

SECRETARIA DE FINANÇAS
CONSELHO ADMINISTRATIVO FISCAL
PROCESSO/RECLAMAÇÃO CONTRA LANÇAMENTO
ITBI Nº 15.68695.2.22
RECORRENTE: CONSELHO ADMINISTRATIVO
FISCAL – 1ª INSTÂNCIA –
JULGADOR – PEDRO JOSÉ DOS
SANTOS JÚNIOR
RECORRIDO: OI S/A – EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL
Endereço Peticionário: Rua do Lavradio,
71, 2º andar, Rio de Janeiro - RJ
Endereço Imóvel: Rua Maria Carolina,
474, Boa Viagem, Recife - PE
Inscrição Imobiliária nº 627.447-1
RELATOR: **JULGADOR:** CARLOS AUGUSTO
CAVALCANTI DE CARVALHO

ACÓRDÃO Nº 139/2023

- EMENTA:
- 1- ITBI - PEDIDO DE RECLAMAÇÃO – REEXAME NECESSÁRIO E RECURSO DO FISCO RECEBIDOS E NÃO PROVIDOS.
 - 2- Nos termos do art. 156, §2º, I, CF/88 e do arts. 45 e 46 do CTM/Recife, a operação de transformação societária por incorporação de capital é imune ao pagamento do ITBI no ato de formalização do ato jurídico. Com exceção aos casos em que a atividade preponderante das empresas envolvidas for compra e venda de desses bens ou direitos, locação de bens imóveis ou arrendamento mercantil.3- Mantida a decisão da 1º Instância que julgou procedente a reclamação contra o lançamento ITBI.
 - 3 - Mantida a decisão da 1º Instância que julgou procedente a reclamação contra o lançamento ITBI.

Continuação do Acórdão nº 139/2023

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 receber e não prover o reexame necessário e o recurso voluntário do fisco, mantendo a decisão de primeira instância, que julgou procedente a reclamação contra o lançamento do ITBI.

C.A.F. Em 05 de outubro de 2023.

Carlos Augusto Cavalcanti de Carvalho – RELATOR

João Gomes da Silva Júnior

Raphael Henrique Lins Tiburtino dos Santos

Carlos André Rodrigues Pereira Lima

SECRETARIA DE FINANÇAS
CONSELHO ADMINISTRATIVO FISCAL
PROCESSO/RECLAMAÇÃO CONTRA LANÇAMENTO DO
ITBI Nº 15.68695.2.22
RECORRENTE: CONSELHO ADMINISTRATIVO FISCAL
JULGADOR 1ª INSTÂNCIA – PEDRO JOSÉ
DOS SANTOS JÚNIOR
RECORRIDO: OI S/A – EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL
RELATOR: **JULGADOR:** CARLOS AUGUSTO
CAVALCANTI DE CARVALHO

RELATÓRIO

Trata-se de um processo de reclamação contra o lançamento do ITBI, formulada pelo contribuinte, **OI S/A**, com endereço na Rua do Lavradio, 71, 2º andar, Centro, Rio de Janeiro, RJ, contra a improcedência parcial do pedido de não incidência do ITBI e o seu lançamento do imóvel de sequencial nº 6.27447.1, localizado na Rua Maria Carolina, 474, Boa Viagem, Recife-PE, recurso processo de não incidência nº 15.5673.2.22 e processo de lançamento 15.55456.4.22, que teve a seguinte decisão prolatada pelo setor de ITBI, abaixo:

Secretaria de Finanças
UNTI/DITBI
NOTIFICAÇÃO

Senhor Contribuinte,

Em cumprimento ao que determina o parágrafo 1º do artigo 206 do Código Tributário Municipal, a Secretaria de Finanças notifica Vossa Senhoria do desfecho do processo de REAVALIAÇÃO DE ITBI nº 1556730222.

Relatório

O contribuinte OI S/A, requereu o processo de não incidência de ITBI nº 1555456422, da análise do pedido e dos elementos probatórios que instruíram o pedido formulado, efetuamos a avaliação do imóvel localizado na RUA MARIA CAROLINA, 474 - BOA VIAGEM-RECIFE-PE, sequencial imobiliário 627447.1, no valor de R\$ 14.850.449,00.

Conforme o parágrafo único do artigo 45 da lei 15.563/91, haverá incidência do imposto sobre o valor de avaliação dos bens e direitos transmitidos que vier a exceder àquele expressamente mencionado no ato de incorporação ao patrimônio da pessoa jurídica.

Estamos efetuando o lançamento de ITBI (processo: 1555456422) sobre o valor de R\$7.270.855,56 (Percentual de 48,96051% do valor avaliado), uma vez que o valor incorporado ao patrimônio foi de R\$ 7.579.593,99.

Após o pagamento do referido ITBI, o contribuinte deverá requerer processo de não incidência sobre o valor de R\$ 7.579.593,99 (51,03949% do valor avaliado), referente ao valor contábil da incorporação do patrimônio à empresa. Este novo processo de não incidência será analisado, podendo o mesmo ser deferido ou não.

...

Da análise do pedido e dos elementos probatórios que instruíram a REAVALIAÇÃO, julguei IMPROCEDENTE o pedido formulado, permanecendo o lançamento de ITBI conforme o parágrafo único do artigo 45 da lei 15.563/91(Código Tributário Municipal).

Não conformado com o desfecho do processo descrito nas linhas acima, poderá o requerente formular pedido de reclamação contra lançamento do ITBI dirigido ao Conselho Administrativo Fiscal (CAF), órgão de julgamento administrativo da Secretaria de Finanças do Município.

Recife, 08 de junho de 2022

*José do Bomfim de Oliveira Junior
Auditor do Tesouro Municipal - Matrícula 63.710-1
Contribuinte – NOTIFICADO VIA E-MAIL*

O contribuinte se insurge contra a improcedência parcial do pedido de não incidência do ITBI, fls 12/13pdf, em apertada síntese, com os seguintes argumentos:

- Que não existe incidência nos casos de extinção e incorporação devido a imunidade constitucional prevista no art. 156, §2º da CF/88 e do art. 36 do CTN;*

- Que a OI S/A incorporou a TELEMAR NORTE LESTE S/A tendo a transação não incidência Constitucional, embasada do artigo 156, §2º da CF/88;
- Que não possui atividade preponderante a venda ou locação imobiliária ou cessão de direitos a relativos à aquisição.

Por fim solicita a improcedência do lançamento realizado pelo setor de ITBI.

O processo foi encaminhado para o Julgador de 1º Instância, que julgou procedente a reclamação do contribuinte, conforme ementa abaixo:

JULGAMENTO Nº 087/2022 PROCESSO Nº 15.68695.2.22

EMENTA: RECLAMAÇÃO CONTRA LANÇAMENTO DO ITBI. TRANSMISSÃO DECORRENTE DE INCORPORAÇÃO. IMUNIDADE CONSTANTE DO ARTIGO 156, § 2º, I DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL/88. PROCEDÊNCIA DA RECLAMAÇÃO.

1. A CF/88 confere Imunidade do ITBI quando da transmissão de bens ou direitos decorrente de fusão, incorporação, cisão ou extinção de pessoa jurídica (Artigo 156, § 2º, I).
2. A única restrição ao gozo do benefício presente no texto constitucional é relativa a atividade do adquirente, havendo vedação para as pessoas jurídicas que explorem a compra e venda dos bens ou direitos transmitidos, locação de bens imóveis ou arrendamento mercantil, não aplicável à requerente.
3. A tributação pelo ITBI sobre o valor de avaliação dos bens e direitos transmitidos que vier a exceder àquele expressamente mencionado no ato de incorporação ao patrimônio da pessoa jurídica é vedada pela CF/88.
4. Reclamação julgada **procedente**, processo extinto com solução de mérito.
5. Decisão **sujeita a remessa necessária**, nos termos do inciso I, do art. 221 do CTMR.

O julgador informa que a decisão está sujeita a remessa necessária.

O órgão lançador intimado da decisão de 1º Instância apresenta recurso.

*Prefeitura do Recife
Secretaria de Finanças
Unidade de Tributos Imobiliários – Divisão de ITBI*

AO CONSELHO ADMINISTRATIVO FISCAL DA SECRETARIA DE FINANÇAS DO MUNICÍPIO DO RECIFE - CAF/SEFIN

A Divisão de ITBI, órgão integrante da Unidade de Tributos Imobiliários da Secretaria de Finanças do Município do Recife, vem respeitosamente apresentar RECURSO ADMINISTRATIVO contra decisão de julgador monocrático deste Conselho Administrativo Fiscal nos autos do processo administrativo nº 15.68695.2.22, julgamento 087/2022, com fulcro no artigo 17 do Regulamento do CAF constante do anexo único do Decreto Municipal 28.021/2014, pelas razões de fato e de direito abaixo elencadas.

Dos Fatos

A OI S.A. requereu processo de reclamação contra lançamento do ITBI, alegando, que de acordo com os artigos 36 inciso I do Código Tributário Nacional e 156, § 2º, inciso I, da Constituição Federal, ao caso em tela cabe o Reconhecimento da não incidência do ITBI decorrente da Incorporação de bens imóveis a pessoa jurídica. Imperioso destacar que a legislação municipal não pode sobrepor e restringir direito já concedido pela Constituição Federal, não havendo que se falar em fato gerador do ITBI para o caso em questão.

...

Pedidos

Tendo em vista todas as questões de fato e de direito acima expostas, a Divisão de ITBI da Secretaria de Finanças vem requerer, que seja julgado improcedente a presente reclamação contra o lançamento do ITBI.

Nestes termos, pede o deferimento.

Recife, 21 de fevereiro de 2023

*J José do Bomfim Oliveira Júnior
Auditor do Tesouro Municipal
Matrícula: 63.710-1*

Os autos, então, vieram-me conclusos para análise e julgamento do recurso voluntário.

É o relatório.

C.A.F. Em 27 de setembro de 2023.

**CARLOS AUGUSTO CAVALCANTI DE CARVALHO
RELATOR**



SECRETARIA DE FINANÇAS
CONSELHO ADMINISTRATIVO FISCAL
PROCESSO/RECLAMAÇÃO CONTRA LANÇAMENTO DO
ITBI Nº 15.68695.2.22
RECORRENTE: CONSELHO ADMINISTRATIVO FISCAL
JULGADOR 1ª INSTÂNCIA – PEDRO JOSÉ
DOS SANTOS JÚNIOR
RECORRIDO: OI S/A – EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL
RELATOR: **JULGADOR:** CARLOS AUGUSTO
CAVALCANTI DE CARVALHO

VOTO DO RELATOR

Recebo o recurso voluntário com fulcro no arts. 219 e 220 da Lei 15.563/91 e a remessa necessária com fulcro no art. 221, inciso I da Lei 15.563/91 e em cumprimento ao disposto no art.10, inciso II, da Lei municipal nº 18.276, de 02/12/2016.

A seara do problema no processo é se existe a limitação do alcance da imunidade prevista no art. 156, § 2º da Constituição Federal – CF/88 para os casos de incorporação de empresas.

Passo a análise

A) REGRA GERAL - ITBI

O Imposto sobre a transmissão de bens imóveis e direitos a eles relativos é um imposto bastante antigo na legislação brasileira. Tendo sido previsto na constituição desde 1891. O imposto era previsto inicialmente de competência estadual. E após a Constituição de 1988 foi dividido passando para os municípios a competência das transferências “inter-vivos” e ficando com os estados a competência nos casos de “causa mortis” e doação.

As regras gerais do tributo estão previstas entre os artigos 35 a 42 do Código Tributário Nacional – CTN.

Outrossim, mesmo sendo um imposto antigo, existem várias controvérsias acerca do tributo. Estas discussões, no tocante: incidência, não incidência, base de cálculo entre outras; chegaram aos tribunais

superiores, e recentemente o Supremo Tribunal Federal – STF julgou dois precedentes importantes. São os temas de repercussão 796, referente ao limite da imunidade prevista no art. 156, § 2º, nos casos de integralização de capital, e 1124 a não incidência na cessão de direitos. Este segundo em revisão na suprema corte.

O fato gerador do ITBI é “a **transmissão** ‘inter-vivos’, a qualquer título, por ato oneroso, da propriedade ou do domínio útil 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; como disposto no art. 156, II, da Constituição Federal, *in verbis*:

Art. 156. Compete aos Municípios instituir impostos sobre:

xxxx

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;

O Código Tributário Nacional – CTN define o fato gerador do tributo no art. 35, *in verbis*:

Art. 35. O imposto, de competência dos Estados, sobre a transmissão de bens imóveis e de direitos a eles relativos tem como fato gerador:

I - a transmissão, a qualquer título, da propriedade ou do domínio útil de bens imóveis por natureza ou por acessão física, como definidos na lei civil;

II - a transmissão, a qualquer título, de direitos reais sobre imóveis, exceto os direitos reais de garantia;

III - a cessão de direitos relativos às transmissões referidas nos incisos I e II.

O CTN afirma no art 38 que a base de cálculo é o valor venal, *in verbis*:

Art. 38. A base de cálculo do imposto é o valor venal dos bens ou direitos transmitidos.

A legislação municipal define a base de cálculo do ITBI no art. 51 da Lei 15.563/91, *in verbis*:

Art. 51. *A base de cálculo do imposto é o valor venal dos bens imóveis ou dos direitos a eles relativos no momento da ocorrência do fato gerador, e será apurada mediante avaliação fiscal.*

A base de cálculo do ITBI deve ser o efetivo valor de mercado do imóvel, devendo-se fazer uma distinção entre valor e preço. O preço é fixado pelas partes, que são livres para contratar, e levam em consideração critérios muitas vezes pessoais e subjetivos. Já o valor do imóvel é definido pelas condições do mercado, em especial pela lei da oferta e procura.

O lançamento tributário, a despeito de ser ato unilateral, deve se conjugar com os princípios estabelecidos em nossa constituição que garantem o devido processo legal.

Desta forma, o lançamento tributário deve se revestir de todas as garantias constitucionais de ampla defesa do contribuinte.

É possível, mediante processo administrativo, arbitrar a base de cálculo desde que presentes os pressupostos autorizativos do artigo 148 do Código Tributário Nacional - CTN, como ocorreu na espécie.

A administração deve se submeter ao procedimento regular, disciplinado pelo Art. 148 do CTN, que prescreve:

“Art. 148. *Quando o cálculo do tributo tenha por base, ou tome em consideração, o valor ou o preço de bens, direitos, serviços ou atos jurídicos, a autoridade lançadora, mediante processo regular, arbitrará aquele valor ou preço, sempre que sejam omissos ou não mereçam fé as declarações ou os esclarecimentos prestados, ou os documentos expedidos pelo sujeito passivo ou pelo terceiro legalmente obrigado, ressalvada, em caso de contestação, avaliação contraditória, administrativa ou judicial.*

C) NÃO INCIDÊNCIA DO ITBI – IMUNIDADE

A Constituição Federal prevê várias imunidades tributárias, algumas gerais que atingem vários impostos e outras específicas que atingem um determinado imposto.

No caso do ITBI existem as imunidades gerais como: recíproca, templos religiosos, partidos políticos, entidades sindicais dos trabalhadores e as instituições filantrópicas de educação e assistência social.

As imunidades específicas que atingem apenas o ITBI estão previstas no art. 156, §2º, I da CF/88, são elas: a integralização do capital social de sociedade com bens imóveis e no caso de transmissão decorrente de fusão, incorporação, cisão ou extinção de pessoa jurídica.

Nestes casos, o constituinte retirou a imunidade no caso de atividade do adquirente preponderantemente for compra e venda desses bens ou direitos, locação de bens imóveis ou arrendamento mercantil, art. 156, §2º, I da CF/88, *in verbis*:

“Art. 156 [...]

[...]

2º O imposto previsto no inciso II (ITBI):

*I – não incide sobre transmissão de bens ou direitos incorporados ao patrimônio da pessoa jurídica em realização do capital, **nem sobre a transmissão de bens ou direitos decorrentes de fusão, incorporação, cisão ou extinção de pessoa jurídica**, salvo se, nesses casos, a atividade preponderante do adquirente for a compra e venda desses bens ou direitos, locação de bens imóveis ou arrendamento mercantil”.*

No tocante a transmissão de imóveis no capital social de empresas por incorporação, fusão e cisão, entre outros, o Código Tributário do Município do Recife, Lei 15.563/91, prevê todo o regramento nos arts. 45 a 47 da referida lei, *in verbis*:

♦**Art. 45.** O imposto não incide sobre:

I – a transmissão dos bens imóveis ou direitos incorporados ao patrimônio de pessoa jurídica em realização de capital;

II – a desincorporação dos bens ou direitos transmitidos na forma do inciso anterior, quando reverterem aos primeiros alienantes;

III – a transmissão dos bens ou direitos decorrentes de fusão, incorporação, cisão ou extinção de pessoa jurídica;

Parágrafo único. *Haverá incidência do imposto sobre o valor de avaliação dos bens e direitos transmitidos que vier a exceder àquele expressamente mencionado no ato de incorporação ao patrimônio da pessoa jurídica*

♦ **Art. 46.** *O disposto nos incisos I e III do artigo anterior 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.*

♦ **§ 1º** *Considera-se caracterizada a atividade preponderante quando mais de 50% (cinquenta por cento) da receita operacional da pessoa adquirente, nos dois anos anteriores e nos dois anos subsequentes à aquisição, decorrer das transmissões mencionadas neste artigo.*

♦ **§ 2º** *Se a pessoa jurídica adquirente iniciar suas atividades após a aquisição, ou menos de dois anos antes dela, apurar-se-á a preponderância referida no parágrafo anterior levando-se em conta os três primeiros anos seguintes ao da aquisição.*

♦ **§ 3º** *Verificada a preponderância referida neste artigo, tornar-se-á devido o imposto nos termos de lei vigente à data da aquisição dos respectivos bens ou direitos.*

♦ **§ 4º** *O disposto neste artigo não se aplica à transmissão de bens ou direitos, quando realizada em conjunto com a da totalidade do patrimônio da pessoa jurídica alienante.*

♦ **Art. 47.** *Para gozar do direito previsto nos incisos I e III do art. 45 desta Lei, a pessoa jurídica deverá fazer prova de que não tem como atividade preponderante a compra e venda, locação de bens imóveis ou arrendamento mercantil, bem como a cessão de direitos relativos à sua aquisição.*

♦ **Parágrafo único.** A prova de que trata este artigo será feita mediante apresentação dos documentos referentes aos atos constitutivos, devidamente atualizados, dos dois últimos balanços e de declaração da diretoria em que sejam discriminados, de acordo com sua fonte, os valores correspondentes à receita operacional da sociedade.

D) ANÁLISE DO CASO CONCRETO –

No caso apresentado o peticionário informa que houve transformação societária, a OI S/A, CNPJ 76.535.764/0001-43, incorporou a TELEMAR NORTE LESTE S/A, CNPJ 33.000.118/001-79, após sua extinção.

Em apertada síntese, a incorporação societária é caso em que uma ou mais sociedades são absorvidas por outra sociedade, que lhes sucede em todos os direitos e obrigações, conforme previsão no art.227 da Lei das S/A, Lei 6.404/76, *in verbis*:

Art. 227. A incorporação é a operação pela qual uma ou mais sociedades são absorvidas por outra, que lhes sucede em todos os direitos e obrigações.

§ 1º A assembléia-geral da companhia incorporadora, se aprovar o protocolo da operação, deverá autorizar o aumento de capital a ser subscrito e realizado pela incorporada mediante versão do seu patrimônio líquido, e nomear os peritos que o avaliarão.

§ 2º A sociedade que houver de ser incorporada, se aprovar o protocolo da operação, autorizará seus administradores a praticarem os atos necessários à incorporação, inclusive a subscrição do aumento de capital da incorporadora.

§ 3º Aprovados pela assembléia-geral da incorporadora o laudo de avaliação e a incorporação, extingue-se a incorporada, competindo à primeira promover o arquivamento e a publicação dos atos da incorporação.

A tributação do ITBI referente a diferença entre os valores contábeis e o valor avaliado de mercado foi recentemente julgado, que gerou o caso da repercussão geral 796, julgada pela Suprema Corte.

Entretanto, seria diferente ao do lançamento realizado pelo ITBI, haja vista que no mesmo ocorreria uma incorporação de um bem ao Capital Social de uma empresa para a realização de capital, e no caso em análise, houve uma reorganização do capital social, os bens já estariam no capital social da empresa de uma empresa e estaria ocorrendo uma incorporação por outra empresa.

Nas razões de voto o Senhor Ministro teria separado os casos de integração de capital social e os de uma cisão e uma incorporação, abaixo parte do voto:

“É dizer, a incorporação de bens ao patrimônio da pessoa jurídica em realização de capital, que está na primeira parte do inciso I do § 2º, do art 156 da CF/88, não se confunde com as figuras jurídicas societárias da incorporação, fusão, cisão e extinção de pessoas jurídicas referidas na segunda parte do referido inciso I.

Nesses últimos casos, há, da mesma forma, incorporação de bens, mas que decorre da “incorporação que é uma operação pela qual uma ou mais sociedades são absorvidas por outra, que lhes sucede em todos os direitos e obrigações” (art. 227 da Lei 6.404/1976 – Lei de Sociedades Anônimas); cisão - operação pela qual uma sociedade transfere parte de seu patrimônio para uma ou mais empresas (art. 229 da Lei das S.A); ou fusão - operação pela qual se unem duas ou mais sociedades para formar uma nova sociedade que lhe sucederá em todos os direitos e obrigações

Em todas essas hipóteses, há incorporação do patrimônio imobiliário de uma sociedade para outra, mas sem qualquer relação com a incorporação (integração) referida na primeira parte do citado inciso I, do § 2º, do art. 156 da CF, que alude à transferência de bens para integralização do capital.

Em outras palavras, a segunda oração contida no inciso I - “nem sobre a transmissão de bens ou direitos decorrente de fusão, incorporação, cisão ou extinção de pessoa jurídica, salvo se, nesses casos, a atividade preponderante do adquirente for a compra e venda desses bens ou direitos, locação de bens imóveis ou arrendamento mercantil” - revela uma imunidade condicionada à não exploração, pela adquirente, de forma preponderante, da atividade de compra e venda de imóveis, de locação de imóveis ou de arrendamento mercantil. Isso fica muito claro quando se observa

que a expressão “nesses casos” não alcança o “outro caso” referido na primeira oração do inciso I, do § 2º, do art. 156 da CF.”

Realmente, o Ministro fez uma separação utilizou de interpretação literal e histórico evolutivo para a sua decisão. E a doutrina e a jurisprudência têm debatido sobre o alcance da decisão do ministro nas motivações do voto. Uma parte entende que o ministro afirmou que as limitações setoriais alcançariam apenas a segunda parte do inciso e não a primeira parte.

Entretanto, em processo posterior a corte tem mantido a limitação nos casos de incorporação. Temos o caso do Agravo 1.331.382/RS. Então é necessário esperar novas decisões da Suprema Corte para verificar o alcance da decisão.

Não resta dúvida que o instrumento jurídico da incorporação para a integralização de capital é diferente de uma incorporação de empresas no caso de transformação societária.

E não cabe a fisco alargar a decisão STF, no precedente do tema de repercussão geral nº 796, usando analogia em casos completamente distintos.

Então, salvo melhor juízo, e com a *devida vênia*, de quem pensa ao contrário. Não encontro na referida decisão fundamentos para a tributação pelo ITBI nos casos de uma incorporação. A não ser nos casos em que a atividade preponderante das empresas envolvidas for compra e venda de desses bens ou direitos, locação de bens imóveis ou arrendamento mercantil, nos termos do art. 156, §2º, I da CF/88.

No caso do regramento nos arts. 45 a 47 da Lei Municipal 15.563/91 o município seguiu os ditames da Constituição Federal. Estando de acordo com a mesma.

Inclusive é o mesmo entendimento esposado pela Unidade Jurídica da Secretaria de Finanças no parecer nº 08/2023, que foi o caso de

outro processo similar em uma fusão de empresas, mas que tem a mesma lógica abaixo:

PROCESSO Nº: **1561954620**

PARECER 08/2023-UJ-SEFIN

ASSUNTO: **SOLICITAÇÃO DE PARECER (DEC. 28.021/14, ART. 22)**

REQUERENTE: **CONSELHO ADMINISTRATIVO FISCAL – 2ª INSTÂNCIA**

EMENTA: SOLICITAÇÃO DE PARECER PARA INSTRUIR DECISÃO DO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FISCAL. DECRETO MUNICIPAL 28.021/2014, ARTS. 11 E 22. POSSIBILIDADE. TEMA DE REPERCUSSÃO GERAL Nº 796/STF. INVIABILIDADE DE APLICAÇÃO ANALÓGICA AOS CASOS DE REORGANIZAÇÃO SOCIETÁRIA. JURISPRUDÊNCIA PACIFICADA SOBRE A NÃO-ONEROSIDADE DESSES ATOS. VEDAÇÃO EXPRESSA DO ART. 108, § 1º DO CTN.

...

5. CONCLUSÃO

Não é possível a aplicação, por analogia, daquilo que foi decidido na Repercussão Geral nº 796/STF, aos casos de reorganização societária. Isso porque os casos não são semelhantes, conforme demonstram as motivações contidas nos excertos jurisprudenciais transcritos nesse parecer.

Além disso, o § 1º do artigo 108 do CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL proíbe que o emprego da analogia possa resultar na exigência de tributo não previsto em lei.

E não há previsão em lei da incidência de ITBI sobre atos de reorganização societária praticados por empresa adquirente cuja atividade preponderante não seja a compra e venda de bens ou direitos, locação de bens imóveis ou arrendamento mercantil (caso especificamente analisado nessa peça).

Caso a decisão do STF realmente tivesse possibilitado aos Municípios fazer a cobrança nos moldes aqui discutidos, ou seja, caso fosse possível aplicar o entendimento da Repercussão Geral nº 796/STF aos casos de reorganização societária, ainda assim o Município de Recife teria que aprovar mudanças no texto de seu próprio Código Tributário, tendo em vista que a vedação à cobrança do ITBI nessas situações encontra-se expressa na lei local:

Art. 45. O imposto **não incide** sobre: [...]

I – a transmissão dos bens ou direitos decorrentes de fusão, incorporação, cisão ou extinção de pessoa jurídica;

Este conselho inclusive apresentou voto pela não incidência em caso similar, abaixo:

ACÓRDÃO Nº 058/2023

EMENTA: 1-ITBI - PEDIDO DE RECLAMAÇÃO – REEXAME NECESSÁRIO E RECURSO VOLUNTÁRIO DO FISCO RECEBIDOS E NÃO PROVIDOS.

2- *Nos termos do art. 156, §2º, I, CF/88 e do arts. 45 e 46 do CTM/Recife, as operações transformações societárias por fusão de capital são imunes ao pagamento do ITBI no ato de formalização do ato jurídico. Com exceção aos casos em que a atividade preponderante das empresas envolvidas for compra e venda de desses bens ou direitos, locação de bens imóveis ou arrendamento mercantil.*

3- *Mantida a decisão da 1ª Instância que julgou procedente a reclamação contra o lançamento ITBI.*

No caso em tela fica comprovada com a documentação acostada, a OI S/A, CNPJ 76.535.764/0001-43, incorporou a TELEMAR NORTE LESTE S/A, CNPJ 33.000.118/001-79, após sua extinção, que houve transformação societária, abaixo:

**PROTOCOLO E JUSTIFICAÇÃO DE INCORPORAÇÃO DA
TELEMAR NORTE LESTE S.A.– EM RECUPERAÇÃO
JUDICIAL PELA OI S.A. – EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL**

TELEMAR NORTE LESTE S.A. – EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL, sociedade anônima fechada com sede na Rua do Lavradio, 71, 2º andar - Centro, na cidade e estado do Rio de Janeiro, CEP 20230-070, inscrita no CNPJ/ME sob o n.º 33.000.118/0001-79 e com seus atos societários arquivados na Junta Comercial do Estado do Rio de Janeiro (“JUCERJA”) sob o NIRE 3330015258-0, neste ato representada na forma do seu Estatuto Social (“Telemar”); e **OI S.A. – EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL**, sociedade por ações de capital aberto, com sede na Rua do Lavradio, 71, 2º andar - Centro, na cidade e estado do Rio de Janeiro, CEP 20230-070, inscrita no CNPJ/ME sob o n.º 76.535.764/0001-43 e com seus atos societários arquivados na JUCERJA sob o NIRE 3330029520-8, neste ato representada na forma de seu Estatuto Social (referida individualmente como “Oi” e, conjunta e indistintamente com a Telemar, como “Partes”),

...

CLÁUSULA PRIMEIRA - OPERAÇÃO PROPOSTA E JUSTIFICAÇÃO

1.1. *Operação Proposta.* A operação consiste na incorporação da Telemar pela Oi, com a versão da integralidade do patrimônio da Telemar para a Oi, que sucederá aquela a título universal, em todos os seus bens, direitos e obrigações, de modo que a Telemar se extinguirá, nos termos dos artigos 227 e seguintes da Lei das S.A. (“Incorporação”).

1.2. *Justificação da Incorporação.* A Incorporação tem como objetivo consolidar as companhias e as atividades por elas desenvolvidas em uma única companhia, o que trará consideráveis benefícios de ordem administrativa e econômica, com a racionalização de custos e ganhos de sinergia, para maior eficiência na oferta de serviços, contribuindo para que as Empresas Oi atinjam os objetivos mencionados no PRJ.

...

Verifica-se que o imóvel em questão consta anexo, do laudo de avaliação elaborado pela empresa Valore Consultoria e Avaliações Ltda (MEDEM), abaixo:

MEDEN

*Oi S.A. – Em Recuperação Judicial,
Rua Humberto de Campos, 425
Leblon - Rio de Janeiro, RJ, Brasil
28 de março de 2021*

Prezado Senhor Antônio Carlos Correia Neto,

A Meden Consultoria Empresarial Ltda. (“Meden Consultoria”), inscrita no CNPJ/MF sob o nº 27.936.447/0001-23, apresenta a seguir laudo de apuração do valor do Patrimônio Líquido a Mercado de Oi S.A. – Em Recuperação Judicial (“Oi” ou “Companhia” ou “BTSA”), inscrita no CNPJ/MF sob o nº 02.365.069/0001-44 e de Telemar Norte Leste S.A. (“TLM”), inscrita no CNPJ/MF sob o nº 03.549.807/0001-76, denominadas em conjunto como “Grupo Oi”, avaliadas segundo os mesmos critérios e na mesma data, para fins do artigo 264 da Lei das S.A., de acordo com a Proposta comercial MA-0015/21.

Agradecemos a oportunidade de assessorá-los e nos colocamos à disposição para quaisquer esclarecimentos.

...

Avaliação do Patrimônio Líquido a Mercado de Oi

Abaixo, são apresentados os principais ajustes no Patrimônio Líquido da Oi:

Imobilizado

A Oi S.A. (visão Controladora) possui na data-base do relatório a seguinte composição contábil do seu ativo imobilizado:

...

Dado a relevância dos ajustes identificados na classe de Prédios, onde estão alocados os imóveis da companhia, a avaliação do ativo imobilizado realizada foi segregada em duas partes:

Avaliação dos Bens Imóveis; e Avaliação dos Bens Móveis.

Bens Imóveis

De acordo com os controles gerenciais apresentados pela companhia, a Oi S.A. (visão Controladora) possuía, na data-base do presente relatório, um total de 3.110 imóveis alocados na conta de “Prédios”. A tabela a seguir apresenta um resumo da avaliação realizada indicando a proporção de imóveis avaliados por cada uma das metodologias descritas nos capítulos anteriores:

...

A diferença de valor entre o valor contábil dos imóveis avaliados e a conta contábil de Prédios é representada por classes de infraestrutura específicas, como Elevadores, Containers, etc. que foram ajustados pelo índice de correção INCC.

O detalhamento da avaliação encontra-se nos anexos deste relatório.

...

*TLM/81000005/18 TLM BOA VIAGEM RECIFE PE 2.833,00
1.498,96 R\$ 4.235.268,02 R\$ 208.772,58 R\$ 7.579.593,99.*

Observa-se, ainda, que a atividade do contribuinte é abrangida pela imunidade Constitucional, haja vista que conforme o art. 2º do estatuto a sua atividade é a exploração de serviços de telecomunicações, abaixo:

Estatuto Social

CAPÍTULO I **REGIME JURÍDICO**

Art. 1º - A Oi S.A. (“Companhia”) é uma sociedade por ações, de capital aberto, que se rege pelo presente Estatuto e legislação aplicável.

Parágrafo 1º - Com a admissão da Companhia no segmento especial de listagem denominado Nível 1 de Governança Corporativa, da B3 S.A. – Brasil, Bolsa, Balcão (“B3”), sujeitam-se a Companhia, seus acionistas, Administradores e membros do Conselho Fiscal às disposições do Regulamento de Listagem do Nível 1 de Governança Corporativa da B3 (“Regulamento do Nível 1”).

...

Art. 2º - A Companhia tem por objeto a exploração de serviços de telecomunicações e atividades necessárias, ou úteis à execução desses serviços, na conformidade das concessões, autorizações e permissões que lhe forem outorgadas.

Parágrafo Único - Na consecução de seu objeto, a Companhia poderá incorporar ao seu patrimônio bens e direitos de terceiros, bem como:

Desta feita, concordamos com julgador de 1º instância que julgou procedente a reclamação. E não concordamos com o recurso do fisco, haja vista a clara não incidência constitucional no caso em tela.

DECISÃO

Diante de todo relatado, e pelos motivos de fato e direito expostos, e com base no artigo 156, §2º, I, CF/88, entendo por conhecer e julgar improcedente o reexame necessário e o recurso do fisco, mantendo a decisão de 1º Instância que julgou em procedente a reclamação contra o lançamento do ITBI.

É o voto.

C.A.F., em, 05 de outubro 2023

**CARLOS AUGUSTO CAVALCANTI DE CARVALHO
RELATOR**

