

Memorando 6: 3.423/2020

De: Daniel H. - SFA - SC

Para: SFA - SC - Conselho de Contribuintes - A/C Francisco J.

Data: 23/04/2020 às 17:24:58

Setores envolvidos:

SFA - SC

Segue voto divergente do RT n.º 192/2019.

—

Daniel Brose Herzmann
Procurador Municipal

Anexos:

RT 192-2019.pdf

Recurso Tributário n.º 192/2019

Relator do Voto Divergente: Conselheiro Daniel Brose Herzmann

RELATÓRIO

1. Por uma questão de economia processual, adoto, na íntegra, o relatório exarado pelo Ilmo. Relator.

VOTO

2. Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do Recurso.

3. Objetivamente, a discussão de mérito envolve a incidência (ou não) do ITBI sobre o ato de distribuição, entre as pessoas naturais e jurídicas indicadas na escritura pública de fls. 66/97, da propriedade das unidades autônomas componentes do futuro condomínio denominado Condomínio Terra Brasilis, a ser instituído sobre o imóvel matriculado junto ao 2º Ofício do Registro de Imóveis sob o n.º 54.789. Trata-se, especificamente, do ato descrito no item 8 da mencionada escritura.

4. A solução da controvérsia depende, portanto, da análise quanto ao enquadramento (ou não) do ato em relação ao qual se pretende obter a certidão de não incidência, nas hipóteses de incidência do ITBI estabelecidas pela legislação tributária. Vejamos:

5. Conforme consta da certidão de inteiro teor acostada às fls. 378/379, o referido imóvel pertence, atualmente, a 09 (nove) pessoas, quais sejam aquelas mencionadas no preâmbulo e no R.5 da referida certidão. Tal informação foi confirmada via consulta online ao banco de dados do ofício imobiliário, na data de 15/04/2020, segundo o qual não houve nenhum outro ato no registro do imóvel após a data da expedição da sobredita certidão.

6. Entretanto, a escritura pública de fls. 66/97 foi celebrada por um grupo de 27 (vinte e sete) pessoas, denominadas instituidores do condomínio e consideradas como sendo os efetivos proprietários do bem sobre o qual aquele foi instituído.

7. Apesar de tal situação (disparidade entre os efetivos proprietários e aqueles indicados na escritura pública), que será abordada adiante, o fato é que a operação praticada pelos supostos 27 (vinte e sete) proprietários do imóvel com o objetivo de instituir o Condomínio Terra Brasilis compreende, ainda que em uma única escritura, mais de um ato jurídico passível de registro. São eles, em síntese, a efetiva instituição do condomínio e o denominado “reconhecimento e atribuição de propriedade privativa”.

8. O primeiro, por se restringir à transformação jurídica do terreno edificado em um condomínio edilício composto por diversos imóveis autonomamente considerados (unidades autônomas compostas de áreas de usos comum e exclusivo), não implica, por si só, uma das mutações patrimoniais previstas no art. 2º da Lei Municipal n.º 859/1989.

9. Isso porque, com a instituição do condomínio edilício sobre imóvel pertencente a um conjunto de pessoas, estas deixam de ser coproprietárias de um único imóvel e passam a ser coproprietárias, em regime de condomínio voluntário, de todas as novas unidades autônomas que compõem o condomínio recém formado, mantidas, em relação a tais unidades, as mesmas partes ideais que cada um detinha em relação ao imóvel sobre o qual se instituiu o condomínio edilício.

10. Se a operação estivesse restrita ao ato suprarreferido, não haveria o que se falar em fato gerador do imposto.

11. O segundo ato, por sua vez, comumente denominado de “atribuição de unidades”, envolve a outorga, em favor de um único condômino, da integralidade da propriedade de uma unidade autônoma que, anteriormente ao ato de atribuição, pertencia a mais de um condômino em regime de copropriedade, sendo que, em contrapartida à aquisição da propriedade exclusiva, o adquirente abre mão, em favor dos demais condôminos, da parcela de propriedade que aquele detinha sobre as demais unidades integrantes do condomínio edilício.

12. A título de exemplo, tomando-se por base a situação específica do Recorrente, tem-se que, conforme consta do ato de instituição: (a) este, antes da instituição do condomínio edilício, figura como coproprietário do terreno edificado, sendo titular da parte ideal correspondente a 9,1374%; (b) após a instituição do condomínio (porém antes do ato de

atribuição de unidades), o Recorrente passa a ser coproprietário de todas as unidades autônomas pertencentes ao Condomínio Terra Brasilis, sendo titular da parte ideal correspondente a 9,1374% em relação a cada uma destas estas unidades; (c) após o ato de atribuição de unidades, o Recorrente passa a ser o único proprietário das unidades designadas pelo apartamento n.º 2201, por um box de praia, algumas salas comerciais e alguns boxes de garagem, passando a ser titular da integralidade (100%) dos aludidos imóveis e, em contrapartida, deixando de ter vínculo com as demais unidades autônomas sobre as quais anteriormente exercia copropriedade.

13. E é nesse aspecto que reside a divergência em relação ao raciocínio exposto no voto do Ilmo. Relator, segundo o qual a segregação de atos ora desenhada inexistente, visto que a atribuição das unidades autônomas seria algo intrínseco à própria instituição do condomínio, pelo que não haveria operação de troca, mas somente o reconhecimento da propriedade exclusiva de cada condômino em relação às unidades que, desde o início da construção do edifício, já lhe pertenciam.

14. Ouso discordar e, por conseguinte, propor julgamento em sentido diverso. Eis as razões para tal:

15. Primeiramente, cumpre esclarecer que, nos termos do art. 1.332 do Código Civil e do art. 7º da Lei n.º 4.591/1964, institui-se o condomínio edilício por ato jurídico registrado no cartório de registro de imóveis, devendo constar do referido ato (seja ele público ou particular), os seguintes elementos: (a) discriminação/individualização das unidades autônomas; (b) fração ideal atribuída a cada unidade autônoma, composta por áreas de uso privativo e de uso comum; (c) finalidade a que se destinam as unidades autônomas.

16. Verifica-se, com clareza, da redação do dispositivo citado, que a instituição do condomínio edilício e, conseqüentemente, o surgimento da existência, no mundo jurídico, das unidades autônomas que o compõem, só se dá, efetivamente, quando o ato de instituição é levado ao registro imobiliário. Antes disso, não há que se falar em regime de condomínio edilício e tampouco em propriedade e/ou divisão/distribuição de unidades autônomas.

17. Não se ignora o fato de que o ato de instituição pode ser praticado por instrumento público ou particular. Não se ignora, também, o fato de que até mesmo a convenção de condomínio pode ser feita por instrumento particular e/ou de que a ausência de registro da mesma não prejudica a sua validade entre os condôminos (arts. 1.333, parágrafo único, e 1.334, §1º, do Código Civil).

18. Nada obstante, a possibilidade de se elaborar o ato de instituição por instrumento particular não afasta a sua obrigatoriedade de registro imobiliário, assim como tal obrigação não é dispensada pela prescindibilidade de registro da convenção de condomínio. Tratam-se de situações distintas às quais a lei impôs condições de eficácia distintas.

19. O fato de determinado ato ter sua eficácia condicionada ao registro no cartório de registro de imóveis não significa que este tenha que ser elaborado por instrumento público. Prova disso é a possibilidade de registro dos instrumentos particulares de promessa e compra e venda ou de financiamento habitacional, por exemplo, cujo registro (mesmo não sendo instrumentos públicos) é perfeitamente possível, nos termos do art. 167, I, da Lei n.º 6.015/1973.

20. Outrossim, quanto à convenção de condomínio, não há qualquer razão para concluir que os dispositivos legais que admitem a possibilidade de esta ser feita por instrumento particular e a dispensabilidade de registro da mesma (arts. 1.333, parágrafo único, e 1.334, §1º, do Código Civil) se aplicariam, de alguma forma, ao ato de instituição do condomínio, que possui disposição legal própria (art. 1.332 do Código Civil e do art. 7º da Lei n.º 4.591/1964) e mais restritiva no que diz respeito à sua condição de eficácia.

21. Além do mais, sequer poder-se-ia cogitar que tal aplicação extensiva decorreria do fato de a convenção constituir componente essencial do ato de instituição, pois a legislação é clara ao definir aqueles previstos nos incisos do art. 1.332 do Código Civil como sendo os únicos elementos que devem, obrigatoriamente, compor o ato instituidor do condomínio edilício.

22. Desse raciocínio, construído na esteira do que dispõe a legislação civil, extrai-se que, não existindo, no mundo jurídico, unidade autônoma anteriormente ao registro (no cartório de registro de imóveis) do ato de instituição do condomínio, não há como considerar que

tais unidades, ao tempo da construção da obra ou antes disso, já pertenciam a determinado coproprietário do imóvel sobre o qual erigiu-se a edificação, eis que, nesse período, estas sequer existiam.

23. Do mesmo modo, é impossível assegurar que os esforços financeiros de cada coproprietário do imóvel originário, aplicados na aquisição do terreno e execução da obra, estejam de alguma forma relacionados às futuras unidades autônomas que virão a compor o condomínio edilício. Efetivamente, tais recursos são, durante a consecução do empreendimento, direcionados à compra de um terreno e à construção, sobre o mesmo, de um ou mais prédios urbanos, os quais pertencem, indistintamente, a todos os coproprietários, que exercem a sua propriedade em regime de condomínio ordinário/voluntário, de acordo com a sua parte ideal (percentual sobre o todo).

24. Evidentemente, é plenamente possível que os coproprietários definam, mediante celebração de atas ou qualquer outro instrumento com tal finalidade, como se dará o uso da propriedade comum, inclusive dispondo sobre a divisão física do bem. Contudo, tal convenção, por se tratar de ato jurídico restrito ao campo obrigacional, que possui efeito *inter partes*, não possui o condão de conferir propriedade exclusiva de determinada parte do imóvel a determinado condômino, o que só pode ocorrer, como visto, após a individualização no registro imobiliário.

25. É que, nos termos do art. 176, §1º, I, da Lei n.º 6.015/1973, a existência, de forma independente, de qualquer imóvel (o que se aplica às unidades autônomas de condomínio edilício), só se dá pelo registro imobiliário, de modo que, enquanto não alcançada a condição de individualizado, o bem sequer existe como imóvel autônomo e, nessa qualidade, não pode compor o patrimônio de qualquer pessoa.

26. Com efeito, sendo as unidades autônomas imóveis individualizados que adquirem tal condição somente com o registro da instituição do condomínio a que pertencem, a sua criação com uma composição de proprietários distinta daquela configuração que existia sobre o imóvel originário não pode ser compreendida como algo natural ou intrínseco ao ato de instituição do condomínio.

27. Pelo contrário, tratando-se de imóveis cuja origem decorre da mutação jurídica de um imóvel originário, consistente num terreno edificado, que se transforma em um condomínio edilício composto por diversas unidades autonomamente consideradas, a sua configuração inicial imediata, em termos de propriedade, corresponde, inevitavelmente, à mesma do imóvel originário. Ou seja, o registro da instituição faz nascer as unidades autônomas, mantido, nestas, o condomínio existente no imóvel composto por edifício e terreno.

28. Em outras palavras, a mesma composição de proprietários (quantidade, qualificação e percentual de cada um) existente em relação ao imóvel originário, passa a ser, com a instituição do condomínio edilício, a das unidades autônomas, podendo, por óbvio, ocorrer a modificação dessa configuração, porém somente por ato posterior e distinto da instituição.

29. Não fosse essa a regra legal, a modificação da configuração da propriedade das unidades autônoma em relação ao imóvel originário, contemporaneamente denominada “atribuição de unidades”, estaria incluída nos róis de elementos essenciais do art. 1.332 do Código Civil e o do art. 7º da Lei n.º 4.591/1964. Contudo, não é o que prevê a legislação.

30. Tanto é que a própria Lei dos Registros Públicos (Lei n.º 6.015/1973), ao dispor sobre a instituição do condomínio edilício e sobre a atribuição de unidades, aborda tais institutos de forma separada, elencando, no art. 167, I, como atos passíveis de registro, a instituição do condomínio no item 17 e a atribuição de unidades, separadamente, no item 23.

31. Justamente por isso que é plenamente possível, embora menos comum, a lavratura de uma escritura pública de instituição de condomínio sem contemplar o ato de atribuição de unidades, hipótese em que, por óbvio, ocorre a extensão da mesma copropriedade vigente no imóvel originário para todas as unidades autônomas criadas com o surgimento do condomínio edilício.

32. Até aí, como já visto, não existiria transmissão, onerosidade e, por conseguinte, fato gerador.

33. Ocorre que, com a prática de um ato posterior – que tem por objeto a modificação da configuração inicial da propriedade das unidades autônomas recém criadas, de modo que determinado condômino passe a ser o proprietário exclusivo de uma unidade e, em

troca dessa exclusividade, transfira, em favor de outros condôminos, a parte que lhe cabia nas demais unidades autônomas – torna-se inequívoca a ocorrência de uma operação onerosa de que resulta transferência de direito real imóvel.

34. Retomando-se a análise do caso específico do Recorrente (idêntico aos dos demais condôminos, que só diferem com relação ao percentual), verifica-se que o ato descrito no item “c” do parágrafo 12 do presente voto implica, inevitavelmente, a aquisição onerosa da parte ideal correspondente a 90,8626% das unidades sobre as quais passou a deter exclusividade. Aquisição porque se trata de parcela da propriedade das referidas unidades que ao Recorrente não pertencia. Onerosa porque a parcela adquirida é paga através da contrapartida correspondente à parte ideal de 9,1374% dos demais imóveis do condomínio que a ele pertencia logo após a instituição, fato este que caracteriza permuta, mutação patrimonial esta que, nos termos do art. 2º da Lei Municipal n.º 859/1989, constitui fato gerador do ITBI.

35. Desse modo, penso ser inviável o afastamento da cobrança do imposto, o qual deve incidir, em relação a cada imóvel, sobre a parcela da propriedade adquirida pelo condômino que passou a deter a exclusividade sobre o bem, que, no caso do Recorrente, corresponde a 90,8626% das unidades sobre as quais passou a deter exclusividade, aplicando-se o mesmo raciocínio para fins de apuração do tributo devido sobre as demais unidades e em relação àqueles que detiverem a propriedade das unidades autônomas logo após o ato de instituição.

36. No sentido de que configura permuta e, portanto, fato gerador do ITBI, o ato de atribuição de unidades de que decorra a exclusividade, em favor de uma única pessoa, de uma unidade autônoma que, anteriormente, pertencia a um grupo de pessoas em regime de copropriedade, já se manifestaram o Colendo STJ e o Egrégio TJSC. Vejamos:

“APELAÇÃO CÍVEL EM MANDADO DE SEGURANÇA - ITBI - FATO GERADOR - TRANSFERÊNCIA DA PROPRIEDADE DE BENS IMÓVEIS POR ATO INTER VIVOS - ESCRITURA PÚBLICA QUE DETERMINA PERMUTA ENTRE PROPRIETÁRIOS E NÃO MERA DIVISÃO DE BENS EM CONDOMÍNIO - INCIDÊNCIA DO IMPOSTO - CONFIRMAÇÃO DA SENTENÇA - DESPROVIMENTO DO APELO. "A divisão de condomínio atribui a exclusividade de parte do imóvel comum cada um dos condôminos. Se as mesmas pessoas são condôminas em diversos imóveis e pretendem modificar essa situação, atribuindo exclusividade de propriedade a cada um, sobre cada um dos diversos bens, não há divisão, e sim permuta." ((RESP 4810/PR, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 20.08.1996). "A permuta de terreno por unidades residenciais em condomínio, uma

vez formalizada através de escritura pública apta a ser registrada no escritório imobiliário, constitui fato gerador do ITBI - Imposto de Transmissão de Bens Imóveis." (Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 2003.021759-2, rel. Des. Newton Janke, j. 08.03.2007). (TJSC, Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 2008.037854-3, de Correia Pinto, rel. Des. Cid Goulart, Segunda Câmara de Direito Público, j. 11-11-2008).

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. OMISSÃO. NÃO-OCORRÊNCIA. ITBI. IMÓVEIS URBANOS EDIFICADOS. DISSOLUÇÃO DE CONDOMÍNIO. INCIDÊNCIA DO TRIBUTO. BASE DE CÁLCULO. PARCELA ADQUIRIDA AOS OUTROS CO-PROPRIETÁRIOS.

1. Hipótese em que os quatro impetrantes (ora recorridos) eram co-proprietários de seis imóveis urbanos edificadas. Os condôminos resolveram extinguir parcialmente a co-propriedade. Para isso, cada impetrante passou a ser único titular de um dos seis imóveis. Quanto aos dois bens restantes, manteve-se o condomínio. Discute-se a tributação municipal sobre essa operação.

2. O Tribunal de origem entendeu ter ocorrido simples dissolução de condomínio relativo a uma universalidade de bens, conforme o art. 631 do CC/1916. Assim, não teria havido transmissão de propriedade com relação à maior parte da operação. Se o indivíduo passou a ser proprietário de imóvel em valor idêntico à sua cota ideal no condomínio, não incidiria o ITBI.

3. Inexiste omissão no acórdão recorrido, que julgou a lide e fundamentou adequadamente seu acórdão. 4. No entanto, o art. 631 não incide na hipótese, pois se refere ao caso clássico de condomínio de bem divisível. Seria aplicável se os quatro impetrantes fossem co-proprietários de terreno rural ou de terreno urbano não-edificado. Nesse exemplo, no caso de desfazimento do condomínio, o imóvel poderia ser fracionado junto ao cartório de imóveis, observados os limites mínimos, requisitos e formalidades legais, resultando em quatro partes iguais. Cada um dos antigos co-proprietários seria o único titular de seu terreno (correspondente a 25% do original). Inexistiria transmissão onerosa de propriedade nessa situação fictícia e, portanto, incidência do tributo municipal.

5. Diferentemente, quando há condomínio de apartamento edilício, ou de um prédio urbano não-fracionado em unidades autônomas, é impossível a divisão do bem. É este o caso dos autos.

6. O registro imobiliário é individualizado, como o é a propriedade de apartamentos, nos termos da Lei de Registros Públicos (art. 176, § 1º, I, da Lei 6.015/1973).

7. Na situação inicial, antes do pacto de extinção parcial do condomínio, os quatro impetrantes eram co-proprietários de cada um dos imóveis, que devem ser considerados individualmente.

8. Com o acordo, cada um dos impetrantes passou a ser único proprietário de um dos seis imóveis. Ou seja, adquiriu dos outros co-proprietários 75% desse bem, pois já possuía 25%.

9. O ITBI deve incidir sobre a transmissão desses 75%. Isso porque a aquisição dessa parcela se deu por alienação onerosa: compra (pagamento em dinheiro) ou permuta (cessão de parcela de outros imóveis).

10. Esse raciocínio se aplica aos quatro imóveis que passaram a ser titulados por um único proprietário. Quanto aos outros dois bens, com relação aos quais o condomínio subsistiu, não há alienação onerosa nem, portanto, incidência do ITBI.

11. Os impetrantes adjudicaram cada um dos quatro imóveis a uma única pessoa, indenizando os demais (por pagamento ou permuta), nos termos do art. 632 do CC/1916.

12. É pacífico que os impostos reais (IPTU e ITBI, em especial) referem-se aos bens autonomamente considerados. Também por essa razão seria incabível tratar diversos imóveis como universalidade para fins de tributação.

13. Esse entendimento foi consolidado pelo egrégio STF na Súmula 589: "É inconstitucional a fixação de adicional progressivo do imposto predial e territorial urbano em função do número de imóveis do contribuinte".

14. A Suprema Corte impediu que os Municípios considerassem todos os imóveis de cada contribuinte como uma universalidade para fins de progressividade das

alíquotas . Isso decorre do reconhecimento de que cada imóvel a ser tributado deve ser autonomamente considerado.

15. Se o Município não pode considerar o conjunto de imóveis uma universalidade, para cálculo do IPTU, seria inadmissível que o contribuinte possa fazê-lo com o intuito de pagar menos ITBI.

16. Recurso Especial provido.” (REsp 722.752/RJ, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/03/2009, DJe 11/11/2009)

37. Assim, tendo em vista que o ato jurídico praticado pelo Recorrente e demais pessoas indicadas na escritura pública de fls. 66/97 envolve a transferência de propriedade imóvel por ato oneroso (permuta), o que constitui, nos termos do art. 35, I, do CTN, e dos arts. 1º, I, e 2º, III, da Lei Municipal n.º 859/1989, fato gerador do ITBI, o não acolhimento do recurso é medida que se impõe.

38. Por fim, deve-se considerar, ainda, o fato de que a escritura pública de fls. 66/97 contempla 27 (vinte e sete) pessoas como sendo os proprietários do imóvel sobre o qual pretende-se instituir o condomínio, enquanto que os efetivos proprietários do bem, ao tempo da lavratura daquele ato, correspondiam apenas às 08 (oito) pessoas indicadas no preâmbulo da certidão de fls. 378/379.

39. Quanto a esse aspecto, tem-se que, embora tal situação tenha sido ignorada no ato notarial (no qual não compete ao Município intervir), eventual operação de que resulte a aquisição das partes ideais do imóvel originário que, naquele ato, foram atribuídas aos 19 (dezenove) instituidores não proprietários, também configuraria fato gerador do ITBI, o qual, nesta hipótese, deveria ser apurado com base no valor de cada parte ideal adquirida, respeitando-se, se for o caso, a dedução a que se refere a Súmula n.º 470 do STF.

40. Diante do exposto, dirijo, com todo o respeito, do voto proferido pelo Ilmo. Relator, votando pelo desprovemento do recurso, com a manutenção do efeito da decisão de primeira instância (indeferimento do pedido inicial), ainda que por fundamento diverso.

É como voto.

Balneário Camboriú, 16 de abril de 2020.

Daniel Brose Herzmann
Redator do Voto Divergente



VERIFICAÇÃO DAS ASSINATURAS



Código para verificação: 93BF-4866-BA66-209A

Este documento foi assinado digitalmente pelos seguintes signatários nas datas indicadas:

- ✓ DANIEL BROSE HERZMANN (CPF 058.802.779-09) em 23/04/2020 17:25:12 (GMT-03:00)
Emitido por: Sub-Autoridade Certificadora 1Doc (Assinatura 1Doc)

- ✓ DANIEL BROSE HERZMANN (CPF 058.802.779-09) em 23/04/2020 17:26:29 (GMT-03:00)
Emitido por: Sub-Autoridade Certificadora 1Doc (Assinatura 1Doc)

Para verificar a validade das assinaturas, acesse a Central de Verificação por meio do link:

<https://bc.1doc.com.br/verificacao/93BF-4866-BA66-209A>