pertencentes aos sócios ou à família. Os family offices, por sua vez, são definidos como estruturas empresariais ligadas à organização, administração e sucessão de acervos patrimoniais familiares, sendo associados ao planejamento sucessório e à manutenção do patrimônio imobiliário no âmbito familiar. A ABRASF sugere que essas figuras empresariais buscam “manter as acumulações de imóveis e os privilégios sucessórios (dinásticos) de sempre, sobretudo por meio da redução ou mesmo eliminação da tributação destes bens” (Doc. 102, fl. 5). Semelhante referência foi feita da tribuna pelo Ilustre advogado Ricardo Almeida Ribeiro da Silva.

Na Sessão Virtual, acompanhei o Eminentíssimo Relator, por coerência com minha posição no Tema 796 da repercussão geral. Trata-se do RE 796.376, de que fui Redator para o Acórdão, no qual se discutiu o alcance da imunidade tributária do ITBI, prevista no art. 156, § 2º, I, da Constituição, sobre imóveis incorporados ao patrimônio de pessoa jurídica, quando o valor total desses bens excederem o limite do capital social a ser integralizado.

Nesse julgado, publicado no DJ de 25/8/2020, proferi o seguinte voto:

“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 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;

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.

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”.
Vejam os :

“Art. 9º Compete aos Estados o imposto sobre a transmissão, a qualquer título, de bens imóveis por natureza ou por cessão física, como definidos em lei, e de direitos reais sobre 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 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 Ilustre 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 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, 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;

II - compete ao Município da situação do bem. (grifos no original)

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.

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 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.”

Passo agora ao enfrentamento da específica questão proposta no tema ora em julgamento.

A APLICAÇÃO DOS FUNDAMENTOS DO TEMA 796

Veja-se que, na argumentação desenvolvida para analisar o objeto específico do Tema 796 (o alcance da primeira hipótese de imunidade prevista no dispositivo: transmissão de bens ou direitos incorporados ao patrimônio de pessoa jurídica em realização de capital), abordei explicitamente a extensão da ressalva à imunidade, sustentando que abarca exclusivamente a segunda situação de não incidência do tributo (transmissão de bens ou direitos decorrente de fusão, incorporação, cisão ou extinção de pessoa jurídica)". O voto que proferi na ocasião, divergindo do Relator originário, Eminentíssimo Ministro MARCO AURÉLIO, foi seguido pela maioria do PLENÁRIO.

Creio que não há motivos para se alterar a compreensão manifestada no Tema 796. O Eminentíssimo Ministro GILMAR MENDES sustenta que essas passagens constituiriam mero obiter dictum, porque a tese formalmente fixada no Tema 796 se limitou à incidência do ITBI sobre a parcela do valor dos bens que excedesse o capital social a integralizar.

Divirjo de S. Exa. A análise da extensão da ressalva não foi um mero obiter dictum, mas sim a resposta ao principal argumento dos que defendiam que a imunidade abarcaria o valor total do imóvel, mesmo quando superasse a cota de capital social que visava integralizar. Sustentavam os contribuintes no Tema 796 que a única limitação à imunidade seria a ressalva feita no final do dispositivo - a atividade preponderante do adquirente ser a compra e venda desses bens ou direitos, locação de bens imóveis ou arrendamento mercantil.

A distinção entre as duas partes do art. 156, § 2º, I, foi utilizada para refutar esse argumento e delimitar o âmbito da primeira imunidade, concluindo-se que ela alcança apenas o valor efetivamente destinado à integralização do capital subscrito, incidindo o imposto sobre o excedente.

A ANÁLISE GRAMATICAL DO DISPOSITIVO

Em relação à estrutura sintática do dispositivo, o Eminentíssimo Ministro GILMAR MENDES atribui ao plural da expressão “nesses casos” força suficiente para fazer a ressalva remeter também à primeira oração.

As duas hipóteses são separadas pela conjunção “nem”, e a cláusula “salvo se, nesses casos” foi inserida imediatamente após a enumeração das operações de fusão, incorporação, cisão ou extinção. A segunda oração, por si só, contém uma pluralidade de “casos”, suficiente para explicar o emprego do demonstrativo no plural. Se a intenção fosse submeter indistintamente as duas hipóteses de imunidade à mesma condição, seria intuitivo empregar fórmula inequivocamente abrangente, como “em qualquer desses casos” ou “em ambas as hipóteses”. Diferentemente do que aduz o Ilustre Ministro GILMAR, não me parece indispensável a utilização da fórmula “nesses últimos casos”, para circunscrever a ressalva apenas à segunda imunidade.

A ANÁLISE HISTÓRICA DA IMUNIDADE E DA RESSALVA

Quanto à interpretação histórica, também divirjo do Eminentíssimo Ministro GILMAR MENDES. O art. 9º, § 2º, da EC 18/1965 previa uma única hipótese de não incidência do imposto, então de competência dos Estados: a incorporação de bens ao capital de pessoas jurídicas. Portanto, a ressalva relativa à atividade imobiliária preponderante obviamente se vinculava a essa única hipótese.

Editado um ano depois, em 1966, o Código Tributário Nacional trouxe a segunda hipótese de imunidade: transmissão dos bens ou direitos quando decorrente da incorporação ou da fusão de uma pessoa jurídica por outra ou com outra. Abordando as imunidades e sua respectiva ressalva em artigos distintos, o CTN não deixava dúvida de que ambas as hipóteses imunizantes eram alcançadas pela exceção:

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.

Posteriormente, o parágrafo 3º do art. 24 da Constituição de 1967 incorporou a não incidência no caso das operações societárias: “o imposto a que se refere o n.º I não incide sobre a transmissão de bens incorporados ao patrimônio de pessoa jurídica nem sobre a fusão, incorporação, extinção ou redução do capital de pessoas jurídicas, salvo se estas tiverem por atividade preponderante o comércio desses bens ou direitos, ou a locação de imóveis”. Do ponto de vista gramatical, a redação era mais clara em atribuir a ressalva apenas à segunda hipótese de imunidade, dada a proximidade dos vocábulos “pessoas jurídicas” e “estas”. O plural do pronome demonstrativo indica não se aplicar ao primeiro caso, em que “pessoa jurídica” foi grafado no singular.

A Emenda 1 à Constituição de 1969 dispôs, no parágrafo 3º do art. 23, que “o impôsto a que se refere o item I não incide sôbre a transmissão de bens ou direitos incorporados ao patrimônio de pessoa jurídica em realização de capital, nem sôbre a transmissão de bens ou direitos decorrentes de fusão, incorporação ou extinção de capital de pessoa jurídica, salvo se a atividade preponderante dessa entidade fôr o comércio dêsses bens ou direitos ou a locação de imóveis”. A expressão “dessa entidade” remete apenas à pessoa jurídica que passou por transformação societária, alinhando-se ao sentido da Carta emendada.

A Constituição de 1988, além de transferir o tributo para a competência municipal, trouxe uma redação significativamente diferente quanto à ressalva: no lugar de fazer referência à atividade preponderante da pessoa jurídica ou da entidade, usou o termo “adquirente”. O objetivo da mudança foi estender a ressalva a pessoas naturais que realizem atividade preponderantemente imobiliária. Nesse sentido, a doutrina de Guilherme Broto Follador e Maurício Dalri Timm do Valle (A Imunidade

do ITBI sobre as Operações de Transmissão Imobiliária Efetuadas em Realização do Capital de Pessoa Jurídica. Revista Direito Tributário Atual, n. 46, p. 199-235. São Paulo: IBDT, 2º semestre 2020. DOI: 10.46801/2595-6280-rdta-46-9. Disponível em: <https://revista.ibdt.org.br/index.php/RDTA/article/view/1105/20>). Além disso, usou-se a fórmula “nesses casos”, conectando a ressalva não mais à pessoa que recebia o bem para integralização de capital ou que passava por transformação societária, mas a esses fatos propriamente ditos.

Em relação aos anais da Constituição de 1988, formulações iniciais submetiam expressamente a realização de capital à ressalva da atividade preponderante. Na Sugestão nº 8.404, do Deputado Simão Sessim, publicada no Diário da Assembleia Nacional Constituinte de maio de 1987, a não incidência abrangia conjuntamente a realização de capital, fusão, incorporação, cisão e extinção, seguindo-se a ressalva “salvo, se nesses casos, a atividade preponderante da adquirente” fosse imobiliária. (Fonte: Câmara dos Deputados, Sugestão nº 8.404, disponível em: https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/o-processo-constituente/sugestoes-dos-constituintes/arquivos/sgco8401-8500, página 2). **Esta redação, que induvidosamente projetava a ressalva para todas as hipóteses de imunidade, acabou não prevalecendo.**

O Quadro Histórico do art. 156, elaborado pelo Centro de Documentação e Informação da Câmara dos Deputados, permite acompanhar em ordem cronológica essas sucessivas formulações e constitui fonte particularmente útil para documentar a evolução do dispositivo. (Fonte: Câmara dos Deputados, Quadro Histórico dos Dispositivos Constitucionais – art. 156, disponível em: https://bd.camara.leg.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/40175/art156_CF88.pdf).

Etapa e fonte	Redação integral do dispositivo	Ponto essencial
Emenda nº 268 - Fase E - Dep. Ediosn Lobão (PFL-MA) REJEITADA https://bd.camara.leg.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/40175/art156_CF88.pdf — p. 33	"Art. 15 III - propriedade territorial rural; IV - transmissão da propriedade imobiliária; V - lucro imobiliário; VII - construção de imóveis. § 1o. - Os impostos sobre propriedade predial e territorial, transmissão de propriedade imobiliária, lucro imobiliário, locação e arrendamento e construção imobiliária, competem ao Município em que estiverem localizados os bens. § 2o. - O imposto sobre propriedade territorial rural não incidirá sobre pequenas glebas rurais, nos termos definidos em lei estadual	Sendo atribuída ao Estado, no anteprojeto, e aqui ao Município, a competência do imposto sobre transmissão imobiliária, deve ser deixada na decisão das respectivas comunidades as isenções a serem conferidas no interesse das mesmas. Por isso, não é repetida aqui a imunidade introduzida pela Constituição de 1967, para a incorporação de imóveis ao capital de empresas ou sua desincorporação. A proposta foi rejeitada.
Emenda nº 393 -	§ 3º. O imposto a que se refere o item	A realização de

Fase B – Dep. Luís Roberto Ponte (PMDB-RS) REJEITADA https://bd.camara.leg.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/40175/art156_CF88.pdf — p. 24-25	III não incide sobre: a) a transmissão de bens ou direitos incorporados ao patrimônio da pessoa jurídica em realização de capital, ou transferidos, como rateio de acervo líquido, em caso de liquidação, salvo se a atividade preponderante da pessoa jurídica for o comércio desses bens ou direitos; b) a sucessão em patrimônio, ou parcela de patrimônio, nos casos de fusão, incorporação ou cisão de pessoa jurídica.	capital é disciplinada em alínea autônoma e submetida expressamente à ressalva da atividade preponderante. Fusão, incorporação e cisão vêm em outra alínea. A proposta foi rejeitada.
Emenda nº 737 – Fase G – Dep. Luiz Alberto Rodrigues (PMDB-MG) APROVADA https://bd.camara.leg.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/40175/art156_CF88.pdf — p. 58	§ 3º. O imposto de que trata o item 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 decorrentes de fusão, incorporação, cisão ou extinção de pessoa jurídica, salvo se, nesses casos, a atividade preponderante do adquirente for o comércio desses bens ou direitos, locação de imóveis ou arrendamento mercantil.	Prevalece outra estrutura sintática: realização de capital e reorganizações societárias são separadas por “nem”, e a ressalva “nesses casos” aparece após a segunda hipótese. A emenda foi aprovada.
Anteprojeto da Comissão – Fase H https://bd.camara.leg.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/40175/art156_CF88.pdf — p. 8	§ 1º - O imposto de que trata o item II 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	A fórmula da Emenda 737 é incorporada ao Anteprojeto da Comissão.

	pessoa jurídica, salvo se, nesses casos, a atividade preponderante do adquirente for o comércio desses bens ou direitos, locação de bens imóveis ou arrendamento mercantil.	
Projeto B – Fase T https://bd.camara.leg.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/40175/art156_CF88.pdf — p. 12	§ 2º O imposto previsto no inciso II: I - não incide sobre a transmissão de bens ou direitos incorporados ao patrimônio de pessoas jurídicas 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; II - compete ao Município da situação do bem.	Preserva-se a estrutura relevante. A alteração textual de maior interesse é “comércio” → “compra e venda”.
Projeto D – Redação final – Fase X https://bd.camara.leg.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/40175/art156_CF88.pdf — p. 14	§ 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; II - compete ao Município da situação do bem.	Redação final. A revisão do Professor Celso Cunha altera “pessoas jurídicas” → “pessoa jurídica”, preservando “nem” e “salvo se, nesses casos”.

Identificam-se duas iniciativas que restringiam a imunidade do ITBI na realização de capital. A Emenda 268, do Deputado Edison Lobão, extinguiu a benesse fiscal por completo. Eis a justificativa - muito próxima do que ouvimos em algumas sustentações orais: “esse privilégio tem promovido fictícias superavaliações de imóveis, entregues com integralização de capital e a sonegação de lucros obtidos com vendas ulteriores”. Em relação à questão específica agora em discussão, a Emenda 393, do Deputado Luís Roberto Ponte, explicitamente isolava a ressalva apenas para a primeira hipótese de imunidade. Ambas foram rejeitadas.

Em síntese, a Constituinte teve diante de si pelo menos duas formulações (a Sugestão 8404, do Deputado Simão Sessim, e a Emenda 393, do Deputado Luís Roberto Ponte) que expressamente remetiam a ressalva para a hipótese de imunidade na transmissão de bens para integralização do capital social. Nenhuma delas prevaleceu. Em etapa posterior da Comissão do Sistema Tributário, Orçamento e Finanças, em Emenda do Deputado Ivo Cersósimo, aparece formulação praticamente idêntica à finalmente adotada. Nessa proposta, o imposto não incide sobre a transmissão de bens ou direitos incorporados ao patrimônio de pessoa jurídica em realização de capital, “**nem**” sobre a transmissão decorrente de fusão, incorporação, cisão ou extinção, seguindo-se então a expressão “salvo se, nesses casos”. (Fonte: Câmara dos Deputados, Emendas da Comissão do Sistema Tributário, Orçamento e Finanças, vol. 143, disponível em: <https://www.camara.leg.br/internet/constituicao20anos/DocumentosAvulsos/vol-143.pdf>, página 158). Essa mesma estrutura se encontra consolidada no Projeto de Constituição posteriormente publicado, cujo art. 178, § 2º, empregava a sequência “realização de capital, **nem** [...] fusão, incorporação, cisão ou extinção [...], salvo se, nesses casos”. (Fonte: A Gênese do Texto da Constituição de 1988. João Alberto de Oliveira Lima, Edilenice Passos e João Rafael Nicola. https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/544624/001001238_

v1.pdf?isAllowed=y&sequence=1&utm_ página 323).

Essa estrutura foi preservada até o texto promulgado do art. 156, § 2º, I, da Constituição de 1988, que manteve as duas hipóteses separadas pela conjunção “nem” e posicionou a ressalva após a enumeração de fusão, incorporação, cisão e extinção.

Encerrado esse apanhado histórico, não consigo acompanhar a conclusão peremptória do Eminentíssimo Ministro GILMAR, no sentido de que a ressalva sempre alcançou explicitamente a imunidade na transmissão de bens para integralização de capital social. Conforme reconhecido por S. Exa., e mencionado pelo Ilustre Ministro FLÁVIO DINO na sessão passada, não há, nos anais da Constituinte, registro de debates específicos sobre o alcance da ressalva.

AS NORMAS DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL

A mesma evolução constitucional repercute sobre os arts. 36 e 37 do Código Tributário Nacional. Tais dispositivos foram editados em 1966, sob a matriz da EC 18/1965, e devem ser submetidos ao juízo de recepção imposto pela nova ordem constitucional. O art. 34, § 5º, do ADCT preservou a legislação tributária anterior apenas “no que não seja incompatível com o novo sistema tributário nacional”.

Assim, embora o art. 36 do CTN seja compatível com a imunidade da integralização do capital — como afirmei no Tema 796 —, não se segue que a condição do art. 37 tenha sido recepcionada com alcance suficiente para restringir também a primeira hipótese do art. 156, § 2º, I. A questão não é de hierarquia formal do CTN, mas de compatibilidade material de cada disciplina pré-constitucional com a Constituição de 1988.

É precisamente essa a conclusão da Procuradoria-Geral da República (eDOC 79):

“Os arts. 36 e 37 do Código Tributário Nacional não foram recepcionados, portanto, pela Constituição, no ponto em que

ainda condicionam o direito à imunidade do ITBI ao não desenvolvimento de atividades preponderantemente imobiliárias, mesmo para a hipótese de integralização de capital social.”

Os precedentes mencionados no voto do Ilustre Ministro GILMAR MENDES para afirmar a recepção do art. 37 não abordaram a questão constitucional específica ora submetida ao Plenário: saber se a condição referente à atividade preponderante pode alcançar a integralização de capital diante da redação do art. 156, § 2º, I, da Constituição de 1988. O reconhecimento da recepção do CTN em outros contextos não dispensa esse exame específico de compatibilidade material.

O PANORAMA INTERNACIONAL

Encaminhando-me para o final, entendo importante destacar a observação feita da tribuna pela Eminente advogada Misabel Abreu Machado Derzi, no sentido de que a imunidade incondicionada para a hipótese de integralização de capital social alinha-se com a prática de ordenamentos jurídicos estrangeiros. Transcrevo quadro apresentado em memorial do Sindicato das Empresas de Compra, Venda, Locação e Administração de Imóveis Residenciais e Comerciais de São Paulo – SECOVI/SP, subscrito pela Ilustre advogada, que foi encaminhado a meu gabinete:

	Jurisdição	Benefício Fiscal
	Espanha	Isenção total
	Estados Unidos	Nível Federal e Texas - Isenção total
	Alemanha	Isenção se permanecer por mais de 10 anos
	França	Taxa fixa de no máximo 500 € se permanecer por mais de 3 anos
	União Europeia	Diretiva sugerindo a retirada da cobrança. Caso mantida, que não ultrapasse 1%.

1 Espanha: artículos 1 y 45, Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 set. 1993 – Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados; Estados Unidos: IRC § 351(a) and IRC § 721(a) of 26 U.S. Code § 351 – Transfer to corporation controlled by transferor; Texas: Article 8. Taxation And Revenue Sec. 29. Transfer Tax On Transaction Conveying fee simple title to real property prohibited - Texas Constitution; Alemanha: §1 und § 5 von Grunderwerbsteuergesetz (GrEStG); França: Code général des impôts – Artigos 809 e 810; União Europeia: Diretiva 2008/7/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 fev. 2008 – Impostos indiretos sobre a constituição de capital.

FRAUDE E DESVIO DA FINALIDADE DA IMUNIDADE

Por fim, o Ilustre Ministro GILMAR MENDES manifesta, ainda, preocupação com a possibilidade de a imunidade incondicionada estimular planejamentos tributários abusivos. Também nesse ponto, não

acompanho a divergência. O reconhecimento da imunidade não protege transmissões fictícias, simuladas ou estranhas à efetiva integralização do capital. O próprio Código Tributário Nacional autoriza a revisão do lançamento quando se comprove que o sujeito passivo, ou terceiro em benefício daquele, agiu com dolo, fraude ou simulação (art. 149, VII, do CTN). Há diferença, portanto, entre afastar a imunidade de uma operação que apenas formalmente se apresente como integralização de capital e restringir, de maneira abstrata, a imunidade de todas as pessoas jurídicas que exerçam atividade imobiliária. A primeira providência combate o ilícito; a segunda acrescentaria requisito geral à primeira hipótese do art. 156, § 2º, I, da Constituição.

O próprio Tema 796 estabelece limite objetivo relevante contra a utilização indevida da norma: a imunidade alcança somente o valor efetivamente destinado à integralização do capital social, incidindo ITBI sobre o que exceder esse montante. A preocupação com fraude ou abuso, portanto, não justifica a criação de requisito adicional — a natureza da atividade econômica da adquirente — que não se extrai da primeira parte do art. 156, § 2º, I.

Por essas razões, adiro à ressalva proposta pelo Ilustre Ministro CRISTIANO ZANIN, no sentido de que “a tese ora fixada não afasta a possibilidade de que os entes tributantes municipais, com base nas particularidades do caso e mediante adequada instrução probatória, evidenciem eventual prática de simulação ou fraude à lei com o objetivo de usufruir indevidamente da imunidade tributária em questão.

CONCLUSÃO

Mantenho, por isso, o voto pelo provimento do Recurso Extraordinário e pela fixação da tese proposta pelo Eminentíssimo Relator, incorporando a ressalva sugerida pelo Eminentíssimo Ministro CRISTIANO ZANIN.

É como voto.