

**TJDFT**Poder Judiciário da União
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS
TERRITÓRIOS

Órgão 6ª Turma Cível

Processo N. AGRAVO DE INSTRUMENTO 0716479-31.2018.8.07.0000

AGRAVANTE(S) QUALITY PARTICIPACOES E INVESTIMENTOS S/A

AGRAVADO(S) DISTRITO FEDERAL

Relator Desembargador CARLOS RODRIGUES

Acórdão N° 1147433

EMENTA

TRIBUTÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. ITBI. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. PROPRIEDADE FIDUCIÁRIA. AUSÊNCIA DE DIREITO REAL DE PROPRIEDADE. INADIMPLÊNCIA CONFIGURADA. RETORNO DO IMÓVEL AO FIDUCIÁRIO. CESSÃO DE CRÉDITO. ITBI. CONFIGURADO FATO GERADOR. TRIBUTO DEVIDO. DECISÃO MANTIDA.

1. Em análise ao caso concreto, tem-se clarividente que o fisco promoveu tributação nas operações realizadas entre pessoas físicas e entre uma dessas e sociedade empresária, sem que tenha ocorrido a transladação do direito real de propriedade. Nesse sentido, é evidente que, nos termos do art. 156, II, da Constituição Federal, não se configura o fato gerador do tributo, por ausência de consolidação da propriedade entre credor e devedor. Isso é corroborado pelo art. 23, parágrafo único, da Lei 9.514/97, ao dispor que *com “a constituição da propriedade fiduciária, dá-se o desdobramento da posse, tornando-se o fiduciante possuidor direto e o fiduciário possuidor indireto da coisa imóvel”*.
2. Não há se confundir o direito real de propriedade com a propriedade fiduciária. Isto porque a alienação fiduciária é um contrato que visa constituir um direito real, isto é, uma propriedade é entregue como garantia de uma obrigação principal. No entanto, o direito real de propriedade (resolúvel) só nasce com o registro do instrumento que o institui. Nesse contrato, se o imóvel for de propriedade do credor – tal como na hipótese dos autos - e por este mesmo financiado em favor do adquirente ou devedor, a propriedade assume a forma de propriedade fiduciária, de caráter resolúvel, ou seja, a efetividade da propriedade do imóvel somente será transmitida ao adquirente, **após** a quitação do preço total avençado entre as partes.
3. No que tange ao objeto de irresignação recursal, em que a agravante possui os direitos creditórios referente a alienação fiduciária com a pessoa física, em razão de cessão de crédito junto à sociedade empresária credora primitiva e, por inadimplência do devedor/cessionário, acabou por adquirir o direito real de propriedade do imóvel, o que torna acertada a cobrança do ITBI pelo Distrito Federal.
4. À época da realização da cessão de crédito da sociedade empresária à agravante, não houve qualquer tributação, conforme se depreende da escritura pública anexada aos autos. Como adquiriu o direito real de propriedade, por força da cessão de crédito e da inadimplência de devedor, tem-se configurado o

fato gerador do tributo, *in casu*, o ITBI, sendo aplicável o art. 26, § 7º, da Lei nº 9.514/97.

5. É indubitável que não houve qualquer bitributação aplicada à agravante, menos ainda qualquer violação à Constituição Federal, a Lei Orgânica do DF e o art. 1º, II, do Decreto nº 27.576, de 28/12/06 – Regulamento do ITBI. Por fim, registre-se que o Distrito Federal tem plena competência constitucional para exigir o tributo. Portanto, é irretocável a decisão agravada.

6. Recurso conhecido e desprovido.

ACÓRDÃO

Acordam os Senhores Desembargadores do(a) 6ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, CARLOS RODRIGUES - Relator, JOSÉ DIVINO - 1º Vogal e ESDRAS NEVES - 2º Vogal, sob a Presidência da Senhora Desembargadora, em proferir a seguinte decisão: CONHECIDO. DESPROVIDO. UNÂNIME., de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas.

Brasília (DF), 23 de Janeiro de 2019

Desembargador CARLOS RODRIGUES

Relator

RELATÓRIO

Trata-se de Agravo de Instrumento, com pedido de antecipação dos efeitos da tutela, interposto por QUALITY PARTICIPACOES E INVESTIMENTOS S/A contra a decisão de Id. 5564202. p. 21/23, proferida pelo juízo da 2ª Vara da Fazenda Pública do Distrito Federal, em pedido declaratório de inexistência de relação jurídica-tributária com repetição de indébito, autuado sob o nº 0708874-77.2018.8.07.0018, ajuizado pela agravante em desfavor do DISTRITO FEDERAL, indeferiu pedido de tutela de urgência para que o réu se abstinhasse de exigir o ITBI.

Em suas razões, informa que se trata de demanda declaratória de inexistência de relação jurídico-tributária cumulada com repetição de indébito, com pedido de tutela de urgência, com a pretensão de afastar a exigência de recolhimento do ITBI nas operações de escrituras públicas de compra e venda com alienação fiduciária, quando existir o inadimplemento por parte do devedor adquirente, indicado na escritura pública, no ato de averbação da propriedade (art. 26 da Lei nº 9.514/97), em razão da inexistência de transferência de propriedade, apenas posse direta à credora, ora agravante, oriunda de uma garantia, sob condição resolutiva.

Afirma que é pessoa jurídica de direito privado, cuja atividade econômica principal é a administração de bens próprios, participação no capital social de outras sociedades como sócia e acionista, compra, venda e aluguel de imóveis próprios entre outros.

Alega que é ilegal e inconstitucional o lançamento, exigência e cobrança do ITBI no negócio de venda de imóvel com alienação fiduciária, em especial, no ato da averbação da consolidação da propriedade no patrimônio da vendedora, ora agravante, quando o adquirente não honra os compromissos dos pagamentos assumidos na aquisição do imóvel

Expõe que não sendo paga a dívida do preço de aquisição do imóvel por parte do adquirente na escritura pública de compra e venda com alienação fiduciária lavrada, a credora fiduciária pode adotar os procedimentos previstos na Lei nº 9.514/97 para consolidar a sua propriedade, não podendo mais ser exigido pelo Distrito Federal o pagamento do imposto de transmissão de bem imóvel “inter vivos” – ITBI, por já ter sido recolhido no ato da lavratura da escritura, em que a agravante registra a garantia.

Enfatiza que a exigência e cobrança do ITBI por parte do Distrito Federal nessas operações, em que existe alienação fiduciária, está sendo realizada em duplicidade e de forma indevida. Diz, ainda, que a exigência e cobrança do ITBI à agravante, em virtude do adquirente não ter adimplido com as obrigações assumidas da aquisição do imóvel, quando da averbação e consolidação da propriedade (art. 26, § 7º, da Lei nº 9.514, de 20/11/97), sem dúvida alguma, caracteriza uma bitributação.

Salienta que, nos termos do art. 1.245 do Código Civil, a transmissão da propriedade imobiliária se dá com o ato no Registro de Imóveis, bem como o art. 23, parágrafo único, da Lei nº 9.514/97, dispõe que a constituição da propriedade fiduciária se dá com o registro no Registro de Imóveis e, após a referida constituição, a posse é desdobrada, ficando o devedor com a posse direta e a credora com a posse indireta.

Argumenta que a Lei nº 6.015/73 (Lei de Registros Públicos) exige o registro da alienação fiduciária em garantia de imóveis, observando o mesmo tratamento dado a diversas outras formas de transmissão de propriedade, como é o caso da compra e venda, dação em pagamento, permuta, dentre outras. Aduz, ainda, que, no procedimento de consolidação da propriedade, não há transmissão de propriedade, mesmo porque, a conversão da propriedade resolúvel em propriedade definitiva não caracteriza transmissão, uma vez que o devedor é considerado mero possuidor direto do bem.

Cita acórdão proferido por este e. TJDF na ação direta de inconstitucionalidade (ADI nº 2007.00.2.008203-7), em que foi reconhecida a inconstitucionalidade de dispositivo e deixa firmado que o fato gerador do ITBI se opera com o efetivo registro do título translativo da propriedade imóvel no Cartório de Registro de Imóveis, situação inexistente com a consolidação da propriedade em favor do credor fiduciário, visto que há apenas averbação.

Verbera que a exigência do pagamento do ITBI da agravante fere frontalmente a Constituição Federal, a Lei Orgânica do DF e o art. 1º, II, do Decreto nº 27.576, de 28/12/06 – Regulamento do ITBI.

Consigna que o Distrito Federal é incompetente para exigir o ITBI, pois a legislação que trata da matéria não impõe o pagamento, vez que não existe transmissão de propriedade em operações

envolvendo direitos reais de garantia e nem se pode alterar o fato gerador por Lei Federal Ordinária (Lei nº 9.514/97), na medida que afronta diretamente a Constituição Federal, o CTN e a legislação que regula o tributo no âmbito do Distrito Federal.

Busca, liminarmente, a antecipação dos efeitos da tutela, de forma a suspender a exigibilidade do ITBI nas operações de consolidação da propriedade na alienação fiduciária de escritura pública de compra e venda com alienação fiduciária (art. 26, da Lei nº 9.514/97), em razão da ausência de transferência de propriedade e bitributação. No mérito, a reforma da decisão agravada, com a confirmação da tutela de urgência.

Comprovante de recolhimento de custas no Id. 5437174, p. 1/2.

O requerimento de antecipação dos efeitos da tutela foi indeferido, conforme se depreende da decisão de Id. 5573806, p. 1/5.

É o relatório.

VOTOS

O Senhor Desembargador CARLOS RODRIGUES - Relator

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do agravo de instrumento, uma vez presentes os pressupostos de sua admissibilidade. O recurso é tempestivo, veio instruído com as peças exigidas pelo art. 1017, I, do Código de Processo Civil.

Em análise preambular, na decisão de Id. 5573806, p. 1/5, **restou indeferido o requerimento de antecipação dos efeitos da tutela, *in verbis*:**

“(…)

É breve o relatório. Decido.

(…)

Em análise aos autos, verifica-se que a controvérsia gira em torno da possibilidade de incidência do ITBI no momento da consolidação, em nome do credor, da propriedade fiduciária.

O ITBI tem previsão no art. 156, II, da Constituição Federal, in verbis:

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 a sua aquisição;

No que tange às normas gerais do tributo, estas são definidas pela União (art. 24, I, da CF), mediante Lei Complementar (art. 146, III, "a", da CF), estando o ITBI disciplinado nos arts. 35 a 42 do CTN.

É importante ressaltar, ainda, a previsão normativa para exigência do ITBI em situações semelhantes à dos autos consta do art. 26, § 7º, da Lei Federal nº 9.514/97, que dispõe:

“Decorrido o prazo de que trata o § 1º sem a purgação da mora, o oficial do competente Registro de Imóveis, certificando esse fato, promoverá a averbação, na matrícula do imóvel, da consolidação da propriedade em nome do fiduciário, à vista da prova do pagamento por este, do imposto de transmissão inter vivos e, se for o caso, do laudêmio” (g. n.)

Ocorre que se vislumbra óbice a respeito da possibilidade de a legislação federal ordinária veicular regulação acerca de fato gerador e contribuinte do imposto.

Não obstante a análise legal do tema, o d. juízo a quo expôs motivos relevantes para não obstar a incidência do ITBI à transmissão do imóvel, tendo em vista a troca de proprietários diretos e indiretos na cadeia dominial, que deve ser considerada.

Confira-se trecho da decisão agravada, in verbis:

“(...)

Além desta questão, a ser solvida após a realização do contraditório. Verifica-se que, no caso concreto, a autora não detinha a propriedade plena original do imóvel.

Ora, consoante Matrícula de ID 22472218, o imóvel era da construtora Next Empreendimentos Imobiliários S/A, que realizou contrato de alienação fiduciária com a pessoa natural Núria Mercehd de Oliveira Guerreiro. Situação que gerou a incidência de ITBI, consoante guia 14/06/2012

990/000006-80, indicada na Escritura Pública de protocolo 087067.

Posteriormente, A NEXT cedeu seus direitos à Autora, sendo que essa operação não foi tributada com ITBI, consoante Escritura Pública de protocolo 087070.

Logo em seguida, a pessoa natural que figurava como devedora (NURIA) transferiu seus direitos e obrigações a Júlio Cesar Raposo Ferreira, com a anuência da Autora. Este fato, o imóvel sair da posse direta atrelada a contrato de alienação fiduciária em benefício de NÚRIA e transferir-se para posse direta atrelada a contrato de alienação fiduciária em benefício de JULIO foi tributado com ITBI, consoante guia 16/08/2012 990/000020-8. Escritura Pública de protocolo 087999.

Por fim, ao momento em que o devedor JULIO restou inadimplente com os pagamentos, houve a consolidação da propriedade em nome da AUTORA, que nunca deteve a propriedade plena. Assim, o requerido lançou o ITBI, em desfavor da autora, com efetivo recolhimento em 31/08/2015.

(...)"

Consoante ao exposto no decisum, verifica-se que o tema deve ser melhor analisado pelo colegiado, ante a complexidade de relações jurídicas realizadas e a incidência tributária ocorrida pois, de fato, com a transmissão de direitos pela NEXT à agravante não houve tributação, mas com a devolução do imóvel à recorrente, existe dúvidas quanto a incidência do ITBI, já que, ao que parece, não ocorreu bitributação.

Nesse contexto, em análise prefacial, não se verifica a plausibilidade do direito e o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo, de forma a autorizar a antecipação dos efeitos da tutela pretendida.

Diante do exposto, INDEFIRO a antecipação da tutela recursal pretendida, mantendo-se a decisão agravada nos seus termos.

(...)"

Da ocasião da prolação de referida decisão liminar até o momento, a situação fático-jurídica não foi alterada, mas vislumbra ser necessário o exaurimento da matéria ante ao consignado na decisão preliminar.

Em análise aos autos, verifica-se que o imóvel objeto de transmissão e incidência do ITBI era de propriedade da construtora Next Empreendimentos Imobiliários S/A (Id. 5564202, p. 6/8) que realizou contrato de alienação fiduciária com Núria Mercehd de Oliveira Guerreiro (Id. 5564199, p. 48/54). Por conta dessa transação foi recolhido o ITBI, consoante se depreende do documento de Id. 5564199, p. 53 (Guia nº 14/06/2012 990/000006-80, indicada na Escritura Pública de protocolo 087067).

Conforme já destacado na decisão preambular, em ato posterior, a sociedade empresária NEXT realizou cessão de crédito (Id. 5564199, p. 56/59) à QUALITY PARTICIPAÇÕES E INVESTIMENTOS S/A, ora agravante, sendo que tal operação de cessão de crédito não foi tributada com ITBI, conforme se observa do documento público firmado entre as partes.

De acordo com os negócios jurídicos realizados, tem-se evidente que a agravante, QUALITY PARTICIPAÇÕES E INVESTIMENTOS S/A, possuía os direitos creditórios referente a alienação fiduciária com Núria Mercehd de Oliveira Guerreiro.

Ocorre que Núria Mercehd de Oliveira Guerreiro, devedora originária, transferiu seus direitos e obrigações com assunção de dívida imobiliária (Id. 5564202, p. 1/4) a Júlio Cesar Raposo Ferreira, com a anuência da agravante.

Em decorrência dessa última transação – transferência da posse direta atrelada a contrato de alienação fiduciária em benefício de NÚRIA a para posse direta vinculada a contrato de alienação fiduciária em benefício de JULIO – restou realizada a cobrança do ITBI, conforme se verifica da escritura pública de Id. 5564202, p. 3 (Guia nº 16/08/2012 990/000020-8, protocolo 087999).

No entanto, o devedor JULIO restou inadimplente com os pagamentos o que implicou na consolidação da propriedade em nome da QUALITY PARTICIPAÇÕES E INVESTIMENTOS S/A. Por essa razão, o Distrito Federal lançou o ITBI em desfavor da agravante, conforme se constata dos documentos de Id. 5564202, p. 9/10, com data de recolhimento em 31/08/2015.

Demonstrado detalhadamente os negócios jurídicos realizados e a tributação aplicada, tem-se clarividente que o fisco promoveu tributação nas operações realizadas por Núria Mercehd de Oliveira Guerreiro e Júlio Cesar Raposo Ferreira, junto a empresa NEXT, sem que tenha ocorrido a trasladação do direito real de propriedade.

Nesse sentido, é evidente que, nos termos do art. 156, II, da Constituição Federal, não se configura o fato gerador do tributo, por ausência de consolidação da propriedade entre credor e devedor. Isso é corroborado pelo art. 23, parágrafo único, da Lei 9.514/97, ao dispor que *“a constituição da propriedade fiduciária, dá-se o desdobramento da posse, tornando-se o fiduciante possuidor direto e o fiduciário possuidor indireto da coisa imóvel”*.

Não há que se confundir o direito real de propriedade com a propriedade fiduciária. Isto porque a alienação fiduciária é um contrato que visa constituir um direito real, isto é, uma propriedade é entregue como garantia de uma obrigação principal. No entanto, o direito só nasce com o registro do instrumento que o institui. Nesse contrato, se o imóvel for de propriedade do credor – tal como na hipótese dos autos - e por este mesmo financiado em favor do adquirente ou devedor, a propriedade assume a forma de propriedade fiduciária, de caráter resolúvel, ou seja, a efetividade da propriedade

do imóvel somente será transmitida ao adquirente/devedor, após a quitação do preço total avençado entre as partes.

Nesse contexto, as operações realizadas pela NEXT com NURIA e desta com JÚLIO não implicaram em transladação do direito real de propriedade. Consoante a essa conclusão, nas operações demonstradas não havia se falar em configuração do fato gerador do ITBI. Por essas razões, eventual repetição de indébito deve ser pleiteada pelas partes que foram tributadas indevidamente (Núria e Julio). Afinal, eventual pedido de repetição de indébito pressupõe os contribuintes referidos como únicos e legítimos na eventual pretensão repetitória. Para que a QUALITY pudesse invocar em seu proveito a "compensação" o ITBI (indevidamente) recolhido por Núria e Julio, cumpria que exibisse termo de cessão de direitos/créditos relativamente aos recolhimentos indevidos.

No que tange ao objeto de irresignação desse recurso, em que a agravante, QUALITY PARTICIPAÇÕES E INVESTIMENTOS S/A, possui os direitos creditórios referente a alienação fiduciária com Núria Mercehd de Oliveira Guerreiro, em razão de cessão de crédito da empresa NEXT, e, por inadimplência do devedor JULIO, acabou por adquirir o direito real de propriedade do imóvel, o que torna acertada a cobrança do ITBI pelo Distrito Federal.

À época da realização da cessão de crédito da sociedade empresária NEXT à agravante, não houve qualquer tributação, conforme se depreende da escritura pública de Id. 5564199, p. 56/59. Como adquiriu o direito real de propriedade, por força da cessão de crédito e da inadimplência de JULIO, tem-se configurado o fato gerador do tributo, *in casu*, o ITBI, sendo **aplicável o art. 26, § 7º, da Lei nº 9.514/97.**

Feitas essas considerações, é indubitável que **não houve qualquer bitributação aplicada à agravante**, menos ainda qualquer violação à Constituição Federal, a Lei Orgânica do DF e o art. 1º, II, do Decreto nº 27.576, de 28/12/06 – Regulamento do ITBI. Por fim, registre-se que o Distrito Federal tem plena competência constitucional para exigir o tributo. Portanto, é irretocável a decisão agravada.

Diante do exposto, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso para manter a decisão recorrida.

É como voto.

O Senhor Desembargador JOSÉ DIVINO - 1º Vogal

Com o relator

O Senhor Desembargador ESDRAS NEVES - 2º Vogal

Com o relator

DECISÃO

CONHECIDO. DESPROVIDO. UNÂNIME.