

Fato gerador do Imposto de Transmissão de Bens Imóveis no sistema brasileiro

CRISTINA GUTIERREZ

Juíza de Direito - RJ
Prof^a. de Processo Civil - UNIPLI
Doutoranda em Ciências
Jurídicas e Sociais - UNIAAL

O momento da ocorrência do fato gerador do imposto sobre a transmissão de bens imóveis (ITBI) é tema tormentoso e que merece reflexão.

Diversos diplomas legais, como a Lei nº 1.348/88, do Município do Rio de Janeiro, em seu art. 20, considera como fato gerador do ITBI a quitação do preço acordado na promessa de compra e venda, contando-se a partir daí o prazo de 30 dias para o pagamento do imposto, sob pena de aplicação de multa ao contribuinte *ex vi* de seu § 3º:

“O promitente comprador e o promitente cessionário, na hipótese de haver quitação contratual, ficam obrigados a apresentar à repartição fazendária o respectivo título, acompanhado da prova de pagamento do imposto, efetuado na forma do caput deste artigo, no prazo de 30 (trinta) dias, a contar da data prevista no instrumento para o efetivo pagamento total do preço, sob pena de aplicação da multa prevista no art. 23, inciso IV desta lei, sem prejuízo das demais penalidades cabíveis”.

A divergência doutrinária e jurisprudencial sobre o tema, resume-se, basicamente, em dois entendimentos.

O primeiro, considerando como fato gerador do ITBI a transcrição, no registro imobiliário, da escritura de compra e venda no registro imobiliário.

O segundo, reputando a ocorrência do fato gerador no momento em que se efetua a escritura definitiva do negócio jurídico (compra e venda), título hábil à transmissão, pelo registro, da propriedade.

O primeiro entendimento considera que o fato gerador do ITBI, à luz do dispositivo constitucional, é a transmissão da propriedade imóvel, que no direito civil pátrio (arts.530 e 531do C.C.) somente se dá com a transcrição no registro imobiliário dos títulos translativos da propriedade como a escritura definitiva de compra e venda.

A Constituição Federal, em seu art. 146, incisos II e III, atribuiu à lei complementar competência para estabelecer normas gerais em matéria de impostos, inclusive definição dos respectivos fatos geradores.

O Decreto-lei federal nº 406/68, recepcionado com natureza de lei complementar, remete expressamente ao Código Civil o conceito de transmissão de bens imóveis para a fixação do fato gerador do ITBI.

Aliás, os arts. 109 e 110 do Código Tributário Nacional confirmam que o fato gerador do ITBI se dá com a transcrição do título no registro imobiliário, ao expressamente remeterem ao direito privado a definição dos conceitos postos nos

dispositivos constitucionais, como por exemplo aquele que previu a instituição do ITBI pelos Municípios.

Neste sentido, a remansosa jurisprudência dos Tribunais, inclusive do Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ACÓRDÃO: RESP 12546/RJ (199100140783)

RECURSO ESPECIAL

DECISÃO: POR UNANIMIDADE, DAR PROVIMENTO AO RECURSO.

DATA DA DECISÃO: 21/10/1992

ORGÃO JULGADOR: - PRIMEIRA TURMA

E M E N T A

TRIBUTARIO - IMPOSTO DE TRANSMISSÃO DE BENS IMOVEIS - FATO GERADOR - REGISTRO IMOBILIARIO - (C. CIVIL, ART. 530).

A PROPRIEDADE IMOBILIARIA APENAS SE TRANSFERE COM O REGISTRO DO RESPECTIVO TITULO (C. CIVIL, ART. 530). O REGISTRO IMOBILIARIO E O FATO GERADOR DO IMPOSTO DE TRANSMISSÃO DE BENS IMOVEIS. ASSIM, A PRETENSÃO DE COBRAR O ITBI ANTES DO REGISTRO IMOBILIARIO CONTRARIA O ORDENAMENTO JURIDICO.

RELATOR: MINISTRO HUMBERTO GOMES DE BARROS

INDEXAÇÃO: IMPOSTO DE TRANSMISSÃO, FATO GERADOR, DATA, TRANSCRIÇÃO, TITULO, AQUISIÇÃO, BENS IMOVEIS, CARTORIO, REGISTRO DE IMOVEIS.

FONTE: DJ DATA: 30/11/1992 PG: 22559

REFERÊNCIAS LEGISLATIVAS: LEG: EST DEL: 000005 ANO: 1975 ART: 00089 INC: 00001 CODIGO TRIBUTARIO (RJ) LEG: FED DEL: 000413 ANO: 1979 LEG: FED LEI: 005172 ANO: 1966 ***** CTN-66 CODIGO TRIBUTARIO NACIONAL ART: 00035 INC: 00001 ART: 00110 LEG: FED LEI: 003071 ANO: 1916 ***** CC-16 CODIGO CIVIL ART: 00530

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL

PROCESSO: APELAÇÃO CÍVEL APC4905898 DF

ACÓRDÃO: 112240

ORGÃO JULGADOR: 4a Turma Cível DATA: 14/12/1998

RELATOR: SÉRGIO BITTENCOURT

PUBLICAÇÃO: Diário da Justiça do DF: 20/04/1999 Pág: 129

REFERÊNCIAS LEGISLATIVAS: CÓDIGO CIVIL ART-530

RAMO DO DIREITO: DIREITO CIVIL DIREITO TRIBUTÁRIO

E M E N T A

TRIBUTÁRIO - ITBI - ESCRITURA PARTICULAR DE COMPRA E VENDA SEM REGISTRO - FATO GERADOR NÃO CARACTERIZADO - LEI DISTRITAL 11/88 - CONFISSÃO E PROPOSTA DE PARCELAMENTO DO DÉBITO - QUESTÃO IRRELEVANTE. O DISPOSTO NO ART. 2º DA LEI DISTRITAL 11/88 NÃO SE COADUNA COM O SISTEMA JURÍDICO PÁTRIO, PARA O QUAL SÓ SE ADQUIRE A PROPRIEDADE IMOBILIÁRIA MEDIANTE REGISTRO DO TÍTULO QUE LHE DEU CAUSA. ILEGAL, PORTANTO, O LANÇAMENTO DO ITBI ANTES DA APRESENTAÇÃO DA ESCRITURA DE COMPRA E VENDA AO OFICIAL REGISTRADO A CONFISSÃO DO DEVEDOR E CONCOMITANTE

PEDIDO ADMINISTRATIVO DE PARCELAMENTO DO DÉBITO NÃO O IMPEDE DE VOLTAR A DISCUTIR A LEGALIDADE DO LANÇAMENTO DO TRIBUTO, TENDO EM VISTA A GARANTIA INSERTA NO ART. 5º, INCISO XXXV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

DECISÃO: DAR PROVIMENTO. À UNANIMIDADE.

INDEXAÇÃO: PROCEDÊNCIA, EMBARGOS A EXECUÇÃO, PROCESSO DE EXECUÇÃO, INEXISTÊNCIA, DÍVIDA FISCAL.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ACÓRDÃO: RHC 5178/SP (199500711702)

RECURSO ORDINARIO EM HABEAS CORPUS

DECISÃO: POR UNANIMIDADE, DAR PROVIMENTO AO RECURSO.

DATA DA DECISÃO: 28/02/1996

ORGÃO JULGADOR: - SEXTA TURMA

E M E N T A

- PENAL. HABEAS CORPUS. INQUERITO. TRANCAMENTO. SONEGAÇÃO FISCAL. ITBI. INOCORRENCIA.

- A SIMPLES PROMESSA DE CESSÃO DE DIREITOS NÃO GERA, NA CONCEPÇÃO JURÍDICA DA EGREGIA PRIMEIRA SEÇÃO, DESTE STJ, OBRIGAÇÃO DO PAGAMENTO DO ITBI, CUJO FATO GERADOR É O REGISTRO DO RESPECTIVO TÍTULO. SENDO ASSIM, DESCABE IMPUTA O CRIME DE SONEGAÇÃO FISCAL A QUEM PORTA, APENAS, PROMESSA DE CESSÃO DE DIREITOS.

- RECURSO PROVIDO.

HABEAS CORPUS DEFERIDO.

RELATOR: MINISTRO WILLIAM PATTERSON

INDEXAÇÃO: CABIMENTO, TRANCAMENTO, INQUERITO POLICIAL, SONEGAÇÃO FISCAL, ATIPICIDADE, FATO, NECESSIDADE, REGISTRO, IMÓVEL, CARACTERIZAÇÃO, FATO GERADOR, COBRANÇA, (ITBI), DESCABIMENTO, INCIDENCIA, IMPOSTO, PROMESSA, CESSÃO DE DIREITOS.

CATÁLOGO: PP 0534 INQUERITO POLICIAL TRANCAMENTO ATIPICIDADE

FONTE: DJ DATA: 13/05/1996 PG: 15574

VEJA: VEJA: RESP 12.546-RO; RESP 1.066-RO (STJ)

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL

PROCESSO: APELAÇÃO CÍVEL APC4845198 DF

ACÓRDÃO: 119648

ORGÃO JULGADOR: 2ª Turma Cível DATA: 11/06/1999

RELATOR: EDSON ALFREDO SMANIOTTO

PUBLICAÇÃO: Diário da Justiça do DF: 17/11/1999 Pág: 22

OBSERVAÇÃO: STJ RESP 1066/RJ, RHC 5178/1995 STF REPRESENTAÇÃO 1121-GO

REFERÊNCIAS LEGISLATIVAS: CÓDIGO CIVIL ART-530 INC-1 CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL ART-130 ART-131 DIS LEI-11/1988 ART-2 ART-9

RAMO DO DIREITO: DIREITO TRIBUTÁRIO

E M E N T A

AÇÃO DE COBRANÇA - IMPOSTO SOBRE TRANSMISSÃO "INTER VIVOS" DE BENS IMÓVEIS - CESSÃO DE DIREITOS.

A SIMPLES PROMESSA DE CESSÃO DE DIREITOS NÃO GERA OBRIGAÇÃO AO PAGAMENTO DO ITBI, CUJO FATO GERADOR É O REGISTRO DO RESPECTIVO TÍTULO, QUANDO SE TRANSFERE A PROPRIEDADE IMOBILIÁRIA.

DECISÃO: NEGAR PROVIMENTO, À UNANIMIDADE.

INDEXAÇÃO: CONFIRMAÇÃO, DEVOLUÇÃO, REPETIÇÃO DE INDÉBITO, DUPLICIDADE, ALÍQUOTA, ITBI, ILEGALIDADE, TRIBUTAÇÃO, CESSÃO DE DIREITO, PROMESSA DE COMPRA E VENDA, IMÓVEL

O segundo entendimento considera que o fato gerador do ITBI é a o ato prometido pelo contrato preliminar, ou seja, a escritura definitiva de compra e venda, esta o título hábil à transmissão da propriedade pelo registro, por conferir ao seu titular direito real.

Inconcebível, assim, o entendimento de pretender “fixar” como fato gerador do ITBI a quitação do preço acordado na promessa de compra e venda, sequer registrada.

Geralmente o ente tributante invoca como fundamento para sustentar sua tese, a natureza compulsória do tributo (art. 3º do CTN), a afastar o entendimento que reputa necessária à ocorrência do fato gerador do ITBI, a transcrição no registro imobiliário, visto que inexistente prazo para a sua efetivação. E, a inclusão, no dispositivo constitucional (art. 156, II) da expressão “a qualquer título”, que seria inócua.

Cabe ainda analisar-se a possibilidade de inclusão na expressão “**cessão de direitos a sua aquisição**”, posta no referido art. 156, III, da Constituição Federal, a promessa de compra e venda, com quitação de preço, não registrada.

A resposta é negativa.

Isto porque, mesmo socorrendo-se do disposto no Decreto-Lei 58/36 ou na Lei 6766/79, **para configurar-se o denominado direito real de aquisição, impõe-se que a promessa de compra e venda esteja registrada**, hipótese não referida na lei sob comento.

Nesta esteira, assim já se pronunciara o Supremo Tribunal Federal, em célebre acórdão, relator o eminente Ministro Moreira Alves, cuja ementa se transcreve:

EMENTA

“Fato Gerador do Imposto sobre a Transmissão de Bens Imóveis e de direitos a eles relativos. Compromisso de Compra e Venda.

O compromisso de compra e venda, no sistema jurídico brasileiro, não transmite direitos reais nem configura cessão de direitos à aquisição deles, razão porque é inconstitucional a lei que o tenha como fato gerador de imposto sobre a transmissão de bens imóveis e de direitos a eles relativos.

Representação julgada procedente, declarando-se a inconstitucionalidade do inciso I do parágrafo único do art. 114 da Lei 7.730, de 30 de outubro de 1973, do Estado de Goiás”.

No corpo do acórdão, aprecia o tema em comento, fulminando eventuais dúvidas, ao esclarecer:

*...Observo, por outro lado, que, mesmo com relação às promessas de compra e venda que, em decorrência do art. 5º do Decreto-Lei nº 58/36, ou da Lei nº 649/49, ou do art. 25 da Lei nº 6766/79, são títulos para que, com o registro, se adquira o que para grande parte da doutrina é o **direito real de aquisição, a aquisição deste se dá com o registro, e não com a celebração do compromisso de compra e venda**, certo como é que, em nosso direito, se segue o sistema romano de aquisição de direitos reais, em que é o modo de aquisição, e não seu título, que transfere ou constitui direitos reais..."*

Na linha majoritária do entendimento de que somente o registro da compra e venda constitui fato gerador do ITBI, destaca-se recente acórdão da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, da lavra da eminente ministra Eliana Calmon, no REsp nº 57.641- Pernambuco (D.J.U. 22.05.2.000, publicado no Boletim Semanal nº 36/2.000, COAD, pp.565/568, comentado por José da Silva Pacheco, assim concluindo:

".....Assim decidindo, atuou não só em harmonia com os precedentes do STF e STJ, como apontado, mas também em consonância com o disposto no art. 156, II, da Constituição Federal, visto que a promessa de compra de compra e venda, ainda que registrada, não configura, plenamente, transmissão de bens imóveis, ma simples compromisso de fazê-lo, não obstante obrigatório."

Aliás, consta do referido comentário de José da Silva Pacheco a referência à acórdão da 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, em julgamento da Representação nº 1.211-RJ, relator o eminente Min. Octávio Galloti, no mesmo diapasão:

" o compromisso de compra e venda e a promessa de cessão de direitos aquisitivos, dada a sua natureza de contratos preliminares no direito privado brasileiro, não constituem meios idôneos à transmissão, pelo registro, do domínio sobre o imóvel, sendo, portanto, inconstitucional a norma que os erige em fato gerador do imposto sobre a transmissão de bens imóveis e direitos a ele relativos. Apelação julgada procedente, declarando-se a inconstitucionalidade do inciso VII, do art. 89, do Dec-Lei nº 5, de 15-3-75, com a redação do Dec-Lei nº 413, de 13-2-79, ambos do Estado do Rio de Janeiro"(DJ de 5-6-87, p.11.112)".

Na mesma esteira, acórdão unânime da 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, relator o eminente Ministro Francisco Peçanha Martins, no RMS nº 10.650-0, julg. em 16.06.2000, publicado no BSTJ nº 13.

Inexistindo fato gerador do ITBI (obrigação principal), não há que se falar em pena pecuniária, que lhe é acessória.

Nesta linha de orientação esta magistrada prolatou sentença (proc. nº 98.001.102.508-5), confirmada, por unanimidade, pela 11ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (proc. nº 1999.001.05306), pendente de julgamento os recursos especial e extraordinário.

Conclui-se, assim, pela constitucionalidade duvidosa das normas que apontem como fato gerador do ITBI a quitação do preço na promessa de compra e venda,

que não deve o magistrado declarar, em homenagem ao velho princípio “*beyond all reasonable doubt*” (só se proclama a inconstitucionalidade da norma quando absolutamente necessária ao deslinde da causa), adotando-se a denominada interpretação conforme a Constituição.

Texto disponibilizado no Banco do Conhecimento em 16 de julho de 2008.