

SECRETARIA DE FINANÇAS  
CONSELHO ADMINISTRATIVO FISCAL  
PROCESSO / RECLAMAÇÃO CONTRA LANÇAMENTO DO  
ITBI Nº 15.37109.5.23  
RECORRENTE: PMA EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS  
S.A.  
Rua Professor José Brandão, nº. 389, Sala  
101, Boa Viagem, Recife/PE  
Inscrição municipal nº 679.779-2  
RECORRIDO: CONSELHO ADMINISTRATIVO FISCAL –  
CAF – JULGADOR 1ª INSTÂNCIA – PEDRO  
JOSÉ DOS SANTOS JÚNIOR  
RELATOR: JULGADOR RAPHAEL HENRIQUE LINS  
TIBURTINO DOS SANTOS

**ACÓRDÃO Nº 128/2023**

- EMENTA:
- 1 – RECLAMAÇÃO CONTRA LANÇAMENTO DE ITBI – COMPETÊNCIA DO CAF – TEMA DA REPERCUSSÃO GERAL 796 – IMUNIDADE QUE NÃO ALCANÇA O VALOR DOS BENS QUE EXCEDER O LIMITE DO CAPITAL SOCIAL A SER INTEGRALIZADO – RECURSO VOLUNTÁRIO DESPROVIDO.
  - 2– Nos termos do § 1º do art. 1º do Regulamento do CAF, aprovado pelo Decreto nº 28.021/2014, *"fica vedado ao CAF, afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei, decreto ou atos normativos, expedidos pelas autoridades administrativas, sob fundamento de inconstitucionalidade, salvo quando amparados em decisão definitiva plenária do Supremo Tribunal Federal ou aos casos em que a matéria objeto de análise ou discussão já tenha sido objeto de orientação proferida pelo Supremo Tribunal Federal, por meio de súmula vinculante"*.

**Continuação do Acórdão nº 128/2023**

- 3 - De acordo com o art. 46 do CTM, a não incidência do ITBI sobre a transmissão de bens imóveis ou direitos incorporados ao patrimônio de pessoa jurídica em realização de capital *“não se aplica quando a pessoa jurídica adquirente tiver como atividade preponderante a compra e venda, locação de bens imóveis ou arrendamento mercantil, bem como a cessão de direitos relativos à sua aquisição”*.
- 4 – Conforme decidido pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 796376, submetido à sistemática da repercussão geral, *“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”* (Tema 796).
- 5 – Recurso voluntário conhecido e não provido.

Vistos, relatados, examinados e discutidos os presentes Autos, ACORDAM os Membros do Conselho Administrativo Fiscal, à unanimidade, na conformidade do voto do Relator e das notas constantes da Ata de Julgamento, em CONHECER e NEGAR PROVIMENTO ao recurso voluntário.

C.A.F. Em 24 de agosto de 2023.

Raphael H. L. Tiburtino dos Santos – RELATOR

João Gomes da Silva Júnior

Carlos Augusto Cavalcanti de Carvalho

Carlos André Rodrigues Pereira Lima

SECRETARIA DE FINANÇAS  
CONSELHO ADMINISTRATIVO FISCAL  
PROCESSO / RECLAMAÇÃO CONTRA LANÇAMENTO DO  
ITBI Nº 15.37109.5.23  
RECORRENTE: PMA EMPREENDIMENTOS  
IMOBILIÁRIOS S.A  
RECORRIDO: CONSELHO ADMINISTRATIVO FISCAL –  
CAF – JULGADOR 1ª INSTÂNCIA –  
PEDRO JOSÉ DOS SANTOS JÚNIOR  
RELATOR: JULGADOR RAPHAEL HENRIQUE LINS  
TIBURTINO DOS SANTOS

### RELATÓRIO

Trata-se de reclamação apresentada pela **PMA EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS S.A** contra o lançamento de ITBI, incidente sobre a realização para aumento de capital social do imóvel sequencial nº 679779.2, localizado na Rua Prof. José Brandão, nº 389, sala 106, Edf. Wecon Center, Boa Viagem, Recife/PE.

O lançamento foi motivado pelo indeferimento do pedido não incidência do ITBI formulado pela reclamante, por entender a autoridade fiscal que o *“art. 46 da lei 15.563/91 (Código Tributário Municipal), não se aplica a não incidência do ITBI, quando a pessoa jurídica adquirente tiver como atividade preponderante a compra e venda de imóveis próprios ou a locação de bens imóveis próprios”*.

Alegou a reclamante que, no julgamento do RE 796376, da relatoria do Ministro Alexandre de Moraes, o Supremo Tribunal Federal teria decidido que *“apenas há a condicionante da imunidade em razão da preponderância da atividade quando a transmissão ocorrer em razão de fusão, incorporação, cisão ou extinção de pessoa jurídica”*.

A reclamação não foi conhecida em primeira instância, por meio de decisão assim ementada:

**EMENTA: ITBI. RECLAMAÇÃO CONTRA LANÇAMENTO. IMUNIDADE NA TRANSMISSÃO DE BENS INCORPORADOS AO PATRIMÔNIO DE PESSOA JURÍDICA EM INTEGRALIZAÇÃO DE CAPITAL. INAPLICABILIDADE. ATIVIDADE PREPONDERANTE DO ADQUIRENTE DE COMPRA E VENDA DE BENS IMÓVEIS. VEDAÇÃO EXPRESSA NO CTN E NA LEGISLAÇÃO MUNICIPAL. IMPROCEDÊNCIA DA RECLAMAÇÃO.**

1. A CF/88 estatuiu, no § 2º, I, do artigo 156, a regra imunizante para a transmissão de bens ou direitos nos casos de incorporação de bens ao patrimônio de pessoa jurídica em realização de capital.
2. Regulando as limitações constitucionais ao poder de tributar, em seu artigo 37, o CTN excluiu, do alcance da imunidade citada, as situações em que o adquirente tenha como atividade preponderante a venda ou locação de propriedade imobiliária ou a cessão de direitos relativos à sua aquisição. O artigo 47, do Código Tributário do Município do Recife, apresenta idêntica restrição, afastando a não incidência nessa situação.
3. Conforme reconhecido no recurso e estabelecido em previsão contida em seus atos constitutivos, o objeto social da impugnante consiste na compra e venda de imóveis próprios, locação de imóveis próprios e incorporação de empreendimentos imobiliários, constituindo-se em impeditivo da fruição da Imunidade em tela.
4. Não há de se falar em vinculação das decisões desse CAF ao *decisum* proferido pelo STF no RE 796.376/SC, para aplicação da tese defendida pela Recorrente, visto que o Acórdão e o Tema aprovado não fazem nenhuma referência à delimitação do alcance da Imunidade à atividade do adquirente.
5. **Reclamação julgada improcedente.**
6. Decisão **não sujeita a reexame necessário**, ex vi o conteúdo do art. 221, da Lei n.º 15.563/91.

A reclamante interpôs recurso voluntário contra a decisão, sustentando que *“faltou ao julgador de primeira instância, data vêniam, melhor análise do julgamento trazido a colação, uma vez que no julgamento do tema, prevaleceu entendimento do ministro Alexandre de Moraes, que considerou que há imunidade na integralização do capital social com bens imóveis independentemente da atividade preponderante da pessoa jurídica que o recebe, por força do disposto no artigo 156, § 2º, primeira parte do inciso I, da Constituição Federal, considerando que a ressalva contida no referido inciso é restrita à transmissão de bens ou direitos decorrentes de fusão, incorporação, cisão ou extinção de pessoa jurídica, contida na segunda parte do mesmo inciso”*.

E que, *“ad argumentandum tantum, caso os nobres julgadores deste Conselho não entendam se tratar de caso de imunidade total do ITBI, deve, in casu, ser aplicada a regra contida no parágrafo único do art. 46 do CTM”*.

É o relatório.

C.A.F. Em 16 de agosto de 2023.

**RAPHAEL HENRIQUE LINS TIBURTINO DOS SANTOS**  
**RELATOR**

SECRETARIA DE FINANÇAS  
CONSELHO ADMINISTRATIVO FISCAL  
PROCESSO / RECLAMAÇÃO CONTRA LANÇAMENTO DO  
ITBI Nº 15.37109.5.23  
RECORRENTE: PMA EMPREENDIMENTOS  
IMOBILIÁRIOS S.A  
RECORRIDO: CONSELHO ADMINISTRATIVO FISCAL –  
CAF – JULGADOR 1ª INSTÂNCIA –  
PEDRO JOSÉ DOS SANTOS JÚNIOR  
RELATOR: JULGADOR RAPHAEL HENRIQUE LINS  
TIBURTINO DOS SANTOS

### **VOTO DO RELATOR**

A decisão de primeira instância deve ser mantida.

Nos termos do § 1º do art. 1º do Regulamento do CAF, aprovado pelo Decreto nº 28.021/2014, *"fica vedado ao CAF, afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei, decreto ou atos normativos, expedidos pelas autoridades administrativas, sob fundamento de inconstitucionalidade, salvo quando amparados em decisão definitiva plenária do Supremo Tribunal Federal ou aos casos em que a matéria objeto de análise ou discussão já tenha sido objeto de orientação proferida pelo Supremo Tribunal Federal, por meio de súmula vinculante."*

Por sua vez, o art. 46 do CTM é absolutamente claro ao dispor que a não incidência do ITBI sobre a transmissão de bens imóveis ou direitos incorporados ao patrimônio de pessoa jurídica em realização de capital *"não se aplica quando a pessoa jurídica adquirente tiver como atividade preponderante a compra e venda, locação de bens imóveis ou arrendamento mercantil, bem como a cessão de direitos relativos à sua aquisição"*.

Nesse sentido, o afastamento da exceção contida no art. 46 do CTM, ao menos nesta instância administrativa, apenas seria admitida caso a matéria houvesse sido objeto de decisão definitiva do Plenário do Supremo Tribunal Federal ou fosse objeto de súmula vinculante, o que não ocorreu.

Ressalto que a tese firmada pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 796376, submetido à sistemática da repercussão geral, limitou-se à assertiva de que *"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”, nada dispondo sobre a questão da atividade preponderante do contribuinte.*

Por mais que a fundamentação do voto condutor do julgado seja importante para delimitar o seu alcance, é assente que apenas o dispositivo da decisão faz coisa julgada, sobretudo quando o que está em discussão é a possibilidade ou não de um órgão administrativo afastar a aplicação de preceito com fundamento em suposta inconstitucionalidade.

Considerando que a reclamante não faz jus à imunidade alguma, porquanto tem como atividade preponderante a compra e venda de imóveis próprios, resta prejudicado o pedido subsidiário, relativo a um suposto “distinguishing” com o Tema 796.

De toda forma, registro que o alegado “distinguishing”, segundo o qual o Tema 796 teria se limitado a admitir a incidência do ITBI sobre o “valor que exceder àquele expressamente mencionado no ato de incorporação ao patrimônio da pessoa jurídica”, foi recentemente rechaçado pela segunda instância deste Conselho Administrativo Fiscal, nos autos do Processo nº 07.39253.0.22, da relatoria do julgador Carlos André Rodrigues Pereira Lima.

Transcrevo a fundamentação do voto do eminente relator, proferido no Processo nº 07.39253.0.22, que, com a ressalva do seu entendimento pessoal, afastou o referido “distinguishing”:

“Todavia, a despeito de ser esse o meu entendimento, a Suprema Corte, em decisões monocráticas e diversos Tribunais brasileiros têm aplicado indistintamente a tese firmada no Tema 796.

Em 15/09/2021 a Min. Carmen Lúcia, ao julgar o Ag. Reg no Recurso Extraordinário nº 1.321.172/CE, que tratava do alcance da imunidade prevista no inciso I, §2º do art. 156 da CF/88, entendeu que deveria ser aplicado ao caso o decidido no julgamento do Recurso Extraordinário nº 796.376 (Tema 796).

Em 18/02/2022 o Min. Dias Toffoli seguiu o mesmo entendimento ao negar provimento a Reclamação nº 51.643/MG ao entender que não há teratologia quanto à aplicação do paradigma julgado na sistemática de repercussão geral no RE nº 796.376 (Tema 796) ou peculiaridade que justifique nova apreciação do tema pela Suprema Corte.

Em caso idêntico ao discutido neste processo administrativo, onde a Reclamante alegava que havia um distinguishing entre o Tema 796 e o caso analisado, haja vista que o Tema 796 diz respeito a incidência do ITBI sobre reserva de capital, o Min. Roberto Barroso, em 06/04/2022, negou provimento à Reclamação nº 52.522/CE”.

Do exposto, voto no sentido de CONHECER e NEGAR PROVIMENTO ao recurso voluntário.

É o voto.

C.A.F. Em 24 de agosto de 2023.

**RAPHAEL HENRIQUE LINS TIBURTINO DOS SANTOS  
RELATOR**

