



UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO

SHIRLEY DE SOUSA SANTOS

**A INCIDÊNCIA DO ITBI NAS OPERAÇÕES DE REALIZAÇÃO DE CAPITAL COM
VALOR EXCEDENTE, CONFORME ANÁLISE DO TEMA 796 DO STF**

FORTALEZA

2023

SHIRLEY DE SOUSA SANTOS

A INCIDÊNCIA DO ITBI NAS OPERAÇÕES DE REALIZAÇÃO DE CAPITAL COM
VALOR EXCEDENTE, CONFORME ANÁLISE DO TEMA 796 DO STF

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito à obtenção do Título de Bacharel em Direito. Área de concentração: Direito Tributário.

Orientador: Prof. Dr. Hugo de Brito Machado Segundo.

FORTALEZA

2023

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação
Universidade Federal do Ceará
Sistema de Bibliotecas
Gerada automaticamente pelo módulo Catalog, mediante os dados fornecidos pelo(a) autor(a)

S238i Santos, Shirley de Sousa.
A INCIDÊNCIA DO ITBI NAS OPERAÇÕES DE REALIZAÇÃO DE CAPITAL COM VALOR EXCEDENTE, CONFORME ANÁLISE DO TEMA 796 DO STF / Shirley de Sousa Santos. – 2023.
60 f.

Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Curso de Direito, Fortaleza, 2023.

Orientação: Prof. Dr. Hugo de Brito Machado Segundo.

1. tema 796 de repercussão geral do STF. 2. imposto sobre a transmissão de bens imóveis. 3. imunidade. 4. realização de capital. 5. reserva de capital. I. Título.

CDD 340

SHIRLEY DE SOUSA SANTOS

A INCIDÊNCIA DO ITBI NAS OPERAÇÕES DE REALIZAÇÃO DE CAPITAL COM
VALOR EXCEDENTE, CONFORME ANÁLISE DO TEMA 796 DO STF

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à
Faculdade de Direito da Universidade Federal
do Ceará, como requisito à obtenção do Título
de Bacharel em Direito. Área de concentração:
Direito Tributário.

Aprovada em: 05/12/2023.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Hugo de Brito Machado Segundo (Orientador)
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Prof. Dr. Carlos César Sousa Cintra
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Mestrando Rodrigo Damasceno Leitão
Universidade Federal do Ceará (UFC)

A Deus.

Ao meu querido esposo, Gabriel Rodrigues

Mariano de Lima.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, inicialmente, a Deus que por sua grande misericórdia me alcançou e me sustenta todos os dias, sem Ele não teria nem mesmo o ar que respiro, quanto mais a força necessária para concluir mais este projeto.

Ao Prof. Dr. Hugo de Brito Machado Segundo, pela excelente orientação e compartilhamento de conhecimento através de suas brilhantes aulas, elas foram decisivas para a construção do meu profundo encanto pelo direito tributário.

Aos participantes da banca examinadora Prof. Dr. Carlos César Sousa Cintra e Rodrigo Damasceno Leitão pelo tempo, pelas valiosas colaborações e sugestões.

Ao meu amado marido, Gabriel Rodrigues Mariano de Lima, em razão de suas muitas horas despendidas para me fazer feliz todos os dias. As decisões, conversas e reflexões que desenvolvemos juntos foram essenciais para me manter em paz e promover a melhor versão de mim. Sem a sua companhia, ainda seria a mesma jovem imatura que era há alguns anos.

À minha família, em especial à minha irmã, Mirian de Sousa Santos, por todo o apoio e companheirismo não só nos últimos meses, mas também em toda a minha vida, e minha mãe, Maria Íris de Sousa Santos, por todos os momentos difíceis que suportou por mim.

À EJUDI, que me ajudou a dar um primeiro passo no meu desenvolvimento pessoal durante a faculdade e, em especial, por ter me dado uma amiga para a vida toda, Danielle Rejane Farias Cordeiro.

A todos os meus ex-colegas de trabalho da PWR Gestão, por todas as oportunidades de crescimento que tivemos juntos e pela confiança depositada em mim.

À minha amiga e fonte de inspiração, Hayanne Fernandes Rosado, por todos os momentos de aprendizado que vivemos juntas na tentativa de resolver os mais diversos imbróglis tributários.

Ao meu querido amigo e exemplo de liderança, Rodrigo Saraiva Marinho, pelas diversas lições de vida que me ensinou e que me acompanham em todos os meus dias. Seu apoio e confiança me ajudam a ser melhor a cada novo desafio.

A todos os meus amigos, em especial às três pessoas que me ajudaram nos momentos mais difíceis deste ano, Naiara de Aguiar, Luana Silva Torres e Emanuelle Sales Rocha, todo o apoio recebido foi o resultado de imerecidos gestos de amor.

“O que você acha, Simão? De quem os reis da terra cobram tributos e impostos: de seus próprios filhos ou dos outros?” (Mateus 7:25b)

RESUMO

O presente trabalho visa promover um exame da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, que originou o Tema 796, por meio da investigação dos argumentos desenvolvidos pelos ministros, para, posteriormente, apresentar proposta diversa que melhor se relaciona com o ordenamento pátrio, principalmente no que se refere às normas constitucionais. Para isso, foi realizada a análise da doutrina predominante no âmbito tributário e empresarial, visando reconhecer os limites da imunidade do ITBI presente no inciso I do §2º do art. 156 da Constituição Federal, referente à operação de realização de capital por meio de bens imóveis, bem como compreender o conceito de reserva de capital, relevante para o estudo do tema em apreço. A partir disso, foi possível concluir pela incongruência dos votos, com destaque na ausência de tratamento específico para assuntos relevantes da decisão, como a configuração de má-fé e a efetiva destinação do valor excedente ao capital social no momento da integralização por meio de bens imóveis. Por fim, foram verificados dois dos principais impactos decorrentes do julgamento realizado pelo STF, com foco no surgimento de nova tese jurídica tributária a partir de obiter dictum presente no voto vencedor. O argumento em questão se refere à incondicionalidade da imunidade em relação à exceção prevista ao fim do dispositivo constitucional, que trata da atividade preponderantemente imobiliária, resultando na percepção de que a tese ainda possui pouca capilaridade no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará.

Palavras-chave: tema 796 de repercussão geral do STF; imposto sobre a transmissão de bens imóveis; imunidade; realização de capital; reserva de capital.

ABSTRACT

This work aims to promote an examination of the decision issued by the Supreme Federal Court, which originated Theme 796, by investigating the arguments developed by the ministers, and subsequently, proposing a different approach that better relates to the national legal system, especially regarding constitutional norms. To achieve this, an analysis of the predominant doctrine in the tax and business scope was carried out, seeking to recognize the limits of the ITBI immunity present in Article 156, Paragraph 2, Section I of the Federal Constitution, related to the operation of capital realization through real estate, as well as understanding the concept of capital reserve, relevant to the study of the subject at hand. From this, it was possible to conclude the inconsistency of the votes, emphasizing the lack of specific treatment for relevant issues of the decision, such as bad faith configuration and the effective allocation of the excess value to the social capital at the time of integration through real estate. Finally, two of the main impacts resulting from the judgment carried out by the Supreme Federal Court were verified, focusing on the emergence of a new tax legal thesis from the obiter dictum present in the winning vote. The argument in question refers to the unconditionality of immunity in relation to the exception provided at the end of the constitutional provision, which deals with predominantly real estate activities, resulting in the perception that the thesis still has little impact within the Court of Justice of the State of Ceará.

Keywords: Theme 796 of the general repercussion of the Supreme Federal Court; tax on the transmission of real estate; immunity; capital realization; capital reserve.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	10
2	CONCEITOS FUNDAMENTAIS PARA A IMUNIDADE DO ITBI	12
2.1	Regra matriz de incidência tributária do ITBI	12
2.1.1	<i>Critério material do ITBI</i>	12
2.1.2	<i>Critério espacial do ITBI</i>	13
2.1.3	<i>Critério temporal do ITBI</i>	14
2.1.4	<i>Critério pessoal do ITBI</i>	15
2.1.5	<i>Critério quantitativo do ITBI</i>	16
2.2	Conceito de imunidade tributária	18
2.2.1	<i>Hermenêutica constitucional aplicada à imunidade tributária</i>	20
3	ANÁLISE DOS VOTOS DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 796.376 ...	22
3.1	Voto do relator ministro Marco Aurélio	22
3.1.1	<i>Finalidade da disposição constitucional</i>	23
3.1.2	<i>Relação entre as contas do capital social e da reserva de capital</i>	28
3.1.3	<i>Impossibilidade de criação de limitação não imposta pelo constituinte</i>	29
3.1.4	<i>Impossibilidade de presunção de má-fé do contribuinte</i>	33
3.2	Voto do ministro Alexandre de Moraes	35
3.2.1	<i>Imunidade incondicionada</i>	35
3.2.2	<i>Inaplicabilidade de interpretação extensiva</i>	38
3.2.3	<i>Destinação escapa da finalidade da norma</i>	40
3.2.4	<i>Má-fé do contribuinte</i>	42
4	NOVA PROPOSTA DE INTERPRETAÇÃO	46
4.1	Destinação do excedente para a conta da reserva de capital	46
4.2	Ausência de qualquer destinação do excedente	47
5	IMPACTOS DO TEMA 796	50
5.1	Fragilização da imunidade tributária	50
5.2	Obiter Dictum como meio para aplicação de nova tese tributária	52
5.2.1	<i>Principais julgados do TJCE acerca da nova tese tributária</i>	53
5.2.2	<i>Apreciação pelo STF da nova tese tributária</i>	55
6	CONCLUSÃO	56
	REFERÊNCIAS	58

1 INTRODUÇÃO

Ao analisar o julgamento pelo Supremo Tribunal Federal que originou o Tema 796, percebe-se clara discrepância de interpretação entre os votos divergentes, bem como a ausência de apreciação de características relevantes para o caso, principalmente no que se refere à síntese proposta, que se resume a destacar que “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” (BRASIL, 2020).

Dessa forma, é premente a averiguação dos argumentos que envolvem a questão, bem como as consequências oriundas da decisão em apreço, para assim desenvolver nova abordagem ao tema que esteja de acordo com os parâmetros constitucionais e respeite uma interpretação adequada para a norma imunizante. Essa necessidade se verifica principalmente quando realizada a análise de parâmetros conceituais e interpretativos não avaliados pelos votos condutores da decisão.

Ressalta-se que o surgimento do Tema 796 possui diferentes impactos para a relação existente entre fisco e contribuinte, principalmente no que se refere ao alcance da decisão, sua negligência com questões particulares não tratadas no julgamento que mesmo assim são submetidas à síntese proposta para o Tema, bem como a utilização de *obiter dictum* do voto vencedor para apreciação de nova tese jurídica no âmbito tributário, que poderá ocasionar diferentes aplicações do direito no âmbito dos tribunais.

Nesse sentido, o presente trabalho tem por objetivo precípuo realizar a análise da interpretação do Supremo Tribunal Federal quanto ao Tema 796 e apresentar as consequências práticas decorrentes da decisão, bem como propor uma interpretação coerente com base no ordenamento jurídico pátrio, respeitando as bases e princípios constitucionais. Ademais, também visa contribuir para o entendimento acerca de nova interpretação proposta no voto vencedor, bem como seus impactos no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará.

Assim, por meio da análise dos principais apontamentos que promovem a defesa ou contestação da aplicação da imunidade prevista no inciso I do § 2º do art. 156 da Constituição Federal para o caso de realização de capital por meio de imóveis que superam o valor do capital social, busca-se apreciar e desenvolver proposta diferente para o tratamento da questão no âmbito judiciário, de modo que respeite a intenção do constituinte e do ordenamento pátrio como um todo.

Para o alcance destes objetivos, foi realizada pesquisa através de fontes bibliográficas e jurisprudenciais que tratam do tema, bem como a análise da legislação pertinente que impacta direta ou indiretamente na interpretação do julgado que originou o Tema em apreço. Assim, foi realizada a análise da doutrina, principalmente no que se refere ao âmbito tributário e empresarial, bem como de leis e disposições constitucionais que atravessam a questão em apreço, além de julgados relevantes ao caso, de modo que, por meio de metodologia indutiva, se objetivou apresentar conclusão condizente através da confluência destas fontes apreciadas e do estudo elaborado.

Dessa forma, o trabalho foi desenvolvido e organizado de modo que em seu primeiro capítulo buscou-se apresentar premissas relevantes para o próprio entendimento do tributo em análise, qual seja, o ITBI, bem como o instituto da imunidade tributária e sua hermenêutica. Já no segundo capítulo, foi desenvolvida uma análise pormenorizada dos votos dos ministros Marco Aurélio, relator, e Alexandre de Moraes, que abriu divergência e se consagrou como voto vencedor, bem como foi realizada a apresentação de outros posicionamentos relevantes para o debate acerca da decisão referida.

Adentrando no capítulo seguinte, foi realizada a apresentação de proposta diversa de interpretação para a questão central, qual seja, a aplicação da imunidade em apreço nas integralizações de capital social com valor excedente, e, por fim, no último capítulo foram apresentadas duas principais consequências advindas do Tema 796 que repercutem na esfera prática do mundo jurídico, levando em conta também o contexto do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará.

2 CONCEITOS FUNDAMENTAIS PARA A IMUNIDADE DO ITBI

Para que a compreensão do presente trabalho parta de uma concreta aferição de significados, é salutar ter as bases conceituais bem fundamentadas. Assim, este capítulo tem por objetivo ressaltar as principais características do imposto sobre transmissão onerosa de bens imóveis, popularmente conhecido como ITBI, mais notadamente através da chamada regra matriz de incidência tributária, proposta por Paulo de Barros Carvalho, bem como pretende delinear os aspectos mais relevantes das imunidades tributárias, levando em conta seu conceito e interpretação conforme a doutrina predominante.

2.1 Regra matriz de incidência tributária do ITBI

Conforme preceitua Carvalho (2021, p. 265), o núcleo lógico-estrutural da norma-padrão de incidência tributária pode ser resumido levando em conta critérios atrelados à hipótese, ou descritor, e à consequência, ou prescritor. Tais critérios formam a chamada regra matriz de incidência tributária, ou RMIT, atrelando à hipótese os critérios material, temporal e espacial, e à consequência, os critérios pessoal e quantitativo.

Dessa forma, para realizar a correlação da regra matriz de incidência ao tema central do presente estudo, a seguir serão abordados cada um dos critérios, bem como sua aplicação na definição da regra matriz de incidência do ITBI.

2.1.1 Critério material do ITBI

Inicialmente, cumpre discorrer acerca do critério material, sendo este responsável pela própria identificação do tributo através da descrição do comportamento a ser realizado que enseja a obrigação tributária, desde que observados outros aspectos da RMIT. Logo, tal comportamento possui condicionantes decorrentes dos critérios temporal e espacial, mas estas serão analisadas a seu tempo. Ressalta-se que, por tratar-se de um comportamento, ele é representado por um verbo pessoal seguido por seu complemento necessário (CARVALHO, 2021, p. 294).

Assim, observando o texto constitucional que institui a competência dos municípios para a cobrança do ITBI, presente no inciso II do art. 156 do referido diploma legal, vê-se que o comportamento a ser definido possui alguns quesitos. Antes de avançar no tema, é pertinente a leitura da disposição constitucional mencionada:

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)

Ao analisar o dispositivo, Canotilho (2018, p. 1.841) compreende que “o ITBI possui duas condutas descritas como capazes de implicar na incidência do tributo: a transmissão de bens imóveis e a cessão de direitos e sua aquisição”. Ademais, tais condutas possuem uma característica imprescindível: a onerosidade.

Portanto, apesar dos demais quesitos também expostos na Constituição, é possível resumir o critério pessoal que compõe a regra matriz do ITBI por meio da seguinte sentença: transmitir bem imóvel por ato oneroso.

Dessa forma, para fins do presente estudo, não serão atribuídos os demais elementos de exceção e complemento da norma, como o alcance para os atos de cessão de direitos, com o fito de transmitir de forma objetiva o cerne da disposição e sua predominância no mundo real, bem como a interrelação com o tema central a ser abordado. Tendo isto em mente, a seguir será apreciada a limitação espacial que condiciona o critério material a certos parâmetros territoriais.

2.1.2 Critério espacial do ITBI

Em complemento ao que já foi abordado, o critério espacial trata-se da delimitação fática quanto ao local do acontecimento que origina a obrigação tributária. Assim, o comportamento apresentado na seção anterior deve respeitar os limites territoriais propostos por este critério. Entretanto, muito se tem perdido com elucubrações de estudiosos que ainda não compreenderam de modo satisfatório a importância e aplicação do critério espacial, confundindo este com o próprio plano de eficácia territorial da lei, de modo que desconsideram as diferentes feições que podem ser adquiridas (CARVALHO, 2021, p. 297).

Independente desse desconcerto, partindo para a compreensão mais pormenorizada do critério, cumpre destacar que este poderá ter maior ou menor definição, a depender da intenção do legislador ao estipular a norma tributária. Nesse sentido, alguns tributos possuem um local normativamente bem definido em que se verifica a ocasião da hipótese efetivada na vida real, enquanto outros tributos não possuem qualquer definição territorial proposta pela norma tributária, havendo assim a correspondência entre o critério espacial e o âmbito de vigência territorial da lei.

Nesse contexto, cumpre destacar a classificação proposta por Carvalho (2021, p. 296-297) quanto as formas compositivas do critério espacial: na primeira classe, se enquadram os casos em que o legislador faz menção a determinado local, especificando-o claramente, como verificado nos impostos de importação e exportação; na segunda classe, apesar de não existir menção de local específico, há uma alusão a áreas determinadas para a incidência do tributo, como nos casos do IPTU e do ITR e, por fim; na terceira classe, estão abarcados os casos em que não há especificação nem de local, nem de área, de modo que todo e qualquer fato que ocorra sob a vigência da norma seria tributado, neste caso enquadram-se os demais tributos, como o ITBI.

Portanto, após estas considerações é possível definir o critério espacial do ITBI, que, em decorrência de sua competência municipal, se resume aos “negócios jurídicos que transmitem a propriedade no âmbito do território do município” (CANOTINHO, 2018, p. 1.842). Ressalta-se que tal definição diz respeito ao local da situação do bem, que não necessariamente corresponde ao município em que a negociação entre as partes é realizada.

Desse modo, torna-se agora relevante entender como tais critérios já mencionados limitam-se quanto ao aspecto temporal.

2.1.3 Critério temporal do ITBI

Partindo para a apreciação do critério temporal, este pode ser definido como o “marco de tempo em que se dá por ocorrido o fato” (CARVALHO, 2021, p. 299). Assim, ele confere um grupo de indicações que oferecem elementos satisfatórios para o conhecimento do instante em que ocorre o fato descrito, passando assim a existir o liame jurídico entre os sujeitos da relação.

Dessa forma, tal critério é extremamente relevante para a determinação da obrigação, não se tratando de banalidade, pois, havendo divergência quanto à definição deste momento temporal, a ocorrência de outros acontecimentos relevantes, como a entrada em vigor de uma lei, pode desencadear diferente tratamento para o caso.

Apesar da importância do critério temporal, este não pode ser confundido com o conceito de hipótese de incidência ou de fato gerador, já que retrata apenas uma das facetas do fenômeno. Entretanto, por diversas vezes o legislador se utiliza do critério temporal a pretexto de se referir ao fato gerador, ocasionando inconsistência na abordagem do tema (CARVALHO, 2021, p. 299-300).

No entanto, já é de conhecimento geral dentro do âmbito jurídico e acadêmico a dificuldade do legislador em precisar a técnica jurídica necessária na função legiferante, sendo compreensível e comum a ocorrência de erros conceituais. Porém, isso não justifica que juristas cometam o mesmo engano, haja vista seu papel na sociedade de articulação técnica do direito.

Após compreender estes aspectos relevantes, tem-se a necessidade de averiguar qual o critério temporal da regra matriz de incidência tributária do ITBI. Para isso, é importante entender como a legislação trata a transmissão de bens, haja vista ser este o acontecimento que resume o aspecto material do tributo em análise.

Assim, conforme preceitua o *caput* do art. 1.245 do Código Civil brasileiro, “transfere-se entre vivos a propriedade mediante o registro do título translativo no Registro de Imóveis” (BRASIL, 2002). Considerando o que dispõe o art. 110 do CTN que estabelece a relação entre os institutos do direito privado e o direito tributário, esta definição pode ser aplicada para o caso.

Portanto, coadunando-se com a legislação pátria, o critério temporal do ITBI verifica-se no momento da realização da anotação correspondente no Registro de Imóveis.

Dessa forma, finda a análise dos critérios decorrentes do descritor, a seguir inicia-se o exame dos critérios relacionados ao prescritor.

2.1.4 Critério pessoal do ITBI

Iniciando a demarcação do prescritor, tem-se o estudo do critério pessoal, o qual refere-se diretamente aos sujeitos da relação jurídica. Tais sujeitos são divididos em sujeito ativo, aquele a quem é devida a prestação, e sujeito passivo, aquele que deve ao primeiro. No que tange ao sujeito ativo, titular do direito subjetivo de exigir a prestação pecuniária, este pode ser pessoa de direito público ou privado (CARVALHO, 2021, p. 335).

Considerando o cerne do presente estudo, não há razão para se aprofundar em debates quanto ao sujeito ativo, tendo em vista sua fácil identificação com relação ao ITBI, devendo então partir para as considerações gerais acerca do sujeito passivo. Este sujeito, por sua vez, materializa-se na pessoa física ou jurídica de quem se exige o cumprimento da prestação, compondo assim a relação obrigacional.

Cumpra destacar que o sujeito passivo pode assumir feição de contribuinte ou de responsável, sendo que estas traduzem diferentes vínculos com a obrigação¹. Apesar de críticas acerca da forma como a legislação estabeleceu esta diferença, para o fim deste trabalho, reconhecer que o contribuinte possui uma relação direta com a obrigação enquanto o responsável reveste-se na condição de contribuinte em decorrência de expressa disposição legal é medida suficiente para o entendimento desta questão.

Desse modo, ao partir para a análise do ITBI em relação ao critério pessoal, verifica-se que o sujeito ativo da relação obrigacional corresponde ao Município, pois este possui competência expressamente prevista na Constituição Federal, enquanto o sujeito passivo se refere ao adquirente ou alienante na transmissão de bens imóveis por ato oneroso, conforme a lei municipal assim estabelecer, baseado no disposto no art. 42 do CTN².

Após a construção de todo o arcabouço pretérito referente aos critérios já apreciados, é o momento de partir para o último aspecto que culminará na conclusão do estudo da RMIT do ITBI.

2.1.5 Critério quantitativo do ITBI

Conforme preceitua Carvalho (2021, p. 360-361), o critério quantitativo diz respeito ao “grupo de notícias informativas que o intérprete obtém da leitura atenta dos textos legais, e que lhe faz possível precisar, com segurança, a exata quantia devida a título de tributo”. Ou seja, o critério quantitativo trata do dimensionamento da obrigação pecuniária que o sujeito passivo deve ao sujeito ativo, sendo a conjugação de duas entidades: a base de cálculo e a alíquota. Apesar da existência de debate acerca das proposições fixas que representam o *quantum debeatur*, como no caso do ISSQN para profissionais liberais, este ponto não será abordado no presente estudo por inexistir relevância para o tema central.

Outrossim, partindo para a análise da composição do critério quantitativo, percebe-se diferença relevante entre suas entidades. Isso porque, enquanto a alíquota se refere a parâmetro aritmético que proporcionaliza o *quantum* devido, a base de cálculo reflete uma conjuntura intrinsecamente relacionada a hipótese de incidência (CARVALHO, 2021). Em outras palavras, a base de cálculo tem a prerrogativa de dimensionar a intensidade do comportamento descrito no critério material do tributo, sendo então relevante para a sua

¹ Conforme o Código Tributário Nacional preceitua em seu art. 121, parágrafo único, I e II.

² O art. 42 do CTN dispõe que contribuinte do imposto é qualquer das partes na operação tributada, como dispuser a lei.

composição a apreciação de parâmetros adequados. Vale ressaltar que ambas as entidades mencionadas devem respeitar de maneira coerente a capacidade contributiva dos sujeitos passivos que fazem parte do polo obrigacional, cumprindo os parâmetros do princípio do não confisco.

Nesse contexto, além de sua participação na mensuração do *quantum debeat*, a base de cálculo tem função importantíssima na identificação do verdadeiro critério material da norma, pois, se para a definição dessa entidade existir a utilização de propriedades estranhas à hipótese tributária, há então latente impropriedade na cobrança. Como prescreve Carvalho (2021, p. 368) “havendo desencontro entre os termos do binômio (hipótese de incidência e base de cálculo), a base é que deve prevalecer. Por isso, tem o condão de infirmar o critério material oferecido no texto, que será substituído por aquele outro que percebemos medido”.

Esta consideração é de grande relevância para o presente estudo, pois, conforme será apreciado nos capítulos seguintes, a base de cálculo será utilizada como parâmetro para a identificação do tributo correspondente a ser pago pelo sujeito passivo quando da análise fática.

Desse modo, prosseguindo para a compreensão do critério quantitativo do ITBI, no que se refere à sua alíquota, a interpretação corrente da jurisprudência corrobora para o entendimento de que a Resolução nº 99/81 que estabelece uma alíquota máxima de 2% para transmissões onerosas foi recepcionada pela Constituição de 1988. Portanto, os municípios possuem a competência para instituir o tributo obedecendo a este limite máximo no que tange a alíquota aplicável.

Sobre esta questão, não existe grande interesse para o foco do presente trabalho. Entretanto, é relevante destacar que alguns municípios têm realizado a cobrança do ITBI com alíquota superior à este limite, como é o caso de Recife (RECIFE, 1991), já tendo sido realizada análise acerca desta ilegalidade e da cobrança antecipada do tributo em trabalho desenvolvido por estudantes da Associação Caruaruense de Ensino Superior (FREITAS; SOUSA, 2020). Essa situação é também observada no município de Fortaleza, como pode ser verificado em seu Código Tributário (FORTALEZA, 1972).

Já em relação ao segundo elemento do critério, cumpre destacar o disposto no art. 38 do Código Tributário Nacional, o qual estabelece como base de cálculo para o ITBI o valor venal dos bens ou direitos transmitidos (BRASIL, 1966). Vale ressaltar que esta disposição do Código Tributário Nacional é anterior à Constituição, mas foi por esta recepcionada, sendo aplicável tanto em relação ao ITBI, quanto ao ITCMD, tendo em vista que esses tributos se resumiam em apenas um quando da criação do dispositivo presente no CTN.

Existem diferentes debates na doutrina quanto à definição do valor venal para a composição da base de cálculo do ITBI, tais questões serão a seu tempo introduzidas e analisadas ao longo do presente trabalho, sendo suficiente para o momento as observações já apresentadas.

Portanto, finda a análise da regra matriz de incidência tributária do ITBI, é oportuno compreender o que são as imunidades tributárias para entendimento mais aprofundado da imunidade presente no inciso I do §2º do art. 156 da Constituição.

2.2 Conceito de imunidade tributária

A imunidade tributária possui diferentes abordagens conceituais plausíveis, entretanto, sua distinção em relação aos demais institutos que desencadeiam a ausência de pagamento do tributo é relativamente simples, pois a imunidade, em síntese, refere-se às normas de exceção da tributação previstas no texto constitucional. Assim, vale destacar apontamento de Hugo de Brito Machado Segundo (2023, p. 83) acerca do tema:

Diz-se que há imunidade quando a Constituição veda a criação e a cobrança de tributos sobre determinados fatos ou sobre determinados sujeitos, retirando-os do âmbito das regras que delimitam a competência tributária, âmbito no qual, do contrário, não fosse a regra imunizante, tais fatos ou sujeitos estariam normalmente abrangidos.

Nesse contexto, a imunidade se aproxima muito mais da isenção do que da não incidência, pois, para a caracterização da não incidência, basta a ausência de sujeição do fato à hipótese estabelecida na norma tributária, não havendo abrangência por ela, enquanto na isenção existe o alcance da norma ao caso, contudo o legislador infraconstitucional decide isentar o pagamento que, de outro modo, seria devido.

Entretanto, apesar das semelhanças, existem diferenças substanciais e práticas entre a imunidade e a isenção, uma delas, como já foi possível apreender do que fora exposto, diz respeito ao seu local na hierarquia das normas, pois, enquanto a isenção se dá no âmbito legal, a imunidade só se caracteriza quando presente no texto constitucional.

Este fato ainda estabelece outra distinção relevante entre estes institutos, pois, sendo a Constituição a responsável por atribuir a competência para a criação de tributos e havendo no mesmo texto normativo disposição que desonera determinado fato ou sujeito, verifica-se que, na realidade, tal desoneração aproxima-se muito mais de uma inexistência de competência do que uma dispensa. Ou seja, a competência estaria delimitada apenas quanto aos fatos que não

abarcam a imunidade, pois, ambas as disposições estão presentes no mesmo texto normativo, não havendo caráter primeiro ou último para essas normas quando comparadas. Assim, não há uma retirada de competência, pois ela na verdade não foi dada.

Ademais, sendo a imunidade instituída no texto constitucional, possui hierarquia superior à isenção e, em decorrência de seu patamar hierárquico, possui uma conjuntura mais robusta e pode ser considerada como direito fundamental adquirido, não havendo possibilidade de revogação nem mesmo pelo poder constituinte derivado.

Cumprido destacar também a classificação das imunidades quanto a sua abrangência podendo ser genérica ou específica, sendo denominadas como genéricas aquelas que atingem uma generalidade de tributos enquanto seria definido como específica a imunidade que trata apenas de um tributo.

Feitos estes apontamentos, é apropriado trazer o enfoque para a imunidade prevista no inciso I do §2º do art. 156 da Constituição Federal de 1988, que é o foco deste trabalho. Tal imunidade refere-se não a um sujeito, mas a fatos que são imunes ao pagamento do ITBI. Para análise da imunidade, cumpre colacionar o texto normativo correspondente abaixo:

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; (BRASIL, 1988)

Como se verifica, o legislador utiliza a expressão “não incide” quando na verdade se refere a uma imunidade e não ao instituto da não incidência, conforme conceitos determinados pela doutrina. Entretanto, apesar da existência desta crítica ao legislador quando este utiliza termos com atecnia, no caso em questão pode-se perceber certa correlação plausível, pois, sendo a imunidade uma previsão constitucional ela delimita a competência de modo que o fato abrangido pela imunidade não a compõe, não podendo ser tratada como uma exclusão de competência, propriamente dita. Nesse aspecto, a imunidade se aproxima mais da não incidência do que da isenção.

Acerca disto, corroborando com o que foi relatado, para Paulsen (2021, p. 121) “as regras constitucionais que proíbem a tributação de determinadas pessoas, operações, objetos

ou de outras demonstrações de riqueza, negando, portanto, competência tributária, são chamadas de imunidades tributárias”.

Partindo para uma análise da imunidade em si, ainda é relevante ressaltar a sua classificação como imunidade específica, haja vista que se refere à imunidade de determinado tributo em uma situação fática delimitada, diferentemente das imunidades genéricas também dispostas na Constituição, como a imunidade recíproca existente entre os entes federativos que alcança todos os impostos.

Após apreciados estes parâmetros, é salutar o entendimento da hermenêutica aplicada à imunidade tributária que será apreciada a seguir.

2.2.1 Hermenêutica constitucional aplicada à imunidade tributária

Conhecendo as principais características da imunidade tributária, bem como o seu conceito, é importantíssimo averiguar a hermenêutica a ser aplicada para interpretação do texto normativo. Vale salientar que a norma jurídica não se resume a um aglomerado de letras, sílabas e palavras que compõem o texto legal, mas também de todo um parâmetro interpretativo que leva em conta a intenção do legislador, o contexto sistemático, bem como diversos outros critérios relevantes.

É importante ressaltar que existe dissenso na doutrina quanto à matéria de interpretação das imunidades tributárias, tal circunstância é também verificada na própria atuação do STF de modo que, conforme bem apreciado por Paulsen (2021, p. 124), para a mesma norma imunizante o Tribunal se utiliza de interpretação ampliativa em dado momento e restritiva em outro.

Neste sentido, a interpretação mais condizente com a realidade compreende que “não é dado ao aplicador assumir qualquer premissa que o condicione a estender ou a restringir a norma que imuniza; deve, sim, perscrutar seu efetivo alcance considerando a regra de imunidade, seu objeto, sua finalidade, enfim” (PAULSEN, 2021, p. 124).

Dessa forma, como pode ser observado nas decisões do STF, a interposição de uma regra fixa de interpretação das imunidades tributárias, considerando a ausência de respaldo pelas disposições constitucionais, na medida em que não há nela qualquer previsão que estabeleça como tais normas devem ser interpretadas, não é medida adequada para o tratamento deste instituto, devendo ser realizada a interpretação de cada norma constitucional de acordo com seus próprios parâmetros e disposições.

Demonstra-se ainda relevante destacar a impossibilidade de aplicação do disposto no art. 111 do CTN, que estabelece o uso da interpretação literal para a legislação tributária, visando o entendimento das imunidades, principalmente em decorrência da hierarquia existente entre os diplomas. Neste sentido, o próprio CTN em seu art. 110 impede a criação de restrição às previsões constitucionais por lei tributária.

Assim, apesar da busca por uma regra de interpretação fixa para as imunidades, é necessário realizar a análise de cada caso específico e suas particularidades para a compreensão da abrangência real da norma em apreço. Neste sentido, Schoueri (2023, p. 246) destaca como um dos grandes desafios do jurista a interpretação para o alcance da norma imunizante, sendo comum a utilização de métodos apriorísticos que facilitem este trabalho, como o jargão segundo o qual as imunidades tributárias se interpretam amplamente, no entanto, é necessário na verdade compreender que as imunidades têm parâmetros divergentes e possuem diferentes funções que devem auxiliar o jurista nesta definição.

Portanto, considera-se prudente interpretar a imunidade prevista no inciso I do §2º do art. 156 da Constituição utilizando-se das técnicas necessárias para o entendimento da norma em sua integralidade, levando em conta que ela não se resume ao texto normativo.

Findo este apanhado conceitual relevante para o entendimento do assunto, cumpre agora destacar as principais questões atinentes à decisão do STF no Tema 796, bem como a apreciação de questões não abordadas pelos ministros que possuem grande importância para a questão.

3 ANÁLISE DOS VOTOS DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 796.376

Primeiramente, cumpre salientar o contexto em que os votos que serão analisados foram proferidos, tendo em vista a Repercussão Geral da decisão. Assim, conforme é extraído do exame dos autos, trata-se de Recurso Extraordinário interposto pela empresa Lusframa Participações Societárias Ltda, em que busca o reconhecimento da imunidade tributária prevista no art. 156, § 2º, inciso I, da Constituição Federal referente ao ITBI, disposição já referendada no presente trabalho.

No contexto fático, os sócios da empresa pretendiam realizar a integralização do capital social³ no valor de R\$ 24.000,00, por meio de imóveis correspondentes ao valor de R\$ 778.724,00⁴, sendo que a diferença entre os dois valores seria remanejada para a conta da reserva de capital da sociedade, conforme previsto em seu Contrato Social.

Nesse cenário, diferentes desafios surgem a partir da análise dos votos do ministro Marco Aurélio, designado para a relatoria, e do ministro Alexandre de Moraes, responsável por abrir divergência e consagrar-se como voto vencedor. Dentre estes desafios, no presente trabalho destacam-se dois: (a) a cobrança do ITBI sobre a diferença entre o capital integralizado e o valor venal do imóvel, que no caso em tela foi registrado contabilmente como reserva de capital; (b) a aplicabilidade ou não do critério da atividade predominante para a realização de capital. Ambos serão tratados em momento posterior.

Apesar dos assuntos possuírem diferentes nuances, a decisão paradigma do STF que fixou o Tema 796 utiliza do entendimento quanto à inaplicabilidade do critério da atividade predominante para fixar argumento a favor da cobrança do ITBI no que tange a diferença entre o valor do imóvel e o capital social da empresa quando da integralização.

Assim, vale ressaltar quais os principais apontamentos apresentados por ambos os ministros em seus respectivos votos, bem como outras discussões relevantes à decisão, para, assim, realizar a construção de uma resposta congruente em relação a questão abordada.

3.1 Voto do relator ministro Marco Aurélio

No que tange ao voto do ministro Marco Aurélio, que direcionou sua argumentação no sentido de ser aplicável a imunidade do ITBI sobre o montante do valor do imóvel,

³ Termo que também se refere a realização de capital.

⁴ Conforme o valor histórico dos bens, tendo em vista não ter sido realizada a avaliação em razão da impossibilidade de dilação probatória em mandado de segurança, tipo de ação proposta pela sociedade.

independente do valor do capital social, destacam-se os fundamentos pormenorizados a seguir. Ademais, foram também consideradas outras razões que reforçam este entendimento, principalmente levando em conta o posterior voto do Min. Alexandre de Moraes.

3.1.1 Finalidade da disposição constitucional

O primeiro argumento a ser apreciado consiste na própria interpretação do texto Constitucional, baseando-se na interpretação teleológica do texto normativo presente no inciso I do § 2º do art. 156 da Constituição Federal.

Como já abordado anteriormente, para a interpretação do texto constitucional, segundo Paulsen (2021, 124), não é cabível a apropriação de premissa pelo aplicador que condicione ou de algum modo interfira na abrangência das normas imunizantes, devendo ser realizada uma análise específica de cada caso, podendo, para isso, utilizar-se das técnicas interpretativas disponíveis.

Dessa forma, averiguando-se o método teleológico que está sendo abordado, é relevante a compreensão de seu objetivo precípua, para então ser compreendido em relação à norma imunizante em apreço. Assim, considerando a origem do método de interpretação teleológico, percebe-se sua relação intrínseca com a averiguação da intenção do legislador, sendo este método diretamente ligado ao “*volksgeist*”, ou “espírito do povo”.

Nesse sentido, apontamento realizado por Schoueri (2021, p. 413) possibilita a melhor compreensão acerca do tema, pois, conforme este ressalta, a Escola Histórica de Savigny entendia que o papel do intérprete seria reconstruir o pensamento do legislador que estaria na lei, desse modo, entendia o direito como fruto da história que constituía seu próprio ser, sendo apresentados diferentes elementos para a interpretação, quais sejam: gramatical, lógico, histórico e sistemático.

Deste modo, como destacado no voto do Min. Marco Aurélio, “a verdadeira razão da lei está na finalidade para a qual editada e no exame dos fatos que para ela contribuíram. Assim tem entendido o Supremo, quando em análise casos situados na zona limítrofe entre tributação e imunidade” (BRASIL, 2020).

Seguindo o exame do voto, o ministro entende que a razão de ser da imunidade em apreço nada mais é do que “facilitar o trânsito jurídico de bens, considerado o ganho social decorrente do desenvolvimento nacional, objetivo fundamental da República – artigo 3º, inciso III, da Lei Maior” (BRASIL 2020).

Assim, visando complementar esta consideração, a seguir são apontados outros fatores que destacam a relevância da interpretação teleológica no caso em tela. Antes, porém, vale salientar que a interpretação das normas constitucionais tributárias segue os mesmos preceitos das demais normas constitucionais, tendo em vista o caráter uno do ordenamento jurídico, não havendo justificativa para um tratamento diferente em relação às normas tributárias por meio de métodos próprios (SEGUNDO, 2023, p. 123).

Levando todas estas questões em conta, é relevante apresentar a análise do texto normativo não apenas quanto à sua interpretação teleológica, mas também aplicando o método hermenêutico concretizador, pois este cumpre papel decisivo na exegese contemporânea. Isso se dá em decorrência do caráter *sui generis* da norma constitucional, haja vista que esta carrega um conteúdo axiológico que necessita ser previamente preenchido e concretizado na medida em que o texto normativo é interpretado e aplicado à realidade fenomênica do direito (MENDES e BRANCO, 2023, p. 41).

Isto se dá principalmente pelo caráter não apenas normativo da Constituição, mas também político, sendo um instrumento legal com características particulares, principalmente no que se refere à sua concretização.

Dentre os princípios que integram este método, está presente o princípio da máxima efetividade, que ressalta a eficácia da norma constitucional. Assim, conforme este princípio, o texto constitucional deve receber interpretação que lhe confira a maior eficácia possível, visando o cumprimento dos objetivos da norma de maneira plena. Tal visão é relevante especialmente no que tange às disposições constitucionais que tratam de direitos fundamentais, pois promovem uma segurança e menor flexibilização de direitos inerentes à pessoa humana.

Apesar deste princípio ser favorável à argumentação do ministro Marco Aurélio, vale ressaltar que sua aplicação não é absoluta, havendo limites a serem respeitados principalmente quando está sendo analisada uma regra constitucional e não um princípio, pois a própria regra possui sua especificação que a limita e direciona. Nesse sentido, em relação às fórmulas constitucionais, não é dado ao intérprete “transfigurar o conceito, de modo a que cubra dimensões essenciais e qualitativamente distintas daquelas que caracterizam a sua intenção jurídico-normativa” (MIRANDA, 2018, p. 428).

Com égide no que foi apresentado, levando em conta o método clássico como base interpretativa e o método hermenêutico-concretizador como complemento necessário, é salutar a compreensão do que a norma específica estabelece entre as palavras que esta utiliza, para assim determinar os limites a serem traçados.

Desse modo, iniciando a análise do texto constitucional, conforme já transcrito no presente trabalho, este estabelece a imunidade das operações de realização de capital. É salutar se iniciar pela compreensão do termo “realização de capital” que pode ser entendido, em conformidade com a disposição recepcionada do CTN, como a “incorporação ao patrimônio de pessoa jurídica em pagamento de capital nela subscrito” (BRASIL, 1966).

Em relação ao conceito em apreço, entende-se que este “se refere à transmissão dos bens imóveis ou direitos a eles relativos da pessoa de quem constitui uma pessoa jurídica, ou eleva seu capital social, como forma de pagamento do capital subscrito” (MACHADO, 2015, p. 378).

Ademais, é também importante apresentar o conceito de reserva de capital, sua causa, bem como seus desdobramentos, tendo em vista o caso julgado no Tema 769, em que este conceito se mostra relevante. Assim, iniciando pela análise da disposição legal acerca deste conceito, é pertinente a apresentação do que preceitua o art. 182 da Lei nº 6.404/1976, conhecida popularmente como Lei das Sociedades Anônimas⁵:

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;
- c) (revogada);
- d) (revogada).

§ 2º Será ainda registrado como reserva de capital o resultado da correção monetária do capital realizado, enquanto não-capitalizado. [...] (BRASIL, 1976)

Esta reserva pode ser formada nos casos de emissão de ações com ágio, conforme o art. 13, §2º, da Lei nº 6.404/76⁶, ou seja, quando o valor desembolsado para aquisição da participação societária é maior do que o valor que ela representa no capital social da empresa, existe a formação de reserva de capital que corresponderá ao que supera o valor nominal das ações (SACRAMONE, 2023, p. 104). Tal fato ocorre principalmente pelo caráter estático do capital social em contrapartida ao caráter dinâmico das negociações mercantis e societárias.

Acerca do caráter estático do capital social, ressalta-se o posicionamento de Sacramone (2023, p. 90):

⁵ As disposições da Lei nº 6.404/76 podem ser aplicadas supletivamente à sociedade limitada, conforme o art. 1.053, parágrafo único, do Código Civil.

⁶ Conforme a previsão legal, a contribuição do subscritor que ultrapassar o valor nominal constituirá reserva de capital.

O capital social não se confunde com o patrimônio da sociedade. O capital social é o montante inicial do patrimônio, o qual deverá ser incluído no contrato social. Ao longo do desenvolvimento da atividade, entretanto, o patrimônio social sofrerá constante alteração, embora o capital social permaneça inalterado no contrato. O valor do capital social, como procura garantir os credores do pagamento das obrigações sociais, apenas pode ser alterado segundo determinados requisitos legais.

Portanto, o sócio que forma reserva de capital, principalmente no âmbito das sociedades anônimas, tem a intenção de adquirir quota social que, apesar de seu valor nominal constituir preço menor que o ofertado pela empresa, seu valor intrínseco é maior em decorrência dos benefícios oriundos da participação societária. Dessa forma, mesmo existindo ágio, não há ardil na negociação, pois tanto sócio quanto empresa recebem ganhos correspondentes.

Neste ponto, é importante ressaltar o caráter distintivo da participação societária, haja vista que, mesmo em caso de pagamento de quantia superior ao valor nominal, ela ainda é competitiva e integra o mercado. Isso se dá em decorrência do que se denomina valor de negociação, que diz respeito ao valor oferecido pelo acionista para alienação de sua participação a um terceiro, sendo livremente convencionado conforme a oferta e procura pelas ações (SACRAMONE, 2023, p. 104). Vale ressaltar que a expectativa de ganhos é fator que coopera para a determinação deste valor, bem como a espécie de ação⁷ (VENOSA e RODRIGUES, 2023, p. 208). Assim, uma participação societária pode ter menor ou maior valor de mercado, verificado nas negociações, do que o seu valor nominal expressado no capital social.

Seguindo com a análise, vale ressaltar que a disciplina da reserva de capital é pouco desenvolvida na doutrina pátria. Entretanto, suas principais características podem ser extraídas também da legislação, principalmente no que tange à sua função, o que se observa na leitura do art. 200 da Lei nº 6.404/1976:

Art. 200. As reservas de capital somente poderão ser utilizadas para:
I - absorção de prejuízos que ultrapassarem os lucros acumulados e as reservas de lucros (artigo 189, parágrafo único);
II - resgate, reembolso ou compra de ações;
III - resgate de partes beneficiárias;
IV - incorporação ao capital social;
V - pagamento de dividendo a ações preferenciais, quando essa vantagem lhes for assegurada (artigo 17, § 5º).
Parágrafo único. A reserva constituída com o produto da venda de partes beneficiárias poderá ser destinada ao resgate desses títulos. (BRASIL, 1976)

⁷ Ordinária, preferencial ou de fruição, conforme disposto no art. 15 da Lei nº 6.404/76.

Assim, apesar das diferentes formas de utilização da reserva de capital, a lei estabelece este limite, pois, conforme o *caput* preceitua, somente estes usos são legítimos. Dessa forma, realizando uma observação dos itens taxativamente elencados, todos correspondem a benefícios atribuídos à sociedade empresária e não ao sócio que realizou a aquisição de participação com ágio, ou seja, que concorreu para a formação de reserva de capital⁸.

Portanto, a formação de reserva não se caracteriza como uma contrapartida recebida pelo sócio quando da compra de ações com ágio, pois sua percepção se limita à participação societária em negociação, sendo a reserva de capital conta específica da sociedade que beneficia a esta e, conseqüentemente, a todos os seus sócios, indiscriminadamente, a depender de seu uso específico.

Sendo assim, finda a análise dos conceitos de realização de capital e reserva de capital, cumpre ainda averiguar a origem e surgimento da disposição constitucional referente à imunidade em comento. Para isso, será comparada à previsão atual da Constituição Federal de 1988, a disposição anterior que acomodava a imunidade, qual seja, o § 2º, do art. 9º da Emenda nº 18/65, que assim prescrevia:

§ 2º O imposto não incide sobre a transmissão de 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 venda ou a locação da propriedade imobiliária ou a cessão de direitos relativos à sua aquisição. (BRASIL, 1965)

Conforme se extrai da comparação entre os termos utilizados pela Constituição Federal de 1988 e o trecho acima, percebe-se a clara semelhança, bem como a conjugação dos conceitos da disposição constitucional atual no termo “incorporação ao capital” utilizado na emenda referida. Ou seja, a alteração proposta pela constituinte de 1988 buscou expandir o texto normativo para citar o que ele já fazia referência, tendo sido escolhidos os termos realização de capital, fusão, incorporação, cisão e extinção de pessoa jurídica, vocábulos amplamente conhecidos na sistemática do direito empresarial.

Dessa forma, pode-se perceber a ausência de motivação por parte do constituinte de reduzir a eficácia da disposição pretérita, mas sim seu objetivo de simplesmente elencar as hipóteses que representam a anteriormente denominada “incorporação ao capital”. Nisto, verifica-se a abrangência da norma, haja vista que o termo utilizado tinha por baliza qualquer tipo de investimento direto realizado pelo sócio por meio de bem imóvel que integrasse, ou seja, fosse incorporado ao patrimônio da sociedade.

⁸ Ressalta-se que esta espécie de formação de reserva em decorrência de aquisição com ágio não é a única, como já demonstrado anteriormente, mas trata-se da espécie relevante para o presente estudo.

Tal contexto histórico apoiado no princípio da máxima efetividade ressalta a necessidade de aplicação da imunidade para o caso de direcionamento de parte do valor do bem para a conta da reserva de capital.

Rememora-se, que a reserva de capital não se configura uma contrapartida para o sócio, pois este na verdade transfere seu bem imóvel para aquisição de participação societária, que, segundo sua perspectiva mercadológica, valeria o custo superior ao seu valor nominal. Tal conclusão se dá observando a questão por um panorama válido para a sociedade anônima, que é o tipo societário por excelência, e que pode ser espelhado pela sociedade limitada, desde que previsto em seu contrato social⁹.

Nesse sentido, destaca-se inclusive a inexistência de qualquer referência à reserva de capital na declaração do imposto de renda do sócio que ingressa em sociedade por meio da aquisição de participação societária com ágio, pois este apenas recebe sua cota-parte como contrapartida.

Em vista disso, a cobrança de ITBI sobre a fração excedente do valor do imóvel em relação ao capital social não possui amparo na interpretação da disposição constitucional. A seguir, vale ainda apresentar a relação existente entre as contas do capital social e da reserva de capital para promoção desta interpretação pela aplicabilidade da imunidade em comento.

3.1.2 Relação entre as contas do capital social e da reserva de capital

A presente seção tem por objetivo apresentar complemento necessário para o entendimento da relação existente entre as contas patrimoniais do capital social e da reserva de capital. Isso porque outro argumento que reforça a caracterização do valor encaminhado para a formação de reserva de capital como imune quanto ao ITBI, refere-se à sua mesma identidade de origem, no caso analisado, em comparação com a integralização de capital social.

Inicialmente, é importante destacar que, na operação em apreço, a conta da reserva de capital é formada a partir de uma contrapartida do sócio que passa então a integrar o patrimônio da sociedade, de modo que representa uma incorporação ao capital de uma sociedade, em consonância a disposição vigente no plano constitucional anterior.

Assim, por ser um investimento direto em uma sociedade empresária, conforme apresentado pelo ministro Marco Aurélio em seu voto, deve receber tratamento idêntico ao

⁹ Conforme preceitua o parágrafo único do art. 1.053 do Código Civil.

disposto para a realização de capital, pois, havendo o mesmo fundamento, deve ser aplicado o mesmo direito (BRASIL, 2020).

Além da argumentação do ministro, cumpre salientar o caráter acidental da formação de reserva de capital no caso, haja vista que ela se dá como mera consequência da realização de capital, sendo acessória a esta, o que se extrai da disposição presente no art. 182, §1, alínea a da Lei nº 6.404/1976.

Isso se dá em decorrência da incompatibilidade entre o valor de aquisição de quotas ou ações e a participação efetiva na sociedade, se for considerado que ela se resume ao valor nominal, como apresentada na seção anterior. Apesar dessa diferença, não se observa óbice para a manutenção dos investimentos dos sócios, mesmo quando estes são desproporcionais quando comparados os valores investidos em diferentes ofertas, já que as diferenças se dão em decorrência do estado em que a oferta e a procura foi verificado em cada momento de negociação.

Dessa forma, os sócios continuam a realizar investimentos diferentes em decorrência do valor de negociação da participação societária em cada momento, de modo que o ágio integra a conta da reserva de capital como uma consequência da integralização pelo valor negociado. Nesse contexto, a reserva de capital é apenas um meio e não um fim em si mesmo, não sendo legítima a exigência do pagamento de ITBI sobre o valor direcionado para esta conta quando da integralização de bens imóveis que excedem o valor do capital social.

Portanto, feitas essas considerações, é oportuno apresentar novo apontamento não realizado pelo Min. Marco Aurélio, mas que se torna relevante pela sua relação direta com a argumentação proposta pelo voto contrário do ministro Alexandre de Moraes, que será analisado ao seu tempo.

3.1.3 Impossibilidade de criação de limitação não imposta pelo constituinte

Indo além dos pontos apresentados pelo ministro, reconhecendo a intenção do legislador constituinte, bem como a relação entre as contas do capital social e da reserva de capital já apresentada, é necessária a apresentação de outra questão fundamental para a argumentação contrária à decisão do Tema 796, qual seja, a impossibilidade de criação de limitação não formulada pelo legislador.

Quanto a isto, cumpre destacar a tese proposta pelo Tema:

A imunidade em relação ao ITBI, prevista no inciso I do § 2 do art. 156 da Constituição Federal, não alcança o valor dos bens que exceder o limite do capital social a ser integralizado. (BRASIL, 2020)

De imediato, verifica-se que a síntese abrange questão que excede os parâmetros do caso tratado em julgamento pelo Supremo Tribunal Federal, pois não trata apenas da tributação de valores advindos de imóvel que sejam integralizados por sócio com ágio a título de reserva de capital, mas também valores que sobressaiam ao valor do capital social e que não são reposicionados em quaisquer contas para a sociedade empresária. Tendo em vista este ponto, cumpre tratar da tese proposta nos dois cenários, ou seja, com ou sem formação de reserva de capital.

Em primeiro lugar, no que diz respeito ao caso de direcionamento do valor excedente para a conta da reserva de capital, rememora-se o que já foi exposto quanto à correlação entre a participação do sócio como investidor na sociedade e o fundamento legislativo desta imunidade, pois, havendo o interesse de promover a atividade empresária, o legislador criou tal imunidade que, pela sua interpretação teleológica e sistemática, abarca também o valor direcionado para a conta da reserva de capital.

Quanto a isto, destaca-se ainda que a imunidade de nenhuma forma foi limitada pela nova previsão da Constituição de 1988, mas na verdade foi traduzida para auxiliar a interpretação do texto, de modo que continua a ser aplicada para o caso de incorporação ao capital da sociedade decorrente de uma contrapartida do sócio.

Já em relação ao segundo cenário, qual seja, a abrangência do Tema 796 para casos em que o valor do imóvel sobrepuja o valor do capital social a ser integralizado sem a formação de reserva de capital, vale salientar os seguintes pontos.

Inicialmente, destaca-se a criação de novo critério material para o ITBI sob a justificativa de evitar eventual fraude dos sócios, pois, caso de fato o imóvel possua valor superior, este valor excedente não poderia ser reconhecido como uma transferência de propriedade imobiliária com incidência de ITBI, pois não existiria qualquer contrapartida financeira da sociedade que pudesse ser alegada para caracterização da onerosidade necessária¹⁰. De maneira diversa, a transmissão de propriedade imóvel de forma gratuita, ou seja, sem onerosidade, na verdade faz parte do critério material de outro tributo: o ITCMD.

¹⁰ Salienta-se a compreensão já apresentada neste estudo de que a formação de reserva de capital também não configura contrapartida direta ao sócio. Entretanto, por este entendimento não ser uníssono, possui menor evidência do que no caso em que não há sequer formação de reserva de capital. Por isso a mudança na argumentação proposta.

Neste ponto, ressalta-se novamente o caráter particular da valorização de uma participação societária que, para o sócio em questão, mesmo realizando um aporte por meio de imóvel com valor acima ao do capital social, poderia encontrar-se no lucro, já que a empresa teria a possibilidade de dar um retorno muito mais expressivo para ele, ou mesmo seus acionistas pares podem ter realizado investimentos maiores e deterem a mesma participação societária com a possibilidade do ágio.

Ainda neste assunto, vale também abordar a própria forma de definição do valor do imóvel para fins de cobrança do ITBI, pois, considerando a jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal de Justiça, amparada em vasta doutrina, existe concordância no entendimento de que o valor do imóvel considerado para a base de cálculo seria o valor da própria negociação entre as partes, tendo em vista ser esta a grandeza que melhor expressa o critério material, bem como se relaciona de maneira intrínseca com o próprio valor de mercado do imóvel, já que trata-se de clara relação de oferta e procura.

Nesse sentido, o STJ fixou a seguinte tese no Tema Repetitivo 1.113:

- a) a base de cálculo do ITBI é o valor do imóvel transmitido em condições normais de mercado, não estando vinculada à base de cálculo do IPTU, que nem sequer pode ser utilizada como piso de tributação;
- b) o valor da transação declarado pelo contribuinte goza da presunção de que é condizente com o valor de mercado, que somente pode ser afastada pelo fisco mediante a regular instauração de processo administrativo próprio (art. 148 do CTN);
- c) o Município não pode arbitrar previamente a base de cálculo do ITBI com respaldo em valor de referência por ele estabelecido unilateralmente. (BRASIL, 2022)

Desse modo, para reconhecimento de outro valor como base de cálculo para o ITBI, é necessário afastar a presunção de boa fé do contribuinte, que será tratada com maior detalhe posteriormente. Ademais, a base de cálculo do ITBI não pode ser reconhecida nos mesmos parâmetros que o IPTU, mesmo que ambos utilizem o termo “valor venal” como referência para as suas bases de cálculo, pois tratam-se de impostos com critérios materiais fundamentalmente diferentes, bem como seus lançamentos são realizados também de formas diversas.

Assim, o fisco não tem a possibilidade de, desconsiderando a relação de mercado, realizar a cobrança indiscriminada de ITBI sobre montante acima do negociado, retirando a decisão das partes sobre a transação, sendo estas que possuem relação direta com o fato gerador. Portanto, a autoridade fiscal apenas poderá propor diferente base de cálculo por meio de procedimento próprio, como será visto mais adiante.

Neste ponto, cabe ainda salientar a relação existente entre o ITBI e o Imposto de Renda Pessoa Física, haja vista que, em determinados casos, considerando a sistemática adotada pelo STF, o sócio que deseja integralizar sua participação societária por meio de imóveis se vê obrigado à realizar o pagamento de um desses tributos, mesmo sendo expresso o objetivo constitucional de promoção do empreendedorismo através da imunidade nesta operação.

Para melhor compreensão, é necessário ter conhecimento acerca do que prevê o art. 23 da Lei nº 9.249/1995, vejamos:

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.

§ 2º Se a transferência não se fizer pelo valor constante da declaração de bens, a diferença a maior será tributável como ganho de capital. (BRASIL, 1995)

Conforme se verifica da disposição legal, o sócio pode realizar a integralização de imóvel pelo valor constante em seu imposto de renda sem caracterização de distribuição disfarçada de lucros, prevista nos decretos mencionados. Esta regra foi fixada visando a facilitação para o sócio realizar investimentos na sociedade sem preocupar-se com a tributação incidente, ecoando a finalidade da imunidade do ITBI prevista na Constituição, já que, se este realiza a integralização com valor acima do presente na sua declaração de imposto de renda, isto configuraria ganho de capital, fazendo com que fosse necessário realizar o pagamento de percentual sobre esta diferença a título de imposto de renda.

Entretanto, como o leitor já pode ter inferido, com a definição do Tema em análise, o sócio encontra-se em uma situação em que precisa decidir qual dos dois impostos pagar caso a avaliação do imóvel supere o valor da declaração do imposto de renda, pois, se o valor do capital social integralizado for equivalente ao valor do imóvel no imposto de renda, o sócio não realizará o pagamento do IRPF, no entanto, o fisco poderá cobrar o pagamento do ITBI sobre a diferença entre o valor presente na declaração e o valor de avaliação. Por outra sorte, caso o capital social integralizado corresponda ao valor de avaliação do imóvel, o sócio precisará pagar o IRPF sobre o ganho de capital, por existir diferença positiva entre esses valores.

Assim, considerando a diferença entre os conceitos de valor nominal do capital social e valor de negociação, bem como levando em conta que as participações societárias podem

ser também consideradas bens a serem negociados, sendo possível a aquisição por valor acima do capital social, para determinação da existência de simulação é necessário entender, em cada caso, se o valor de negociação da participação societária e o valor de mercado do imóvel são equivalentes, não restringindo a comparação apenas ao valor nominal.

Nesse sentido, havendo de fato disparidade entre os valores dos bens negociados, o excedente referente ao valor do imóvel deve ser considerado como uma doação, haja vista que este valor não possui contrapartida onerosa para o sócio. Destaca-se que, para a incidência do ITCMD, é estritamente necessário reconhecer a simulação na operação de realização de capital, pois só desse modo o fisco poderia realizar a cobrança considerando a necessidade do afastamento da boa-fé presumida.

Dessa forma, havendo disparidade comprovada entre os valores mencionados, a autoridade fiscal estaria de frente à uma simulação, pois, a título de realização de uma transferência onerosa imune, qual seja, a realização de capital, o contribuinte estaria realizando a doação de parte do imóvel, pois este possuiria valor superior ao valor de mercado das quotas sociais ou ações negociadas.

Assim, o lançamento do ITCMD sobre a diferença dos valores deveria ser realizado de ofício, com base no inciso VII do art. 149 do CTN. Vale ressaltar que a autoridade fiscal competente é a estadual e não a municipal, tendo em vista a competência para a instituição do ITCMD disposta na Constituição¹¹.

Desse modo, levando em conta todos os aspectos já mencionados, cumpre agora apreciar com maior detalhamento o papel da presunção de boa-fé do contribuinte no caso em análise.

3.1.4 Impossibilidade de presunção de má-fé do contribuinte

Como já tangencialmente abordado na seção anterior, o tributo a ser cobrado em caso de valor acima do estabelecido no capital social deve ser o ITCMD e não o ITBI. Neste momento, vale ressaltar o contexto específico para a possibilidade de aplicação deste outro tributo em casos determinados.

Entretanto, antes de adentrar nesta questão, cumpre salientar cenário observado na realidade brasileira dos últimos anos. Ocorre que, conforme se verifica na sistemática de muitas famílias abastadas, o valor pago a título de ITCMD quando da realização de inventário

¹¹ Art. 155, I da Constituição Federal de 1988.

e divisão da herança entre os herdeiros costuma ocasionar uma redução drástica no valor final a ser transmitido. Ressalta-se que, além da tributação, ainda existem gastos com o judiciário, como custas, contratação de advogado, perícia, entre outros, bem como o ônus referente ao tempo dos herdeiros e também credores que aguardam a conclusão do processo de inventário.

Uma das formas de contornar este cenário é o desenvolvimento de um planejamento patrimonial e sucessório envolvendo as chamadas holdings familiares. Destaca-se que a criação dessas pessoas jurídicas e sua utilização para organização do patrimônio e agilidade na tramitação de posteriores processos de inventário não possuem qualquer ilegalidade. Ademais, a transmissão proporcional de quotas ou ações para herdeiros é muito mais facilitada do que a transmissão e divisão entre os herdeiros de bens imóveis que precisam ser avaliados individualmente e transferidos, havendo também diversos custos secundários existentes, como as despesas cartorárias.

Entretanto, à parte desse benefício legítimo de gestão do patrimônio, muitas vezes tais planejamentos também buscam se evadir do pagamento de tributos incidentes sobre a transmissão *causa mortis*, a saber, o ITCMD. Assim, mais uma vez reforça-se o envolvimento deste tributo com o tema em apreço.

Nesse contexto, visando a redução do tributo no momento da transmissão da herança, busca-se realizar a integralização de imóveis em sociedades empresárias por valores muito abaixo do seu valor de mercado, realizando assim uma simulação, buscando burlar a tributação que seria realizada posteriormente.

Exemplificando, quando da morte do proprietário dos imóveis que passou a ser proprietário das quotas ou ações em decorrência da integralização, o ITCMD incidirá sobre o valor nominal das quotas ou sobre o valor de mercado da participação societária alcançado por meio de avaliação de um profissional, caso a empresa se mantenha em operação e não ocorra a liquidação total ou parcial¹². Assim, dependendo do contexto de atuação da empresa e da defasagem comentada anteriormente, esta manobra poderá resultar em um tributo menor do que o que seria de fato pago sem a realização da simulação.

Neste ponto, percebe-se que o verdadeiro prejudicado, quando da realização de simulação visando um pagamento reduzido de ITCMD incidente sobre a transmissão *causa mortis*, é na verdade o estado em que está localizado o bem e não o município, pois, considerando a situação fática observada, o contribuinte não teria outro motivo para realizar a simulação em questão senão em decorrência da redução de tributação posterior referente ao

¹² No caso de liquidação total ou parcial da sociedade, haveria a valoração com base no levantamento patrimonial completo da sociedade, o que consideraria os imóveis de sua propriedade.

ITCMD, já que, se este realizasse a integralização pelo valor do bem, não haveria incidência de ITBI.

Nesse sentido, uma abordagem condizente com as circunstâncias, seria a desconsideração do valor atribuído na integralização de capital no momento da transmissão *causa mortis*, para, assim, ocorrer a incidência do imposto devido, qual seja, o ITCMD, sobre o valor real dos imóveis existentes e transferidos de forma simulada através das ações ou quotas sociais. Uma outra possibilidade ainda mais interessante poderia ser a realização da apuração da base de cálculo do ITCMD *causa mortis* considerando para valoração da participação societária o correspondente ao valor dos imóveis, não sendo necessária a desconstituição de toda a operação anterior, mas promovendo a tributação condizente com a transmissão realizada.

Neste ponto, a intenção do judiciário em evitar possíveis evasões fiscais é compreensível, contudo, resultou em uma determinação que alcança a todos, mesmo que não haja qualquer intenção de fraudar a autoridade fiscal. Neste contexto, ressalta-se o respeito ao princípio da boa-fé objetiva que é aplicável para a relação jurídica entre contribuinte e fisco (HARADA, 2021, p. 483), não sendo possível presumir a má-fé do contribuinte.

Acerca deste tema, destaca-se inclusive a necessidade de correlação entre a simulação e a incidência tributária, pois, a título de exemplo, havendo sonegação de receitas decorrentes de comercialização de mercadorias, não haveria justificativa para o Fisco realizar a cobrança de ISSQN sobre o valor, já que é necessária a existência de vinculação ao fato gerador para o surgimento da obrigação tributária. Assim, se a intenção do legislador, ou, no caso em tela, do judiciário, é evitar a fraude contra a Fazenda Pública, isso não justifica a cobrança de ITBI sobre a diferença entre valores discutida, pois o tributo fraudado é outro, de natureza e fato gerador diversos, apesar de suas semelhanças.

3.2 Voto do ministro Alexandre de Moraes

Após a análise dos argumentos favoráveis à imunidade na transferência de imóveis à título de realização de capital, cumpre apresentar também os argumentos contrários levantados pelo Min. Alexandre de Moraes, como serão listados a seguir.

3.2.1 Imunidade incondicionada

Inicialmente, cumpre destacar a inusitada interpretação dada pelo ministro Alexandre de Moraes quanto à norma presente no inciso I do §2º do art. 156 da Constituição Federal de 1988. Conforme defendido em seu voto, a referida disposição constitucional pode ser dividida em duas partes, contendo na primeira uma imunidade incondicionada, ou seja, sem limitação imposta pela Constituição, e na segunda uma condicionada.

Esta interpretação se baseia na premissa de que o trecho final do dispositivo, que traz uma exceção para a imunidade, está vinculado apenas aos casos imediatamente anteriores na oração, não sendo, portanto, aplicável ao primeiro caso citado no inciso. Assim, a sentença: “salvo se, nesses casos, a atividade preponderante for a compra e venda desses bens ou direitos, locação de bens imóveis ou arrendamento mercantil” (BRASIL, 1988), não seria condicionante para a operação de realização de capital.

Para melhor compreensão do que foi exposto, é relevante transcrever a previsão normativa a seguir e, assim, delinear sua divisão sugerida pelo Ministro:

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; (BRASIL, 1988)

Observando a estrutura do inciso, a separação entre as imunidades se verifica pelo termo “nem”, sendo a primeira parte referente a imunidade incondicionada, e a segunda parte condicionada à exceção expressa ao final do texto constitucional. Em conformidade com esta interpretação se verifica a doutrina de Kiyoshi Harada, inclusive citada no voto em apreço.

Com base nesta interpretação, argumenta-se contra a tese de que não haveria a possibilidade de criação de nova limitação à imunidade em apreço, por esta já possuir condicionante no texto constitucional. Assim, por não haver exceção prevista, conforme destacado pelo ministro, a interpretação da norma “não pode inovar criando outras hipóteses excepcionais” (BRASIL, 2020). Entretanto, apesar de existir possibilidade concreta para a aplicação da interpretação acima, sua probabilidade é diminuta, tendo em vista as questões a seguir mencionadas.

Primeiramente, o próprio histórico interpretativo desta disposição constitucional destaca o caráter acidental da visão do ministro Alexandre de Moraes, haja vista que grandes

estudiosos da área do Direito Tributário como Luis Eduardo Schoueri, Sacha Calmon Navarro Coêlho e Hugo de Brito Machado Segundo, bem como a vasta maioria da doutrina, sempre se utilizou de interpretação diversa no sentido de que a exceção se refere a todas as hipóteses do inciso, ecoando o que o próprio legislador possuía a intenção de asseverar, em conformidade com o que já era previsto no texto constitucional anterior. A própria jurisprudência pretérita do STF coaduna com a maioria dos doutrinados¹³.

Ademais, o ministro apresenta em seu próprio voto a disposição pretérita da Emenda Constitucional 18/1965, já tratada no presente trabalho, asseverando que a comparação entre as previsões demonstraria verídica a interpretação por ele defendida. Entretanto, a previsão atual apenas espelha a anterior, de modo que não visou modificá-la, mas sim exemplificá-la, sendo a exceção referente à atividade preponderante aplicada a todas as hipóteses citadas na norma atual, ecoando o que já dispunha a norma anterior.

Assim, ao contrário do que alega o voto em análise, tal menção reforça a ideia de que a exceção é aplicável não apenas para os casos de fusão, incorporação, cisão ou extinção de pessoa jurídica, como também para o caso de realização de capital, haja vista que o texto anterior já previa esta exceção antes mesmo de citar diretamente os casos aos quais se referia com a expressão “incorporação de capital” que foram incluídos pelo constituinte de 1988. Isto porque a própria redação da Emenda apresenta sinais de que tais conceitos já estariam abarcados por ela.

Ademais, não há motivos relevantes para acreditar que o constituinte de 1988, ao acrescentar a menção direta às hipóteses de realização de capital, fusão, incorporação, cisão ou extinção de pessoas jurídicas, também estaria removendo a aplicação da exceção para o caso de realização de capital, quando este já estaria abrangido pelo termo “incorporação de capital” anteriormente utilizado. Ressalta-se que a interpretação do texto constitucional leva em conta a intenção do legislador, pois este se posiciona no lugar de representante do povo.

Além de todo o exposto, ainda mais clara se mostra a interpretação pela qual ambas as imunidades são condicionadas pela própria razão de ser da exceção, já que esta busca evitar a utilização da imunidade para fim diverso ao qual foi criada, sendo o fim objetivado a facilitação da atividade empresária de forma indiscriminada e não para determinadas atividades, privilegiando-as em detrimento de outras.

¹³ ARE 1262306; ARE 1219344; RE 997759. As decisões informadas referem-se a julgamentos monocráticos principalmente em decorrência da necessidade de reexame de provas para a análise da exceção em questão, o que não pode ser apreciado pelo STF com base na Súmula 279.

Isto é, a exceção em comento abarca empresas que atuam diretamente no setor imobiliário, fazendo com que estas não gozem da imunidade em tela, pois isso não seria apenas uma facilidade para a atividade empresária em sentido geral, mas a criação de um privilégio para que empresas com essa atividade específica atuassem sem contribuir de forma igualitária para os cofres públicos, como todas as outras.

Portanto, se sobressai o argumento de que não há possibilidade de criação de novas balizas para o texto constitucional, tendo o legislador já estabelecido os limites da imunidade por meio da exceção apreciada.

Entretanto, reforça-se principalmente o fato de tal questão ser na verdade pouco relevante para ambas as interpretações, quer pela tributação, quer pela imunidade, pois não trata particularmente do cerne da questão que diz respeito a adequabilidade da operação de realização de capital com ágio à previsão constitucional da imunidade em comento.

Cumprido neste momento tratar ainda acerca da extensão da interpretação deste dispositivo, conforme o entendimento do ministro.

3.2.2 Inaplicabilidade de interpretação extensiva

Seguindo com a análise dos argumentos do Min. Alexandre de Moraes, este defende que a exegese que pretendesse abarcar sob o proveito da imunidade em questão, os imóveis incorporados ao patrimônio da pessoa jurídica que não fossem destinados à integralização do capital social subscrito, revelaria a aplicação de interpretação extensiva ao texto constitucional, o que não poderia ser admitido (BRASIL, 2020). Neste ponto, vale salientar que foi utilizada como base de seu argumento prática realizada pelo Tribunal, como veremos a seguir. Entretanto, existe ainda divergência quanto à configuração da interpretação que privilegia a aplicabilidade da imunidade como extensiva ou apenas como uma interpretação conforme os parâmetros normais aceitáveis.

Em primeiro lugar, conforme o ministro, a “extensão interpretativa em termos de imunidades não é aceita por nossa suprema corte, por constituir exceção constitucional à capacidade tributária” (BRASIL, 2020), tendo baseado esta assertiva em julgamentos pretéritos do Tribunal¹⁴.

Entretanto, é possível encontrar exceção a este entendimento especialmente no que se refere ao caso das imunidades gerais previstas no art. 150 da Constituição, pois o Supremo

¹⁴ RE 564.413; RE 566.259.

vem aplicando interpretações extensivas a essas disposições levando em conta principalmente a sua finalidade, conforme se observa dos julgados colacionados pelo ministro Marco Aurélio em seu voto¹⁵.

Neste sentido, percebe-se ainda mais relevante o que já foi abordado neste trabalho quanto à impossibilidade de criar regras estritas de exegese para normas constitucionais, tendo em vista suas características particulares que diferenciam cada norma uma das outras.

Portanto, verificado o entendimento do Tribunal, cumpre ainda compreender em que medida e como este pode ser aplicado ao caso em tela. Inicialmente, ressalta-se o termo utilizado pelo texto constitucional, qual seja, “realização de capital”. Observando o seu conceito legal, esta conta pode ser formada quando é realizada uma integralização de capital com valores excedentes ao valor nominal da participação societária. Essa hipótese de formação de reserva de capital é a única que possui relevância para a análise no presente estudo.

Desse modo, neste caso específico, percebe-se total dependência da conta da reserva de capital em relação à conta do capital social, pois, quando é verificada a formação de reserva, trata-se de uma aquisição de participação societária com ágio. Ressalta-se, inclusive, a ausência de tributação sobre o valor correspondente à reserva de capital, assim como ocorre com o capital social, conforme dispõe o art. 38, I, da Lei 1.598/77:

Art 38 - Não serão computadas na determinação do lucro real as importâncias, creditadas a reservas de capital, que o contribuinte com a forma de companhia receber dos subscritores de valores mobiliários de sua emissão a título de:
I - ágio na emissão de ações por preço superior ao valor nominal, ou a parte do preço de emissão de ações sem valor nominal destinadas à formação de reservas de capital;
(BRASIL, 1977)

Dessa forma, verifica-se claramente a relação existente entre as contas no caso em questão, já que a reserva é causada pela emissão de ações com ágio, sendo necessária apenas para se evitar a desproporção de contas no balanço patrimonial da empresa, já que o investidor estaria entrando na sociedade com um valor acima do valor nominal.

Nesse contexto, é possível que surjam questionamentos quanto à opção pela alteração do capital social em lugar de emitir ações com ágio. Porém, cumpre lembrar que para a alteração de capital social, principalmente em Sociedades Anônimas, existe necessidade de motivação expressa, bem como aporte pelos sócios existentes, de modo que se consubstancia em uma ação onerosa que pode inclusive não refletir a necessidade da empresa que é conseguir capital externo de investidores, já que no caso de aumento de capital social, os

¹⁵ RE 595.676; RE 330.817; RE 325.822.

sócios atuais poderiam ser diluídos promovendo uma desproporção não objetivada entre as participações.

Ademais, ressalta-se a relação existente diretamente entre o fato gerador, ou mais especificamente, o critério material observado na realidade fática, e a base de cálculo do tributo, isso porque o critério material deve expressar uma manifestação de riqueza do contribuinte, sendo este o motivo que gera a tributação. Sobre o tema, assevera Schoueri (2023, p. 323):

A base de cálculo encontra uma relação com o aspecto material da hipótese tributária, já que procura quantificar o fato jurídico tributário, valorá-lo (ou, no caso da base em regime prenumerando, estimá-lo). O legislador escolhe um modo de expressar, numericamente, a hipótese tributária, e define tal modo como base de cálculo. Daí por que não se pode cogitar base de cálculo definida de modo independente da hipótese. Ainda mais: para hipóteses tributárias distintas, haverá bases de cálculo diversas.

Acerca disto, foi inclusive levantada questão no voto do ministro Marco Aurélio quanto à incongruência da instituição do ITBI, já que este não trataria de tributar demonstração de riqueza, pois ela estaria já abarcada pela hipótese de ganho de capital tributado pelo Imposto de Renda. Assim, o ministro se posiciona, bem como colaciona importante trecho da exposição de motivos da Emenda nº 18/1965 que incluía a imunidade aqui tratada, de modo que demonstra preocupação referente à legitimidade da própria cobrança do ITBI em si mesma, pela ausência de substrato econômico (BRASIL, 2020).

Assim, apesar dessa colocação do ministro Marco Aurélio não possuir adesão pela doutrina contemporânea, é salutar ter por certo o caráter diferenciado da tributação sobre a propriedade, de modo que, mesmo não chegando ao extremo de negar completamente a legitimidade do ITBI, é importante reconhecer a necessidade de rever o peso de sua tributação para que esta não impeça o avanço econômico, sendo exatamente esta a intenção do legislador em 1965, com o disposto na Emenda citada, e em 1988, por meio da Constituição Federal vigente que manteve a imunidade em comento.

Portanto, considerando a relação de dependência demonstrada, bem como as demais considerações apresentadas, é possível compreender que a integralização com ágio está abarcada pela exegese da norma constitucional, independentemente de interpretação extensiva.

Cumpre neste momento seguir para a análise do que baliza ambas as defesas referentes ao tema deste trabalho, qual seja, a finalidade da norma.

3.2.3 Destinação escapa da finalidade da norma

Como já pôde ser inferido pelo que foi apresentado até agora, há clara divergência de entendimento acerca da finalidade da norma constitucional entre os votos, pois, conforme o voto do Min. Alexandre de Moraes destaca, o valor destinado para reserva de capital escaparia à finalidade da norma, diferente da conclusão proposta pelo ministro relator Marco Aurélio.

Para compreensão deste argumento contrário à aplicação da imunidade, vale colacionar trecho do voto vencedor que ressalta este ponto:

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 arripio 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. (BRASIL, 2020)

Antes de adentrar no assunto principal desta seção, vale salientar o caráter orientador do voto, pois, trata-se de claro induzimento de que haveria dolo lesivo ao fisco na conduta da empresa, tema que será tratado de forma mais aprofundada no próximo tópico. Isto é verificado pelo próprio modo como o voto referencia este argumento, destacando que o direcionamento do valor excedente para a conta da reserva de capital seria apenas um pretexto para se evitar o pagamento de tributo.

Superado este ponto, ao menos por este momento, retorna-se à questão da finalidade da norma. Esta, por sua vez, é levantada tanto neste voto como no do ministro relator Marco Aurélio, como já comentado. Portanto, verifica-se claro debate acerca do motivo pelo qual tal norma foi produzida e o que estaria abarcado por esta motivação.

Vale lembrar que esta questão já foi tratada em momento oportuno quando da análise do voto do relator. Em síntese, a finalidade da norma em nenhum momento é desvirtuada quando do reconhecimento de destinação de parte do valor do imóvel para reserva de capital, desde que essa destinação seja oriunda de uma aquisição de participação societária com ágio, em decorrência da diferença existente entre o valor nominal e o valor real das ações ou quotas sociais.

Em caso desta diferença não dizer respeito ao ágio correspondente, mas sim à uma tentativa de isentar da tributação uma transferência realizada, estar-se-ia diante de uma transmissão não onerosa entre vivos, ou seja, uma doação, pois a destinação do sobressalente para a conta da reserva de capital não possui uma contrapartida para o sócio, pois este recebe

apenas a participação societária negociada. Sendo assim, poderia ser realizada a cobrança de ITCMD, em decorrência da simulação devidamente comprovada.

Acerca desta última possibilidade, é salutar a compreensão acerca da caracterização de má-fé, como será visto a seguir.

3.2.4 Má-fé do contribuinte

Por fim, ainda é apresentado argumento no que se refere às motivações do contribuinte para a integralização de capital com imóveis que excedem o estabelecido no ato constitutivo. Neste ponto, o Min. Alexandre de Moraes destaca que haveria razões para se indagar o fato de os imóveis incorporados somarem um montante de R\$ 778.724,00 para integralização de capital social correspondente a apenas R\$ 24.000,00 (BRASIL, 2020).

Entretanto, é essencial destacar que, mesmo na hipótese de existência de simulação no caso em tela, esta especificidade deveria ser ressaltada na definição do Tema em apreço, já que se trata de uma Repercussão Geral que abarca desde casos de diferenças mais exorbitantes, como esse, até casos em que a diferença entre o capital social e o valor do imóvel se dá apenas em decorrência do sócio desejar realizar a integralização com base no valor declarado no imposto de renda para evitar o pagamento de IRPF, como a própria legislação já prevê, e não para burlar o sistema tributário.

Neste sentido, é válido lembrar que esta definição se encontra prevista no art. 23, §1º, da Lei nº 9.249/1995. Ora, é possível que o valor declarado no imposto de renda da pessoa física seja menor que o valor definido para o imóvel em apuração devidamente realizada pela Fazenda Pública. Isto, por si só, não pode ser considerado uma constatação de tentativa de burlar a tributação, tendo em vista que a própria legislação permite que esta ação seja realizada sem a configuração de um ato lesivo à administração tributária previsto no art. 60 do Decreto-Lei nº 1.598¹⁶.

Averiguando o disposto no decreto, este trata, no artigo mencionado, da presunção de distribuição disfarçada de lucros em negócios envolvendo pessoa jurídica em que existe uma diferença notória entre o valor da transferência e o valor de mercado. Ora, tal disposição legal é assertada e precisa ser seguida tendo em vista as tentativas de fraude ao fisco. Entretanto, o próprio legislador optou por desenquadrar desta disposição a diferença existente entre o valor

¹⁶ O art. 23, §1º, da Lei nº 9.249/1995 prevê que a integralização de capital por meio de bens imóveis pelo valor constante na declaração de imposto de renda não se configura distribuição disfarçada de lucros que é prevista no art. 60 do Decreto-Lei nº 1.598/1977.

de declaração do imóvel no imposto de renda da pessoa física e o valor de mercado quando da realização de capital.

Esta solução visa principalmente alcançar a mesma finalidade da norma de imunidade prevista no art. 156, §2, I, da Constituição Federal de 1988, qual seja, o incentivo à livre iniciativa, estímulo do empreendedorismo e promoção da capitalização e desenvolvimento das empresas, conforme o próprio ministro Alexandre de Moraes assevera como finalidade da norma (BRASIL, 2020).

Mesmo no caso do julgamento em análise, a identificação de má-fé por parte do contribuinte deve ser considerada à luz das provas indicadas ao longo do processo e não como uma conjectura do julgador que claramente influencia seu voto, sendo esta influência não apenas para o caso em tela, em que existe uma diferença exorbitante entre os valores, mas para a definição de Tema que abarca qualquer diferença entre o valor do capital social e o valor de mercado do imóvel.

Assim, vale novamente ressaltar que, caso tal fato tenha contribuído para o voto do relator, a Tese deveria considerar esta questão em sua síntese, pois é nítida a necessidade de tratamento diferente para um caso de tentativa de burlar a lei por meio de uma simulação com má-fé e um caso de engano por parte do contribuinte ou mesmo opção pelo que está previsto no §1º do art. 23 da Lei nº 9.249/1995.

Dessa forma, tal argumento, para fins de análise do Tema em sentido amplo, sua repercussão e consequências, não pode ser levado adiante, pois estaria enquadrando como atitude de má-fé a conduta de diversos contribuintes que não têm qualquer pretensão de enganar o fisco, mas apenas realizar operações societárias que promovam a subsistência das sociedades por meio de uma menor tributação amparada pela Constituição e legislação vigente.

Sobre esta questão, ressalta-se a aplicação do princípio da boa-fé objetiva, haja vista que a presunção de má-fé só é admitida nos casos em que a atitude do contribuinte expressamente se enquadra em previsão legal que a presume. Assim, não tendo sido esta presunção de má-fé legislada, a realização de capital com ágio e constituição de reserva de capital enquadra-se no princípio da boa-fé objetiva, sendo necessário que haja a verificação de cada caso para o exame da intenção do contribuinte.

No mesmo sentido, quando da integralização de capital social sem criação de reserva de capital, é necessário o exame para constatação de má-fé, principalmente se o valor de integralização for proposto com base no valor da declaração do imposto de renda, tendo em vista o amparo na legislação vigente mencionada.

Quanto a isto, ressalta-se entendimento consolidado no STJ¹⁷ quanto a necessidade de o fisco instaurar procedimento administrativo para desconstituição de lançamento de homologação realizado pelo contribuinte, ou desapareço das informações fornecidas, no caso de lançamento por declaração, ambas modalidades possíveis para o ITBI (BRASIL, 2022). Isso se verifica pela proximidade dos negociantes com as qualidades do imóvel, o que não está no acesso da autoridade fiscal, havendo portanto presunção de veracidade nas informações prestadas pelos contribuintes quanto ao valor do imóvel e impossibilidade de arbitramento prévio pelo fisco.

Dessa forma, como inclusive citado no julgamento, o próprio CTN em seu art. 148 destaca a necessidade de abertura de procedimento administrativo para a realização de averiguação do lançamento ou declaração realizada pelo contribuinte (BRASIL, 1966). Ou seja, não é possível presumir má-fé na declaração de contribuinte quando da realização de capital pela integralização de imóvel com o valor constante no imposto de renda e não o valor de mercado.

Noutro sentido, até mesmo integralizações que não tomem por base o valor do imposto de renda, não possuem presunção de má-fé, sendo o montante da transferência considerado como a interpretação do contribuinte do valor de mercado do imóvel, podendo essa informação ser desconstituída pela autoridade fiscal, desde que através de processo administrativo em que o contribuinte possua direito ao contraditório.

Assim, em caso de integralização de imóvel com valor que, conforme entendimento da autoridade fiscal, excede o do capital social, sendo este valor direcionado ou não para reserva de capital, é necessária a abertura de procedimento administrativo pelo fisco estadual para averiguação da existência de simulação que, a pretexto de proceder com uma realização de capital, busca realizar uma tentativa de sonegação do ITCMD incidente sobre o valor da doação de parte do imóvel realizada para a pessoa jurídica.

Ressalta-se ainda a possibilidade de desconsideração da operação de integralização com valores incongruentes em momento posterior, quando da transmissão *causa mortis*, nos casos em que é realizada simulação visando burlar a tributação incidente sobre a herança. Nesse contexto, havendo a caracterização da simulação, a própria operação de realização de capital poderia ser desconsiderada e o ITCMD incidiria diretamente na transmissão dos imóveis pelos quais as quotas ou ações sociais estariam travestidas. De outra forma, seria possível a valoração da participação societária considerando os imóveis transferidos por meio

¹⁷ REsp n. 1.937.821/SP.

das cotas, de modo que não precisaria ser desconsiderada toda a operação anterior para garantir uma adequada tributação da transferência realizada.

Neste contexto, para a configuração de simulação em ambos os casos, o art. 149, inciso VII, do CTN seria aplicado, como este dispõe:

Art. 149. O lançamento é efetuado e revisto de ofício pela autoridade administrativa nos seguintes casos: [...]

VII - quando se comprove que o sujeito passivo, ou terceiro em benefício daquele, agiu com dolo, fraude ou simulação; (BRASIL, 1966)

Portanto, assumir a má-fé do contribuinte como um argumento relevante para o caso ressalta a incongruência do voto, pois, a presente decisão é aplicada para diversos outros casos em que a questão da existência de má-fé não é nem mesmo cogitada, sendo na verdade um problema ausente de muitos julgamentos envolvendo o Tema. Portanto, a expressão deste argumento no voto vencedor, trata-se de, no mínimo, uma ausência de conformidade, principalmente levando em conta o fato de que o resumo proposto para o Tema nada traz acerca disso.

Finda a análise dos votos e apontamentos, é relevante a apresentação de proposta que seja coerente ao ordenamento pátrio, como se pretende no próximo capítulo.

4 NOVA PROPOSTA DE INTERPRETAÇÃO

Visando conciliar a problemática, propõe-se uma diferente interpretação para o caso em tela de modo que seja respeitada uma aplicação coerente do direito conforme os parâmetros constitucionais. Para isto, será necessário separar o problema em duas hipóteses de análise, a primeira se refere à destinação do valor acima do capital social para a conta da reserva de capital, já a segunda diz respeito a ausência de qualquer destinação para o valor que exceder o limite do capital social.

4.1 Destinação do excedente para conta da reserva de capital

Considerando o caso de destinação do valor que exceder o limite do capital social para a conta da reserva de capital, ressaltam-se os argumentos já apresentados ao longo deste trabalho. Neste ponto, é salutar repisar a finalidade da norma constitucional e sua coincidência com a possibilidade de aquisição de participação societária com ágio, não sendo necessária uma interpretação extensiva do texto constitucional para entender que a destinação do ágio para a conta da reserva de capital não configura hipótese para afastamento da imunidade prevista no inciso I do §2º do art. 156 da Constituição Federal de 1988.

Ademais, evidencia-se também o caráter situacional da reserva de capital criada no caso em apreço, já que tal circunstância está correlacionada diretamente com a realização de capital disposta no texto constitucional da imunidade. Assim, nada mais é que uma criação para auxiliar nas negociações empresárias, tendo em vista a diferença entre o valor nominal e o valor de negociação da participação societária, bem como a impossibilidade latente de realização de constantes alterações no próprio capital social para abarcar a volatilidade do valor de mercado da participação societária.

Neste ponto, é importante enfatizar a inexistência de tentativa de burla ao fisco no que se refere a posterior sucessão de bens por meio da herança, questão comumente levantada com o surgimento das holdings familiares, haja vista que o valor direcionado para a conta da reserva de capital pode ser considerado para a avaliação da participação societária a ser herdada. Dessa forma, é válido ressaltar a ausência de prejuízo ao fisco, pois trata-se de questão abarcada pela imunidade disposta na Constituição, bem como não prejudica a incidência de ITCMD *causa mortis*.

Portanto, aproximando-se da abordagem trazida pelo ministro Marco Aurélio em seu voto, entende-se que o Supremo Tribunal falhou na definição do Tema, pois deve ser

reconhecida a imunidade para o caso de destinação do valor excedente à conta da reserva de capital, de modo que este entendimento privilegia a interpretação que verdadeiramente respeita a finalidade da norma em apreço.

Entretanto, quanto à próxima hipótese que será apresentada, verifica-se ausência de amparo em qualquer dos votos mencionados, haja vista a carência das decisões no que tange à consideração das duas hipóteses como questões distintas que merecem tratamento também diferenciado, como será visto a seguir.

4.2 Ausência de qualquer destinação do excedente

Partindo para a observação quanto ao caso de ausência de destinação do valor excedente para qualquer conta, inicialmente verifica-se a impossibilidade de cobrança de ITBI sobre esse valor, pois tal fato não poderia ser enquadrado no critério material do tributo. Assim, considerando uma situação em que de fato exista diferença relevante entre os valores do capital social e do bem integralizado, a operação que estaria sendo realizada com o montante excedente não seria uma transmissão de bem onerosa, mas sim gratuita, podendo haver a incidência de ITCMD e não de ITBI. Propor uma solução diferente desta é gerar uma confusão entre as operações realizadas e sua consequência no âmbito tributário.

Nesse sentido, valendo-se de importante lição de Carvalho (2023, p. 368) a base de cálculo determina o critério material de modo que, em caso de contrariedade entre esse binômio, a base deve prevalecer, pois esta é quem revela a grandeza a ser tributada, ou seja, se o critério material não corresponder à grandeza medida pela base de cálculo, este deve ser substituído por outro que se adeque, caso existente.

Dessa forma, aplicando este pensamento ao caso em análise, a grandeza revelada pela base de cálculo que corresponde ao resultado da diferença entre o valor do bem imóvel e o valor do capital social refere-se à operação de doação de parte de bem imóvel, já que a outra parcela teria sido utilizada para integralização de imóvel no capital social de empresa, operação onerosa, porém imune. Assim, esta grandeza não constitui fato abarcado pelo critério material do ITBI, mas sim do ITCMD, de modo que este último tributo poderia ser cobrado e não o primeiro.

Além disso, com relação à possibilidade de cobrança do ITCMD, também se ressalta a necessidade de comprovação de fraude quanto a este tributo, pois, como bem entendeu o STJ, a incidência de ITBI se dá sobre o valor da negociação apresentado pelo contribuinte,

havendo a possibilidade de o fisco contrariar a informação prestada por este, mas apenas por meio formal que garanta o contraditório.

Ressalta-se que esta contestação pelo fisco deve tratar-se do ITCMD incidente sobre a doação correspondente a parte do imóvel, já que a outra realidade fática do caso, qual seja, a integralização de capital ocorrida, estaria abarcada pela imunidade do art. 156, §2º, I, da Constituição Federal de 1988, tratando-se de troca de bens entre sócio e empresa, quais sejam, ações ou quotas sociais por imóvel ou parte de imóvel, existindo onerosidade que poderia ocasionar a cobrança do ITBI, no entanto, sem sua constituição em decorrência da exceção constitucional.

Vale salientar que esta cobrança é determinada pela existência de simulação na tentativa de realizar operação de doação de parte do imóvel à pretexto da ocorrência de apenas uma realização de capital que é imune. Assim, haveria intenção por parte do contribuinte de prejudicar o fisco, sendo necessária a apuração para constatação deste fato.

Importante mencionar que a integralização por valor claramente discrepante ao valor de avaliação do imóvel poderia também impactar na sucessão de bens quando da herança, pois, inexistindo lastro financeiro na contabilidade da empresa referente à diferença de valores mencionada, a avaliação das quotas ou ações na sucessão que servem como base de cálculo para o ITCMD *causa mortis* não levaria em conta este valor excedente em caso de ausência de liquidação parcial ou total da empresa.

Nesse sentido, caso fosse verificada a ocorrência de simulação visando a evasão fiscal referente ao pagamento do tributo incidente sobre a transmissão *causa mortis*, o ente fazendário estadual, competente para a cobrança do ITCMD, deve realizar a desconsideração da operação anterior de realização de capital, haja vista que esta atividade teria sido realizada apenas com o fito de fraudar a arrecadação posterior incidente sobre a herança.

Desse modo, na análise fática, as quotas ou ações seriam apenas um disfarce para encobrir os imóveis a serem transmitidos, de modo que a integralização anterior não teria respaldo para ser mantida, já que sua motivação seria claramente ilegítima. Ressalta-se que o ente fazendário municipal em nenhum momento é fraudado através das simulações operacionalizadas pelo contribuinte, haja vista que o tributo ao qual se objetiva fraudar é de competência estadual e não municipal.

Entretanto, além de todo o exposto, é salutar ressaltar a existência de amparo do contribuinte quando este procura realizar a integralização com base no valor presente em sua declaração de imposto de renda, haja vista que o art. 23 da Lei nº 9.249/1995 permite expressamente esta conduta, inclusive isentando o contribuinte de responder por distribuição

disfarçada de lucros, demonstrando claramente a autorização para a operação nestes moldes. Ou seja, não há como inferir má-fé de uma conduta amparada pela própria legislação.

Dessa forma, exceto se de fato for comprovada a tentativa de burlar a legislação por meio da integralização de imóvel com valor consideravelmente acima do capital social que não pudesse ser justificada, não haveria possibilidade de cobrança do ITCMD no caso em análise, muito menos do ITBI sobre fato que não corresponde ao seu critério material. Portanto, a cobrança dependeria da apuração da intenção de fraudar o Fisco por parte do contribuinte com relação ao pagamento de ITCMD no momento da transmissão do bem imóvel ou mesmo quando da herança, tendo em vista a propagação de planejamentos sucessórios ilegais para evasão fiscal.

Cumpra agora ressaltar importantes consequências advindas da fixação do Tema 796 pelo STF, visando compreender seu impacto para os contribuintes.

5 IMPACTOS DO TEMA 796

Quanto às consequências no mundo empresarial advindas da fixação do Tema em apreço, destacam-se duas em especial: a fragilização da imunidade com o fim de evitar atos fraudulentos que poderiam ser resolvidos de outra maneira e a abertura para nova tese tributária por meio da utilização de *obiter dictum* da decisão vencedora, abrindo espaço para outras discussões no âmbito jurídico. Assim, a seguir serão abordadas ambas as perspectivas mencionadas.

5.1 Fragilização da imunidade tributária

Primeiramente, cumpre destacar novamente que a interpretação proposta pelo STF abarca não apenas os casos similares ao julgado paradigma, ou seja, casos em que o excedente seria direcionado para a conta da reserva de capital, mas também para os casos em que não há qualquer direcionamento desse valor para nenhuma conta da empresa. No entanto, não foi realizado o tratamento argumentativo necessário para esta extensão dada ao Tema, de modo a abarcar questão que não teve discussão própria no caso específico.

Assim, é importante ressaltar o que a síntese proposta pelo voto vencedor apresenta. Conforme preceitua, “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” (BRASIL, 2020). Ou seja, em decorrência de sua generalidade, o Tema acaba por realizar injustiça com contribuintes que não tiveram a oportunidade de ter seu caso específico apreciado pelo Supremo, principalmente no que se refere a dois aspectos particulares da questão julgado, quais sejam, a má-fé presumida em decorrência da grande disparidade entre valores e a destinação do excedente para a conta da reserva de capital. Estas diferenças do caso promovem particularidades no tratamento da questão que não foram consideradas para a construção da síntese pelo voto vencedor.

Ademais, a fragilização da imunidade também se verifica em decorrência da sua parcial inutilidade quando verificados os aspectos práticos da decisão. Ocorre que a decisão do Supremo muitas vezes pode propiciar ao contribuinte situação desagradável em que necessita escolher pelo pagamento do ITBI ou do IRPJ, adequando o valor do capital social ao que corresponde, respectivamente, ao valor de avaliação do bem ou ao valor declarado em seu imposto de renda.

Porém, este tratamento diverge da ideia finalística do ordenamento jurídico que seria isentar completamente o contribuinte de qualquer tributo quando da realização de uma operação de integralização de capital social, conclusão extraída da análise do art. 23, §1º, da Lei nº 9.249/1995 e do art. 156, §2º, I, da Constituição Federal de 1988. Vale ressaltar que já é tema pacificado no CARF a incidência de IRPF sobre o ganho de capital na transferência de bens imóveis para realização de capital social (BRASIL, 2019), não sendo possível escapar desta cobrança.

Sobre este ponto, cumpre destacar o disposto no *caput* do art. 23 da Lei nº 9.249/95 que consigna, *in verbis*, que “as pessoas físicas poderão transferir a pessoas jurídicas, a título de integralização de capital, bens e direitos pelo valor constante da respectiva declaração de bens ou pelo valor de mercado” (BRASIL, 1995). Como pode ser verificado, a disposição legal se refere à possibilidade de integralização de bens com base no valor presente na declaração de imposto de renda para se evitar a necessidade de pagamento do imposto de renda sobre ganho de capital, haja vista que isso geraria um empecilho para a atividade empreendedora e uma tributação sobre operação que o constituinte optou por imunizar.

Entretanto, por esta nova sistemática, o contribuinte pode ver-se obrigado a pagar o IRPF ou o ITBI, dependendo da circunstância, de modo que possa ser impossível não realizar o pagamento de nenhum tributo, como era de fato a intenção da regra imunizante. Este objetivo foi plasmado pelo legislador no artigo de lei anteriormente citado, pois ele preceitua a ausência de cobrança de imposto de renda sobre a operação que seria considerada, em todos os aspectos, sem consequente aferição de valores para os cofres públicos caso fosse utilizado por base o valor do imóvel declarado.

Ademais, outra questão relevante para o caso diz respeito à própria relação existente entre os sócios. Para exemplificar, é comum a existência de acordo particular para a configuração das participações societárias e valores a serem investidos pelos sócios, bem como a forma de investimento, garantindo que a negociação permita que cada sócio contribua com o que pode e de modo que se adeque às expectativas dos demais. Entretanto, conforme a decisão sintetizada no Tema 796, em decorrência de diferença, mesmo que pequena, entre o capital social e o valor do bem a ser integralizado, é possível que um dos sócios necessite arcar não apenas com o bem, mas também com a tributação inerente à operação, seja IRPF ou ITBI. Assim, mesmo que o negociado entre os sócios seja acertado para participações equivalentes, haveria uma disparidade decorrente desta tributação, o que o constituinte buscou evitar através da norma imunizante.

Vale ressaltar que, mesmo existindo divergência quanto à extensão do Tema 796, tendo em vista o caso do julgamento ter características específicas, o Poder Judiciário vem aplicando o precedente para casos em que não há semelhança direta com o que foi julgado, mas que se conforma ao resumo proposto para o Tema. Além disso, alguns julgados vão além, ao anuir à proposta dos municípios de que o valor venal poderia ser considerado como base para a configuração de valor excedente em relação ao capital social integralizado (BRAUM, 2022, p. 46).

Portanto, o Tema termina por gerar dificuldades que, principalmente para as pequenas e médias empresas, pode ocasionar a impossibilidade de seguir em frente com a ideia de constituir uma sociedade, pelo impedimento fático de utilizar-se do bem imóvel sem gerar ônus não sustentável pela empresa ainda em gestação. Ressalta-se que, a partir desta decisão, os municípios poderão sofrer impacto indireto em sua arrecadação, tendo em vista sua contraposição a finalidade social da imunidade, que acaba por desestimular o empreendedorismo através de prática arrecadatória agressiva (LAURINDO, 2021, p. 162).

Assim, por estas razões, verifica-se fragilização da imunidade, de modo que a síntese proposta pelo Supremo dificulta a concretização do objetivo precípua da norma em apreço, que se refere ao incentivo da atividade empresária, que tanto contribui para o crescimento do país como um todo.

Finda esta primeira colocação, cumpre apresentar outra consequência prática da decisão que pode influenciar diretamente diversas empresas do setor imobiliário.

5.2 *Obiter Dictum* como meio para aplicação de nova tese tributária

Antes de introduzir o assunto quanto à consequência prática referente à nova tese firmada a partir da decisão do Tema 796, vale apresentar a diferença existente entre *ratio decidendi* e *obiter dictum* para entendimento do que será a seguir apresentado.

Conforme preceitua a Ferraz (2017, p. 256), “conhecer o sentido e o alcance de um precedente, em qualquer sistema que o valorize como fonte do direito, depende da adequada identificação da *ratio decidendi* da decisão candidata a paradigma”. Nesse sentido, a *ratio decidendi* se refere às razões que determinam a decisão e, de algum modo, definem os parâmetros que limitam a decisão quanto à sua aplicabilidade como paradigma que transcende a questão analisada para sua aplicação não apenas a um caso específico, tornando-se um precedente.

Entretanto, “algumas proposições, embora sejam incluídas no contexto da motivação, não são determinantes para o resultado a que chega o órgão julgador” (FERRAZ, 2017, p. 256). Essas proposições fazem parte da categoria do *obiter dictum* e não são reconhecidas como precedentes em decorrência de seu caráter acidental e não essencial.

Assim, assumindo esta diferença, é salutar perceber que as decisões no âmbito do Supremo Tribunal possuem impactos diversos em relação aos tribunais inferiores. No caso em tela, apesar da incongruência da exegese utilizada no voto vencedor do ministro Alexandre de Moraes, sua interpretação quanto à incondicionalidade da imunidade prevista na parte A do inciso I do §2º do art. 156 da Constituição Federal de 1988 tem sido alvo de novas abordagens na advocacia tributária, tendo em vista a abertura de discussão acerca da aplicação do critério da atividade preponderante para o caso de realização de capital.

Vale ressaltar que, conforme se observa da análise das razões do voto vencedor, conclui-se que a incondicionalidade da imunidade do ITBI referente à operação de realização de capital trata-se de premissa apenas tangencialmente abordada no fundamento da decisão, de modo que não contribuiu de forma substancial para o resultado do julgamento (LOPES, 2022, p. 20).

Dessa forma, com base em parcela do voto do ministro que não faz parte se sua *ratio decidendi*, sendo na verdade um *obiter dictum*, torna-se possível buscar a aplicação da imunidade para casos que dantes eram considerados desenquadrados da norma em decorrência da exceção final do dispositivo, referente à atividade preponderantemente imobiliária. Nesse sentido, a decisão abre portas para nova tese jurídica que tem sido abraçada por tribunais ao longo do país.

Para o fim de análise deste trabalho, verificou-se decisões proferidas pelo Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, visando reconhecer seu entendimento acerca da procedência desta nova interpretação.

5.2.1 Principais julgados do TJCE acerca da nova tese tributária

Inicialmente, ressalta-se que, apesar da relevância do assunto, em decorrência de sua ocasião recente, a decisão no que tange a inaplicabilidade da exceção final do inciso I do §2º do art. 156 da Constituição Federal de 1988 ao caso de realização de capital social tem sido tratado no Tribunal de Justiça do Ceará, na grande maioria das vezes, de maneira sorrateira e tangencial, apenas sendo citado este entendimento, mas não aplicado ao caso em apreço.

Entretanto, foi identificado entre esta vasta maioria, julgado com grande relevância que apresenta de maneira mais clara a posição do TJCE acerca da questão. Trata-se do julgamento da apelação cível do processo de nº 0011320-46.2019.8.06.0064, decisão proferida em 2021, cuja a ementa reforça o direito à imunidade na realização de capital reconhecendo que a disposição referente a esta operação “trata-se de benefício incondicionado, não sendo aplicável a ressalva prevista na segunda parte do mencionado inciso, referente ao exercício de atividade preponderante de compra e venda de bens imóveis ou direitos, locação desses bens ou arrendamento mercantil” (BRASIL, 2021).

Como se verifica da análise do acórdão referendado, a 1ª Câmara de Direito Público entendeu, pela sua maioria, quanto à inaplicabilidade da exceção da atividade preponderante para o caso em que foi realizada uma integralização de capital social. Como já explorado no presente trabalho, entende-se que esta consideração é descabida, bem como contraria a doutrina e jurisprudência pretérita farta acerca da questão. Entretanto, no caso em tela, foi reconhecida a vinculação do entendimento do Supremo ao caso, mesmo esta interpretação compondo apenas *obiter dictum* da decisão do ministro Alexandre de Moraes, relator para o Acórdão.

Vale ressaltar que a presente decisão do TJCE se originou de voto de divergência do Desembargador Fernando Luiz Ximenes Rocha, em contrariedade ao voto da relatora Desembargadora Lisete de Sousa Gadelha, resultando em três votos a dois, seguindo a divergência suscitada.

Ademais, quando da análise do voto vencedor de maneira pormenorizada, verifica-se embasamento realizado diretamente no voto do ministro Alexandre de Moraes quando do julgamento do Tema 796. Como destacado no voto do desembargador do TJCE, o argumento e correlação apresentado pelo ministro contraria a jurisprudência majoritária, mas, independentemente disso, foi utilizado para apreciação do caso e concessão da imunidade pelo aspecto da desnecessidade de averiguação da atividade preponderante (BRASIL, 2021).

Desse modo, verifica-se a utilização do entendimento, mesmo com ressalvas em decorrência da inovação interpretativa que contraria a jurisprudência majoritária. Ademais, a votação teve uma divisão clara de interpretações entre os membros da Câmara, haja vista a proximidade de votos.

Além disso, ainda é oportuno ressaltar que tal decisão foi também citada pela mesma Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Ceará, no julgamento do Agravo de Instrumento de nº 0626323-19.2021.8.06.0000, apreciado no mesmo ano, sendo esta decisão de menor relevância em decorrência de tratar-se de decisão em Agravo de Instrumento

referente a pedido de concessão de liminar. Na ementa, da mesma forma que a decisão citada anteriormente, é destacado o caráter incondicional da imunidade prevista na primeira parte do inciso I do §2º do art. 156 da Constituição Federal de 1988, não sendo aplicável a ressalva quanto à atividade preponderante disposta ao final do mesmo inciso (BRASIL, 2021).

Assim, com base no entendimento já demonstrado pela 1ª Câmara de Direito Público no mesmo ano, o à época Desembargador Teodoro Silva Santos, que acompanhou o Desembargador Fernando Luiz Ximenes Rocha no primeiro julgado, entendeu por bem a aplicação do entendimento iniciado pelo ministro Alexandre de Moraes para a concessão da liminar que havia sido indeferida em sede de primeira instância.

Portanto, verifica-se concordância do Tribunal em relação à interpretação iniciada pelo ministro Alexandre de Moraes em seu voto no julgamento do Tema 796. A seguir, ainda cumpre ressaltar como este assunto tem sido tratado pelo próprio STF.

5.2.2 Apreciação pelo STF da nova tese tributária

Quanto à nova tese apresentada, é importante que sua robustez seja atestada por meio de sua confirmação no âmbito do próprio STF, fazendo parte não apenas de aspecto secundário de algum julgado, mas sim de sua problemática central. Ocorre que, em decorrência da questão possuir relação direta com o aspecto probatório para a confirmação da existência de atividade preponderante, as decisões presentes no âmbito do Supremo são apenas decisões monocráticas que, em sua totalidade, negam seguimento à apreciação do tema em Recurso Extraordinário com base na Súmula 279¹⁸.

Entretanto, apesar da ainda inexistente apreciação do assunto de maneira específica pelo STF, verifica-se o reconhecimento de ausência de repercussão geral à questão, haja vista que este é critério essencial para o conhecimento do Recurso Extraordinário, bem como reforçam a caracterização da interpretação quanto à incondicionalidade da imunidade referente à realização do capital como mero *obiter dictum* da decisão do Tema 796. Desse modo, verifica-se a fragilidade da nova tese tributária em questão.

Entretanto, alguns contribuintes já vêm recebendo decisões favoráveis no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, de modo que possuem a sua imunidade independente de atividade preponderante reconhecida.

¹⁸ Súmula 279: Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário.

6 CONCLUSÃO

Por meio do presente trabalho, buscou-se desenvolver um exame da decisão proferida no âmbito do Supremo Tribunal Federal que culminou com a formação do Tema 796, pois, apesar de pôr fim a um problema prático existente entre contribuinte e fisco, a decisão ocasionou tratamento injusto para circunstâncias divergentes do caso analisado no julgamento, principalmente no que se refere às situações em que não existe qualquer indício de má-fé.

Neste sentido, através de uma abordagem inicialmente conceitual, foi realizada a apresentação de aspectos salutares para o entendimento da aplicação do ITBI no caso em análise, de modo que foi possível compreender que a decisão do Supremo no julgamento do Recurso Extraordinário 796.376/SC não promoveu uma interpretação condizente do caso em apreço, considerando a hermenêutica constitucional aplicada, bem como realizou a criação de uma exigência de tributação que não tem fundamento legal, divergindo dos parâmetros da regra matriz de incidência tributária do ITBI.

Tendo em vista o desacerto da decisão, uma proposta mais condizente para o caso permite um melhor tratamento da questão pelo âmbito da existência ou não de destinação do valor excedente para a conta de reserva de capital e a configuração ou não de má-fé, devendo, portanto, ser cobrado o tributo congruente com a base de cálculo tributada, qual seja, o ITCMD, levando em conta a inexistência de onerosidade na transmissão.

Ademais, a decisão além de ter seu impacto direto na realidade dos contribuintes ao permitir a cobrança de ITBI sobre operação imune, ainda promove situações em que o sujeito passivo se encontra de frente da necessidade de pagar ou o ITBI ou o imposto de renda sobre ganho de capital, a depender de como o imóvel está presente em sua declaração do imposto de renda. Isso, por si só, gera uma fragilização da imunidade ao desvirtuar o seu objetivo precípuo de facilitar a transmissão de bens entre sócio e empresa.

Apesar das questões envolvendo o julgamento, por meio dele também ocorreu o surgimento de nova tese tributária da incondicionalidade da imunidade do ITBI nas operações de realização de capital social por meio de bens imóveis, tese esta que vem sendo abraçada pelo Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, mas que possui certa debilidade por não fazer parte da *ratio decidendi* do voto vencedor.

Assim, através do estudo desenvolvido, foi possível alcançar os objetivos propostos de modo que se verificou a ausência de conformidade na decisão proferida para o Tema 796, bem como a necessidade de reforma deste entendimento para garantir a melhor aplicação do direito

a cada caso apreciado. Também puderam ser compreendidas duas das principais consequências decorrentes do julgamento, bem como sua relevância prática.

Neste momento, é importante reconhecer a impossibilidade de, através de um trabalho com aspectos limitados de espaço e tempo, traduzir com perfeição todos os liames que envolvem o assunto tratado no Tema 796, de modo que outras abordagens são relevantes para o estudo aprofundado de aspectos tangencialmente mencionados, como a caracterização de simulação no âmbito da realização de planejamentos patrimoniais, bem como para reconhecer como diferentes tribunais em âmbito nacional têm se comportado em relação à nova abordagem interpretativa referida.

Portanto, o presente trabalho, em suas limitações, trata-se de apenas um início para a construção de outros debates acerca desta questão, bem como não é o único, tendo sido reconhecida a problemática envolvendo o Tema 796 por diversos outros autores, mesmo que estes tenham chegado a conclusões diferentes da que foi proposta neste estudo.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. Acórdão nº 2201-005.564. Brasília, DF, 24 de fevereiro de 2022. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, Disponível em: <https://carf.fazenda.gov.br/sincon/public/pages/ConsultarJurisprudencia/listaJurisprudencia.jsf?idAcordao=7978439>. Acesso em: 24 nov. 2023.

BRASIL. Constituição Federal de 1988, Brasil. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF, Senado, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 24 nov. 2023.

BRASIL. Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977. Altera a legislação do imposto sobre a renda. Brasília, DF, Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del1598.htm. Acesso em: 24 nov. 2023.

BRASIL. Emenda Constitucional nº 18, de 06 de dezembro de 1965. Dispõe sobre o sistema tributário nacional e dá outras providências. Brasília, DF, Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/emecon/1960-1969/emendaconstitucional-18-1-dezembro-1965-363966-publicacaooriginal-1-pl.html>. Acesso em: 24 nov. 2023.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Código Civil**. Brasília, DF, Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 24 nov. 2003.

BRASIL. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. **Código Tributário Nacional**. Brasília, DF, Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15172compilado.htm. Acesso em: 24 nov. 2023.

BRASIL. Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. **Lei das Sociedades Anônimas**. Brasília, DF, Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/16404consol.htm. Acesso em: 24 nov. 2023.

BRASIL. Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995. Altera a legislação do imposto de renda das pessoas jurídicas, bem como da contribuição social sobre o lucro líquido, e dá outras providências. Brasília, DF, Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19249.htm#:~:text=o%20lucro%20l%C3%ADquid o.-,Art.,ou%20pelo%20valor%20de%20mercado.. Acesso em: 24 nov. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.937.821/SP. Brasília, DF, 24 de fevereiro de 2022. Ministro Relator: Marco Aurélio Mello. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, Disponível em: https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202000120791&dt_publicacao=03/03/2022. Acesso em: 24 nov. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 796.376/SC. Diário Oficial da União. Brasília, 25 ago. 2020. Ministro Relator: Gurgel de Faria. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, Disponível em:

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753582490>. Acesso em: 24 nov. 2023.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Ceará (1ª Câmara de Direito Público). Agravo de Instrumento nº 0626323-19.2021.8.06.0000. **Diário Oficial da União**. Maracanaú, CE. Disponível em: <https://esaj.tjce.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=3420246&cdForo=0>. Acesso em: 24 nov. 2023.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Ceará (1ª Câmara de Direito Público). Apelação Cível nº 0011320-46.2019.8.06.0064. **Diário Oficial da União**. Caucaia, CE. Disponível em: <https://esaj.tjce.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=3386324&cdForo=0>. Acesso em: 24 nov. 2023.

BRAUM, Tiago Haubrich. **AS CONSEQUÊNCIAS DO TEMA 796 DE REPERCUSSÃO GERAL NA IMUNIDADE TRIBUTÁRIA DO ITBI**. 2022. 53 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2022. Disponível em: <https://lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/250845/001153279.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 08 dez. 2023.

CANOTILHO, José Joaquim G.; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; et al. **Série IDP - Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Editora Saraiva, 2018. E-book. ISBN 9788553602377. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553602377/>. Acesso em: 24 nov. 2023.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. São Paulo: Noeses, 2021.

FERRAZ, Taís S. **O precedente na jurisdição constitucional: construção e eficácia do julgamento da questão com repercussão geral. (Série IDP. Linha Pesquisa Acadêmica)**. São Paulo: Editora Saraiva, 2017. E-book. ISBN 9788547221348. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547221348/>. Acesso em: 24 nov. 2023.

FORTALEZA. Lei nº 4.144, de 27 de dezembro de 1972. **Código Tributário do Município de Fortaleza**. Fortaleza, CE, Disponível em: <https://www.sefin.fortaleza.ce.gov.br/anexoCT/24/fihfiiuus3.1ft355/pdf/C%C3%B3digo%20Tribut%C3%A1rio%20do%20Munic%C3%A9pio%20de%20Fortaleza%20atualizado%20at%C3%A9%20dezembro%20de%202021%20com%20reda%C3%A7%C3%A3o%20origin%C3%A1ria%20e>. Acesso em: 08 dez. 2023.

FREITAS, Charbson de Jesus Marques de; SOUSA, Frank Higinio de Araújo. **IMPOSTO DE TRANSMISSÃO DE BENS IMOVÉIS: desrespeito à cobrança da alíquota máxima e a controvérsia do fato gerador do itbi pelo município do Recife**. 2020. 22 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Associação Caruaruense de Ensino Superior, Caruaru, 2020. Disponível em: <http://repositorio.asc.es.edu.br/jspui/bitstream/123456789/3003/1/TCC.pdf>. Acesso em: 08 dez. 2023.

HARADA, Kiyoshi. **Direito Financeiro e Tributário**. [Digite o Local da Editora]: Grupo GEN, 2021. E-book. ISBN 9786559770038. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559770038/>. Acesso em: 24 nov. 2023.

LAURINDO, Deise Saccaro. Imunidade Tributária do ITBI e os Reflexos do Tema 796 de

Repercussão Geral. **Revista Direito Tributário Atual**, [S.L.], v. 47, n. 47, p. 147, 2021. Instituto Brasileiro de Direito Tributario. <http://dx.doi.org/10.46801/2595-6280-rdta-47-6>.

LOPES, Julia Rodrigues. **A INCIDÊNCIA DO ITBI EM INTEGRALIZAÇÃO DE CAPITAL, QUANDO A ATIVIDADE DO ADQUIRENTE É PREPONDERANTEMENTE IMOBILIÁRIA**. 2022. 26 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, 2022. Disponível em: <https://repositorio.ufu.br/bitstream/123456789/38269/1/IncidenciaITBIIntegralizacao.pdf>. Acesso em: 08 dez. 2023.

MACHADO, Hugo de B. **Comentários ao Código Tributário Nacional: Artigos 1ª a 95, (V. 1), 3ª edição**. São Paulo: Grupo GEN, 2015. E-book. ISBN 9788597000313. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597000313/>. Acesso em: 24 nov. 2023.

MENDES, Gilmar F.; BRANCO, Paulo Gustavo G. **Curso de direito constitucional. (Série IDP)**. São Paulo: Editora Saraiva, 2023. E-book. ISBN 9786553624474. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553624474/>. Acesso em: 24 nov. 2023.

MIRANDA, Jorge. **Coleção Fora de Série - Teoria do Estado e da Constituição, 5ª edição**. São Paulo: Grupo GEN, 2018. E-book. ISBN 9788530982768. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530982768/>. Acesso em: 24 nov. 2023.

PAULSEN, Leandro. **Curso de direito tributário completo**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

RECIFE. Lei nº 15.563, de 27 de dezembro de 1991. **Código Tributário do Município de Recife**. Recife, PE, Disponível em: https://recifeemdia.recife.pe.gov.br/sites/default/files/CTM_ANOTADO.pdf. Acesso em: 08 dez. 2023.

SACRAMONE, Marcelo B. **Manual de Direito Empresarial**. São Paulo: Editora Saraiva, 2023. E-book. ISBN 9786553626256. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553626256/>. Acesso em: 24 nov. 2023.

SCHOUERI, Luís E. **Direito tributário**. São Paulo: Editora Saraiva, 2023. E-book. ISBN 9786553626041. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553626041/>. Acesso em: 24 nov. 2023.

SEGUNDO, Hugo de Brito M. **Manual de Direito Tributário**. São Paulo: Grupo GEN, 2023. E-book. ISBN 9786559774883. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559774883/>. Acesso em: 24 nov. 2023.

VENOSA, Sílvio de S.; RODRIGUES, Cláudia. **Direito Empresarial**. São Paulo: Grupo GEN, 2023. E-book. ISBN 9786559772445. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559772445/>. Acesso em: 24 nov. 2023.