

Recurso Tributário n.º 573/2026

Processo Eletrônico n.º 101.259/2025

Voto Divergente: Conselheiro Marcelo Azevedo dos Santos

RELATÓRIO

1. Por questões de economia processual e para evitar-se tautologia, acolho o voto do E. Conselheiro Relator.

VOTO

2. O Recurso é tempestivo e cumpre os requisitos de admissibilidade.

3. Com relação ao mérito, tal matéria já foi bastante debatida nesse Conselho de Contribuintes, acerca da cobrança do ITBI pela municipalidade, em integralização de capital social, quando o fisco entende que há a incidência do imposto sobre eventual valor excedente ao integralizado, tendo-se que o diferimento decorrente da aplicação do art. 37 do CTN é premissa antecedente.

4. Ou seja: nesse momento, não trato da possível interpretação do Tema 796, sobre a incidência ou não do tributo sobre o valor excedente, já que entendo que não há fato gerador imponível, ante o diferimento da análise e em razão da necessidade, ou não, da verificação da atividade preponderante, nos termos do art. 156, § 2º, II, da CF/88 e art. 37, do CTN.

5. Conforme já manifestado em outros votos, entendo que a Constituição Federal, em seu art. 156, § 2º, II¹, estabelece a regra de imunidade do ITBI nas hipóteses de integralização de capital social com bens imóveis, bem como nas operações de fusão,

¹ “Art. 156 (...)

§ 2º O imposto previsto no inciso II:

(...)

II – não incide sobre a transmissão de bens ou direitos incorporados ao patrimônio de pessoa jurídica em realização de capital, nem sobre a transmissão de bens ou direitos decorrente de fusão, incorporação, cisão ou extinção de 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.

incorporação, cisão ou extinção de pessoa jurídica, ressalvada, apenas, a hipótese em que a pessoa jurídica adquirente tenha atividade preponderantemente imobiliária.

6. Nessa seara, a própria Constituição, portanto, erige a imunidade como regra e a tributação como exceção condicionada à verificação de uma condição negativa, qual seja: o não exercício de atividade preponderantemente imobiliária. Não se trata de benefício gracioso, mas de limitação constitucional ao poder de tributar, que vincula diretamente o Município (CF, art. 150, VI, e art. 156, § 2º, II).

7. Também, o Código Tributário Nacional, ao regulamentar a matéria, definiu como e quando essa atividade preponderante pode ser aferida, nos termos do que dispõe o art. 37 do CTN:

Art. 37. Considera-se caracterizada a atividade preponderante quando mais de 50% (cinquenta por cento) da receita operacional da pessoa jurídica adquirente, nos 2 (dois) anos anteriores e nos 2 (dois) anos subsequentes à aquisição, decorrer de compra e venda, locação ou arrendamento mercantil de bens imóveis.

§ 1º Quando a pessoa jurídica adquirente não contar com 2 (dois) anos de atividade, a preponderância da atividade deverá ser apurada levando-se em consideração os 3 (três) anos subsequentes à data da aquisição.

(...)"

8. Do cotejo entre a CF/88 e o art. 37 do CTN, portanto, decorre uma consequência inafastável: a imunidade se projeta imediatamente sobre toda a operação de transmissão eis que a verificação da atividade preponderante é, por expressa opção legislativa, diferida para períodos futuros, funcionando como condição resolutiva da imunidade, jamais como condição suspensiva do próprio negócio jurídico ou como autorização para tributação antecipada.

9. Nessa toada, à luz dos arts. 114 e 116 do CTN, o fato gerador do ITBI é a transmissão onerosa, por ato *inter vivos*, de bens imóveis ou de direitos a eles relativos. Trata-se de um único fato jurídico complexo, consubstanciado na transferência da

propriedade ou de direitos reais. Não é juridicamente possível “fatiar” esse fato gerador em frações autônomas, de modo a torná-lo imune em parte e, simultaneamente, tributável em outra parte, antes de concluída a verificação da condição constitucional de imunidade.

10. Assim, ainda que se admita – em respeito a algumas interpretações dadas ao Tema 796 do STF – que a imunidade se limite, materialmente, ao valor do imóvel necessário à integralização do capital, o que se discute aqui é diverso. Ou seja: não se nega que o “excedente” possa, ser, em tese, alcançado pelo ITBI. O que se afirma, é que: enquanto não verificada, nos termos do art. 37 do CTN, a atividade preponderante da pessoa jurídica adquirente, a operação como um todo permanece sob o manto da regra imunizante constitucional.

11. Em outras palavras: o critério material da regra-matriz de incidência do ITBI (transmissão onerosa de bens imóveis) só pode se concretizar de forma plena quando superada a condição negativa de imunidade estabelecida pela CF/88. Enquanto não há comprovação da preponderância imobiliária, vigora a presunção constitucional de imunidade, que se estende à totalidade da operação (inclusive ao chamado “valor excedente”), pois não há base jurídica para cisão temporal do fato gerador.

12. Em relação ao período, destaca-se que o art. 37 do CTN, ao exigir a apuração da atividade preponderante com base em receitas de 2 anos anteriores e 2 posteriores (ou 3 anos posteriores, dependendo do caso), adianta, explicitamente, o momento em que se poderá afirmar, com segurança jurídica, se a pessoa jurídica se enquadra ou não na exceção constitucional à imunidade.

13. Até esse momento, não há título legítimo para o lançamento definitivo do ITBI, sob pena de violar a própria disciplina do CTN, que estabelece um critério temporal específico de aferição da preponderância. Inverter a lógica da CF/88, tratando a imunidade como exceção e a tributação como regra presumida é afrontar a segurança jurídica e a tipicidade fechada da tributação, uma vez que o contribuinte seria compelido a recolher tributo sem que se saiba, de fato, se a situação concreta se enquadra na hipótese de incidência constitucionalmente autorizada.

14. Como já afirmado, não se desconhece que algumas interpretações, das quais não me alinho, manifestam entendimento de que STF (Tema 796) decidiu que a imunidade não alcança o valor do imóvel que exceder o capital social a ser integralizado. Minha divergência é com relação ao *leading case*.

15. Contudo, referido precedente não examinou a questão sob a ótica do art. 37 do CTN, não enfrentando o problema do momento da verificação da atividade preponderante. Limitou-se a definir o alcance material da imunidade, sem infirmar a necessidade de observância integral da disciplina infraconstitucional sobre o critério temporal de aferição da exceção à imunidade. Isso sem considerar que tratou de “reserva de capital”.

16. Logo, harmonizando-se o Tema 796 com o art. 37 do CTN e com o art. 156, § 2º, II, da CF/88, tem-se que a imunidade do ITBI na integralização de capital, incide sobre a totalidade da transmissão, enquanto não configurada a atividade preponderantemente imobiliária, na forma do art. 37 do CTN.

17. Posteriormente, uma vez caracterizada a atividade preponderante, poderia o Município constituir o crédito tributário. Aí sim, eventualmente, limitando-se à parcela não alcançada pela imunidade material (valor excedente ao capital integralizado);

18. Portanto, entendo que o requisito da verificação da atividade preponderante, tal como disciplinado pelo art. 37 do CTN, não apenas condiciona o afastamento da imunidade, mas também difere, na prática, da própria possibilidade de concretização plena do fato gerador tributável, impondo ao Fisco o dever de aguardar a consolidação dos elementos fático-contábeis que autorizem, ou não, a incidência do ITBI. Qualquer cobrança antecipada, ainda que limitada ao valor excedente, configura violação frontal ao art. 156, § 2º, II, da CF/88 (imunidade como regra); ao art. 37 do CTN (critério temporal obrigatório de aferição da preponderância); e, aos princípios da segurança jurídica e da estrita legalidade tributária (CF, art. 150, I).

19. Há que se destacar que, ainda que tenha entendido por tributar valor excedente, a municipalidade reconheceu a não incidência do ITBI.

20. Assim, para o presente Recurso, **voto** por conhecer e dar-lhe parcial provimento, reformando-se a Decisão Administrativa n.º 0695/2025/GSFA, para que seja emitida a Certidão Provisória de Não Incidência de ITBI, sem a incidência sobre o valor excedente ao capital integralizado, pelo período estabelecido no art. 37 do CTN que, para o presente caso, será 08/10/2028.

Balneário Camboriú, 12 de maio de 2026.

Marcelo Azevedo Santos
Relator