



UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

ANDRÉ LUIZ LIMA PONTES

ASPECTOS TRIBUTÁRIOS NAS RELAÇÕES INERENTES À ATUAÇÃO
DO FUNDO FOMENTADOR NO ÂMBITO DO PROGRAMA DE
ARRENDAMENTO RESIDENCIAL, CRIADO PELA LEI 10.188 DE 2001

SALVADOR
2021

ANDRÉ LUIZ LIMA PONTES

**ASPECTOS TRIBUTÁRIOS NAS RELAÇÕES INERENTES À ATUAÇÃO
DO FUNDO FOMENTADOR NO ÂMBITO DO PROGRAMA DE
ARRENDAMENTO RESIDENCIAL, CRIADO PELA LEI 10.188 DE 2001**

Monografia apresentada à disciplina de Trabalho de Conclusão de Curso II(DIRA97) do curso de Direito da Universidade Federal da Bahia, como requisito parcial à obtenção de título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Me. Pedro
Leonardo Summers Caymmi

SALVADOR
2021

ANDRÉ LUIZ LIMA PONTES

ASPECTOS TRIBUTÁRIOS NAS RELAÇÕES INERENTES À ATUAÇÃO DO FUNDO FOMENTADOR NO ÂMBITO DO PROGRAMA DE ARRENDAMENTO RESIDENCIAL, CRIADO PELA LEI 10.188 DE 2001

Monografia apresentada à disciplina de Trabalho de Conclusão de Curso II(DIRA97) do curso de Direito da Universidade Federal da Bahia, como requisito parcial à obtenção de título de Bacharel em Direito.

Salvador, 01 de junho de 2021

BANCA EXAMINADORA

Prof. Me Pedro Leonardo Summers Caymmi - Orientador
Universidade Federal da Bahia

Prof. Dr. André Alves Portella
Universidade Federal da Bahia

Prof. Dr. Harrison Leite
Universidade Federal da Bahia

RESUMO

Os ditames impostos pelo arcabouço legal vigente sugerem a necessidade de adaptações estruturantes do Estado, gerando o surgimento de figuras, não tanto tradicionais no âmbito da organização estatal, como é o caso dos fundos públicos. A presença desses entes especiais importa em circunstâncias também diferenciadas, no tocante ao Direito nos seus mais variados ramos e, a exemplo disto, tem-se os impactos da atuação deste no Direito Tributário, na medida que se apresenta como atividade diretamente vinculada ao funcionamento e organização das atividades estatais. Assim, ao considerar a complexidade dos impactos de tais entes na forma de atuar do estado brasileiro na atualidade, o presente trabalho, através de pesquisa bibliográfica com método dedutivo, objetiva aprofundar a análise de aspectos tributários peculiares, no âmbito dos institutos da imunidade tributária e da bitributação, avaliando estes em relação às circunstâncias inerentes ao Fundo de Arrendamento Residencial(FAR), na atividade de fomento à habitação popular. As questões aqui analisadas partem da decisão do julgamento de um Recursos Extraordinário (RE 928.902/SP) pelo STF, surgindo situações duvidosas quanto a alguns institutos relacionados a direitos reais e sucessórios, que trazem uma necessária discussão sobre conceitos legais e posicionamentos doutrinários sobre o Direito Tributário, avaliando-se a pertinência do reconhecimento da imunidade do patrimônio do FAR nos casos de transferência de propriedade de imóveis vinculados ao Programa de Arrendamento Residencial(PAR), tratando especificamente da situação de liquidação contratual por indenização securitária em caso de morte do titular, levando ainda ao questionamento quanto ao imposto devido e à possível ocorrência de bitributação, no tocante ao processo do inventário do falecido e ao momento do registro da transmissão da propriedade do bem. Num primeiro momento, foram abordadas as características de elementos relacionados ao problema, sendo analisado, logo em momento seguinte, o julgado do recurso extraordinário anteriormente mencionado, de forma a se pontuar certas incoerências, principalmente quanto às decisões dos ministros e a relação destas com a condição do FAR e da sua imunidade patrimonial, culminando na verificação, logo depois, dos impostos envolvidos nas questões levantadas. Como momento final, foi realizado um breve debate sobre bitributação, de forma a se estabelecer suas características e sua relação com a problemática em análise. As conclusões obtidas levaram ao entendimento sobre a pertinência do reconhecimento da imunidade atribuída ao patrimônio do FAR, bem como a cobrança de ITCMD junto aos herdeiros do bem, além de não ocorrência da bitributação, em se considerando uma interpretação restritiva da definição clássica de tal fenômeno, com a cobrança de ITIV pela prefeitura do local do imóvel, quando do registro da transferência de propriedade após finalização do inventário onde também ocorra a cobrança do ITCMD sobre o valor do imóvel.

Palavras-chave: Arrendamento, Inventário, Imunidade recíproca, Bitributação.

ABSTRACT

The dictates imposed by the current legal framework suggest the need for structural adaptations of the State, generating the appearance of figures, not so traditional in the scope of the state organization, as is the case of public funds. The presence of these special entities matters in different circumstances as well, with regard to Law in its most varied fields and, as an example of this, there are the impacts of its performance in Tax Law, as it presents itself as an activity directly linked to the functioning and organization of state activities. Thus, when considering the complexity of the impacts of such entities in the way of acting in the Brazilian state today, the present work, through bibliographic research with a deductive method, aims to deepen analysis of peculiar tax aspects, within the scope of the tax immunity institutes and double taxation, assessing these in relation to the circumstances inherent to the Residential Lease Fund (FAR), in the activity of promoting popular housing. The questions analyzed here start from the decision of the judgment of an Extraordinary Appeal (RE 928.902 / SP) by the STF, arising doubtful situations as to some institutes related to real and succession rights, which bring a necessary discussion about legal concepts and doctrinal positions about the Law Tax, analyzing the pertinence of recognizing the immunity of the FAR's assets in cases of transfer of ownership of properties linked to the Residential Leasing Program (PAR), specifically dealing with the situation of contractual liquidation by insurance indemnity in the event of the holder's death, further taking the questioning of the tax due and the possible occurrence of double taxation, with regard to the process of the inventory of the deceased and the moment of registration of the transfer of ownership of the property. At first, the characteristics of elements related to the problem were approached, and the judgment of the extraordinary appeal mentioned above was analyzed, in order to point out certain inconsistencies, especially regarding the decisions of the ministers and their relationship with the condition of the FAR and its property immunity, culminating in the verification, soon after, of the taxes involved in the issues raised. As a final moment in the development of the work, there was a brief debate on double taxation, in order to establish its characteristics and its relationship with the problem under analysis. The conclusions obtained led to the understanding of the pertinence of the recognition of the immunity attributed to the FAR's assets, as well as the collection of ITCMD from the heirs of the property, in addition to the non-occurrence of double taxation, considering a restrictive interpretation of the classic definition of such phenomenon. , with the collection of ITIV by the municipality of the location of the property, upon registration of the transfer of ownership after completion of the inventory where the ITCMD is also charged on the value of the property.

Keywords: Lease, Inventory, Reciprocal immunity, double taxation.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

BACEN	Banco Central
BNH	Banco Nacional de Habitação
CEF	Caixa Econômica Federal
CF/88	Constituição Federal de 1988
CTN	Código Tributário Nacional
FAR	Fundo de Arrendamento Residencial
FAS	Fundo de Apoio ao Desenvolvimento Social
FCP	Fundação Casa Popular
FDS	Fundo de Desenvolvimento Social
FGTS	Fundo de Garantia por Tempo de Serviço
FINSOCIAL	Fundo de Investimento Social
ICMS	Imposto Sobre Circulação de Mercadora
IPI	Imposto Sobre Produtos Industrializados
IPTU	Imposto Sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana
ITBI	Imposto de Transmissão de Bens Imóveis
ITCMD	Imposto Sobre Transmissão Causa Mortis e Doação
ITIV	Imposto Sobre a Transmissão de Intervivos
ITR	Imposto Sobre a Propriedade Territorial Rural
PAR	Programa de Arrendamento Residencial
PMCMV	Programa Minha Casa Minha Vida
PROTECH	Programa de Difusão Tecnológica para Construção de Habitação
SFI	Sistema Financeiro Imobiliário
STF	Supremo Tribunal Federal
STN	Sistema Tributário Nacional

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	7
2 DELIMITAÇÃO DO DEBATE	10
2.1 ASPECTOS RELEVANTES	10
2.1.1 O direito de moradia na Constituição Federal	10
2.1.2 O Programa de Arrendamento Residencial	11
2.1.3 O contrato de arrendamento	13
2.1.4 O seguro prestamista associado ao contrato de arrendamento	14
2.1.5 O inventário de arrendatário	15
2.2 A IMUNIDADE TRIBUTÁRIA DO PATRIMÔNIO DO FAR	17
2.3 AS PRINCIPAIS QUESTÕES DO DEBATE	23
3 BREVE ANÁLISE DA IMUNIDADE TRIBUTÁRIA RECÍPROCA	26
3.1 A ORIGEM DAS IMUNIDADES TRIBUTÁRIAS NO BRASIL	26
3.2 IMUNIDADE TRIBUTÁRIA RECÍPROCA	29
4 ANÁLISE DOS IMPOSTOS ENVOLVIDOS	34
4.1 A TRIBUTAÇÃO NO INVENTÁRIO DO ARRENDATÁRIO FALECIDO	34
4.2 O ITCMD	36
4.3 ANÁLISE DO ITIV AO CASO	40
4.4 O SUJEITO PASSIVO DO ITIV	43
5 ASPECTOS DA BITRIBUTAÇÃO	47
5.1 CONSIDERAÇÕES GERAIS DA BITRIBUTAÇÃO	47
5.2 A POSSÍVEL BITRIBUTAÇÃO NO CASO EM VOGA	51
5.3 TENTATIVA DE SOLUÇÃO NO DIREITO TRIBUTÁRIO INTERNACIONAL	54
6 CONCLUSÃO	56
REFERÊNCIAS	58

1 INTRODUÇÃO

As imposições constitucionais do ordenamento jurídico brasileiro, nos mais variados planos de demandas sociais, políticas e econômicas, sugerem a necessidade de adaptações do Estado em sua estrutura, gerando o surgimento de figuras não tanto tradicionais no âmbito da organização estatal, em suas diversas esferas.

Os fundos, convênios e consórcios são exemplos reais dessa diversificação de entes, muitas vezes autorizados por lei, que se colocam como atores nas mais variadas ações do estado, principalmente em atividades econômicas e sociais em áreas como transporte, saúde, produção de bens, habitação, entre outros.

A presença destes entes especiais importa em circunstâncias também diferenciadas quanto ao Direito nos seus mais variados ramos. A exemplo disto, tem-se os impactos da atuação de tais entes no Direito Tributário, na medida em que o exercício deste se apresenta como atividade diretamente vinculada ao funcionamento e organização da atuação do poder público.

Assim, ao considerar a complexidade dos impactos de tais figuras na forma de atuar do estado brasileiro na atualidade, o presente trabalho implica em propor um debate em Direito Tributário, com foco na análise no âmbito da imunidade tributária e bitributação, avaliando os aspectos destas em relação à atuação do Fundo de Arrendamento Residencial(FAR)¹, nas ações de fomento à habitação popular, através do Programa de Arrendamento Residencial(PAR).

A problemática aqui analisada parte da decisão do julgamento de um Recursos Extraordinário (RE 928.902/SP) pelo Supremo Tribunal Federal(STF), onde houve o reconhecimento da imunidade tributária do patrimônio do FAR, prevalecendo o entendimento da maximização do alcance da imunidade recíproca prevista no inciso VI do artigo 150 da Constituição Federal de 1988 para União, estados e municípios quanto aos impostos de suas competências.

Pelo teor da norma, verifica-se um claro impedimento de incidência de impostos sobre o patrimônio entre tais entes, sendo tal imunidade estendida ao FAR, na condição deste de fundo mantido pela União e legalmente constituído para o fomento da habitação popular por todo país, sendo ele proprietário de tais imóveis

1 Fundo autorizado a partir da Lei 10.188/01, promovendo o fomento à habitação popular até os dias atuais através de outros programas governamentais posteriores.

vinculados ao Programa de Arrendamento Residencial(PAR), criado através da Lei 10.188 de 2001.

Com tal reconhecimento, surgem questões sobre situações duvidosas quanto a alguns institutos relacionados a direitos reais e sucessórios, que trazem uma necessária discussão sobre conceitos e posicionamentos doutrinários, analisando situações práticas diretamente ligadas a decisões judiciais quanto a exigibilidade ou não da cobrança de impostos em relações peculiares associadas à realidade dos contratos de arrendamentos estabelecidos no referido programa.

Como exemplo, nos casos de inventário de titular falecido, estando o imóvel ainda em propriedade do FAR, surgem discussões sobre a pertinência ou não da cobrança do Imposto Sobre Transmissão Causa Morte e Doação(ITCMD) a partir do valor do imóvel, ou ainda, quanto à sujeição passiva do Imposto Sobre Transmissão Inter Vivos(ITIV), na possibilidade de cobrança deste.

Assim, fica clara a necessidade de uma análise que deva perpassar por vários segmentos dos direitos público e privado, que se entrelaçam em circunstâncias práticas bem específicas, exigindo uma exploração de conceitos e entendimentos sobre institutos das mais diferenciadas áreas do Direito.

A partir de um olhar sobre temas como a pertinência de tributos, o instituto da imunidade recíproca constitucionalmente estabelecido e os entendimentos atuais sobre bitributação, o presente trabalho propõe uma pesquisa quanto aos aspectos pertinentes da aplicação da tributação, espécie tributária cabível e do alcance da imunidade recíproca de relações estabelecidas no âmbito do PAR, fomentado pelo FAR, no tocante às normas do Sistema Tributário Nacional(STN).

Neste prisma, associa-se ainda às circunstâncias peculiares de temas como a transferência de propriedade de imóvel arrendado objeto de inventário e o tipo de tributo cabível em situações inerentes ao momento da transferência de propriedade do imóvel do ente público com imunidade tributária reconhecida para um particular.

Almeja-se também avaliar sobre a condição de sujeito passivo em tais circunstâncias, desenvolvendo o debate por discussões sobre construções de entendimentos historicamente estabelecidos de componentes jurídicos ligados aos diferentes ramos do Direito, entre eles, Reais, Sucessório, Administrativo e Constitucional, sob a apreciação de ideias extraídas de textos normativos e posições doutrinárias relacionadas ao tema.

Pretende-se ainda explorar conceitos e análises de institutos, bem como aspectos sobre os ramos do Direito, aprofundando o debate para soluções possíveis perante situações inusitadas que põe à prova a eficácia de entendimentos tradicionais de visões jurídicas já firmadas, quando de suas aplicações aos casos práticos da vida em sociedade na atualidade, a partir de circunstâncias modeladas pelo caso concreto que levam a uma revisitação de modelos e construções jurídicas relacionadas ao debate tratado.

O presente trabalho objetiva alcançar também a propositura de soluções que mais se adéquem às questões levantadas no debate, dando um caráter mais pragmático à atividade investigatória do trabalho científico aqui apresentado, na medida que pretende-se firmar um entendimento quanto às consequências tributárias relacionadas no âmbito do PAR, onde são estabelecidos direitos de posse e futura propriedade de imóveis populares, construídos para atender à demanda habitacional de famílias de baixa renda, a partir de contrato de arrendamento firmado para tais fins.

Assim, a intenção é também buscar concluir entendimento sobre a pertinência ou não da incidência do ITCMD ou ITIV nos casos onde ocorre o falecimento do arrendatário durante a vigência do contrato de arrendamento residencial, tendo em vista se tratar de transferência de direitos referentes a tais contratos, além de verificar o sujeito passivo responsável pelo pagamento do tributo nestes casos, sendo o transmitente dotado de imunidade quanto a incidência de impostos sobre seu patrimônio.

A metodologia utilizada do referido trabalho foi baseada em revisão bibliográfica, pautando-se pela análise de textos acadêmicos quanto a investigação histórica e conceitual de institutos jurídicos relacionados, além de uma avaliação de textos legais e decisões de julgados quanto ao desenvolvimento argumentativo dos posicionamentos que serão defendidos.

2 DELIMITAÇÃO DO DEBATE

2.1 ASPECTOS RELEVANTES

Em virtude da diversidade de campos do Direito presentes na problemática analisada no presente trabalho, não há como se iniciar qualquer tratamento de qualquer questão relacionada ao mesmo sem os devidos esclarecimentos sobre os relevantes aspectos e elementos que compõem o caso abordado, sendo imprescindível uma verificação preliminar dos conceitos e características que os cercam.

2.1.1 O Direito de moradia na Constituição Federal

A Constituição Federal vigente(CF/88), trouxe uma importante variedade de previsões de direitos humanos e sociais aos cidadãos, impondo ao estado uma maior responsabilidade no tocante à viabilização destes. Assim, a pretensão de se estabelecer uma vida digna à população, convoca o estado a assumir papel preponderante quanto à melhoria de vida do seu povo, principalmente no que se refere à realidade da camada social economicamente menos favorecida.

Vários aspectos importantes de tais direitos recebem destaque na CF/88, como saúde e educação por exemplo, que devem ser assistidos por todos os entes federados, União, estados e municípios, demonstrando o caráter acolhedor que o texto constitucional carrega.

Um outro importante direito com previsão constitucional é o de moradia, que traz a pretensão de cumprir um papel de grande importância na qualidade de vida das famílias, atendendo a expectativas básicas relacionadas a higiene, segurança e bem-estar.

O direito de moradia está constitucionalmente previsto no artigo 6º e ampliado pela Emenda Constitucional 26/2000, com reconhecimento expresso no referido texto como direito social.

A CF/88 estabelece tal aspecto também como de competência comum da União, estados e municípios, devendo haver a promoção de programas de construção de moradia, de forma a possibilitar melhorias nas condições habitacionais da população, principalmente na camada social de baixa renda, pela

dificuldade de acesso a crédito para tal fim, tendo em vista o valor agregado ao tipo do bem.

Art.6°. São direitos sociais a educação, a saúde, alimentação, o trabalho, a **moradia**, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

O grande número de cortiços e favelas espalhadas pelas grandes capitais do Brasil demonstram a gravidade do *deficit* habitacional no país, onde a luta para uma melhoria no cenário habitacional brasileiro remonta, por dados governamentais, à primeira metade do século XX, com a criação da Fundação Casa Popular(FCP)² do governo Gaspar Dutra.

Conforme informa o Ministério de Desenvolvimento Regional, de acordo com dados de 2019 levantados pela Fundação João Pinheiro, o deficit habitacional brasileiro ainda se encontraria em considerável patamar de 5,8 milhões de moradias.³

Nesta esteira, parece que os programas voltados para tratamento do problema da demanda habitacional não vêm alcançando grandes resultados, tendo em vista a realidade do problema na atualidade em se considerando os esforços de vários governos na tentativa de mudança da realidade do problema no Brasil.

As contribuições dadas pela FCP, pelo Banco Nacional de Habitação(BNH)⁴ e pelos variados programas instituídos com intuito de dar uma resposta eficiente ao problema, não demonstraram e ainda não demonstram, como é caso do PROGRAMA MINHA CASA MINHA VIDA(PMCMV)⁵ e o PROGRAMA MINHA CASA VERDE AMARELA⁶ na atualidade, que o problema possa ser solucionado num curto prazo, sendo ele grave e de longa persistência na história da realidade social brasileira.

2 Fundação criada em 01 de maio de 1946, com o objetivo de centralização da política de habitação, sendo precursora do Banco Nacional de Habitação(BNH).

3 Dados revisados do déficit habitacional e inadequação de moradias nortearão políticas públicas. Site: gov.br/mdr. Disponível em: <<https://www.gov.br/mdr/pt-br/noticias/dados-revisados-do-deficit-habitacional-e-inadequacao-de-moradias-nortearao-politicas-publicas>>. Acesso em: 07/06/2021.

4 Empresa pública criada em 1964 e extinta em 1986, que tinha o objetivo de financiar empreendimentos imobiliários.

5 Programa de fomento à habitação, instituído pela Lei 11.977 de 07 de julho de 2009

6 Programa de fomento à habitação, instituído pela Lei 14.118 de 12 de janeiro de 2021

2.1.2 O Programa de Arrendamento Residencial

Dentre os programas governamentais de fomento à moradia, o Programa Arrendamento Residencial(PAR) tem importância singular para o tema deste trabalho, na medida que, em virtude de suas características bem peculiares, surgem situações específicas quanto aos procedimentos e institutos a ele relacionados, que centralizam as ideias essenciais dos questionamentos do presente estudo.

Surgindo com advento da Lei Federal 10.188 de 2001, o PAR foi instituído com o propósito semelhante ao de outros programas de reestruturação da realidade de moradia da população de baixa renda, financiado pelo FAR, com criação autorizada a partir da mesma lei, onde a gestão de seus recursos seria atribuída ao Ministério das Cidades e à Caixa Econômica Federal(CEF) caberia a responsabilidade de operacionalização do mencionado programa.

Art. 1º Fica instituído o Programa de Arrendamento Residencial para atendimento da necessidade de moradia da população de baixa renda, sob a forma de arrendamento residencial com opção de compra. (“Caput” do artigo com redação dada pela Lei nº 11.474, de 15/5/2007)

§ 1º A gestão do Programa cabe ao Ministério das Cidades e sua operacionalização à Caixa Econômica Federal - CEF. (Parágrafo único transformado em § 1º, com nova redação dada pela Lei nº 10.859, de 14/4/2004).

O FAR então é criado com direitos e obrigações próprias, onde seu patrimônio, não se confundindo com o patrimônio da CEF, responderia por suas obrigações até o limite de seus bens e direito, expressando a clara intenção do legislador quanto à desvinculação patrimonial dos imóveis vinculados ao PAR do conjunto de bens e patrimônio da mencionada instituição financeira.

Art. 2º Para a operacionalização do Programa instituído nesta Lei, é a CEF autorizada a criar um fundo financeiro privado com o fim exclusivo de segregação patrimonial e contábil dos haveres financeiros e imobiliários destinados ao Programa. (“Caput” do artigo com redação dada pela Lei nº 12.693, de 24/7/2012).

[...]

§ 3º Os bens e direitos integrantes do patrimônio do fundo a que se refere o caput, em especial os bens imóveis mantidos sob a propriedade fiduciária da CEF, bem como seus frutos e rendimentos, não se comunicam com o patrimônio desta, observadas, quanto a tais bens e direitos, as seguintes restrições:

I - não integram o ativo da CEF:

II - não respondem direta ou indiretamente por qualquer obrigação da CEF:

III - não compõem a lista de bens e direitos da CEF, para efeito de liquidação judicial ou extrajudicial:

IV - não podem ser dados em garantia de débito de operação da CEF;

V - não são passíveis de execução por quaisquer credores da CEF, por mais privilegiados que possam ser;

VI - não podem ser constituídos quaisquer ônus reais sobre os imóveis.

Como recorte crítico, Sérgio Azevedo e Luís Andrade vão informar que:

[...] quanto às propostas não dinamizadas de novas políticas habitacionais, deve ser lembrado o Programa de Arrendamento Residencial(PAR), voltado para atingir uma clientela na faixa entre quatro e seis salários mínimos de renda familiar. Ainda que proposto como forma de *leasing* habitacional, esse programa parece não ter sido pensado com a mesma filosofia de seus congêneres europeus. O “arrendamento” aqui teria mais o objetivo de facilitar a retomada dos imóveis em caso de inadimplência do mutuário, evitando batalhas judiciais.⁷

Nota-se aqui o destaque à possível intenção na implementação do PAR pelo governo de Fernando Henrique Cardoso à época, que seria de se estabelecer uma maior possibilidade de êxito quanto às ações judiciais possessórias por inadimplência contra os titulares dos contratos de arrendamento, o que possivelmente justificaria a implementação do mencionado programa com características tão peculiares, na medida que traz a figura do arrendamento como destaque no tratamento do problema habitacional.

7 AZEVEDO E ANDRADE, AZEVEDO, Sérgio; ANDRADE, Luis A. G. Desafios da habitação popular no Brasil: políticas recentes e tendências. Habitação social nas metrópoles brasileiras. Uma avaliação das políticas habitacionais em Belém, Belo Horizonte, Porto Alegre, Recife, Rio de Janeiro e São Paulo no final do século XX. Coleção HABITARE/FINEP. Porto Alegre: ANTAC, 2007, p. 27-28.

2.1.3 O contrato de arrendamento

Conforme se extrai das disposições legais e de informações gerais vinculadas em cartilha específica sobre o PAR⁸ disponibilizada pela CEF, a partir da assinatura de um contrato de arrendamento residencial, o indivíduo torna-se arrendatário de um imóvel, com direito de posse do mesmo para fins exclusivos de sua moradia e de sua família, sendo previsto em tal instrumento contratual a possibilidade de aquisição da propriedade do bem ao final do prazo, também contratualmente previsto, de 180 meses.

Felipe Menezes informa que:

O contrato de arrendamento residencial pode ser definido como a cessão onerosa, por parte do arrendante, em regra a Caixa Econômica Federal, do exercício do direito de uso de bem imóvel (posse) com a finalidade específica de ali se estabelecer residência, mediante o pagamento de certa quantia mensal em dinheiro (taxa de arrendamento e outras despesas previstas contratualmente, como, por exemplo, a cota condominial), por prazo determinado, com a possibilidade de o arrendatário, ao final do prazo contratual, optando por pagar a diferença (complementando o preço do imóvel arrendado com o preço residual previamente ajustado), adquirir a propriedade do mesmo.⁹

O mencionado contrato estipula ainda as opções do titular ao final do prazo, podendo além de adquirir o bem, devolver a posse ao proprietário(FAR), caso não permaneça o interesse do titular na aquisição ou, até mesmo, manter o contrato de arrendamento, pagando as taxas de forma contínua, em caráter de despesa de ocupação do bem pelo uso deste.

Percebe-se então que o arrendamento, apesar de apresentar efeitos práticos semelhantes, não caracteriza um financiamento habitacional, em que pese o aproveitamento das parcelas pagas a título de ocupação, como recurso a ser apropriado no cálculo da aquisição do bem do valor final a pagar. Nota-se aqui então uma importante diferenciação a ser destacada, já que o titular do contrato de arrendamento, a priori, paga pela ocupação e uso do bem.

8 Cartilha do PAR – Programa de Arrendamento Residencial. Site: Saiba Mais. Disponível em: <<https://www.caixa.gov.br/Paginas/home-caixa.aspx>>. Acesso em 05/05/2021.

9 MENEZES, Felipe Caldas. O Programa de Arrendamento Residencial e a Aplicação do Código de Defesa do Consumidor. Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, v. 20, n. 6, 2008, p. 58.

2.1.4 O seguro prestamista associado ao contrato de arrendamento

De forma a estabelecer garantias de cumprimento contratual em caso de sinistros ocasionados por morte ou invalidez permanente, bem como danos físicos ao imóvel, o contrato de arrendamento faz menção a um seguro na categoria prestamista¹⁰, onde se objetiva a quitação de uma a dívida do segurado por motivo de morte ou invalidez permanente, pago com valores associados às parcelas mensais de arrendamento, sendo acionado junto a uma seguradora específica que, mediante apresentação de documentação comprobatória do sinistro, promove as devidas indenizações, conforme estipulações da respectiva apólice.

Pelas características do mencionado seguro, em caso de composição de renda por mais de um titular contratual, no caso de morte de um destes, ou invalidez permanente para o trabalho devidamente comprovada, a indenização se referirá ao percentual de composição do segurado sinistrado(falecido ou com invalidez permanente reconhecida) na renda inicialmente declarada no contrato, permanecendo a obrigação do arrendatário remanescente quanto ao pagamento das parcelas vincendas, proporcionalmente à sua participação inicialmente declarada na composição da renda do contrato.

Aqui, vale ressaltar uma circunstância desenhada na situação de ocorrência de morte de arrendatário que compõe unicamente a renda do contrato, onde persiste o direito de indenização de seguro com a cobertura integral das parcelas remanescentes deste, promovendo assim a liquidação antecipada do contrato em tal situação. Tal circunstância merece ser pontuada, pois terá fundamental importância quando do tratamento das questões que este trabalho propõe abordar.

2.1.5 O inventário do arrendatário

Como instrumento relevante não apenas no âmbito do Direito Sucessório, o inventário tem significativa importância para o tema aqui tratado, tendo em vista a situação peculiar trazida com o contrato de arrendamento residencial, principalmente no tocante à situação de morte antes da liquidação do final de prazo de 180 meses. Destaca-se aqui a situação de morte do titular, onde o bem se

¹⁰ Seguro prestamista. Site: Caixa Vida e Previdência. Disponível em: <<https://www.caixavidaeprevidencia.com.br/seguroprestamista>>. Acesso em: 05/05/2021

encontra em nome do FAR e ainda persiste o direito de indenização de seguro prestamista por morte do segurado.

Conforme ensinam Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald:

O inventário não se presta à transmissão do patrimônio deixado pelo *de cuius*. A herança é transmitida automaticamente aos herdeiros, com a transferência de posse e propriedade. O inventário, tão só, serve para catalogar o ativo e o passivo transferido e promover a partilha.¹¹

Como marca principal do aspecto tributário dos procedimentos de realização de inventário, está a cobrança do ITCMD, de competência dos estados, sendo exigido com base nos valores dos bens a serem transferidos.

Apesar de inexistir dispositivo constitucional que determine de forma expressa o enquadramento da sujeição passiva para o mencionado imposto, não é incomum tal previsão nas leis estaduais pertinentes, como se depreende do artigo 7º da Lei 10.705/2000 do Estado de São Paulo, a saber:

Artigo 7º - São contribuintes do imposto:

I - **na transmissão "causa mortis": o herdeiro ou o legatário;**

II - no fideicomisso: o fiduciário;

III - na doação: o donatário;

IV- na cessão de herança ou de bem ou direito a título não oneroso: o cessionário.

Tal aspecto é pertinente em qualquer caso, sendo o inventário judicial ou extrajudicial(conforme Lei 11.441/2007), pois impõe obrigação aos herdeiros quanto a devida regularidade do pagamento de tal encargo, assim como de outros que se fizerem pertinentes ao processo em questão.

Aqui emerge fato relevante para o debate, na medida que sugere mitigação da dúvida quanto à não obrigatoriedade do FAR em arcar com qualquer despesa relacionada ao tributo mencionado, quando da realização do inventário de arrendatário falecido, mesmo se tratando de momento onde o referido fundo ainda figura como proprietário do imóvel objeto do respectivo contrato de arrendamento.

Notadamente, o inventário favorecerá o devido cumprimento legal de garantir aos herdeiros os direitos inerentes à sucessão, gerando implicações bem

11 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil. v. 07 – Sucessões, Atlas, São Paulo(Brasil), 2015, p. 436.

específicas, como, por exemplo, a necessidade de emissão de um novo contrato de compra e venda a ser levado a registro junto ao cartório de imóveis, pela propriedade em nome do fundo.

O interessante a ser destacado neste momento é que já é possível perceber um certo incômodo no desenho da situação descrita, quando se observa a necessidade de cumprimento de obrigações tributárias para a devida regularidade da elaboração do inventário em virtude das exigências normativas quanto à transferência de propriedade de bens imóveis, na medida que o *de cuius*, neste caso, não possui a propriedade imobiliária formalizada no cartório, o que leva a imposição do pagamento do tributo aos herdeiros pelo direito à aquisição do imóvel e não em relação ao bem si enquanto propriedade transmitida, gerando uma circunstância inusitada e que levanta alguns questionamentos jurídicos relevantes, que serão trazidos ao longo do presente trabalho.

2.2 A IMUNIDADE TRIBUTÁRIA DO PATRIMÔNIO DO FAR

Conforme já mencionado, os imóveis vinculados ao PAR, durante toda a vigência do contrato de arrendamento, permanecem com a propriedade devidamente registrada em nome do FAR, sendo facultada ao arrendatário a aquisição ao final normal do prazo ou antecipada, caso tenha interesse em transferir o bem para o seu patrimônio durante o contrato, arcando com os valores residuais para tanto.

Conforme artigo 2º da Lei 10.188 de 2001, o FAR constitui fundo de natureza privada, subordinado à fiscalização do Banco Central(BACEN) e a gestão de seus recursos atribuída à CEF, sendo esta também responsável operacionalização do PAR, com o propósito de atender à necessidade de moradia das famílias de baixa renda.

Os bens imóveis vinculados ao referido programa, estando sob propriedade fiduciária da CEF, não se confundem com o patrimônio desta, não integrando seu ativo e não podendo responder por obrigações da mesma.

Desta forma, a priori, as obrigações tributárias dos imóveis arrendados através do PAR devem ser suportadas pelos titulares dos contratos, tendo em vista previsão em tal instrumento, devendo se manter o adimplemento de tais obrigações, entre outras, sendo o arrendatário passível de figurar como réu em

ação de reintegração de posse do imóvel, em caso de descumprimento de tais imposições.

Em apreciação de Recurso Extraordinário 928.902/SP pelo STF, confirmou-se entendimento desta corte quanto ao reconhecimento de imunidade tributária a tais imóveis, causando impactos relevantes nas relações inerentes aos contratos de rendimento vinculados ao PAR.

[...]

4. Recurso extraordinário provido com fixação da seguinte tese:

TEMA 884: Os bens e direitos que integram o patrimônio do fundo vinculado ao Programa de Arrendamento Residencial – PAR, criado pela Lei 10.188/01, beneficiam-se da imunidade tributária prevista no art.150, VI, "a", da Constituição Federal.¹²

Os argumentos do voto do relator, Ministro Alexandre de Moraes, se pautaram principalmente pelo enquadramento dos recursos do FAR, onde a origem da composição de tais recursos estaria diretamente ligada a fontes outras de natureza pública e assim gozando da imunidade tributária recíproca prevista na CF/88. Além disso, compreende o ministro que o PAR caracteriza prestação de serviço público, operacionalizado pela CEF, sem fins lucrativos vinculados a tal atividade, o que reforçaria o entendimento quanto à pertinência de atribuição do direito de imunidade ao patrimônio do mencionado fundo.

Em resumo: (a) o Programa de Arrendamento configura prestação de serviço público operacionalizado pela Caixa Econômica Federal sem finalidade lucrativa; (b) o fundo afetado à consecução é constituído com recursos da União, a quem reverterá o correspondente resíduo positivo, se for o caso.

Estas circunstâncias demonstram que a imunidade tributária recíproca deve abranger os bens e direito integrantes do FAR, em consonância com a jurisprudência do STF acerca da específica questão ora em exame, que impõe um requisito indispensável para a aplicação da imunidade recíproca: a blindagem deferida pela Constituição somente incide sobre o patrimônio, a renda ou os serviços não afetados à exploração de atividade econômica.¹³

12 BRASIL Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário 928.902/SP. Incidência da imunidade tributária recíproca. Recorrente: Caixa Econômica Federal. Recorrido: Município de São Vicente. Relator: Ministro Alexandre de Moraes, 17 de outubro de 2018. Decisão de acórdão.

13 BRASIL Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário 928.902/SP. Incidência da imunidade tributária recíproca. Recorrente: Caixa Econômica Federal. Recorrido: Município de São Vicente. Relator: Ministro Alexandre de Moraes, 17 de outubro de 2018. Voto do relator.

Os argumentos de tal posicionamento merecem uma análise mais dedicada, tendo em vista que no mesmo instrumento legal que determinada a natureza privada do FAR, se estabelece a forma de composição dos recursos deste, mencionando origens de aportes essencialmente públicos, denotando um certo tom controverso do mencionado texto normativo.

Primeiramente, pelas circunstâncias do caso aqui apresentado, se faz prudente uma tentativa de abordagem sobre aspectos inerentes à diferenciação entre os fundos públicos e os privados no tocante à finalidade destes e, em seguida, uma análise dos votos do julgamento do Recurso Extraordinário anteriormente mencionado, de forma a se estabelecer a importância deste debate sobre as questões primordiais do presente trabalho.

A classificação de um fundo não é tema de entendimento consensual na literatura, podendo apresentar diversificadas opções de critérios para identificar a natureza público ou privada de tais entes, não ajudando muito na determinação do enquadramento de fundo público ou privado.

Leonardo da Costa revela, em seu interessante estudo sobre o tema, a dificuldade de se estabelecer uma aproximação entre as variadas classificações aos fundos em geral, demonstrando a complexidade sobre tais conceitos e como a interpretação destes varia muito conforme a opinião do autor¹⁴.

A título de exemplificação, Leonardo da Costa expõe o posicionamento de Kohama, onde os fundos seriam divididos por finalidade, definindo os fundos especiais de despesas como aqueles que, não tendo personalidade jurídica, possuem receitas vinculadas a objetivo ou serviço de governo. Nesta mesma classificação, o fundo de natureza contábil seria constituído pelo recolhimento, movimentação e controle de receitas conforme lei instituidora e os ditos fundos especiais de financiamento seriam os normalmente controlados por instituições financeiras, categoria esta que talvez enquadraria melhor o FAR na visão de tal autor¹⁵.

14 COSTA, Leonardo da Silva Guimarães Martins da. Uma Visão Sistêmica dos Fundos Federais. Textos para Discussão – Tesouro Nacional. TD n° 007, 2012, p.12.

15 KOHAMA, Heilio. Contabilidade Pública. Atlas. São Paulo(Brasil), 2009, p. 203.

No mesmo trabalho, Leonardo da Costa¹⁶, citando Oswaldo Sanches, vai informar que no uso do mesmo critério de finalidade e abordando com maior variedade de tipificação, divide tais entes em: fundos programáticos(destinados à realização de programas especiais de trabalho), fundos contábeis(exclusivos para realização de inversões financeiras, sendo operados por instituições do ramo), fundos de transferências legais(utilizados para sistematizar as transferências oriundas dos compartilhamento de receitas), os fundos de garantia(destinados para garantir operações determinadas por lei) e os fundos de incentivos fiscais(para sistematização de recursos oriundo de incentivos fiscais específicos)¹⁷.

Nota-se que, ao se fazer um paralelo entre as duas classificações acima, as características dos fundos contábeis definidos por Sanches se aproximam mais dos fundos especiais financeiros da classificação de Kohama, do que do conceito dos ditos fundos contábeis deste, demonstrando a dificuldade de enquadramento dos fundos no debate doutrinário, tornando-se ainda mais complexa tal questão quando se inclui na discussão de certas definições legais, como a também mencionada por Costa e contemplada no artigo 2º da Lei Complementar 91/2006 do Estado de Minas Gerais, que aproxima a definição de fundo, em termo genérico, do que tenderia a ser enquadrado como fundo público:

Art. 2º - O fundo é um instrumento de gestão orçamentária criado por lei, sem personalidade jurídica, dotado de individualidade contábil e constituído pela afetação de patrimônio e do produto de receitas à realização de determinados objetivos ou serviços.

Para tornar a questão ainda mais complexa, tem-se a definição de fundo especial da Lei 4320 de 1964, que também vai trazer semelhanças deste ao que se poderia definir como fundo público, a saber:

Art. 71 - Constitui fundo especial o produto de receitas especificadas que por lei se vinculam a realização de determinados objetivos ou serviços, facultada a adoção de normas peculiares de aplicação.

16 SANCHES, Oswaldo Maldonado. Fundos federais: origens, evolução e situação atual na administração federal. Brasília: Câmara dos Deputados, 2002, p 237. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/787/R154-21.pdf?isAllowed=y>>. Acessado em: 05/05/2021.

17 COSTA, Leonardo da Silva Guimarães Martins da. Uma Visão Sistêmica dos Fundos Federais. Textos para Discussão – Tesouro Nacional. TD n° 007, 2012, p. 12-13.

Considerando o que preconiza a Lei 10.188/2001 no seu artigo 2º, o FAR foi criado com a finalidade exclusiva de segregação patrimonial em relação à CEF, onde o financiamento do PAR aponta para possibilidade de utilização de recursos públicos e privados a partir de extinção de outros fundos, a saber;

Art. 3º Para atendimento exclusivo às finalidades do Programa instituído nesta Lei, fica a CEF autorizada a:

I - utilizar os saldos disponíveis dos seguintes Fundos e Programa em extinção:

- a) Fundo de Apoio ao Desenvolvimento Social - FAS, criado pela Lei nº 6.168, de 9 de dezembro de 1974;
- b) Fundo de Investimento Social - FINSOCIAL, criado pelo Decreto-Lei nº 1.940, de 25 de maio de 1982;
- c) Programa de Difusão Tecnológica para Construção de Habitação de Baixo Custo - PROTECH, criado por Decreto de 28 de julho de 1993; e
- d) Fundo de Desenvolvimento Social - FDS, a que se refere o Decreto nº 103, de 22 de abril de 1991.

II - contratar operações de crédito com o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS, na forma e condições disciplinadas pelo Conselho Curador do FGTS, até limite a ser fixado pelo Poder Executivo; e (Inciso com redação dada pela Lei nº 10.859, de 14/4/2004) (Vide Decreto nº 4.918, de 16/12/2003) (Vide Decreto nº 5.986, de 15/12/2006).

III - incorporar as receitas pertencentes ao fundo financeiro específico do Programa, provenientes do processo de desmobilização previsto no inciso II do § 7º do art. 2º desta Lei; e (Inciso acrescido pela Lei nº 10.859, de 14/4/2004 e com nova redação dada pela Lei nº 11.474, de 15/5/2007).

IV - receber outros recursos a serem destinados ao Programa. (Inciso acrescido pela Lei nº 11.474, de 15/5/2007).

Percebe-se então que um simples enquadramento da composição dos recursos do FAR como públicos não o torna necessariamente um fundo público, já que sua natureza foi definida por lei como privado, além de se verificar claramente que, com o que dispõe o inciso IV do artigo 3º da lei que o instituiu, persiste a possibilidade de utilização de recursos privados na operacionalização do PAR, não garantindo assim que o pagamento de tributos dentro das operações do referido

programa sejam realizadas necessariamente com recursos exclusivamente públicos.

Contudo, a combinação do argumento de composição eminentemente pública dos recursos com o aspecto da relevância social do programa, parece não deixar dúvidas junto à maioria dos membros da referida corte, quanto à pertinência do alcance da imunidade tributária recíproca ao patrimônio do FAR.

Na composição dos votos do julgamento do Recurso Extraordinário 928.902/SP, houve apenas um posicionamento divergente do relator, manifestado pelo Ministro Marco Aurélio, conforme abaixo, que fez questão de destacar em suas alegações a condição precípua da Caixa Econômica Federal como proprietária temporária do imóvel, no tocante à defesa que fez do aspecto da obrigatoriedade desta na assunção do pagamento dos tributos inerentes a tal propriedade.

Presidente, ante a importância da matéria, penso que a disciplina ocorre em inúmeros Municípios. Saliento alguns aspectos.

O primeiro é a diferença entre o fundo e a realidade que surge mediante a aplicação desse fundo, ou seja, a realidade retratada em imóveis. Não vou cogitar de imunidade quanto à pessoa jurídica de direito privado, que é a Caixa Econômica, a exerce atividade econômica, atuando por meio de remuneração.

O segundo é que a Caixa fica, inclusive junto ao Registro de Imóveis, como proprietária dos imóveis, propriedade fiduciária, ou seja, **propriedade temporária**. A matrícula do imóvel, repito, revela como proprietária não a União, mas a Caixa Econômica, ou seja, pessoa jurídica de direito privado.¹⁸

Fica claro aqui que o cerne da questão contraposta pelo eminente ministro se baseia no nível de aprofundamento da relação de propriedade formal que cada julgador atribui ao contexto da alienação fiduciária, na medida que para a maioria dos ministros, a propriedade fiduciária da CEF não estaria no mesmo patamar do conceito de propriedade de imóveis do Direito Real, não impondo à mesma a condição de sujeito passivo de obrigações tributárias dos imóveis vinculados ao PAR.

18 BRASIL Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário 928.902/SP. Incidência da imunidade tributária recíproca. Recorrente: Caixa Econômica Federal. Recorrido: Município de São Vicente. Relator: Ministro Alexandre de Moraes, 17 de outubro de 2018. Voto do Ministro Marco Aurélio Mello.

A questão sugere um apanhado sobre o instituto da alienação fiduciária e seus efeitos, sendo necessário se observar até que ponto vai as obrigações da instituição financeira para os casos semelhantes.

Conforme pode se extrair das previsões legais sobre o tema, a alienação fiduciária tem um caráter de garantia negocial, quando ocorre a aquisição de um bem mediante operação de crédito, dando ao credor maior segurança quanto a possível inadimplemento contratual.

Art. 5º As operações de financiamento imobiliário em geral, no âmbito do SFI, serão livremente pactuadas pelas partes, observadas as seguintes condições essenciais:

I - reposição integral do valor emprestado e respectivo reajuste;

II - remuneração do capital emprestado às taxas convencionadas no contrato;

III - capitalização dos juros;

IV - contratação, pelos tomadores de financiamento, de seguros contra os riscos de morte e invalidez permanente.¹⁹

Numa operação de financiamento habitacional em que uma pessoa física adquira um imóvel com parte do pagamento levantada a partir de uma relação contratual garantida pela alienação fiduciária, fica claro o papel do credor na posição da instituição financeira que concede empréstimo ao adquirente, não parecendo razoável uma possível implicação a ela de sujeito passivo de tributos inerentes à propriedade do imóvel.

Observa-se ainda que, no caso do contrato de arrendamento, não se fala em transferência de propriedade, deixando em condição questionável o papel da instituição financeira enquanto possível proprietária temporária do bem imóvel objeto do contrato em questão. Tal aspecto ganha robustez quando a própria lei instituidora do PAR informa sobre a desvinculação do patrimônio do fundo garantidor e da instituição financeira, encarregada de operacionalizar o referido programa a partir dos recursos do próprio fundo, denotando que em tal relação não

¹⁹ Artigo da Lei 9.514 de 20 de novembro de 1997, que dispõe sobre o Sistema de Financiamento Imobiliário, instituindo a alienação fiduciária de coisa imóvel, entre outras providências.

subsiste a participação de recursos da instituição financeira, o que acaba por fazer ruir o argumento de propriedade temporária, neste caso.

Fato é que, por maior que seja a possibilidade de problematização quanto aos argumentos utilizados no referido julgado, a imunidade recíproca do patrimônio do FAR foi chancelada para os imóveis vinculados ao PAR e a tal decisão foi atribuída repercussão geral devidamente apreciada e reconhecida²⁰, impondo a todos os entes federados a extinção dos créditos tributários relacionados aos impostos patrimoniais dos imóveis aqui abarcados.

2.3 AS PRINCIPAIS QUESTÕES DO DEBATE

Somando-se todos os aspectos e elementos até aqui tratados, a circunstância trazida com a ocorrência de morte de um arrendatário, vinculado ao PAR por um contrato que estabelece a obrigação de assunção das despesas inerentes ao imóvel e que prevê a possibilidade de indenização securitária para tal situação, gera certas inconsistências no âmbito do Direito Tributário, dando margem a discussões sobre alguns aspectos.

Primeiramente, pelas condições específicas definidoras da construção jurisprudencial do entendimento sobre a imunidade do patrimônio do FAR, seria possível se alegar imunidade para o pagamento dos tributos pertinentes à transferência de propriedade do imóvel ao arrendatário, figurando o referido fundo como transmitente na aquisição, levando-se em conta a possibilidade de sujeição passiva do mesmo?

Considerando a devida liquidação das parcelas vincendas de um contrato indenizado por reconhecimento de sinistro, promovendo-se a possibilidade de aquisição antecipada do bem e considerando ainda a realização de inventário para determinação dos herdeiros dos direitos contratuais do arrendamento com posterior emissão de novo contrato de compra e venda em nome deste, caberia o pagamento de ITCMD ou de ITIV?

Por fim, considerando as características de cada imposto no tocante aos seus respectivos fatos geradores e sujeição passiva, o pagamento do ITCMD no inventário, sobre o valor do imóvel pelos direitos inerentes ao contrato de

20 BRASIL Supremo Tribunal Federal, Repercussão Geral no Recurso Extraordinário 928.902/SP. Repercussão geral de incidência da imunidade tributária recíproca. Recorrente: Caixa Econômica Federal. Recorrido: Município de São Vicente. Relator: Ministro Teori Zavascki, 31 de março de 2016.

arrendamento e sendo posteriormente cobrado ITIV no registro do contrato de compra e venda em nome dos herdeiros, configuraria o fenômeno da bitributação como argumento para eximir o herdeiro da cobrança do ITIV?

Estas são as principais questões que o presente trabalho pretende debater, levando-se em conta a necessidade de um aprofundamento nos conceitos relacionados à imunidade recíproca e bitributação, tendo em vista a estreita relação entre tais institutos e as possíveis soluções para os questionamentos apresentados.

3 BREVE ANÁLISE DAS IMUNIDADES TRIBUTÁRIAS

3.1 A ORIGEM DAS IMUNIDADES TRIBUTÁRIAS NO BRASIL

O tópico em questão foi incluído no presente trabalho, com o intuito de contribuir para um aprofundamento do estudo do tema “imunidades”, na tentativa de se avaliar com maior clareza as questões anteriormente propostas relacionadas com tal instituto.

Buscando-se na origem histórica as relações inerentes ao surgimento e contextualização das situações pertinentes às imunidades, pretende-se aprimorar a compreensão sobre seus aspectos e finalidades, na tentativa de apurar a análise do caso aqui tratado, no tocante aos aspectos tributários inerentes à relação contratual que envolve arrendatário, FAR e CEF, por se tratar de situação que traz a baila circunstâncias bem específicas.

Destaca-se ainda que a proposta aqui não é de uma extensa abordagem histórica da origem de tal instituto, mas trazer as características mais importantes do contexto da formação histórica do mesmo, na perspectiva do que poderá ser aproveitado de tal estudo para a compreensão atual deste tema, principalmente no tocante à imunidade tributária recíproca, de forma a permitir uma conclusão mais consistente sobre a problemática apresentada nas questões levantadas em momento anterior.

Assim, perceptível é que o tributo tem a função de viabilizar a atuação estatal, nas suas mais variadas atribuições, onde a norma constitucional estabelece certos limites a este quanto ao exercício de tal poder.

Os fundamentos circunstanciais para o surgimento das imunidades parecem ter relação com momentos históricos que antecedem à formatação do que seria a concepção da ideia de constituição do próprio conceito de estado na percepção atual.

Exemplos claros disso estão nas formas mais benéficas de tributação em relação a nobres e à igreja nos tempos feudais, e ainda mais distante, quanto à diversificada forma de imposição de cobrança de impostos aos dirigentes do império romano em relação a outros setores daquela sociedade.

Não é incomum que tema “imunidades” esteja relacionado às limitações ao poder de tributar do estado, estabelecendo proibições ao poder legislativo, em suas

diferentes esferas políticas, quanto a fatos ou pessoas, no que diz respeito ao alcance dos tributos.

Para Hugo de Brito Machado, a imunidade seria o obstáculo decorrente de regra da Constituição à incidência de regra jurídica de tributação, onde o que é imune não poderia ser tributado, pois a imunidade impediria que a lei definisse o fato como hipótese de incidência tributária²¹.

Já para Luciano Amaro, antes de se caracterizarem como forma de supressão, proibição ou vedação ao poder de tributar, como são normalmente estudadas, as imunidades deveriam ser vistas como simples técnica de exclusão do campo tributável, caracterizando situação onde não existiria o poder de tributar²².

A imunidade tributária é, assim, a qualidade da situação que não pode atingida pelo tributo, em razão de norma constitucional que, à vista de alguma especificidade pessoal ou material dessa situação, deixou-a fora do campo sobre que é autorizada a instituição de tributo.²³

A referência ao tema imunidades no estudo do Direito Tributário é recorrentemente atribuída a certas limitações ao poder de tributar do Estado, vinculada a mandamentos constitucionalmente previstos, assinalando seu destaque em relação às isenções, em virtude deste último aspecto.

Existiria ainda a distinção da dita “não-incidência tributária”, que se diferenciaria da isenção por se tratar de imposição anterior a incidência da lei, sendo a isenção posterior.

Nota-se ainda posicionamentos em que persiste a preocupação em se desvincular imunidade de não-incidência, pautando-se principalmente pelo critério relativo ao instrumento que veicula a norma, caracterizando a primeira como constitucionalmente prevista e sendo tal critério também normalmente balizador da diferenciação entre imunidades e isenções, mesmo quando ocorra falha de uso terminológico aplicado ao caso concreto.

21 MACHADO, Hugo de Brito. Curso de Direito Tributário, 23ª edição, Malheiros, São Paulo(Brasil), 2003, p. 259.

22 AMARO, Luciano. Direito Tributário Brasileiro, 12ª edição, Saraiva, São Paulo(Brasil), 1997, p. 150.

23 *Ibid.*, p. 151.

Ainda que na Constituição esteja escrito que determinada situação é isenção, na verdade de isenção não se cuida, mas de imunidade. E se a lei porventura referir-se a hipótese de imunidade, sem estar apenas reproduzindo, inutilmente, norma da Constituição, a hipótese não será de imunidade, mas de isenção.²⁴

Tal associação entre a imunidade e sua fundamentação constitucional não parece apresentar entendimento controverso no meio jurídico, nem parece oportunizar qualquer possibilidade de ponderação quanto a tal aspecto.

Assim, tomando tal parâmetro como ponto de necessária observância na identificação de uma imunidade tributária, a partir de quando, no Brasil, se pode falar em existência de imunidade tributária?

A Constituição de 1824, apesar de não firmar conceito expresso sobre tal instituto, informa os contornos característicos das imunidades, o que se percebe dos incisos XV e XVI do seu artigo 179, onde se verifica a mudança do regramento quanto aos ditos “Privilégios essenciais”, levados a partir de então à situação de excepcionalidade.

Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte.

[...]

XV. Ninguem será exempto de contribuir para as despesas do Estado em proporção dos seus haveres.

XVI. Ficam abolidos todos os Privilegios, que não forem essencial, e inteiramente ligados aos Cargos, por utilidade pública.

Já na Constituição de 1891, diferentemente da anterior, encontram-se expressamente previstas a imunidade recíproca e de trânsito de produtos e veículos entre os Estados, como se pode depreender dos artigos 10 e 11 da mesma.

Nota-se ainda que no § 2º do artigo 9º do referido documento, apesar de impropriedade terminológica para conceitos atuais, verifica-se também situação de clara imunidade expressamente prevista, demonstrando uma maior visibilidade do

24 MACHADO, Hugo de Brito. Curso de Direito Tributário, 23ª edição, Malheiros, São Paulo(Brasil), 2003, p. 213.

tema nas discussões políticas da época e destacando a relevância que este veio recebendo com o passar do tempo.

Art 9º - É da competência exclusiva dos Estados decretar impostos:

1 º) sobre a exportação de mercadorias de sua própria produção;

[...]

§ 2º - É isenta de impostos, no Estado por onde se exportar, a produção dos outros Estados.

Daí em diante, as imunidades estiveram continuamente presentes nas constituições posteriores de forma expressa, demonstrando a relevância destas nas relações do Estado, principalmente no tocante a certas proteções necessárias à sua atuação.

Percebe-se então que o debate relacionado a imunidades no direito brasileiro tem uma história que, mesmo não sendo tão recente, não parece ser cercada de dúvidas sobre a necessidade da existência de certas limitações aos entes estatais, envolvendo de forma constante o patrimônio destes, ou de terceiros. Tal observação aqui se faz pertinente, na medida que se pretende respaldar a defesa feita ao patrimônio do FAR, enquanto fundo privado constituído de recursos públicos, levando a uma tendência de maior aceitação de tal argumento, com base na perspectiva da origem das imunidades.

3.2 IMUNIDADE TRIBUTÁRIA RECÍPROCA

O surgimento da imunidade tributária recíproca parece estar diretamente vinculado ao conceito do federalismo, não sendo tão difícil tal associação, na medida que não parece fazer sentido cobrar tributo de si mesmo quando se estabelece a ideia de estado uno, formado de parte autônomas.

Qualquer menção em um trabalho de pesquisa que se pretenda buscar a origem do que hoje se defini como imunidades tributárias recíprocas, fatalmente tal estudo remeterá uma particular atenção ao caso americano *McCulloch versus Maryland*.

Este caso traz um debate relevante sobre poderes implícitos que vai fundamentar da intrínseca relação entre a origem da imunidade recíproca e a concepção federativa de estado.

Apesar de não se pretender aqui muitas delongas sobre o assunto, o caso mencionado se refere a contencioso travado no âmbito da discussão sobre as consequências do federalismo americano, denotando a intrínseca relação entre imunidades e federalismo²⁵.

A contenda se deu no século XIX, nos Estados Unidos, quando da criação de uma instituição bancária de abrangência nacional pelo governo federal da época, onde houve a instalação de uma filial da mesma em Baltimore, que passou a ser alvo de cobranças tributárias aprovadas pelo legislativo do Estado de Maryland, o que, para muitos, tinha o claro condão de inviabilizar o funcionamento da agência bancária mencionada.

Houve recusa da administração do banco, na pessoa de James McCulloch, quanto ao pagamento dos encargos impostos pela lei local, sendo então acionado judicialmente pelo Estado dito credor, levando a questão à apreciação por parte da Suprema Corte Americana no ano de 1819.

Vale destacar aqui que, considerando o surgimento do novo modelo de organização política dos Estados Unidos a partir do ano de 1776, não seriam tão incomuns os debates políticos acerca dos limites das relações entre a União e os Estados Federados, em suas mais diversas áreas de interesses, já que tal criação, diferentemente do que ocorreu no Brasil, se deu com a junção dos Estados independentes.

O julgamento se deu com base no entendimento da corte de que sendo a União a representação da vontade de todos os povos de todos os Estados que a compunham, teria ela o poder de instituir o referido banco.

Para a referida corte, o poder de criar deveria suplantar o poder de destruir, devendo-se então ocorrer a preservação da criação do banco e manutenção da agência local do mesmo, em detrimento da cobrança da taxa pelo governo local, já que tal cobrança estaria associada ao poder de destruir (por ser exercido por pessoa diferente da que cria), tendo em vista a possível inviabilidade de funcionamento do banco com a mencionada cobrança.

25 ARENHART, Fernando Santos. Imunidade Recíproca e Federalismo: da construção norte-americana à atual posição do STF. Revista Brasileira de Políticas Públicas, CEUB-ISSN 2237-1677, v. 3, Brasília(Brasil), 2013, p. 18.

Um importante destaque deve ser considerado na análise deste julgamento quanto à imunidade recíproca, no tocante aos argumentos que pautaram a decisão da corte, que não necessariamente garantiam de forma contundente a reciprocidade tão característica no contexto do debate do tema na atualidade.

Percebe-se que o argumento de que a União representa o interesse de todos os Estados com o condão de maior perfeição, parece não sugerir unicamente um entendimento na linha da concepção da reciprocidade, na medida que também deixa margem para indução ao raciocínio de uma possibilidade de suplantação do poder dos estados pelo poder da União.

A corte alegou ainda em suas fundamentações que seria garantido ao Governo dos Estados Unidos a elaboração de “Leis Necessárias” para o devido exercício dos poderes atribuídos à União, estabelecendo um entendimento da norma sob a perspectiva de talvez um sentido mais ampliativo e não restritivo de tal poder.

Observa-se que, a partir das relações de interesses e da natureza do próprio conflito estabelecido no caso em questão, as divergências se davam num certo panorama político, traduzindo o momento de complexos embates dos poderes nacional e regional, demonstrando a aparente inquietude quanto ao novo desenho de organização do estado, com o federalismo a pouco concebido.²⁶

Assim, pelo aqui relatado, pode-se perceber a conexão direta e a importância das imunidades nas relações que seriam estabelecidas a partir da instituição do estado federado, na medida que promoveriam certas barreiras ao poder de tributar dos entes federados entre si e perante componentes outros da sociedade.

Além de funcionar como limitador da atuação do estado quanto ao exercício do direito deste de impor tributos, a imunidade recíproca, em específico, parece revelar um caráter moderador, no sentido de favorecer um maior equilíbrio entre os entes federados, na medida que pode oportunizar uma maior liberdade de aquisição e gestão de recursos para aplicação nas diversas funções públicas que cada ente assumiria perante seus governados.

No Brasil, apesar da concepção de um Estado federado a partir de uma divisão política de um Estado unitário, diferente da origem da fundamentação do

²⁶ ARENHART, Fernando Santos. Imunidade Recíproca e Federalismo: da construção norte-americana à atual posição do STF. Revista Brasileira de Políticas Públicas, CEUB-ISSN 2237-1677, v. 3, Brasília(Brasil), 2013, p. 17.

federalismo norte-americano²⁷, o firmamento das imunidades tributárias não se mostra menos importante, trazendo pontos peculiares em relação à sua aplicação, onde a principal delas estaria na inclusão dos municípios ao debate, estabelecendo parâmetros limitadores não só do exercício do poder de tributar da União para com Estados e vice-versa, como também destes para com os municípios, o que de certa forma parece reafirmar o conceito de proteção do exercício da autonomia administrativa nas três esferas de poder.

Para Luciano Amaro, a proteção advinda da imunidade recíproca prevista na Constituição Federal vigente seria uma expressão da proteção do patrimônio dos entes políticos no campo do Direito Tributário, estabelecendo tal garantia no âmbito dos bens próprios do exercício das funções essenciais dos entes federados.

A imunidade recíproca objetiva a proteção do federalismo. O que se imuniza é o patrimônio, a renda e os serviços dos entes da federação, o que não impede a incidência dos impostos indiretos, como o IPI e o ICMS, mas repele a cobrança de tributos que atinjam o patrimônio dos entes políticos, ainda que não sejam classificados como impostos sobre o patrimônio.²⁸

O § 2º do art.150 explicita a extensão da imunidade recíproca às autarquias e fundações mantidas pelo Poder Público, no que se refere ao patrimônio, renda e serviços vinculados às suas finalidades essenciais ou delas decorrentes.²⁹

Também para Hugo de Brito Machado:

A primeira das imunidades acima enumeradas é a denominada recíproca. As entidades políticas integrantes da Federação não podem fazer incidir impostos umas das outras. Estão protegidas pela imunidade o patrimônio, a renda e os serviços dessas entidades, e de suas autarquias.

A imunidade, entretanto, não se aplica ao “patrimônio”, à renda e aos serviços, relacionados com a exploração de atividades

27 THOMAZINI, Beatriz Stinguel. Federalismo brasileiro: Origem e evolução histórica de seus reflexos na atualidade. 2020. Site: Âmbito jurídico. Disponível em:<<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/federalismo-brasileiro-origem-e-evolucao-historica-de-seus-reflexos-na-atualidade/>>. Acesso em: 06/05/2021.

28 AMARO, Luciano. Direito Tributário Brasileiro. 12ª edição, Saraiva, São Paulo(Brasil), 2006, p. 153.

29 *Ibid.*, p. 154

econômicas regidas pelas normas aplicáveis a empreendimentos privados.³⁰

Na mesma linha do que preconiza o artigo 150 da CF/88, nota-se claramente que a proteção de patrimônio não relacionado com exploração de atividades econômicas próprias de empreendimentos privados contra o poder de tributar.

Tal aspecto, desde sempre, se faz presente no debate da imunidade recíproca, o que reforça a ideia de não se mostrar inconsistente a atribuição de certa razoabilidade à decisão posta no julgamento analisado pelo STF e tratado no tópico anterior, na medida que, em sendo considerado como fundo de recursos públicos(apesar de legalmente definido como privado) e promovendo ação de relevante interesse social, se mostra cabível a defesa do alcance da imunidade recíproca ao patrimônio do FAR.

Vale destacar que a análise aqui promovida sobre a imunidade recíproca objetivou ressaltar pontuais aspectos próprios da situação tratada no julgamento do Recurso Extraordinário analisado, que provocam certa inquietude, principalmente no tocante à qualificação legal atribuída a tal fundo como privado.

30 MACHADO, Hugo de Brito. Curso de Direito Tributário, 23ª edição, Malheiros, São Paulo(Brasil), 2003, p. 260-261.

4. ANÁLISE DOS IMPOSTOS ENVOLVIDOS

4.1 A TRIBUTAÇÃO NO INVENTÁRIO DO ARRENDATÁRIO FALECIDO

Aprofundando o estudo do caso em apreciação, no tocante às espécies de tributos para a situação anteriormente mencionada, em que se entrelaçam os aspectos da elaboração do inventário de um arrendatário após a morte para o caso de contrato de arrendamento ainda ativo, verifica-se a necessidade de uma análise do exercício prático das administrações fazendárias dos entes federados, para que se possa entender a problemática que surge com a relação do caso ao tema da bitributação a ser abordado no capítulo posterior.

O instituto do inventário parece ter o condão de estabelecer, de forma procedimental, a garantia do pleno exercício do direito de sucessão quanto aos bens do *de cujus* para com seus herdeiros, permitindo o estabelecimento das condições legais para a devida transferência da propriedade de bens e direitos de um indivíduo falecido, a quem lhe é de direito.

As previsões legais que fundamentam a incidência de tributos no processo do inventário permiti dizer que o Imposto de Transferência Causa Mortis e Doação (ITCMD) parece se caracterizar como espécie tributária de presente destaque durante a solução dos procedimentos de constituição de espólio e na partilha de bens aos herdeiros.

No capítulo anterior foi sinalizada discussão no tocante às espécies de tributos envolvidas no decorrer da elaboração do inventário, identificando-se que a prática usual do processo de realização deste sugere a imposição da cobrança de ITCMD por parte dos estados, podendo ser exigida durante o andamento do referido processo, em cumprimento ao que dispõe a Constituição no seu artigo 155(inciso I), que determina como fato gerador do referido tributo a transmissão causa mortis e doação de bens e direitos.

Conforme anteriormente mencionado, nos casos dos contratos de arrendamento vinculados ao PAR, a partir da liquidação das parcelas do mesmo, verifica-se o direito de aquisição do bem pelo arrendatário, que até então só possui o direito de posse do mesmo.

Quando da quitação das parcelas do arrendamento, se possibilita a emissão contrato de compra e venda com força de escritura, de forma a promover a

alienação formal do bem no cartório competente, concluindo assim a transferência da propriedade do imóvel.

Para os casos de morte antes do final do decurso do prazo do contrato de arrendamento, considerando a possibilidade de indenização securitária pela ocorrência de sinistro, promove-se a liquidação das parcelas do arrendamento com vencimento após a data deste, gerando direito de aquisição do imóvel objeto do contrato, ao agora arrendatário falecido.

Tal circunstância sugere um primeiro questionamento quanto à pertinência ou não da incidência do ITCMD, já que a transferência do bem, após a realização do inventário, se dará a partir de um novo contrato de compra e venda, onde o bem será transferido do FAR diretamente para os herdeiros dos direitos de aquisição vinculados ao contrato de arrendamento anterior do falecido. Percebe-se aqui que a situação se caracteriza como transmissão de bem imóvel intervivos, sugerindo a possibilidade de incidência do Imposto de Transmissão de Bens Imóveis(ITBI) ao caso em questão.

Naturalmente, considerando situação em que, ao final de inventário, com a emissão da escritura de formal de partilha indicando o herdeiro dos direitos inerentes ao contrato de arrendamento, tal documento será levado à CEF que emitirá o novo contrato de compra e venda com força de escritura, cujo mesmo será posteriormente levado a cartório para registro após comprovação de adimplência quanto às despesas outras relacionadas ao bem e procedimentos junto à prefeitura do município do local do imóvel, que fatalmente exigirá o pagamento do ITIV pela operação.

Vale destacar aqui que a força de escritura atribuída ao contrato de compra e venda expedido pela CEF, se refere à dispensabilidade de lavratura de escritura pública que seria levada a registro junto ao cartório de imóveis, por se tratar de procedimento previsto no Código Civil vigente, a saber:

Art. 108. Não dispendo a lei em contrário, a escritura pública é essencial à validade dos negócios jurídicos que visem à constituição, transferência, modificação ou renúncia de direitos reais sobre imóveis de valor superior a trinta vezes o maior salário mínimo vigente no País.

A cobrança do ITIV, bem como apresentação de documentos necessários para o registro do mencionado contrato de compra e venda estão lastreadas na Lei 7.433 de 1985 e regulamentadas pelo artigo 1º do Decreto nº 93.240 de 1986, conforme abaixo.

Art 1º Para a lavratura de atos notariais, relativos a imóveis, serão apresentados os seguintes documentos e certidões:

I - os documentos de identificação das partes e das demais pessoas que comparecerem na escritura pública, quando julgados necessários pelo Tabelião;

II - o comprovante do pagamento do Imposto sobre a Transmissão de Bens Imóveis e de Direitos a eles relativos, quando incidente sobre o ato, ressalvadas as hipóteses em que a lei autorize a efetivação do pagamento após a sua lavratura;

O destaque dado ao aspecto do registro aqui tratado, se faz necessário tendo em vista a importância de se pontuar o momento e a fundamentalidade legal da cobrança do ITIV, de forma a diferenciar o fato gerador desta do da cobrança do ITCMD em momento anterior, que ocorre durante a realização do inventário. Esta diferenciação terá importante relevância no momento da avaliação da pertinência da cobrança de tais tributos ao caso, bem como na análise de possíveis consequências outras a serem posteriormente abordadas.

Desta forma, considerando a possibilidade de ocorrência de fato gerador no ITCMD, quando do cumprimento de exigência procedimental do inventário, e a possível cobrança de ITIV sobre o valor do bem por parte da prefeitura nas exigências da transferência da propriedade do imóvel para o herdeiro definido no inventário, se faz necessária uma análise sobre os aspectos e características de tais espécies de impostos, de forma a permitir concluir se tal situação reflete uma cobrança excessiva ou, até mesmo, se pode caracterizar o fenômeno da bitributação.

4.2 O ITCMD

O Imposto de Transmissão Causa Mortis e Doação(ITCMD), para Hugo de Brito Machado, teria a exclusiva função de gerar recursos financeiros para os

estados da Federação e o Distrito Federal³¹, tendo sua abrangência mitigada em relação às disposições da constituição anterior à atualmente vigente, no tocante ao título das transmissões, conforme abaixo.

Na vigência da Constituição anterior podiam os Estados e o Distrito Federal instituir imposto sobre transmissão, a qualquer título, de bens imóveis por natureza e acessão física e de **direitos reais sobre imóveis**, exceto os de garantia, bem como sobre a cessão de direitos à sua própria aquisição. A transmissão era a qualquer título. Mais amplo, portanto, neste aspecto, o âmbito do tributo. Entretanto, não abrangia os bens móveis, cuja transmissão fora da atividade comercial não ensejava tributo.³²

Assim, considerando a possibilidade de transmissão de bens restrita aos imóveis na Constituição de 1967, a Emenda Constitucional n° 03 de 1993 alterou a Constituição Federal de 1988, ampliando o alcance do mencionado imposto, no tocante ao objeto alvo das transmissões.

Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre: (Redação dada pela EC n. 3/1993)

I – transmissão causa mortis e doação, de **quaisquer bens ou direitos**; (Redação dada pela EC n. 3/1993)

O que pede destaque aqui é que, desde sempre, as previsões constitucionais referentes ao ITCMD já tratam, não só de bens imóveis, mas também de direitos associados a estes.

O CTN não traz menção ao ITCMD. Na verdade, sua previsão advém de Constituições posteriores ao referido código, que é datado de 1966. Tal aspecto, somado à competência dos estados para instituição de tal imposto, acaba por contribuir para o entendimento quanto ao direcionamento para tais entes federados, da prerrogativa de criação das normas de regulamentação do mencionado tributo, deixando a cargo das leis estaduais o regramento quanto aos elementos próprios do exercício do poder de tributar do ITCMD, como por exemplo as definições de contribuinte e fato gerador.

31 MACHADO, Hugo de Brito. Curso de Direito Tributário, 23ª edição, Malheiros, São Paulo(Brasil), 2003, p. 335.

32 *Ibid.*, p. 334.

Vale aqui a ressalva quanto à decisão recente do em julgamento de Recurso Extraordinário nº 851.108³³, firmando entendimento sobre vedação a estados e ao Distrito Federal quanto à instituição o ITCMD nas hipóteses referidas no art. 155, § 1º, III, da Constituição Federal sem a intervenção da lei complementar exigida pelo referido dispositivo constitucional.

Num rápido apanhado de alguns textos legais de normas criadas por unidades federativas, pode-se inferir que não se verificam significativas diferenças quanto às definições de sujeito passivo do ITCMD entre tais instrumentos.

No artigo 7º da Lei 10.705 de 2000 do Estado de São Paulo, consta expressamente a definição de contribuinte do ITCMD, a saber:

Artigo 7º - São contribuintes do imposto:

I - na transmissão "causa mortis": o **herdeiro ou o legatário**;

II - no fideicomisso: o fiduciário;

III - na doação: o donatário;

IV - na cessão de herança ou de bem ou direito a título não oneroso: o cessionário.

O artigo 10 da Lei 7.174 de 2015 do Estado do Rio de Janeiro também traz a definição de contribuinte para o referido imposto, como segue.

Seção IV - Do Contribuinte

Art. 10. O contribuinte do imposto é o beneficiário, usufrutuário, cessionário, fiduciário, herdeiro, legatário ou donatário, assim entendida a pessoa em favor da qual se opera a transmissão do bem ou direito, por doação ou causa mortis.

Também na Lei 4.826 de 1989 do Estado da Bahia, tem-se:

Art. 5º - São contribuintes do Imposto:

I - nas transmissões "CAUSA MORTIS", os adquirentes dos bens ou direitos transmitidos;

33 BRASIL Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário 851.108. Tema 825: Possibilidade de os Estados-membros fazerem uso de sua competência legislativa plena, com fulcro no art. 24, § 3º, da Constituição e no art. 34, § 3º, do ADCT, ante a omissão do legislador nacional em estabelecer as normas gerais pertinentes à competência para instituir o Imposto sobre Transmissão Causa Mortis ou Doação de quaisquer Bens ou Direitos – ITCMD, nas hipóteses previstas no art. 155, § 1º, III, a e b, da Lei Maior. Recorrente: Estado de São Paulo. Recorrido: Vanessa Regina Andreatta. Relator: Ministro Dias Toffoli, 27 de fevereiro de 2021.

II - nas doações a qualquer título, o donatário.

Art. 6º - Nas transmissões e doações que se efetuarem sem o pagamento do imposto devido, são solidariamente responsáveis o doador e o inventariante, conforme o caso.

Nota-se que não se verificam divergências salutaras nos textos das legislações apresentadas, principalmente no tocante à determinação do contribuinte nas operações de transmissão de bens por morte, onde fica claro que o entendimento sobre o tema estaria no sentido de que, nestes casos, o sujeito passivo do imposto é o herdeiro ou adquirente do bem, não restando muito espaço para dúvidas quanto à legitimidade do argumento em defesa da cobrança do ITCMD para o caso da transferência do direito de aquisição do imóvel objeto de contrato de arrendamento ativo(não liquidado) de titular falecido.

Outro aspecto que aqui deve ser levado em consideração é a concepção de fato gerador trazida por tais legislações para o referido imposto, na medida que tal elemento se apresenta como item de significativa relevância para uma apreciação das questões relativas à possibilidade de caracterização de ocorrência de possível bitributação.

No tocante às circunstâncias do caso em voga, com um olhar mais atento à transferência de bem por *causa mortis*, a definição de fato gerador para o ITCMD na legislação paulistana atribui o seguinte:

Artigo 2º - O imposto incide sobre a transmissão de qualquer bem ou direito havido:

- I - por sucessão legítima ou testamentária, inclusive a sucessão provisória;
- II - por doação.

Também na legislação fluminense já mencionada:

Seção I - Do Fato Gerador

Art. 2º O imposto tem como fatos geradores:

- I - a transmissão causa mortis de quaisquer bens ou direitos; e
- II - a doação de quaisquer bens ou direitos.

A Lei 4.826 de 1989 do Estado da Bahia também destaca que:

Art. 1º O Imposto sobre Transmissão "CAUSA MORTIS" e doação de quaisquer bens ou direitos tem como fato gerador a transmissão "CAUSA MORTIS" e a doação, a qualquer título de:

- I - propriedade ou domínio útil de bem imóvel por natureza ou acessão física, nos termos da Lei civil;
- II - direitos reais sobre imóveis;
- III - bens móveis, direitos, títulos e créditos.

Assim, aqui também parece demonstrado não haver grandes conflitos sobre a possibilidade de incidência do ITCMD na transferência do direito de aquisição de imóvel objeto de contrato de arrendamento vinculado ao PAR, de titular falecido. Nota-se ainda a clareza das expressões de tais instrumentos legais quanto a incidência do imposto tanto na transferência de bens como de direitos associados a estes, o que reafirma a possibilidade da cobrança do imposto na situação aqui tratada.

Um terceiro destaque deve ser dado ao aspecto da base de cálculo do imposto, na medida que tal elemento também se mostra relevante no debate relacionado aos tributos envolvidos na situação em questão.

Não parece causar desconforto o entendimento de que a valor associado ao imóvel configuraria a referência para base de cálculo do ITCMD no caso de transferência de imóvel arrendado pelo PAR em que ocorra falecimento do arrendatário. Destacam-se aqui as próprias menções feitas pelas leis estaduais citadas, quando atribuem tal valor para o cálculo do imposto, o que notadamente é cabível mesmo nos casos de transferência de direitos inerentes ao bem.

4.3 ANÁLISE DO ITIV AO CASO

Ante o que foi até exposto aqui, se suscitou a possibilidade de ocorrência de cobrança de ITCMD de imóvel objeto de contrato de arrendamento pelo PAR, onde o mesmo figuraria no patrimônio de inventário de arrendatário falecido, na medida que ocorreria a transferência de propriedade de direito de aquisição do imóvel, atendendo às previsões legais presentes nas legislações estaduais especializadas no referido imposto.

Conforme anteriormente mencionado, uma vez finalizado inventário com a determinação do herdeiro do imóvel acima enquadrado, o futuro proprietário deve adotar os procedimentos cabíveis de transferência de propriedade, que depende de novo contrato, agora de compra e venda com força de escritura já em nome do herdeiro, a ser expedido pela CEF e encaminhado ao cartório de imóveis para conclusão do processo.

Vale ressaltar que a conclusão do inventário parece se caracterizar aqui na verdade como confirmação junto ao banco, quanto ao legítimo herdeiro dos direitos inerentes ao contrato de arrendamento, não oportunizando, por si só, a alienação do bem diretamente no cartório de imóveis, tendo em vista a propriedade formal ainda em nome do FAR junto a este.

Percebe-se então que, em virtude de necessária regularização de transferência de propriedade do imóvel na prefeitura para posterior diligência ao cartório de imóveis, poderá ocorrer a tentativa de cobrança de ITIV por parte da prefeitura competente, já que o novo contrato informará procedimento de alienação do FAR, que é o proprietário formal do imóvel arrendado, para o herdeiro.

Desta forma, da mesma maneira que foi realizada avaliação das definições legais feitas sobre ITCMD até aqui, reputa-se imprescindível a análise das definições também do ITIV, já que tal situação poderá incorrer em cobrança injustificada de algum destes tributos.

A história do ITIV, ou ITBI (Imposto Sobre Transmissão de Bens Imóveis) como muitas vezes é referido, parece ter relação próxima com a do ITCMD, já que, até 1988, o poder de tributação de fatos geradores previstos nas normas destes dois impostos na atualidade, se encontrava nas mãos dos estados, na forma do dito "ITBI estadual", por disposições constitucionais alteradas pelo Emenda Constitucional 18 de 1965, que atribuíam a competência de tributação das transmissões de propriedade de imóveis por ato oneroso aos estados, conforme artigo 9º, onde "Compete aos Estados o impôsto sôbre a transmissão, a qualquer título, de bens imóveis por natureza ou por cessão física, como definidos em lei, e de direitos reais sôbre imóveis, exceto os direitos reais de garantia".

Com o advento da Constituição de 1988, houve o desmembramento do poder de instituição dos tributos das transmissões anteriormente mencionadas, onde foram atribuídos aos estados o poder de instituição do ITCMD para os casos de herança e doação e aos municípios o poder de instituir o ITBI para os casos de

transferências de propriedade de imóveis por ato oneroso, dando forma ao atual ITBI municipal.

Na esteira da perspectiva legal das previsões expressas dos elementos de constituição do ITBI, apesar de se tratar de textos elaborados nos mais diversos municípios, não se verifica variedades de utilização de termos para definições e normas contidas nas leis municipais existentes sobre o tema, valendo destaque às formulações da nomenclatura do imposto, que em muitas das referidas leis é tratado como Imposto de Transmissão Inter Vivos(ITIV), não contendo entendimento controverso sobre conceitos e definições de termos pertinentes, em virtude de provável imposição constitucional quanto aos aspectos e elementos essenciais do referido imposto.

No tocante às definições legais quanto ao fato gerador do ITIV, a Lei 11.541 de 1991 do município de São Paulo diz que:

Art. 1º - O Imposto sobre Transmissão "inter vivos" de bens imóveis e de direitos reais sobre eles tem como fato gerador:

I - A transmissão "inter vivos", a qualquer título, por ato oneroso:

- a) de bens imóveis, por natureza ou acessão física;
- b) de direitos reais sobre bens imóveis, exceto os de garantia e as servidões;

II - A cessão, por ato oneroso, de direitos relativos à aquisição de bens imóveis.

Na mesma perspectiva, a Lei 691 de 1984 do Município do Rio de Janeiro, alterada pela Lei 1.371 de 1988, informa que;

Art. 2º - São tributos de competência do Município do Rio de Janeiro:

I – Imposto sobre;

[...]

2 – 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; (Redação dada pela Lei nº 1371/1988)

O artigo 114 da Lei 7.186 de 2006 do Município de Salvador, alterado pela Lei 8.421 de 2013, prescreve o fator gerador do ITIV da seguinte forma:

Art. 114. O Imposto sobre Transmissão Inter Vivos de Bens Imóveis e de direitos reais sobre eles tem como fato gerador:

I - a transmissão inter vivos, a qualquer título, por Ato oneroso:

- a) de bens imóveis, por natureza ou acessão física;
- b) de direitos reais sobre bens imóveis, exceto os de garantia e as servidões.

II - a cessão, por ato oneroso, de direitos relativos à aquisição de bens imóveis.

Apreciando tais textos legais, percebe-se uma certa uniformidade nas expressões utilizadas nos mesmos, principalmente com relação às definições das regras de incidência do ITIV, transparecendo um possível cuidado com um alinhamento às disposições constitucionais sobre o tema, onde ressaltam sempre o aspecto a onerosidade nas relações sujeitas a incidência do mencionado imposto.

O que torna salutar o presente tratamento sobre a fundamentação legal para tal incidência tributária é justamente a situação analisada sobre o imóvel do PAR, no caso de morte do arrendatário, onde se verifica a transmissão de imóvel em contrato de compra e venda que deriva de um direito de herança em que o ato oneroso foi assumido pelo falecido que não possuía propriedade a época do fato morte.

Desta forma, após análise dos aspectos relevantes do ITCMD e do ITIV ao exemplo tratado, a condição inerente à natureza de herança dos direitos do contrato de arrendamento, após o falecimento do arrendatário, parece aproximar o caso ao fato gerador do ITCMD, na medida que não há onerosidade para o herdeiro e futuro proprietário, sugerindo a descaracterização da relação do contrato de compra e venda expedido pela CEF com o ato oneroso previsto na incidência do ITIV.

4.3 O SUJEITO PASSIVO DO ITIV

No tópico anterior parece ter emergido entendimento sobre maior proximidade da incidência do ITCMD ao caso analisado, apesar de na prática, pelo

anteriormente descrito sobre os procedimentos de registros e a atuação das fazendas estaduais e municipais, poderão ocorrer situações de cobrança dos dois tributos.

O presente tópico foi trazido em destaque pela interessante relação das características do ITIV ao caso, na medida que a sujeição passiva do referido tributo apresenta peculiaridades das definições legais que vão suscitar importantes aspectos relacionados às principais questões anteriormente levantadas.

Notadamente, ao se verificar a figura do FAR, pela condição de imunidade patrimonial reconhecido pelo STF, enquanto transmitente da propriedade do imóvel que é objeto de contrato de arrendamento liquidado por indenização securitária em virtude de reconhecimento de sinistro por morte do arrendatário, a possibilidade de um dispositivo legal que possa vir a determinar a obrigação solidária entre transmitente e adquirente poderia dar margem a possíveis alegações de fundamentação baseada na não incidência de impostos ao caso.

Dando um enfoque momentâneo à possível ocorrência de cobrança do ITIV ao caso em questão, se faz necessário abordar os aspectos relacionados ao que é determinado nas normas vigentes quanto à definição de contribuinte do referido imposto, buscando amostras do que se é compreendido sobre sujeição passiva do mesmo.

Quando se verifica a possibilidade de cobrança do referido tributo ao transmitente, aos olhos do caso tratado no presente trabalho, onde figura um ente com imunidade reconhecida como o FAR, paira a necessidade de verificação do que dispõe as leis municipais sobre o tema, tendo em vista possibilidade de ocorrência de tributação de patrimônio dotado de imunidade, porquanto, pelo que é extraído do artigo 42 do CTN, o contribuinte do ITIV pode ser qualquer das partes envolvidas na relação tributada, no que dispuser a lei instituidora deste, o que transfere para as leis municipais a definição quanto a tal aspecto.

No artigo 6º da Lei 11.154 de 1991 do Município de São Paulo, o contribuinte do imposto para o caso de transmissões de bens imóveis por ato oneroso é definido como sendo o “adquirente do bem”. Da mesma forma, seguem as previsões expressas das Lei 691 de 1984 do Município do Rio de Janeiro e da Lei 7.186 de 2006 do Município de Salvador.

Considerando inexistência também de dispositivo constitucional que informe sobre a sujeição passiva, bem como a possibilidade de diversidade sobre

entendimentos acerca do tema em virtude do número significativo de municípios brasileiros, seguem abaixo mais algumas consultas à leis municipais que tratam do assunto.

Na Lei 15.563/91 do município de Recife, tem-se:

Art. 49. O contribuinte do imposto é:

- I - o adquirente dos bens ou direitos transmitidos;
- II - o cedente, no caso de cessão de direitos;
- III - cada um dos permutantes, no caso de permuta.

No artigo 6º da Lei 5492/91 do município de Belo Horizonte, estão previstos como contribuintes do imposto “o adquirente ou cessionário do bem ou direito, bem como os permutantes em caso de permuta.

Pelo até aqui exposto, muito provavelmente não há uma destacável diferenciação quanto à sujeição passiva do adquirente do imóvel, em parcela significativa das legislações pertinentes, favorecendo, nestes casos, um afastamento quanto à possibilidade de argumentos de defesas da pertinência de uma eventual alegação de imunidade do imóvel, pela possibilidade de enquadramento deste como propriedade do FAR na tributação do ITIV.

Contudo, a Lei Complementar nº 108 de 2017 do município de Curitiba traz norma diferenciada quanto ao tema, a saber;

Art. 5º São contribuintes do imposto:

- I - os adquirentes dos bens ou direitos transmitidos;

[...]

Art 6º Respondem solidariamente pelo pagamento do imposto:

- I - o **transmitente**;

Percebe-se então que a previsão legal de solidariedade entre adquirente e transmitente poderia possibilitar a alegação, perante o fisco municipal de Curitiba, de que não seria desarrazoada a possibilidade de defesa da inconstitucionalidade da cobrança de ITIV para uma transferência de propriedade de um imóvel do PAR enquadrado no caso aqui abordado, já que figura como transmitente um ente que

possui imunidade patrimonial devidamente reconhecida, somada à possível hipossuficiência do herdeiro, já que o tributo poderia ser cobrado de qualquer um dos sujeitos, diferentemente do que ocorreria com o instituto da subsidiariedade.

Obviamente que para uma sustentação consistente da defesa de uma tese como esta, seria necessário, no mínimo, um estudo mais aprofundado junto à grande maioria das legislações dos municípios brasileiros, no tocante às disposições sobre o assunto, para que se possa dar mais robustez a tais argumentos, o que não é o propósito do presente trabalho, apesar da pertinência do questionamento.

Assim, uma vez considerando a ideia de que, em se cobrando o ITIV, não valeria a defesa fundamentada no argumento da imunidade do patrimônio do FAR para parte majoritária(em tese) dos municípios no país, a atenção do problema volta-se para a possibilidade de cobrança deste e do ITCMD no caso analisado e, assim, uma vez ocorrendo a tributação de ambos os impostos, ficaria caracterizada situação de bitributação?

5 ASPECTOS DA BITRIBUTAÇÃO

5.1 CONSIDERAÇÕES GERAIS DA BITRIBUTAÇÃO

Não parece impertinente a tentativa de se estabelecer uma conexão no entendimento sobre o surgimento do Estado associado à necessidade de agrupamento de indivíduos, onde um de seus objetivos pode está ligado à tentativa de melhoria da luta pela sobrevivência, culminando no estilo de vida em modelos de sociedades como atualmente são organizadas, em suas mais diferentes culturas.

Também não parece causar incômodo a ideia de que, para que se possa justificar a formação do Estado Moderno ou a sua atual diversidade de modelos estruturantes, para exercício de suas funções precípua, se faz necessária a obtenção de recursos financeiros³⁴.

Assim, em qualquer concepção de Estado na realidade do atual mundo globalizado é inegável a necessidade de desenvolvimento da atividade financeira.

Para alcançar seus objetivos, o Estado precisa de recursos financeiros e desenvolve atividade para obter e gerir a aplicação destes.

No Brasil, uma considerável contribuição de recursos financeiros governamentais não advêm do exercício direto de atividade econômica estatal, visto que esta é preponderantemente exercida pela iniciativa privada, colocando assim a tributação como relevante instrumento de captação de recursos do Estado Brasileiro, com a Constituição enumerando as possibilidades de se tributar a sociedade, a fim de que os objetivos fundamentais nela contidos sejam alcançados.

Podendo ser muitas vezes entendida como excessiva e, conseqüentemente, considerada como uma das grandes barreiras do desenvolvimento do país, a carga tributária brasileira é percebida, por muitos atores sociais, como um dos principais aspectos de inviabilização do crescimento econômico.

O sistema tributário brasileiro é regido pelo disposto na Emenda Constitucional nº 18, de 1º de dezembro de 1965 e por leis das mais diferentes esferas dos entes federados, entre outros dispositivos legais, demonstrando uma

34 LOBO, Marcela Santana. A atividade financeira do Estado e competência tributária no Brasil. 2009. Site: Jus.com.br. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/18972/a-atividade-financeira-do-estado-e-competencia-tributaria-no-brasil>>. Acesso em : 06/05/2021.

complexa construção a partir de uma composição diversificada de tipificações de espécies de tributos.

O artigo 4º da Lei 5.172, de 25 de outubro de 1966(Código Tributário Nacional – CTN) dispõe que a natureza jurídica específica do tributo é determinada pelo fato gerador da respectiva obrigação.

Não raro, talvez pela ânsia de capitação de recursos³⁵, entes federados podem extrapolar certos limites quanto ao exercício do poder de tributação, incorrendo em situações de possíveis enquadramentos de certas circunstâncias a fatos geradores, que acabam por levar à cobrança repetida de uma espécie tributária ou, até mesmo, de mais de um tributo em uma mesma situação fática.

Uma emblemática situação de possível exemplificação deste fenômeno seria a discussão sobre a possibilidade de incidência do Imposto Predial e Territorial Urbano(IPTU) ou do Imposto Territorial Rural(ITR) quanto à propriedade de um determinado imóvel, onde a atividade econômica explorada pelo proprietário para com este e a sua localização podem ser utilizados como balizadores do enquadramento de um determinado fisco municipal quanto à possibilidade de ocorrência sujeita a incidência dos dois impostos.

Outro interessante exemplo a ser pontuado é o caso de cobrança de IPTU por municípios diferentes sobre imóvel localizado em região limítrofe entre estes, configurando situação muitas vezes de difícil solução prática para o devedor do imposto, na medida que cada fisco envolvido não pretende abrir mão dos recursos com facilidade, promovendo encargo excessivo ao contribuinte.

Fato também relevante para a análise em questão pode ocorrer quando uma empresa é obrigada a pagar imposto sobre prestação de serviço ou circulação de mercadoria no lugar de sua sede e no local de destinação do serviço ou mercadoria.

Tais exemplos citados sinalizam para possibilidades de ocorrências de situação de certo excesso de onerosidade, que a priori seria caracterizada por cobranças repetidas, ou de diferentes tributos, no mesmo fato.

Antes de adentrar no debate do caso tratado no presente trabalho, tomando como base a possível caracterização de situação de bitributação para o mesmo, é importante se verificar qual a perspectiva da definição de tal fenômeno na

35 ATALIBA, Geraldo. Bitributação. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, v. LX 1965, p. 196.

atualidade, de forma e permitir maior aprofundamento quanto ao enquadramento e discussão das consequências jurídicas que importam para a análise factual aqui pretendida.

Para Geraldo Ataliba:

Não deve o conceito de bi-tributação ser confundido com aquele de “*bis in idem*”. Consiste este na oneração da mesma matéria tributável, por meio de mais de um tributo. Não se confunde com a bi-tributação, porque os fatos geradores não são idênticos. Trata-se de possibilidade de imposto concorrer com taxa, sobre a mesma matéria tributável. Ou de concorrência de taxa com contribuição de melhoria ou, ainda, desta com imposto, ou de dois impostos com fatos geradores diversos.³⁶

Já de início, fica clara a necessária diferenciação das definições de bitributação e “*bis in idem*”, de forma a esclarecer os fatos em análise, permitindo assim o necessário enquadramento da circunstância fática para busca da melhor conclusão possível.

Para José Carlos Braga Monteiro:

[...] Bitributação ocorre quando dois entes da federação, por meio de suas pessoas jurídicas de direito público, tributam o mesmo contribuinte sobre o mesmo fato gerador. Por exemplo, isso ocorre quando dois municípios pretendem cobrar ISS sobre um mesmo serviço prestado.

[...] o *Bis in idem*, ou duas vezes sobre a mesma coisa. Esse fenômeno ocorre quando a pessoa jurídica de direito público tributa mais de uma vez o mesmo fato jurídico.³⁷

Pelos posicionamento doutrinários pertinentes aqui apresentados, parece haver um certo alinhamento quanto à definição do fenômeno da bitributação, atribuindo-se a esta à ocorrência de tributação por parte de duas entidades diferentes da federação sobre o mesmo fato jurídico, enquadrando-o conforme interpretações de seus respectivos instrumentos legais. A reboque, a definição do fenômeno do *bis in idem*, se ocuparia das situações onde ocorresse mais de uma

36 ATALIBA, Geraldo. Bitributação. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, v. LX 1965, p. 205.

37 MONTEIRO, José Carlos Braga. A diferença entre Bitributação e Bis in Idem. 2014. Site: Portal tributário. Disponível em: <www.portaltributario.com.br/artigos/diferenca-entre-bitributacao-e-bis-in-idem.htm>. Acesso em : 06/05/2021.

cobrança de tributos por um mesmo ente tributante, sobre o mesmo fato jurídico.

Importante destacar que, o uso de expressão “fato jurídico” nas duas definições parece mais apropriado do que a expressão “fato gerador”, apresentada em alguns posicionamentos conceituais, que parece ser mais pertinente a posteriori, como resultado do enquadramento após a comprovação da efetiva verificação da norma tributária que determina o fato gerador do tributo ao dito fato jurídico analisado.

Ainda sobre as considerações doutrinárias a respeito das características do fenômeno da bitributação, se faz necessário apreciar sua validade no ordenamento jurídico, já que existem casos específicos de possíveis situações previstas na própria constituição que poderão caracterizá-la, abrindo a possibilidade de possível questionamentos sobre sua aceitação no direito tributário brasileiro.

Voltando a Geraldo Ataliba:

Tendo o diploma constitucional consagrado a autonomia política dos municípios, compreendeu-lhes as rendas expressamente da disciplina repartitória, de tal forma a elidir, por antecipação, os problemas da concorrência de pretensões no mesmo território, sobre os mesmos elementos econômicos e mesmos contribuintes.

A técnica adotada pelo legislador constituinte brasileiro foi a de outorgar competência exclusiva ou privativa à União, estados e municípios.

[...] Exatamente tendo em vista arrear o problema da bitributação jurídica, cuidou de outorgar aos entes tributantes, não simplesmente diferentes *nomines iuris*, mas discriminou os impostos pelos respectivos fatos geradores.³⁸

Na mesma linha, para José Carlos Braga Monteiro, a ilegitimidade nos casos de bitributação se dá pela inconstitucionalidade, em razão da violação de normas da CF/88 sobre competência tributária, sendo possível apenas nos casos específicos em que tal fenômeno é permitido por ditames do próprio texto constitucional³⁹.

38 ATALIBA, Geraldo. Bitributação. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, v. LX 1965, p. 202.

39 MONTEIRO, José Carlos Braga. A diferença entre Bitributação e Bis in Idem. 2014. Site: Portal tributário. Disponível em: <www.portaltributario.com.br/artigos/diferenca-entre-bitributacao-e-bis-in-idem.htm>. Acesso em: 06/05/2021.

Nesta esteira, a partir do que se extrai da combinação dos incisos I e II do artigo 154 da CF/88, conclui-se que, como regramento geral, a bitributação não é um fenômeno permitido no ordenamento jurídico, sendo possível sua ocorrência nos casos com previsão constitucional expressa.

5.2 A POSSÍVEL BITRIBUTAÇÃO NO CASO EM VOGA

Pelo diagnóstico realizado sobre a bitributação, o momento agora é de reflexão sobre o caso aqui tratado, para que se possa avaliar as consequências advindas da tributação a ser exercida no mesmo, tomando como base as previsões legais dos impostos pertinentes.

Voltando ao caso em tela, com o falecimento do arrendatário em um contrato de arrendamento ainda em curso, verifica-se a necessidade de realização do inventário para que se possa determinar os herdeiros dos bens, definindo assim quem herdará os direitos inerentes ao contrato de arrendamento firmado pelo falecido, considerando-se a quitação das parcelas do arrendamento com data de vencimento posterior à data do sinistro, pelo reconhecimento deste por parte da seguradora vinculada ao referido instrumento contratual, seguro este na modalidade de prestamista, como anteriormente explicitado.

Neste panorama, verifica-se a existência de fato gerador do ITCMD, na medida que ocorre a transferência dos direitos por causa de morte do titular do contrato, onde o devedor do referido imposto será naturalmente o herdeiro do citado direito de aquisição e a base de cálculo será o valor do bem.

Com a finalização do inventário, o herdeiro retorna à CEF para emissão de novo contrato de compra e venda, com força de escritura, para posteriormente promover a transferência do imóvel, que até então se encontra em propriedade do FAR.

Quando da apresentação da documentação exigida pelo cartório de imóveis, será necessária comprovação de pagamento de ITIV, que deverá ser recolhido pela prefeitura do local do imóvel, no exercício regular do seu direito de tributar, conforme previsão legal para tanto, também já demonstrado, onde a base de cálculo e o contribuinte são os mesmos do ITCMD.

A grande questão que fica para análise deste tópico seria a confirmação ou não da ocorrência de bitributação pelo que foi até aqui descrito.

As circunstâncias do caso parecem então não favorecerem o enquadramento deste na clássica definição de bitributação verificada no debate do tópico anterior, na medida que não se fala aqui em um fato jurídico que gera interpretação de dois fiscos diferentes quanto à pertinência de cobrança de tributo de suas respectivas competências, já que o que se verifica na verdade é a ocorrência de dois fatos jurídicos que geram dois fatos geradores diferentes.

Não parece possível se questionar a ocorrência de fato gerador do ITCMD, quando da determinação no inventário no tocante à transmissão de direito de futura aquisição do bem vinculado ao contrato de arrendamento. Da mesma maneira que não parece se verificar inconformidade na cobrança da prefeitura quando da transmissão da propriedade do imóvel pelo contrato de compra e venda.

A bitributação poderia ser aqui enquadrada se for aplicada interpretação mais abrangente da mesma, já que naturalmente não parece razoável que o herdeiro do bem tenha que ser submetido a duas cobranças de despesas com dois impostos diferentes, porquanto não existe na atualidade previsão constitucional que autorize uma bitributação referente a tais tributos.

Pelo que ensina Geraldo Ataliba:

Ensina a ciência das finanças, bafejada pela política, que a tributação deve respeitar a capacidade econômica de contribuinte, isto é, deve deter-se antes do limite representado pela possibilidade de o contribuinte preservar e desenvolver suas faculdades tributárias. A violação de tal limite, impôsto expressamente pela ciência das finanças e pela política e – implicitamente – pelo direito positivo do estado de direito, conduziria ou à destruição da economia privada – o que, entre outros inconvenientes, faia extinguir a própria fonte de receita do estado – ou transferiria, como observou ALIOMAR BALEEIRO, para o estado, gradativamente, a riqueza dos contribuintes, fazendo desaparecer a economia privada – o que importaria na subversão de nossa ordem jurídica.⁴⁰

Nos termos supracitados, ressalta-se a necessária preocupação que se deve ter com respeito à capacidade contributiva do sujeito passivo do tributo, a despeito de se promover a inviabilidade do exercício da atividade econômica privada, ou até mesmo a indisponibilidade de exercício de um direito, como se percebe no exemplo em análise do presente trabalho.

40 ATALIBA, Geraldo. Bitributação. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, v. LX 1965, p. 196.

Voltando ao caso, conforme considerações anteriormente verificadas, para a situação em específico de imóvel situado no município de Curitiba, o problema poderia ser resolvido a partir da não cobrança do ITIV, pela possibilidade de alegação de imunidade do FAR que, na condição de solidariedade definida por lei, se permitiria o entendimento quanto à impertinência da cobrança do ITIV.

Nesta esteira, não haveria a possibilidade de bitributação e sendo cabível apenas o pagamento do ITCMD, já que a lei instituidora deste imposto no estado do Paraná não posiciona o transmitente na condição de solidário quanto à assunção dos encargos pelo pagamento do referido imposto.

Contudo, para os casos onde não existam respectivas referências nas legislações municipais e estaduais sobre o ITIV e ITCMD quanto à solidariedade do transmitente na obrigatoriedade do pagamento de tais tributos, persiste a dificuldade no enquadramento do caso como característico de bitributação.

Como consequência, acaba se perpetuando uma situação clara de cobrança excessiva de tributos, onerando injustamente o herdeiro durante os procedimentos de aquisição do imóvel, podendo tal panorama se configurar como fator impeditivo no exercício de um direito legalmente garantido, a depender da condição financeira do adquirente, podendo ainda caracterizar situação de clara ofensa ao princípio da capacidade contributiva.

O princípio da capacidade contributiva inspira-se na ordem natural das coisas: onde não houver riqueza é inútil instituir imposto, do mesmo modo que em terra seca não adianta abrir poço à busca de água.⁴¹

5.3 TENTATIVA DE SOLUÇÃO NO DIREITO TRIBUTÁRIO INTERNACIONAL

Pelo foi até aqui exposto, ficou demonstrada a dificuldade da análise do caso sob a perspectiva da bitributação, em virtude das características peculiares da situação associada ao problema posto em debate, na medida que se verificou a ocorrência de dois fatos jurídicos que, dando margem a interpretações baseadas em instrumentos legais autorizativos, acabam por permitir a cobrança de dois impostos associada a uma mesma situação fática, que é a herança de imóvel anteriormente arrendado pelo *de cujus*.

41 AMARO, Luciano. Direito Tributário Brasileiro. 12ª edição, Saraiva, São Paulo(Brasil), 2006, p. 138.

Expandindo um pouco os horizontes da discussão, no Direito Tributário Internacional, as questões envolvendo bitributação também possuem aparição frequente, principalmente no âmbito das relações pertinentes à cobrança de imposto de renda, que estimulam o surgimento de muitos estudos e teorias interpretativas, na tentativa de dar conta de tais problemas.

Aos olhos do que propõe Alberto Xavier:

Dupla tributação é um conceito com que no Direito Tributário se designam os casos de concurso de normas.

Como se sabe, há concurso de normas quando o mesmo fato se integra na previsão de duas normas diferentes. Assim, há concurso de normas em Direito Tributário quando o mesmo fato se integra na hipótese de incidência de duas normas tributárias materiais distintas, dando origem à constituição de mais do que uma obrigação de imposto.⁴²

De acordo com o referido autor, para que haja concurso de normas, se faz necessária a verificação da identidade de fato, onde o mesmo afirma que não se estando perante o mesmo fato, quando normas distintas recaem sobre fatos diversos, não há dupla tributação⁴³.

Na mesma linha e reafirmando Alberto Xavier, a visão de Sérgio André Rocha informa:

Segundo a teoria dominante quanto à matéria, a identificação da dupla tributação jurídica é feita mediante a aplicação da regra das quatro identidades, de forma que somente se verificaria a ocorrência do fenômeno em se identificando que países distintos, no exercício de sua soberania fiscal, estão a tributar o mesmo sujeito passivo, sobre um mesmo suposto fático, mediante a imposição de tributos com materialidades comparáveis e em relação a um mesmo período de tempo.

Esse critério encontra-se, inclusive, refletido na definição de dupla tributação trazida pela organização para Cooperação Econômica e desenvolvimento (OCDE) em seus comentários à sua Convenção Modelo para evitar a dupla tributação da renda e a evasão fiscal, segundo a qual a dupla tributação internacional jurídica seria “a imposição de tributos comparáveis em dois (ou mais) Estados sobre o mesmo contribuinte em relação ao mesmo objeto e em períodos idênticos”.

42 XAVIER, Alberto. Direito Tributário Internacional do Brasil, 7ª edição, Forense, Rio de Janeiro(Brasil), 2010, p. 21.

43 *Ibid.*, p. 22.

A dupla tributação jurídica seria distinta, portanto, da dupla tributação econômica, na qual uma mesma riqueza sofre a imposição de tributos comparáveis, mas o sujeito passivo da obrigação tributária é diferente.⁴⁴

Desta forma, parece aqui que no entendimento do que se discute também no âmbito do Direito Tributário Internacional, não há que se falar em bitributação para fatos jurídicos distintos, colocando o caso em análise do presente trabalho fora do alcance da conceituação de tal fenômeno, não cabendo impedimento à cobrança de um dos dois impostos por argumento baseado na dupla tributação, pela ideia de como ela é hoje entendida.

Assim, voltando ao problema proposto no final do tópico anterior, será que a cobrança dos dois impostos no caso em tela, constitui forma justa de tributação? Será razoável a cobrança de tais impostos, levando a uma excessiva exigência de tributos para uma circunstância fática que simplesmente se tornaria moralmente correta pelo simples fato de corroborar com o que está aceito pelas teorias do direito que cercam o problema?

44 ROCHA, Sérgio André. Tributação Internacional. Quartier Latin do Brasil, São Paulo(Brasil), 2013., p. 54-55.

6 CONCLUSÃO

Pelo que foi até aqui debatido, conforme colocações iniciais sobre os elementos relacionados ao debate proposto, ficou destacada a importância do tema pelo vínculo ao interesse social que ele carrega, na medida que se pretendeu abordar situação prática da realidade de parte da sociedade, a vista do direito constitucional de moradia.

Notadamente, a relevância da temática se impõe justamente no fato de que, considerando o imóvel como um bem de valor agregado significativo, principalmente no tocante à realidade das famílias brasileiras de baixa renda, uma carga tributária desmedida pode implicar na inviabilidade de concretização de um direito básico com destacada relevância na organização social das famílias, considerando uma sociedade inserida no contexto estrutural de mundo globalizado da atualidade.

Desta forma, analisando o caso específico relacionado aos impactos tributários no processo de transmissão da propriedade de imóvel vinculado ao PAR, após reconhecimento de sinistro por morte de titular de arrendamento no mesmo, foi possível concluir que, primeiramente, sob o prisma da decisão do julgamento do Recursos Extraordinário (RE 928.902/SP) pelo STF e pelas características historicamente constituídas, verificou-se a pertinência do reconhecimento da imunidade patrimonial do FAR.

Este posicionamento prevaleceu baseado no entendimento extensivo do alcance da imunidade recíproca constitucionalmente prevista, apesar de definição legal de fundo privado atribuída ao mesmo.

Assim, a partir de tal reconhecimento, estabeleceu-se, a priori, impedimento à imposição de tributo aos imóveis de propriedade do referido fundo e vinculados ao PAR, por se tratar de atividade de relevante interesse público.

Em momento seguinte, a partir do debate sobre as características das espécies de tributos envolvidos no caso, identificou-se a ocorrência dos fatos geradores tanto do ITCMD, relacionado à transmissão do direito de aquisição do imóvel ao herdeiro do titular do contrato de arrendamento, quanto do ITIV, no momento do registro do contrato de compra e venda para transferência efetiva do bem.

Desta forma, vale aqui o destacar também que, apesar da reconhecida imunidade do patrimônio do FAR e deste figurar como transmitente tanto dos direitos associados ao contrato de arrendamento no tocante ao ITCMD, quanto ao imóvel propriamente dito no caso do ITIV, não se faz possível alegação de cobrança indevida de tais impostos por argumento da imunidade recíproca.

Verificou-se que a grande maioria das legislações referentes à regulamentação de tais tributos, sugerem o herdeiro como sujeito passivo dos mesmos, não havendo menção, na maioria delas, de qualquer possível imputação da condição de contribuinte ao transmitente.

Em seguida, após debate doutrinário sobre conceituação e características atuais do fenômeno da bitributação, constatou-se que as relações dos fatos geradores associados a fatos jurídicos distintos não permitem a caracterização de tal instituto na situação configurada pelas incidências do ITCMD e ITIV no caso em questão.

Assim, permanece a situação em que se constitui claramente uma imposição no mínimo excessiva de tributos junto ao herdeiro do bem, podendo configurar dificultador para efetivação da transmissão da propriedade do imóvel, por se tratar de circunstância associada a um programa de fomento à moradia de baixa renda, como é o caso do PAR.

Parece então não ser possível se estabelecer aqui uma solução formal para a cobrança dos dois impostos, pelo menos segundo entendimento aqui firmado quanto à ocorrência de dupla tributação, o que em nada frustra as pretensões deste trabalho, que também é de aprofundamento do debate jurídico científico no tocante aos temas envolvidos.

Pelo contrário, a mitigação da quietude demonstra o quanto importante é o questionamento científico, à medida que este propõe uma permanente revisitação a teorias e conceitos estabelecidos, deixando às claras a infinitude das possibilidades das relações humanas e a possível complexidade dos problemas delas advindos, solidificando, cada vez mais, a importância do constante debate de ideias para o alcance do aprimoramento perene das respectivas soluções.

REFERÊNCIAS

AMARO, Luciano. **Direito Tributário Brasileiro**, 12ª edição, Saraiva, São Paulo(Brasil), 2006.

ARENHART, Fernando Santos. **Imunidade Recíproca e Federalismo: da construção norte-americana à atual posição do STF**. Revista Brasileira de Políticas Públicas, CEUB-ISSN 2237-1677, v. 3, Brasília(Brasil), 2013.

ATALIBA, Geraldo. **Bitributação**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, v. LX 1965.

AZEVEDO, Sérgio; ANDRADE, Luis A. G. **Desafios da habitação popular no Brasil: políticas recentes e tendências**. Habitação social nas metrópoles brasileiras. Uma avaliação das políticas habitacionais em Belém, Belo Horizonte, Porto Alegre, Recife, Rio de Janeiro e São Paulo no final do século XX. Coleção HABITARE/FINEP. Porto Alegre: ANTAC, 2007.

Cartilha do PAR – Programa de Arrendamento Residencial. Site: www.caixa.gov.br. Disponível em: <<https://www.caixa.gov.br/Paginas/home-caixa.aspx>>. Acesso em: 05/05/2021

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**, 29ª edição, Saraiva, São Paulo(Brasil), 2018.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de Direito Tributário Brasileiro**, 16ª edição, Forense, Rio de Janeiro(Brasil), 2018.

COSTA, Leonardo da Silva Guimarães Martins da. **Uma Visão Sistêmica dos Fundos Federais**. Textos para Discussão – Tesouro Nacional. TD n° 007, 2012.

COSTA, Regina Helena. **Curso de Direito Tributário**, 11ª edição, Saraiva, São Paulo(Brasil), 2021.

Dados revisados do déficit habitacional e inadequação de moradias nortearão políticas públicas. Site: gov.br/mdr. Disponível em: <<https://www.gov.br/mdr/pt-br/noticias/dados-revisados-do-deficit-habitacional-e-inadequacao-de-moradias-nortearao-politicas-publicas>>. Acesso em: 07/06/2021.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil. v. 07 – Sucessões**, Atlas, São Paulo(Brasil), 2015.

KOHAMA, Heilio. **Contabilidade Pública**. Atlas, São Paulo(Brasil), 2009.

LOBO, Marcela Santana. **A atividade financeira do Estado e competência tributária no Brasil**. 2009. Site: Jus.com.br. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/18972/a-atividade-financeira-do-estado-e-competencia-tributaria-no-brasil>>. Acesso em: 06/05/2021.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**, 23ª edição, Malheiros, São Paulo(Brasil), 2003.

MENEZES, Felipe Caldas. **O Programa de Arrendamento Residencial e a Aplicação do Código de Defesa do Consumidor**. Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, v. 20, n. 6, 2008.

MONTEIRO, José Carlos Braga. **A diferença entre Bitributação e Bis in Idem**. 2014. Site: Portal tributário. Disponível em: <www.portaltributario.com.br/artigos/diferenca-entre-bitributacao-e-bis-in-idem.htm>. Acesso em: 06/05/2021.

PAULSEN, Leandro; MELO, José Eduardo Soares de. **Impostos Federais, Estaduais e Municipais**, 11ª edição, Saraiva, São Paulo(Brasil), 2018.

ROCHA, Sérgio André. **Tributação Internacional**. Quartier Latin do Brasil, São Paulo(Brasil), 2013.

Seguro prestamista. Site: Caixa Vida e Previdência. Disponível em: <<https://www.caixavidaeprevidencia.com.br/seguroprestamista>>. Acesso em: 05/05/2021

SANCHES, Oswaldo Maldonado. **Fundos federais: origens, evolução e situação atual na administração federal**. Brasília: Câmara dos Deputados, 2002. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/787/R154-21.pdf?isAllowed=y>>. Acessado em 05/05/2021.

THOMAZINI, Beatriz Stinguel. **Federalismo brasileiro: Origem e evolução histórica de seus reflexos na atualidade**. 2020. Site: Âmbito jurídico. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/federalismo-brasileiro-origem-e-evolucao-historica-de-seus-reflexos-na-atualidade/>>. Acesso em: 06/05/2021.

XAVIER, Alberto. **Direito Tributário Internacional do Brasil**, 7ª edição, Forense, Rio de Janeiro(Brasil), 2010.