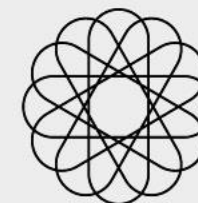
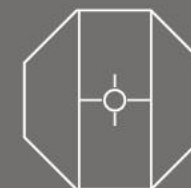




O **ITIV/ITBI** - julgamentos recentes dos Tribunais Superiores e reflexos nas transações e na integralização de capital

Ricardo Almeida Ribeiro da Silva

1º de julho de 2022



Casos (dramas jurisprudenciais)

1

RE 1.294.969

ADI 7086

Caráter jurídico e aspecto temporal

2

RE 796.937

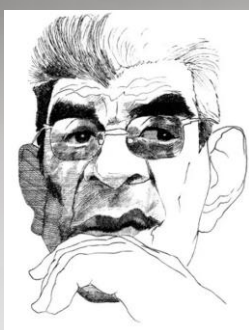
RE 1.367.566

*Integralização de Capital Social de
empresas e Atividade
Preponderante não-imobiliária*

3

RESP 937.821

*Base de cálculo e Modalidades de
Lançamento Tributário*



patrimônio
ou consumo?



Constituição da República Federativa de 1988

Art. 156. Compete aos Municípios instituir impostos sobre:

(...)

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 à sua aquisição**;

§ 2º O imposto previsto no inciso II:

I - **não incide** sobre a transmissão de bens ou direitos incorporados ao patrimônio de pessoa jurídica **em realização de capital**, 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;

II - compete ao Município da **situação do bem**.



Código Tributário Nacional

CAPÍTULO III - Impostos sobre o **Patrimônio** e a Renda

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.

Art. 36. Ressalvado o disposto no artigo seguinte, o imposto **não incide** sobre a transmissão dos bens ou direitos referidos no artigo anterior:

I - quando efetuada para sua **incorporação ao patrimônio** de pessoa jurídica **em pagamento de capital nela subscrito**;

II - quando decorrente da incorporação ou da fusão de uma pessoa jurídica por outra ou com outra.

Parágrafo único. O imposto não incide sobre a transmissão **aos mesmos alienantes**, dos bens e direitos adquiridos na forma do inciso I deste artigo, em decorrência da sua **desincorporação do patrimônio da pessoa jurídica a que foram conferidos**.



Código Tributário Nacional

CAPÍTULO III - Impostos sobre o **Patrimônio** e a Renda

Art. 37. O disposto no artigo anterior não se aplica quando a pessoa jurídica adquirente tenha como **atividade preponderante** a venda ou locação de propriedade imobiliária ou a cessão de direitos relativos à sua aquisição.

§ 1º Considera-se caracterizada a atividade preponderante referida neste artigo quando mais de **50% (cinquenta por cento)** da receita operacional da pessoa jurídica adquirente, nos 2 (dois) anos anteriores e nos 2 (dois) anos subseqüentes à aquisição, decorrer de transações mencionadas neste artigo.

§ 2º Se a pessoa jurídica adquirente iniciar suas atividades após a aquisição, ou menos de 2 (dois) anos antes dela, apurar-se-á a preponderância referida no parágrafo anterior levando em conta os **3 (três) primeiros anos seguintes à data da aquisição**.

§ 3º Verificada a preponderância referida neste artigo, tornar-se-á devido o imposto, nos termos da lei vigente à data da aquisição, sobre o valor do bem ou direito nessa data.

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



RE 1.294.969 e ADI 7086 - Caráter jurídico e aspecto temporal**Questões Principais e Efeitos Atuais****1. O que é Transmissão para fins de incidência do ITBI ?**

_ Celebração do Título ou Registro no RGI. STJ (30 anos): Código Civil: artigo 1.245 (atual)

2. RE 1.294.969: Repercussão Geral? Reafirmação de Jurisprudência do STF?

_ Caso de Cessão de Direitos (e não de compra e venda ou direito reais)

*_ Plenário Virtual Duplo: **inadequação**. Caso similar RE 603.497 (ISSQN Const.Civil)*

*_ Histórico da “jurisprudência” do STF: Corte **não havia analisado mérito em colegiado***

_ Entendimento do STF antes da CR88 (RPs 1211/RJ e 1121):

>> incidência na celebração do título definitivo

>> vedação apenas nos contratos preliminares

*_ Subsistência do argumento do **7º do artigo 150** da CR88*

(vide PGR ADI 7086)

*_ **Artigo 116 caput** do Código Tributário Nacional*





Casos (dramas jurisprudenciais)

RE 1.294.969 e ADI 7086 - Caráter jurídico e aspecto temporal

Questões Principais e Efeitos Atuais

3. ADI 7086

- _ *Pedido de declaração de inconstitucionalidade das **normas federais que obrigam e responsabilizam os notários e registradores a exigirem tributos e, especificamente, o ITBI antes das escrituras públicas***
- _ *Rejeitada por **falta de impugnação de todo conjunto normativo***
- _ *(ABRASF) Interesse no julgamento de mérito*
- _ *Voto reconheceu (RW), em “obiter dictum”, a cogência das normas federais.*





SITUAÇÃO E EFEITOS JURÍDICOS E PRÁTICOS. INSTABILIDADES E LABIRINTOS:

- Possibilidade de **pleito** (judicial) para pagamento somente no registro do título;
- Discussão sobre **cobrança de mora**, nos casos em que não há recolhimento do ITBI, v.g., após a quitação de promessa (irrevogável e irretratável);
- **Exigência ordinária pelos Tabeliães de apresentação de guias pagas pelos celebrantes de escrituras públicas;**
- Discussão **momento da apuração da base de cálculo do ITBI: escritura ou registro?**
 - Casos de compra de imóveis na planta: frações ideais ou unidades construídas?
 - Casos de pagamento antecipado de guias com retardo na celebração de escrituras e registros.
- **Acumulação de atos intermediários** (cessões, mandatos e procurações). Fraudes.
- Chances de **reversão da “reafirmação de jurisprudência”** do STF, para que o caso (RE 1.294.969) seja submetido ao Plenário com participação dos interessados !?



Integralização de Capital Social de empresas e Atividade Preponderante não-imobiliária

Questões Principais e Efeitos Atuais

- 1. RE 796.937: imunidade (rectius: não-incidência constitucional) limita-se à realização do capital social, integralização em bens imóveis ou pagamento cotas subscritas. Excesso é tributável. Transferência é onerosa ou gratuita? ITBI ou ITCMD?**
- 2. Interpretação restritiva: não-incidência como norma de fomento público (desenvolvimento econômico-social), não se trata de imunidade tributária substancial (no máximo instrumental, por estar no corpo da Constituição);**
- 3. Finalidade da não-incidência constitucional: ativação de patrimônio social; contraponto ao patrimonialismo brasileiro. ITBI é tributo sobre o patrimônio (História da tributação das heranças e transmissões de imóveis no direito luso-brasileiro. Atual “capítulo III” do CTN).**



Integralização de Capital Social de empresas e Atividade Preponderante não-imobiliária

Questões Principais e Efeitos Atuais

4. Atividade preponderante: *Obiter dictum ou ratio decidendi? Precedente?*

5. Artigo 36 e 37 do CTN continuam vigentes e sempre foram aplicados pelo STF

6. Jurisprudência recente:

> STF não aplica o “precedente”, mantém a exigência da atividade preponderante

> Tribunais Estaduais: divergências. *Favoráveis aplicando, sem discutir, o “entendimento” (obiter dictum) do STF. Desfavoráveis (ex. TJRS), mencionando a vigência do artigo 37 e a teleologia da norma.*



RE 796.937 e RE 1.367.566: *Integralização de Capital Social*

Atividade Preponderante não-imobiliária



Questões Remanescentes. INSTABILIDADES E TikTokers:

Questões Remanescentes:

- *Tese da destinação do excesso para conta de **Reserva de Capital**, por “ágio” ou AFAC (adiantamento para futuro aumento de capital)*
 - *Contabilização formalizada corretamente? Prévia à alteração do contrato social/estatutos?*
 - *Hipótese de **ágio só se verifica quando o pagamento de cotas é realizado antes do “valuation”** da empresa (equivalência patrimonial – valor nominal x real); justificativa para o pagamento antecipado. Dificuldade de identificar situações em que este resultado (ágio) decorra de pagamento de cotas com imóveis;*
 - ***AFAC**: motivação para o adiamento do aumento de capital; identificação dos fatos que impedem o aumento imediato. Risco de caracterização de empréstimo (normas contábeis; RFB).*



Integralização de Capital Social e Atividade Preponderante não-imobiliária

Questões Remanescentes. Instabilidades Jurisprudenciais.

- **RE 1.367.566: não recepção do §4º do artigo 37 do CTN, à luz do inciso I, do 2º do artigo 156 da CR88**
 - _ *Caso não foi julgado pelo STF, sob alegação de violação reflexa da Constituição*
 - _ *ABRASF: possibilidade de declaração de (in)constitucionalidade por contaminação ou arrastamento (casos similares já julgados pelo STF)*
 - _ *Jurisprudência atual divergente*





Questões Principais e Efeitos Atuais

1. Efeitos processuais:

- _ Acórdão dúbio, mas parece apontar para o **preço da transação imobiliária**. Inconstitucional?
- _ Cabimento do RESP? Causa decidida ou IRDR sobre matéria em tese? Como foi julgado cabível, julgamento se circunscreve às hipóteses de ARREMATACÃO EM HASTA PÚBLICA.
- _ Não vinculação da Administração Pública

2. Base de cálculo: preço ou valor venal hipotético?

- _ Acórdão dúbio, mas parece apontar para o **preço da transação imobiliária**. Inconstitucional?
- _ **Caráter do imposto: patrimônio ou consumo?**
- _ Tributação das transmissões imobiliárias **no mundo** (IVA e Real Estate Transfer Tax)
- _ **CTN: imposto sobre o PATRIMÔNIO. Histórico da tributação no Brasil: tributação do domínio**
- _ STJ não aponta o registro como o núcleo do fato gerador? Contradição...!?
- _ **Praticabilidade Tributária: impossibilidade real de verificar fraudes e subjetividades**





Casos (dramas jurisprudenciais)

RESP 937.821 (Repetitivo) - Base de cálculo e Modalidades de Lançamento Tributário

Questões Principais e Efeitos Atuais

3. Modalidades de Lançamento

Questões

_ Declaração ou Homologação? *Maioria das Prefeituras só realiza lançamento por (não) homologação do pagamento realizado antecipadamente. Sistema de emissão de guias realiza apenas o PRÉ-CÁLCULO do ITBI. Impossibilidade de lançamento antes da ocorrência do fato gerador (escritura ou registro).*

_ Lançamento pela não aceitação é realizado por **arbitramento**, que assegura impugnação e recurso, à luz do devido processo legal administrativo-tributário e da ampla defesa.

_ Artigo 148 do CTN não exige participação conjunta do contribuinte na realização do lançamento, de modo a consubstanciar ato composto, complexo ou procedimento bilateral para culminar no lançamento. Lançamento é ato unilateral, vinculado e exclusivo da autoridade fiscal, que **pode aceitar ou não os atos prévios** (declarações, informações ou documentos) realizados pelo contribuinte, em colaboração com a Administração Tributária.




***Questões Principais e Efeitos Atuais. Instabilidades e TikTokers.******4. Repetições de Indébito***

*_ Presunção de **veracidade do valor venal constante (na data) da escritura**? Ou verificação do valor do imóvel na **data do registro** (se é que foi realizado)?*

_ Realização de perícia? Ônus da prova: do contribuinte ou do fisco municipal?





O ITIV/ITBI - julgamentos recentes dos
Tribunais Superiores e reflexos nas transações
e na integralização de capital

O B R I G A D O !

Ricardo Almeida Ribeiro da Silva

1º de julho de 2022

