

894/95

Extra-processo nº 323/95

Mercúrio - Distribuidora de Títulos e Valores Mobiliários Ltda.

ITBI - operação de alienação de imóveis para integralização de quotas Fundo de Investimento Imobiliário - Lei Federal nº 8.668/93 - ITBI - Incidência

1) O ITBI incide sobre quaisquer transmissões de propriedade imobiliária, exceto nos casos de incorporação, mediante integralização de capital ao patrimônio de pessoa jurídica.

2) Os Fundos de Investimento Imobiliário não possuem personalidade jurídica, não podendo, portanto, ser sujeitos de direitos e obrigações (não podem, portanto, ser proprietários de bens imóveis).

3) A integralização de quotas de Fundo de Investimento Imobiliários implica na transferência efetiva de propriedade à Instituição Administradora, ainda que em caráter fiduciário.

4) A propriedade fiduciária, se é certo que possui relativa eficácia em face do pacto fiduciário, é plena, oponível "erga omnes", real, e com uso, gozo, fruição e disposição determinados pela Assembléia de quotistas do Fundo.

5) A transmissão da propriedade para a Instituição Administradora de Fundo de Investimento Imobiliário é de todos os atributos daquela, e não de meros direitos reais sobre a propriedade.

6) A Legislação Municipal prevê como fato gerador do ITBI qualquer transmissão, por ato oneroso, "inter vivos", de bens imóveis.

7) Não se enquadra a integralização de quotas de Fundo de Investimento Imobiliário na imunidade prevista no art. 156, § 2º, I, da CF/88, porquanto não há incorporação ao patrimônio de pessoa jurídica de bem imóvel.

Trata o presente expediente extra processo de dúvida suscitada pela Secretaria da Fazenda Municipal acerca da incidência, ou não, do imposto municipal sobre a transmissão de bens imóveis "inter vivos" na hipótese de alienação de bem imóvel a Fundo de Investimento Imobiliário como forma de integralização de quotas. Não obstante se trate de consulta sobre um caso específico, já prevendo novas situações similares à presente, a análise da questão será feita de modo genérico.

A Constituição Federal de 1988, ao dispor sobre a competência tributária exclusiva dos Municípios para instituir impostos, elencou, genericamente, dentre os fatos e atos jurídicos passíveis de tributação as *transmissões, 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 a cessão de direitos a sua aquisição.*

Considerando a característica própria do Direito Tributário como *direito de sobreposição*, como, didaticamente, expressa o art. 110, do Código Tributário Nacional, no exato sentido de que, *notadamente quanto às normas constitucionais que outorgam competências*, deve a lei tributária adotar, na descrição dos atos e fatos tributáveis, o sentido, o conteúdo e o alcance que lhes dá o direito privado, para verificação da incidência do imposto de transmissão de bens imóveis, deve-se buscar no direito civil o regramento próprio relativo ao conceito de propriedade de bem imóvel e de transmissão desta propriedade.

Assim, expressa o Código Civil brasileiro que o proprietário será assim considerado se for sujeito do direito de usar, gozar e dispor do bem (art. 525), sendo plena a propriedade quando os direitos de usar, gozar e dispor estiverem reunidos no proprietário e limitada quando houver ônus real ou for a propriedade resolúvel (art. 526). Somente pode *transmitir bem imóvel aquele que seja seu proprietário*.

A transmissão da propriedade de bem imóvel, por ato oneroso "inter vivos" pressupõe a existência de negócio jurídico, bilateral, pois. Neste sentido, somente haverá transmissão nas aquisições que não forem originárias (usucapião e acessão).

A propriedade chamada *resolúvel* (art. 647, do Código Civil), é aquela sujeita à condição resolutória ou termo, os quais, advindo, resolvem a propriedade, *podendo o proprietário em cujo favor se opera a resolução reivindicar a coisa do poder de quem a detenha*. É o caso típico das alienações fiduciárias em garantia, nas quais a propriedade do credor fiduciário resolve-se pelo implemento do pagamento do preço ajustado, em favor do devedor fiduciário, que passará de mero possuidor a proprietário. Não implementada a condição, garante-se ao credor fiduciário a retomada do bem alienado fiduciariamente.

Nas operações de alienação fiduciária, não incide o ITBI pela singela razão de estas transações somente serem possíveis em relação a bens móveis, cuja transmissão não está inclusa na competência municipal.

Outra hipótese de propriedade resolúvel é a do fideicomisso (arts. 1733 e 1734, do Código Civil), nas quais, por testamento, o testador impõe ao herdeiro ou legatário (gravado ou fiduciário) a obrigação de transmitir a propriedade do bem transmitido, por ocasião de sua morte, a certo tempo, ou sob certa condição. Neste caso, tem o fiduciário a propriedade da herança ou legado, mas restrita e resolúvel.

Não incide o ITBI, nesta hipótese, outrossim, em razão de se tratar de transmissão de propriedade por fato "causa mortis", e não "inter vivos".

Os chamados "Fundos de Investimento Imobiliário" foram introduzidos em nosso ordenamento jurídico através da Lei Federal nº 8.668, de 25 de junho de 1993.

Caracterizam-se por:

- a) não possuem personalidade jurídica (ou seja, não são sujeitos de direitos e obrigações em nome próprio);
- b) constituem-se pela captação de recursos destinados, obrigatoriamente, à aplicação em empreendimentos imobiliários;
- c) constituem-se sob a forma de condomínio fechado, sendo proibido o resgate de quotas;
- d) são geridos por instituição administradora autorizada pela Comissão de Valores Mobiliários;
- e) o patrimônio do fundo é adquirido pela Instituição Administradora em caráter fiduciário;
- f) os bens e direitos do fundo, em especial os imóveis, não integram o patrimônio da instituição administradora;
- g) os bens imóveis serão adquiridos pelo Fundo mediante escritura pública e com transcrição no registro imobiliário respectivo, no qual constará a instituição administradora como proprietária fiduciária e a expressa menção de o imóvel constitui patrimônio do Fundo de Investimento Imobiliário.

Trata-se, pois, de figura jurídica nova, criada em nosso ordenamento como alternativa viável à captação de recursos para investimentos na área imobiliária, provavelmente aquela que mais é atingida por medidas econômicas recessivas.

Interessa, particularmente, à solução da questão posta (incidência, ou não, de ITBI, na transferência da propriedade de bens imóveis ao Fundo como forma de integralização de quotas), perquirir se há, no caso, efetivamente, transmissão de propriedade e, em caso positivo, se há a incidência de alguma norma constitucional imunitória ou de alguma regra legal municipal isentiva.

A primeira questão (há ou não transferência de propriedade) é resolvida pela própria Lei nº 8.668/93, a qual expressa que *"o patrimônio do Fundo será constituído pelos bens e direitos adquiridos pela instituição administradora em caráter fiduciário"* (art. 6º), bem como que *"os bens e direitos integrantes do patrimônio do Fundo de Investimento Imobiliário, em especial os bens imóveis mantidos sob a propriedade fiduciária da instituição administradora, bem como seus frutos e rendimentos, não se comunicam com o patrimônio desta..."* (art. 7º). Ainda, a transferência dos bens imóveis que passarão a compor o patrimônio do Fundo será feita *através de instrumento público registrado no Registro Imobiliário competente* (art. 7º, §§ 1º à 3º). De outra banda, a *alienação dos bens imóveis integrantes do Fundo será feita pessoalmente pela Instituição Administradora* (art. 9º).

Vale mencionar, ainda, conforme expressa a Lei em comento, que o titular das quotas integrantes do Fundo de Investimento Imobiliário (portanto, no que interessa à matéria tratada, aquele que integraliza quotas através da transferência da propriedade de bem imóvel), *perde todos os atributos da propriedade transferida* (uso, gozo e disposição), não mais exercendo qualquer direito real sobre o imóvel (art. 13º), nem sendo-lhe permitido o *resgate de quotas, em qualquer hipótese* (art. 2º).

Portanto, não resta dúvida que, nas hipóteses de integralização de quotas do Fundo de Investimento Imobiliário com bem imóveis, haverá a *transmissão da propriedade imobiliária, em caráter fiduciário, à Instituição Administradora*.

Mesmo tratando-se de negócio fiduciário, ou transmissão de propriedade em caráter fiduciário, não há como afastar-se a efetiva transmissão de propriedade de imóvel, porquanto o negócio fiduciário é "um negócio bilateral fiduciário baseado na autonomia da vontade e resultante da confluência de dois acordos que, compostos ou combinados, tendem à criação de uma situação sui generis: uma parte, o fiduciante, por intermédio de um 'acordo de base' ou 'primário' dotado de eficácia real, atribui um direito próprio, patrimonial, à outra parte, o fiduciário, o qual, por essa via, adquire erga omnes, a titularidade plena, exclusiva e absoluta da coisa. Mas ao mesmo tempo, por via de um acordo - o pactum fiduciae - assume o fiduciário, no campo obrigacional, nas suas relações com o fiduciante, o dever de usar do direito adquirido para uma finalidade querida pelo próprio fiduciante, e com este acordada mediante o citado pactum." (COSTA, Judith Martins. Os Negócios Fiduciários, *Ajuris*, vol. 48, pp. 62-63)

Categórico, também, é PONTES DE MIRANDA ("in" Tratado de Direito Privado, tomo 4., p. 377, cit. por Judith Martins Costa, op. cit., p. 69), que assevera:

"Os negócios fiduciários não são aparentes. Por eles, transmite-se o direito (...). O fiduciário é proprietário em face de todos: apenas há uma relatividade da eficácia perante o fiduciante, relatividade de eficácia, não de propriedade."

Não há dúvida, pois, quer pela expressa dicção legal, quer pela natureza jurídica do negócio fiduciário de transferência de propriedade para Instituição Administradora de Fundo de Investimento Imobiliário, que *há transmissão de propriedade*.

Desta forma, tratando-se de *transmissão de propriedade de bem imóvel*, há a incidência sobre tais operações, em princípio, do ITBI Municipal.

Restaria, por derradeiro, a análise de eventual inexistência de lei municipal delineando como fato gerador do ITBI tais operações de transmissão de imóvel, bem como de eventual enquadramento na regra imunitória do art. 156, § 2º, I, da CF/88.

A Lei do Município de Porto Alegre nº 197/89, expressa, no seu art. 2º e inciso I, que "O Imposto sobre a transmissão *"inter vivos"*, por ato oneroso de bens imóveis e de direitos reais a eles relativos tem como fato gerador: a transmissão *"inter vivos"*, a qualquer título, por ato oneroso, da propriedade ou domínio útil de bens imóveis por natureza ou acessão física, como definidos na lei civil;". Mais adiante, expressa a Lei Municipal que o fato gerador do ITBI considera-se ocorrido, regra geral, em qualquer espécie de transmissão, na data da formalização do ato ou negócio jurídico. Dessa forma, verifica-se que deixou a Lei Municipal campo de incidência do ITBI para qualquer transmissão de propriedade, conforme defina ou venha a definir a lei civil. Assim, no âmbito da legislação do Município de Porto Alegre, há, pois, a definição da hipótese de transferência fiduciária de propriedade imobiliária como geradora da obrigação de pagamento do imposto. Não se pode falar em não-incidência. De outra parte, não há dispositivo legal isentando tais transações.

Quanto à imunidade prevista no art. 156, § 2º, I, da CF/88, não há como entender presente, no caso, a hipótese limitadora do poder de tributar. Ora, há imunidade ao ITBI nos casos em que houver *incorporação de bem imóvel ao*

patrimônio de pessoa jurídica em realização de capital, e desde que a pessoa jurídica não tenha como atividade preponderante a compra e venda de imóveis, a locação de bens imóveis ou o arrendamento mercantil.

No caso dos Fundos de Investimento Imobiliário, não há a incorporação de bem imóvel ao patrimônio da Instituição Administradora (art. 7º, da Lei nº 8.668/93), restando tais bens imóveis integrantes de patrimônio de Fundo, sem personalidade jurídica, cuja propriedade, ainda que fiduciária, é da Instituição Administradora. Assim, a Instituição Administradora do Fundo não terá integrado ao seu patrimônio os bens imóveis adquiridos fiduciariamente. Não se trata, pois, de integralização de capital.

De todo o exposto, pode-se concluir que:

a) O ITBI incide sobre quaisquer transmissões de propriedade imobiliária, exceto nos casos de incorporação, mediante integralização de capital ao patrimônio de pessoa jurídica;

b) os Fundos de Investimento Imobiliário não possuem personalidade jurídica, não podendo, portanto, ser sujeitos de direitos e obrigações (não podem, portanto, ser proprietários de bens imóveis);

c) a integralização de quotas de Fundo de Investimento Imobiliário implica na transferência efetiva de propriedade à Instituição Administradora, ainda que em caráter fiduciário;

d) a propriedade fiduciária, se é certo que possui relativa eficácia em face do pacto fiduciário, é plena, oponível "erga omnes", real, e com uso, gozo, fruição e disposição determinados pela Assembléia de quotistas do Fundo;

e) a transmissão da propriedade para a Instituição Administradora de Fundo de Investimento Imobiliário é de todos os atributos daquela, e não de meros direitos reais sobre a propriedade;

f) a Legislação Municipal prevê como fato gerador do ITBI qualquer transmissão, por ato oneroso, "inter vivos", de bens imóveis;

g) não se enquadra a integralização de quotas de Fundo de Investimento Imobiliário na imunidade prevista no art. 156, § 2º, I, da CF/88, porquanto não há incorporação ao patrimônio de pessoa jurídica de bem imóvel.

Assim, no caso, não há como entender-se que não incide o ITBI, o qual deverá ser calculado sobre o valor venal dos bens alienados, aplicada a alíquota de 3% (três por cento).

Finalmente, deve ser salientado que, pela importância econômica de investimentos imobiliários através da constituição de Fundos de Investimento Imobiliário e em razão das particularidades que estes se revestem, indicado seria a criação de regra legal isentiva do ITBI para as integralizações efetuadas com bens imóveis, estimulando o interesse de investidores nos empreendimentos imobiliários.

É o parecer.

Porto Alegre, 18 de outubro de 1995.

GUSTAVO NYGAARD
Procurador do Município de Porto Alegre
OAB/RS nº 29.023 - mat. 52.927-1

Extra-processo nº 323/95

Concordo com a manifestação exarada pelo Dr. Gustavo Nygaard, em seu inteiro teor. Submeto o assunto à consideração dos Drs. Gamaliel V. Borges e Onir Rodrigues Alves, solicitando pronunciamento sobre a matéria.

Em 19/10/1995

César Emilio Sulzbach
Procurador Municipal
OAB/RS nº 28.378- Matr. nº 53267.1

Ratificamos o entendimento manifestado pelo Colega Dr. Gustavo Nygaard, sem qualquer ressalva.

Data supra,

Gamaliel Borges
Procurador Municipal
OAB/RS nº 14.714 - Matr. nº 52.891.9

Onir Rodrigues Alves
Procurador Municipal
OAB/RS n.5557 - Matr. n.52932.1