

Recurso Tributário n.º 369/2023

Processo Administrativo: Protocolo Eletrônico n.º 3.856/2023

Recorrente: Fernando Antônio Braga da Siqueira Junior

VOTO DIVERGENTE

Conselheira Relatora: Mayra Danieli Dolzan

RELATÓRIO

1. Por razões de economia processual, adoto o relatório do ilustre relator Conselheiro Daniel Brose Herzmann.

VOTO

2. A análise do mérito do presente recurso trata da aplicação da alíquota de 2%, conforme estabelecido no artigo 8º, inciso III da Lei nº 859/1989, bem como sobre a cessão de direitos prevista no artigo 156, inciso II da Constituição Federal.

3. A Constituição Federal estabelece aos municípios a competência para instituir o ITBI sobre a “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” (artigo 156, II).

4. O Código Tributário Nacional (CTN), em seu artigo 35, determina as hipóteses de incidência do ITBI, incluindo a transmissão da propriedade ou do domínio útil de bens imóveis, a transmissão de direitos reais sobre imóveis, exceto os direitos reais de garantia, e a cessão de direitos relativos às transmissões mencionadas nos incisos I e II.

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. (grifo nosso)

5. O entendimento sobre a incidência do ITBI na cessão de direitos a sua aquisição foi discutido pelo Supremo Tribunal Federal (STF) nos Embargos de Declaração do ARE 1.294.969, Tema de Repercussão Geral nº 1.124. O Ministro Dias Toffoli acolheu os embargos de declaração reconhecendo a existência de matéria constitucional. Vejamos resumidamente:

Trata-se de embargos de declaração opostos pelo Município de São Paulo contra acórdão do Tribunal Pleno assim ementado: “EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. IMPOSTO SOBRE TRANSMISSÃO DE BENS IMÓVEIS - ITBI. FATO GERADOR. COBRANÇA DO TRIBUTO SOBRE CESSÃO DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. EXIGÊNCIA DA TRANSFERÊNCIA EFETIVA DA PROPRIEDADE IMOBILIÁRIA MEDIANTE REGISTRO EM CARTÓRIO. PRECEDENTES. ENTENDIMENTO CONSOLIDADO NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE. INEXISTÊNCIA. ERRO MATERIAL. INOCORRÊNCIA. EFEITOS INFRINGENTES. IMPOSSIBILIDADE. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO DESPROVIDOS.”

Muito embora eu tenha acompanhado o Relator no julgamento do mérito, inclusive quanto à reafirmação de jurisprudência, analisando melhor a presente controvérsia, julgo ser o caso de divergir de Sua Excelência para reconhecer a existência de matéria constitucional o de repercussão geral, na medida em que não há jurisprudência firmada na Corte sobre a específica hipótese da parte final do inciso II do art. 156 da Constituição Federal, isto é, sobre a hipótese relativa à “cessão de direitos a sua aquisição”

(...)

No acórdão ora embargado, o Tribunal Pleno estabeleceu que essa conclusão estaria em sintonia com o entendimento do STF de que “o fato gerador do imposto sobre transmissão inter vivos de bens imóveis (ITBI) somente ocorre com a transferência efetiva da propriedade imobiliária, que se dá mediante o competente registro” (grifo nosso). O que se nota é que, nos precedentes indicados como formadores da jurisprudência a ser reafirmada, foram replicados julgados nos quais se firmou a inconstitucionalidade da cobrança do ITBI sobre compromisso de compra e venda de imóvel ou promessa de cessão de direitos.

(...)

No presente caso, contudo, como bem insiste o Município de São Paulo, não se discute a cobrança do ITBI sobre compromisso de compra e venda de imóvel (ou sobre promessa de cessão de direitos), mas sim a cessão de direitos relativos ao compromisso de compra e venda do bem imóvel.

(...)

Há, nesse dispositivo constitucional, três hipóteses para a cobrança da exação, as duas primeiras relacionadas com a palavra transmissão e a última – na qual se enquadraria o presente feito – com o verbete cessão.

(...)

Outrossim, considero que a tese fixada (“O fato gerador do imposto sobre transmissão inter vivos de bens imóveis (ITBI) somente ocorre com a efetiva transferência da propriedade imobiliária, que se dá mediante o registro”, não abrange a hipótese discutida nos autos, que versa sobre cessão de direitos. (grifo nosso)

6. No caso em questão, discutia-se a cobrança do ITBI sobre a cessão de direitos relativos ao compromisso de compra e venda do bem imóvel. O Tribunal Pleno estabeleceu que a cobrança do ITBI somente ocorre com a transferência efetiva da propriedade imobiliária, que se dá mediante o registro em cartório.

7. De acordo com o Código Civil, tanto a transferência da propriedade quanto a cessão de direitos reais sobre imóveis só se concretizam por meio do registro no Cartório de

Registro de Imóveis. Portanto, a tese firmada pelo STF de que o fato gerador do ITBI ocorre com a efetiva transferência da propriedade imobiliária se aplica às transmissões de propriedade, mas não abrange a cessão de direitos.

8. A legislação municipal, através da Lei 859/1989 prevê o alcance da incidência do ITBI nas seguintes mutações patrimoniais.

“Art. 2º. A incidência do Imposto, alcança as seguintes mutações patrimoniais:

(...)

XIX - qualquer ato judicial ou extrajudicial inter-vivos não especificado neste Artigo, que importe ou se resolva em transmissão, a título oneroso, de bens imóveis por natureza ou acessão física, ou de direitos reais sobre imóveis, exceto os de garantia;

(...)

§ 2º - Equipara-se ao contrato de compra e venda, para efeitos fiscais:

(...)

III - a transação em que seja reconhecido direito, que implique transmissão de imóvel ou de direitos a ele relativos.” (grifo nosso)

9. No que tange a aplicação de alíquota de 2%, temos o artigo 8º, inciso III da Lei 859/1989:

“Art. 8º. O Imposto será calculado, aplicando-se sobre o valor estabelecido como base de cálculo, as seguintes alíquotas:

(...)

III - 2% (dois por cento) na primeira transmissão de unidade autônoma decorrente de incorporação imobiliária, desde que requerida a expedição da guia de ITBI em prazo não superior a 90 (noventa) dias contados:

a) da data do registro da instituição do condomínio e abertura da matrícula individualizada do imóvel; ou

b) do prazo final estabelecido no primeiro contrato de compra e venda para fins de sua quitação, se este se der por último, considerando-se datado o documento particular, inequivocamente, na forma do §3º do art. 8º, não sendo considerados aditivos de prazo ao contrato original;

(...)”

10. O termo *transmissão*, previsto no dispositivo supracitado, entende que este ato compreende não apenas as transferências de propriedade, mas também “a cessão de direitos relativos às transmissões referidas nos incisos I e II”, visto que os três casos de incidência do ITBI, quais sejam: transmissão de bens imóveis; transmissão de direitos reais sobre imóveis; e a cessão de direitos à sua aquisição - são tratados como transmissão.

11. Da análise das matrículas juntadas pelo recorrente, se verifica a averbação de contrato particular de promessa de compra e venda de unidade autônoma condominial, firmado entre Construtora e Incorporadora J.A.Russi Ltda e Edson Bittencourt Goethel, com financiamento imobiliário direto pela alienante e outras avenças datado de 01/10/2018 e, com aditivo contratual particular datado de 17/11/2021 (M_126.065, R-32, 33 e 34, em 13/01/2022).

12. Observa-se também a averbação de cessão de direitos sobre contrato particular de compra e venda de bem imóvel datado de 22/10/2021, com 1º aditivo contratual firmado em 04/01/2022 e 2º aditivo contratual firmado em 10/02/2022, onde figuram como cedentes Edson Bittencourt Goethel e sua esposa e como cessionários Fernando Antônio Braga da Siqueira Jr. e sua esposa (M_126.065, R-35, 36 e 37, em 25/03/2022).

13. Importante destacar que as averbações acima mencionadas se encontram devidamente registradas pelo 1º RI BC, produzindo desta forma efeitos “erga omnes”, ou seja, possui efeito vinculante e continuam em vigor.

14. Portanto, no caso específico, a cessão de direitos realizada por meio do registro da cessão de direitos na matrícula do imóvel configura o fato gerador para a incidência do ITBI, sendo aplicável a alíquota estabelecida pela legislação municipal.

15. Ante todo exposto não há dúvidas que a data do primeiro ato de transmissão sob a hipótese de incidência do ITBI ocorreu em 25/03/2022, com o registro da averbação de cessão de direitos sobre contrato particular de compra e venda de bem imóvel pelo 1º RI.

16. Deste modo, com o devido respeito, dirijo do Ilustre relator Conselheiro Daniel Brose Herzmann e VOTO no sentido de conhecer e NEGAR PROVIMENTO, mantendo inalterada a Decisão Administrativa n. 0121/2023/GSFA.

É o voto.

Balneário Camboriú(SC), 10 de julho de 2023.

Mayra Danieli Dolzan
Conselheira Suplente