

ITBI – Não Incidência sobre Ganho de Capital – Crise de Empresas

Entre os impostos ínsitos à competência tributária dos Municípios brasileiros e do Distrito Federal está inicialmente previsto no art. 156, inciso II, da Constituição Federal de 1988, o qual instituiu o imposto sobre transmissão inter vivos.

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: [...]

O legislador constituinte instituiu assim um imposto cujo fato gerador é a transferência onerosa, a qualquer título, de bens imóveis e de direitos reais, exceto os direitos reais de garantia, desde que a operação seja realizada entre vivos.

Dentre esses fatos geradores, esse mesmo legislador elegeu como imunes à incidência do imposto aqueles relacionados à transmissão de bens ou direitos incorporados ao patrimônio de pessoa jurídica, seja na integralização de capital social, seja nas operações de fusão, incorporação, cisão ou extinção de pessoa jurídica, conforme se verifica do no artigo 156, § 2º, inciso I, da Constituição Federal.

Art. 156. [...]

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;

No mesmo dispositivo legal também foi prevista uma exceção relacionada à atividade da pessoa jurídica. Essa regra determina que, caso a atividade preponderante seja a compra e venda desses bens ou direitos, locação de bens imóveis ou arrendamento mercantil, fica afastada a aplicação da imunidade, devendo incidir o imposto.

O Código Tributário Nacional disciplinou essa imunidade no artigo 36, inciso I in verbis:

Art. 36. Ressalvado o disposto no artigo seguinte, o imposto não incide sobre a transmissão dos bens ou direitos referidos no artigo anterior:

I – quando efetuada para sua incorporação ao patrimônio de pessoa jurídica em pagamento de capital nela subscrito;

Assim, conforme o regramento tributário vigente, não incide ITBI sobre a

transmissão de bens ou direitos incorporados ao patrimônio de pessoa jurídica em realização de capital, salvo se, nesses casos, a atividade preponderante do adquirente for à compra e venda desses bens ou direitos, locação de bens imóveis ou arrendamento mercantil.

Entretanto, o ente fazendário por vezes possui entendimento de que a imunidade prevista na Constituição Federal é limitada ao valor do capital social da empresa, ou a cota do próprio sócio, defendendo esta corrente a incidência do ITBI, sobre o valor excedente.

A aplicação deste entendimento para cobrança do ITBI sobre o excedente ao limite do capital social não possui embasamento legal, uma vez que a única limitação constitucionalmente prevista seria a não aplicação da imunidade para empresas com atividade relacionada à compra e venda desses bens ou direitos, locação de bens imóveis ou arrendamento mercantil.

Assim, os municípios não estão autorizados a lançarem o ITBI quando da das operações de transmissão de bens ou direitos incorporados ao patrimônio de pessoa jurídica em realização de capital, são imunes da incidência de ITBI, salvo se a atividade preponderante do adquirente for à compra e venda desses bens ou direitos, locação de bens imóveis ou arrendamento mercantil.