

**FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS  
ESCOLA DE DIREITO DE SÃO PAULO**

**THIAGO CLAS RISKALLA DE MIRANDA**

**ITBI E ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA:  
UMA ANÁLISE JURISPRUDENCIAL DO STJ SOBRE A COBRANÇA DO IMPOSTO  
DIANTE DA CONSOLIDAÇÃO DA PROPRIEDADE EM NOME DO CREDOR  
FIDUCIÁRIO EM CONTRATOS DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEIS COM GARANTIA  
DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA**

São Paulo

2020

THIAGO CLAS RISKALLA DE MIRANDA

**ITBI E ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA:**  
UMA ANÁLISE JURISPRUDENCIAL DO STJ SOBRE A COBRANÇA DO IMPOSTO  
DIANTE DA CONSOLIDAÇÃO DA PROPRIEDADE EM NOME DO CREDOR  
FIDUCIÁRIO EM CONTRATOS DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEIS COM GARANTIA  
DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA

Trabalho apresentado à banca examinadora da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, como requisito para a obtenção do título de bacharel em Direito.

Campo de conhecimento: Civil/Garantias  
Imobiliárias/Tributário

Orientador: Professor Luciano de Souza Godoy

São Paulo - SP

2020

THIAGO CLAS RISKALLA DE MIRANDA

**ITBI E ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA:**  
UMA ANÁLISE JURISPRUDENCIAL DO STJ SOBRE A COBRANÇA DO IMPOSTO  
DIANTE DA CONSOLIDAÇÃO DA PROPRIEDADE EM NOME DO CREDOR  
FIDUCIÁRIO EM CONTRATOS DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEIS COM GARANTIA  
DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA

Trabalho apresentado à banca examinadora da  
Escola de Direito de São Paulo da Fundação  
Getúlio Vargas, como requisito para a obtenção  
do título de bacharel em Direito.

Campo de conhecimento: Civil/Garantias  
Imobiliárias/Tributário

Orientador: Professor Luciano de Souza Godoy

**Data de aprovação:**

\_\_\_/\_\_\_/\_\_\_

**Banca examinadora:**

---

Prof. Dr. Luciano de Souza Godoy  
FGV-EDESP

---

---

## **AGRADECIMENTOS**

Dedico este trabalho às diversas pessoas que sempre estiveram comigo ao longo de todo o trajeto universitário e também para aqueles que auxiliam mais especificamente para a realização do Trabalho de Curso, desde a ajuda na orientação de pesquisa até a busca por uma problemática atual e de bastante interesse de minha parte.

Primeiramente, agradeço aos meus pais, por proporcionarem o custeio de um ensino de extrema qualidade e por todo o suporte emocional e psicológico ao longo destes anos. Também dedico ao meu irmão Arthur pelas suas experiências na mesma instituição de ensino e seus conselhos nos mais variados assuntos, além do grande humor de todos os dias.

Dedico de maneira especial à minha namorada Maria Luiza por suportar todos os pensamentos de insegurança que apareciam dia após dia sobre a produção deste trabalho, além do enorme companheirismo, carinho e capacidade de trazer tranquilidade para qualquer situação.

Agradeço também meus amigos e colegas de faculdade com quem conversei e dividi diversas experiências ao longo de todos estes anos.

Agradeço à Fundação Getúlio Vargas por proporcionar uma estrutura bibliotecária e uma base de dados de grande valor, que contribuiu em muito para a busca pelo conteúdo deste trabalho, além da oferta de professores de altíssima qualidade que contribuíram para o produto da minha pesquisa e para todo o aprendizado relacionado ao Direito. Dedico também ao Professor Luciano de Souza Godoy pelo auxílio na elaboração deste trabalho, orientando de maneira muito precisa e colaborativa, também incentivando ainda mais o interesse que já tenho pela área imobiliária. Da mesma maneira, agradeço à Paula Pagliari pelo incentivo e grande auxílio na escolha e manutenção do tema de minha pesquisa, além de valiosos apontamentos no conteúdo aqui explorado.

## RESUMO

O objetivo deste trabalho é realizar uma análise doutrinária e jurisprudencial dos argumentos levantados pelos Ministros do Superior Tribunal de Justiça (STJ) no Recurso Especial nº 1.844.279 e no Recurso Especial nº 1.837.704, cujas decisões foram publicadas no ano de 2020. Os casos dizem respeito ao questionamento da incidência do Imposto sobre transmissão de bens imóveis (ITBI) no momento de consolidação de propriedade em favor do credor fiduciário em situações em que há a previsão da garantia de alienação fiduciária acessória ao contrato principal aliada ao inadimplemento do devedor no cumprimento de suas obrigações. Na medida em que o STJ considerou que no ato de registro da alienação fiduciária haveria apenas a transmissão de um direito real de garantia, foi estabelecido o entendimento no sentido de que é devida a cobrança do imposto na consolidação da propriedade, quando haveria a efetiva transferência de propriedade para o credor fiduciário. Dessa forma, em ambas as situações foi negado o provimento ao Recurso. No entanto, ao adentrar na natureza jurídica da propriedade fiduciária e no conceito de “transferência de propriedade” no direito brasileiro e a interligação destes com o fato gerador do ITBI e os efeitos do registro do pacto da alienação fiduciária, torna-se possível questionar a simetria entre os argumentos utilizados pelos Ministros e a compreensão sobre o ordenamento pátrio tanto nos tribunais quanto na doutrina em relação à situação descrita anteriormente. Portanto, o foco do trabalho é examinar os conceitos e procedimentos que circundam todo o processo analisado no caso, desde o registro do contrato principal até o inadimplemento do devedor e consequente consolidação da propriedade em nome do credor fiduciário, buscando verificar a validade do entendimento estabelecido pelo STJ, relacionado à legitimidade do momento para a cobrança do ITBI.

**Palavras-chave:** consolidação da propriedade; incidência do ITBI; transferência de propriedade; transferência de direito real de garantia; alienação fiduciária; propriedade fiduciária

## ABSTRACT

The purpose of this thesis is to conduct a doctrinal and jurisprudential analysis of the arguments raised by the Ministers of the Superior Court of Justice (STJ) in Special Appeal No. 1,844,279 and Special Appeal No. 1,837,704, that had the decisions published in 2020. The cases are related to questioning the incidence of the Tax on Transmission of Real Estate (ITBI) when consolidating the property in favor of the fiduciary creditor in situations in which there is a provision for the guarantee of fiduciary sale to the main contract coupled with the debtor's default in compliance of your obligations. In face of the STJ consideration that in the act of registering the fiduciary sale there would only be the transmission of a real guarantee right, an understanding was established in the sense that the tax is due on the consolidation of the property, when there would be an effective property transfer to the fiduciary creditor. Thus, in both situations the Appeal was dismissed. However, by entering into the legal nature of fiduciary sale and the concept of “transfer of ownership” in Brazilian law and the interconnection of these with the taxable event of the ITBI and the effects of the registration of the fiduciary sale pact, it becomes possible to question the symmetry between the arguments used by the Ministers and the understanding of the national order both in the courts and in the doctrine in relation to the situation described above. Therefore, the focus of this thesis is to examine the concepts and procedures that surround the entire process analyzed in the case, from the registration of the main contract to the default of the debtor and the consequent consolidation of the property in the name of the fiduciary creditor, seeking to verify the validity of the understanding established by the STJ, related to the legitimacy of the moment to collect ITBI.

**Key words:** consolidation of the property; incidence of ITBI; property transfer; transfer of in rem rights of guarantee; fiduciary sale; fiduciary property

## **LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS**

**CC** - Código Civil de 2002

**CF** – Constituição Federal de 1988

**CTN** – Código Tributário Nacional

**Decisões objetos de análise** - Recurso Especial nº 1.844.279 e Recurso Especial nº 1.837.704

**ITBI** – Imposto sobre a transmissão de bens imóveis

**Ministros** - Ministro Mauro Campbell Marques e Ministro Herman Benjamin

**STF** – Supremo Tribunal Federal

**STJ** – Superior Tribunal de Justiça

**TJ/DFT** – Tribunal de Justiça do Distrito Federal e do Territórios

**TJ/SP** – Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

## SUMÁRIO

<b>1. INTRODUÇÃO</b> .....	9
<b>2. FUNDAMENTOS INTRODUTÓRIOS: ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA E ITBI</b> .....	11
<b>2.1 Alienação fiduciária de bens imóveis</b> .....	11
<b>2.2 Imposto sobre transmissão de bens imóveis (ITBI)</b> .....	16
<b>3. METODOLOGIA DE PESQUISA E SELEÇÃO DE DECISÕES</b> .....	21
<b>4. DECISÕES OBJETOS DE ANÁLISE</b> .....	23
<b>4.1 Recurso Especial nº 1.844.279</b> .....	23
<b>4.2 Recurso Especial nº 1.837.704</b> .....	26
<b>4.3 Elementos e Argumentos jurídicos recorrentes nas decisões</b> .....	29
<b>5. ANÁLISE LEGAL, JURISPRUDENCIAL E DOUTRINÁRIA DOS ARGUMENTOS LEVANTADOS PELO STJ</b> .....	32
<b>5.1 Exceção tributária prevista no artigo 156, II da CF e no artigo 35 do CTN</b> .....	32
<b>5.2 Consequências jurídicas do registro do Contrato Principal com garantia de alienação fiduciária e conceito de “transmissão de propriedade” e outros direitos reais</b> .....	35
<b>5.3 Posições jurídicas assumidas e caracterização da propriedade com o registro da Alienação Fiduciária acessória ao Contrato Principal</b> .....	43
<b>5.4 Posições jurídicas assumidas e caracterização da propriedade no momento de inadimplemento do devedor fiduciante e consolidação da propriedade em nome do credor fiduciário</b> .....	64
<b>6. CONCLUSÃO</b> .....	72
<b>6.1 Legitimidade da cobrança do ITBI na consolidação da propriedade</b> .....	72
<b>7. REFERÊNCIAS</b> .....	77



## 1. INTRODUÇÃO

O estudo do Imposto sobre a transmissão de bens imóveis (ITBI) é bastante relevante considerando não apenas sua aplicação em uma gama abrangente de atos jurídicos, mas também em decorrência do crescente debate sobre sua aplicação nos diferentes cenários. Recentemente, em agosto de 2020, o Supremo Tribunal Federal (STF), através do RE 796.376/SC<sup>1</sup> (Tema 376 da repercussão geral), decidiu sobre a incidência de ITBI na integralização com imóveis do capital de sociedades. Ademais, em julho, embora tenha considerado ausência de competência para decidir o caso, o tribunal superior, por meio do RE 1.273.265/DF<sup>2</sup>, esteve diante de uma situação envolvendo a cobrança do ITBI no momento de consolidação da propriedade em casos de alienação fiduciária de bens imóveis acessório a contrato principal de compra e venda, objeto do presente estudo.

Em consonância com este processo observado no STF, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) também foi provocado de forma a decidir sobre a aplicação do imposto, principalmente sobre o momento de consolidação da propriedade, haja vista que a incidência e exceção do ITBI possuem respaldo no Código Tributário Nacional (CTN), repetindo o texto constitucional. Dessa forma, foram publicadas duas decisões sobre o tema em momento muito próximos, convergindo, de maneira unânime, para consolidar o entendimento de que o imposto é devido nesse caso.

Além do protagonismo que o ITBI assumiu nos tribunais superiores no ano de 2020, é notório que para o estudo aqui proposto, a sua relevância é ainda maior por estar associado ao instituto da alienação fiduciária de bens imóveis. Essa garantia, que possui ato normativo próprio através da Lei Federal nº 9.514/97, é utilizada constantemente em operações na medida em que traz maior segurança ao credor, pois este, a partir do registro, conta com uma maior certeza de que o pagamento será adimplido pelo devedor, ficando com a propriedade do bem cedido em garantia. Além disso, através da proposição de procedimentos extrajudiciais de cobrança, a alienação fiduciária de bens imóveis estimulou a concessão de crédito imobiliário.

---

<sup>1</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 796.376/SC. Relator: Ministro Marco Aurélio; Relator do Último Incidente: Ministro Alexandre de Moraes, j.: 05.08.2020, DJe: 06.10.2020.

<sup>2</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 1.273.265/DF. Relatora: Ministra Cármen Lúcia, j.: 25.07.2020, DJe 17.07.2020. Tal decisão diz respeito ao Recurso interposto pela recorrente após decisão proferida no STJ em sede de Recurso Especial 1.844.279, objeto de análise do presente trabalho. Nota-se a atualidade do tema, que chegou ao tribunal máximo em meados do ano de 2020.

Dessa forma, o presente trabalho, ao analisar uma situação que envolve tanto o ITBI quanto a alienação fiduciária de bens imóveis, traz à tona discussões sobre conceitos e procedimentos de bastante relevância. Pensando especificamente na proposta, verificar a incidência do imposto sobre um momento específico, de consolidação da propriedade, possui importância prática, de analisar uma oneração tributária sobre o credor dentro de uma operação bastante utilizada no mercado. Ademais, o estudo da alienação fiduciária de bens imóveis neste contexto perpassa pelos pontos fundamentais e de grande discussão dentro do instituto, relativos à transmissão da propriedade fiduciária, permitindo a apresentação de um conteúdo que possa ser estendido para outros estudos que busquem focalizar nesta modalidade de garantia.

## 2. FUNDAMENTOS INTRODUTÓRIOS: ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA E ITBI

### 2.1 Alienação fiduciária de bens imóveis

O instituto da alienação fiduciária apareceu a primeira vez na legislação brasileira por meio da Lei de Mercado de Capitais (Lei nº 4.728/65), que trazia, em seu artigo 66, a seguinte prerrogativa com base no Decreto-Lei nº 911/1996:

A alienação fiduciária em garantia transfere ao credor o domínio resolúvel e a posse indireta da coisa móvel alienada, independentemente da tradição efetiva do bem, tornando-se o alienante ou devedor em possuidor direto e depositário com todas as responsabilidades e encargos que lhe incumbem de acordo com a lei civil e penal.

Como observado na redação, tratava-se de garantia aplicada unicamente a bens móveis, questão alterada com o surgimento da Lei Federal nº 9.154/1997, a qual estendeu a aplicação da alienação fiduciária para os bens imóveis, além de dispor sobre a instituição do Sistema de Financiamento Imobiliário (SFI) em substituição ao Sistema Financeiro Habitacional (SFH).

De acordo com o artigo 22 da Lei Federal de 1997, “a alienação fiduciária regulada por esta Lei é o negócio jurídico pelo qual o devedor, ou fiduciante, com o escopo de garantia, contrata a transferência ao credor, ou fiduciário, da propriedade resolúvel de coisa imóvel”. Pela letra da lei, portanto, seria uma modalidade de transferência de propriedade, ainda que em caráter resolúvel e com escopo de garantia. Apesar desta extensão da aplicação da alienação fiduciária para bens imóveis, neste momento inicial, poderia ser utilizada apenas como garantia de operações de financiamento imobiliário. Porém, com o advento da Lei nº 10.391, de 02 de agosto de 2004, a alienação fiduciária de bens imóveis passou a ser expressamente aceita como garantia para o cumprimento de quaisquer obrigações, conforme o artigo 51 da referida Lei:

Art. 51. Sem prejuízo das disposições do Código Civil, as obrigações em geral também poderão ser garantidas, inclusive por terceiros, por cessão fiduciária de direitos creditórios decorrentes de contratos de alienação de imóveis, por caução de direitos creditórios ou aquisitivos decorrentes de contratos de venda ou promessa de venda de imóveis e por alienação fiduciária de coisa imóvel.

Adentrando na Lei nº 9.154, que institui a alienação fiduciária sobre bens imóveis, pode-se compreendê-la como uma alternativa em relação aos clássicos modelos de garantia, tais como o penhor, a hipoteca e a anticrese. Neste sentido, como uma vantagem para sua utilização, a alienação fiduciária é um negócio jurídico bilateral que implica na transferência da propriedade para o credor,

possuindo maior eficácia sobre as demais garantias e maior capacidade de promover o adimplemento da obrigação pelo devedor e, conseqüentemente, de satisfação do crédito pela contraparte. Assim, de acordo com a Lei, o proprietário do imóvel deverá, na condição de fiduciante, aliená-lo ao credor, este denominado fiduciário, com o escopo de garantia. A propriedade cedida ao credor terá caráter resolúvel, ou seja, estará vinculada ao adimplemento do débito garantido e, portanto, uma vez cumpridas as obrigações por parte do devedor, tal propriedade do credor será automaticamente extinta, sendo revertida ao devedor fiduciante. No caso de inadimplemento do devedor com o débito garantido, haverá a consolidação da propriedade conforme dita o artigo 26 da Lei Federal: “Vencida e não paga, no todo ou em parte, a dívida e constituído em mora o fiduciante, consolidar-se-á, nos termos deste artigo, a propriedade do imóvel em nome do fiduciário”.

Em relação ao objeto da alienação fiduciária, estabelece o artigo 22 da Lei que poderão ser quaisquer bens imóveis, tais quais terrenos – com ou sem acessões –, o domínio útil de imóveis ou mesmo a propriedade superficiária, assim como o direito de uso especial para fins de moradia e o direito real de uso, desde que suscetível de alienação. A constituição da propriedade fiduciária, transmitida ao credor, se dá mediante o registro do contrato que lhe serve de título no competente Registro de Imóveis, nos termos do art. 23 da Lei 9.514/1997. Para que tenha a devida eficácia perante terceiros, o registro deverá ser feito no cartório de registro de imóveis da circunscrição do imóvel objeto da garantia, conforme estabelecido pelo artigo 167, inciso I, item 35, da Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973 (Lei de Registros Públicos): “Art. 167 – No Registro de Imóveis, além da matrícula, serão feitos. I – o registro: [...] 35 da alienação fiduciária em garantia de coisa imóvel”. O parágrafo primeiro do artigo 23, por sua vez, estabelece as conseqüências do surgimento da propriedade fiduciária com o registro do instrumento, mais especificamente, desdobramento da posse sobre o imóvel, atribuindo-se a posse direta ao devedor-fiduciante, ao qual serão deferidos os direitos de legítimo possuidor, e a indireta ao credor-fiduciário.

A propriedade fiduciária possui tratamento normativo tanto por meio da Lei Federal nº 9.514 quanto pelo Código Civil de 2002 (CC). Enquanto no primeiro, por via do já mencionado artigo 22, o legislador realizou uma equiparação entre a propriedade fiduciária e a propriedade resolúvel, o segundo, mais recente, formalizou o Capítulo VIII do Título III que trata da “Propriedade” destinado à “propriedade resolúvel”, enquanto o Capítulo IX do mesmo título foi destinado para dispor sobre a “propriedade fiduciária”. Segundo o artigo 1.361 do CC, “considera-

se fiduciária a propriedade resolúvel de coisa móvel infungível que o devedor, com escopo de garantia, transfere ao credor”. De maneira semelhante à Lei Federal que instituiu a alienação fiduciária de bens imóveis, o Código Civil também estabeleceu sua constituição com o registro do contrato em que foi celebrado o pacto relacionado a garantia no Registro de Títulos e Documentos do domicílio do devedor, ocasionando no desdobramento da posse e tornando-se o devedor possuidor direto da coisa.

Sobre os sujeitos que podem estabelecer uma relação jurídica tendo como contrato acessório o de instituição da alienação fiduciária, primeiro pode-se mencionar que devem possuir uma capacidade específica para alienar, ou seja, o devedor fiduciante deve possuir a propriedade do bem imóvel a ser cedido em garantia. Já quanto a legitimidade, a Lei nº 9.514 permite a utilização do instrumento da alienação fiduciária de maneira indiscriminada, seja por pessoas físicas ou jurídicas conforme mandamento do artigo 22, § 1º. Para estabelecer o pacto acessório de alienação fiduciária, a Lei nº 9.514 traz os elementos caracterizadores do contrato, o qual versa primordialmente sobre a resolubilidade e a transitoriedade da propriedade transmitida pelo devedor.

Em relação aos elementos e dispositivos essenciais que devem compor o contrato de alienação fiduciária, a Lei é clara ao ditá-los por meio de seu artigo 24:

Art. 24. O contrato que serve de título ao negócio fiduciário conterá:

I - o valor do principal da dívida;

II - o prazo e as condições de reposição do empréstimo ou do crédito do fiduciário;

III - a taxa de juros e os encargos incidentes;

IV - a cláusula de constituição da propriedade fiduciária, com a descrição do imóvel objeto da alienação fiduciária e a indicação do título e modo de aquisição;

V - a cláusula assegurando ao fiduciante, enquanto adimplente, a livre utilização, por sua conta e risco, do imóvel objeto da alienação fiduciária;

VI - a indicação, para efeito de venda em público leilão, do valor do imóvel e dos critérios para a respectiva revisão;

VII - a cláusula dispendo sobre os procedimentos de que trata o art. 27.

Sobre estas disposições, relativas ao instrumento para celebração da alienação fiduciária, o Código Civil caminhou no mesmo sentido da Lei Federal, trazendo em seu artigo 1.362 os elementos essenciais que devem estar contidos no contrato que serve de título para o surgimento da propriedade fiduciária, além dos requisitos genéricos presentes no artigo 104 – agente capaz, objeto lícito, possível, determinado ou determinável, e forma prescrita ou não defesa em lei. Assim, traz os seguintes incisos: “I - o total da dívida, ou sua estimativa; II - o prazo, ou a época do

pagamento; III - a taxa de juros, se houver; IV - a descrição da coisa objeto da transferência, com os elementos indispensáveis à sua identificação”. É interessante notar uma novidade trazida pela Lei Federal 9.514 em relação aos instrumentos que podem dar origem à alienação fiduciária. Conforme o artigo 38 da referida Lei, a garantia pode ser celebrada mediante instrumento particular com força de escritura pública conforme redação concedida pela lei nº 11.076/04: “Art. 38. Os atos e contratos referidos nesta Lei ou resultantes da sua aplicação, mesmo aqueles que visem à constituição, transferência, modificação ou renúncia de direitos reais sobre imóveis, poderão ser celebrados por escritura pública ou por instrumento particular com efeitos de escritura pública”.

De grande relevância para o instituto da alienação fiduciária são as consequências jurídicas que decorrem do adimplemento ou do inadimplemento do devedor no cumprimento de suas obrigações principais que motivam o surgimento do pacto referente à garantia. Havendo o adimplemento das obrigações, o artigo 25 da Lei Federal nº 9.514 estabelece que “com o pagamento da dívida e seus encargos, resolve-se, nos termos deste artigo, a propriedade fiduciária do imóvel”, devendo o fiduciário garantir ao fiduciante o respectivo termo de quitação.

Por outro lado, a situação é distinta quando observado o inadimplemento por parte do devedor fiduciante no cumprimento de suas obrigações. Neste caso, conforme o artigo 26 da lei que institui a alienação fiduciária de bem imóvel, haverá o procedimento de consolidação da propriedade em nome do credor fiduciário. De acordo com o artigo 27 do mesmo diploma, “uma vez consolidada a propriedade em seu nome, o fiduciário, no prazo de trinta dias, contados da data do registro de que trata o § 7º do artigo anterior, promoverá público leilão para a alienação do imóvel”. O Código Civil segue a mesma linha e, ao versar sobre a propriedade fiduciária, traz em seu artigo 1.364 que “vencida a dívida, e não paga, fica o credor obrigado a vender, judicial ou extrajudicialmente, a coisa a terceiros, a aplicar o preço no pagamento de seu crédito e das despesas de cobrança, e a entregar o saldo, se houver, ao devedor”.

A necessidade de levar a leilão está muito alinhada com a vedação ao pacto comissório presente no CC. Ainda que a Lei que estabelece a alienação fiduciária de bens imóveis tenha considerado tal prerrogativa antes mesmo da vigência do atual Código Civil, a promulgação deste evitou quaisquer dúvidas sobre a possibilidade de o credor ficar com o imóvel em caso de inadimplemento por parte do devedor. Ao disciplinar a propriedade fiduciária, a referida Lei de 2002 estabeleceu, por meio de seu artigo 1.365 que “é nula a cláusula que autoriza o proprietário fiduciário a ficar com a coisa alienada em garantia, se a dívida não for paga no vencimento”.

Na medida em que o Código Civil trouxe a prerrogativa sobre a vedação ao pacto comissório em um momento posterior, ainda subsistem alguns questionamentos acerca de dispositivos presentes na Lei Federal nº 9.514, especificamente sobre o leilão extrajudicial, como é o caso do artigo 27, §5<sup>3</sup>, que estabelece a extinção da dívida e a exoneração do credor de pagar a diferença entre o valor do imóvel e o da dívida em caso de insucesso nos dois leilões extrajudiciais obrigatórios por lei. Este dispositivo levantou uma recente discussão no STJ<sup>4</sup>, circundando aspectos como enriquecimento sem causa, definição de insucesso no leilão e, inclusive, a vedação ao pacto comissório. Apesar de todos os temas mencionados, o STJ prevaleceu pelo entendimento literal da Lei, não adentrando na discussão acerca da vedação do Código Civil e garantindo ao credor a propriedade plena do imóvel e, conseqüentemente, a extinção das obrigações de pagar a diferença ao devedor.

Por meio de todas as caracterizações levantadas anteriormente, pode-se dizer que a alienação fiduciária de bens imóveis surgiu e assume um protagonismo cada vez maior nas relações jurídicas em decorrência de sua capacidade de permitir uma rápida recuperação dos valores emprestados, evitando um processo moroso de cobrança jurídica característico de outros tipos de garantias presentes na legislação brasileira. No momento em que o credor assume a posição de proprietário fiduciário, ou, em outras palavras, de titular da propriedade resolúvel, passa a estar legitimado em qualquer circunstância a fazer valer seu direito sobre o imóvel cedido pelo devedor fiduciante em caso de inadimplemento, sendo possível dar início a uma execução extrajudicial, possuindo maior controle e maior celeridade no modo de obtenção do valor devido.

Apesar de todas as facilidades trazidas pela alienação fiduciária de bens imóveis, inclusive sua disciplina por meio de uma normativa própria, ainda permanecem divergências acerca do instituto, principalmente sobre a qualificação jurídica da propriedade fiduciária e o direito que o credor fiduciário possui sobre ela. Em decorrência da diferenciação da propriedade fiduciária em relação à propriedade plena e sobretudo pela função de garantia que aquela possui, limitando-a da mesma forma ao que se observa na propriedade resolúvel prevista no Código Civil, o debate sobre

---

<sup>3</sup> Lei Federal nº 9.514. Art. 27. Uma vez consolidada a propriedade em seu nome, o fiduciário, no prazo de trinta dias, contados da data do registro de que trata o § 7º do artigo anterior, promoverá público leilão para a alienação do imóvel. § 5º Se, no segundo leilão, o maior lance oferecido não for igual ou superior ao valor referido no § 2º, considerar-se-á extinta a dívida e exonerado o credor da obrigação de que trata o § 4º.

<sup>4</sup> Agravo Interno no Recurso Especial 1.861.293/SP: Decisão Monocrática. Relator: Ministro Moura Ribeiro, j.: 18.08.2020, DJe 20.02.2020; Agravo Interno no Recurso Especial 1.357.379/SP. Decisão Monocrática. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellize, j.: 28.05.2019, DJe 31.05.2019; Recurso Especial 1.654.112. Decisão Monocrática. Relator: Ministro Ricardo Villas Boas Cueva, j.: 23.10.2018, DJe 23.10.2018.

sua natureza ainda é bastante extenso, ainda mais quando envolve normas de diferentes diplomas e conceitos abstratos. Uma das indefinições que permanece sobre a natureza da alienação fiduciária, e que será explorada no presente trabalho, é aquela relacionada ao direito tributário e, mais precisamente, ao fato gerador do ITBI, imposto a ser melhor esclarecido em seguida.

## **2.2 Imposto sobre transmissão de bens imóveis (ITBI)**

O Imposto sobre Transmissão de Bens Imóveis (ITBI) é um tributo, de competência dos Municípios e do Distrito Federal, cujo fato gerador é a transmissão, *inter vivos*, a qualquer título, por ato oneroso, de bens imóveis, por natureza ou acessão física, e de direitos reais sobre imóveis, exceto os de garantia, bem como cessão de direitos a sua aquisição. A previsão do imposto encontra-se no art. 156, II, da CF, bem como na legislação infraconstitucional, onde está regulado pelos artigos 35 a 42 do CTN, sem prejuízo da legislação municipal pertinente.

Em relação ao sujeito passivo do ITBI, pode-se valer do previsto no artigo 42 do CTN, segundo o qual o contribuinte do referido imposto é “qualquer das partes na operação tributada, como dispuser a lei”. Assim sendo, cabe à Lei Municipal definir qual será o contribuinte, o que normalmente envolve o adquirente dos bens e direitos sobre o imóvel.

O surgimento do ITBI no ordenamento brasileiro ocorreu em 1809, sendo dominado “sisa”, por meio do ato normativo “Alvará 3”. Segundo Mariane Chan Garcia Dejavite<sup>5</sup>, “à época o imposto incidia sobre todas as vendas, compras e arrematações judiciais dos bens de raiz e escravos efetuadas no Brasil e nas demais colônias portuguesas”. Tal criação se deu no contexto da transferência da capital de Portugal para o Rio de Janeiro, permitindo que a arrecadação de imposto servisse como meio de financiamento para a urbanização da nova capital. Ademais, a autora traz que a o imposto apareceu a primeira vez na Carta Magna em 1891, aplicado à transmissão de propriedade, “cujo sujeito ativo era o Estado”<sup>6</sup>. Apesar destes avanços, apenas em 1988, com a promulgação da atual Constituição, é que foi atribuído ao Município a competência relativa ao ITBI.

---

<sup>5</sup> O controle pelo registrador imobiliário do recolhimento do ITBI nas transmissões de titularidades dos bens imóveis. In: LEVY, Wilson; ALMEIDA, Marcelo Manhães de. *Direito Imobiliário e Urbanístico: temas atuais*. 7. ed. Indaiatuba: Editora Foco, 2009, p. 299

<sup>6</sup> *Ibidem*, *loc. cit.*



As hipóteses mais abstratas apresentadas no atual dispositivo autorizativo da Constituição se desdobram nas mais diversas operações, como bem salientado e enumerado por Aires Barreto<sup>7</sup>. De acordo com o autor, é possível encontrar a incidência do ITBI nas seguintes operações:

(a) a compra e venda, (b) a dação em pagamento, (c) a permuta, (d) a adjudicação, (e) a arrematação, (f) a remição, (g) o uso, (h) o usufruto, (i) a enfiteuse, (j) o direito de superfície, (l) a cessão de direitos do arrematante, (m) a cessão efetuada pelo adjudicatário, (n) a cessão de acessões, especialmente a cessão de construções e edificações, (o) a sucessão de certas benfeitorias, (p) a cessão de direitos hereditários ou à sucessão, (q) a sucessão de direitos de posse, (r) a cessão de compromisso de compra e venda, (s) quaisquer outros atos onerosos ou contratos translativos de imóveis. Compreende-se, também, na incidência deste imposto, (t) o mandato em causa própria e (u) o respectivo substabelecimento, com poderes que lhe sejam equivalentes, desde que impliquem a translação da propriedade imóvel ou dos direitos reais a eles pertinentes, como os de garantia

Assim como aos diversos impostos existentes na legislação brasileira, o ITBI também está abarcado pelos princípios contidos na Constituição Federal, conforme bem salientado por Mariana Lauria Bordin Camargo<sup>8</sup> ao se valer dos ensinamentos de Francisco Ramos Mangieri<sup>9</sup>. Primeiro, em relação ao princípio da legalidade, estabelece o artigo 5.º, II, da CF que "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei" e, em consonância com tal disposição, pode-se citar o art. 150, I, da CF, que propõem a vedação à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios exigir ou aumentar tributo sem que a lei o estabeleça. Também é de grande relevância para o ITBI o disposto no 150, II, da CF que estabelece a vedação do tratamento desigual entre os contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos. Para o ITBI, em específico, é relevante notar o artigo 151, I, do diploma constitucional, que impede a utilização de critérios territoriais do imóvel de propriedade do contribuinte para o estabelecimento de vantagens em relação à tributação.

<sup>7</sup> BARRETO, Aires Fernandino. ITBI - Transmissão de bens imóveis da empresa "A" para as empresas "B" e "C" - Conceito de atividade preponderante - A imunidade específica contida no art. 156, § 2.º, I, da Constituição Federal - Observância dos §§ 1.º e 2.º do art. 37 do CTN. *Revista Dialética de Direito Tributário*, n. 166, jul. 2009, p. 153.

<sup>8</sup> CAMARGO, Mariana Lauria Bordin. A incidência do imposto de transmissão sobre bens imóveis nas operações imobiliárias de cessão de direito real de uso de superfície. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, Rio de Janeiro vol. 95, 2010, p. 184.

<sup>9</sup> MANGIERI, Francisco Ramos et al. ITBI - Imposto sobre Transmissões de Bens Imóveis. São Paulo: Edipro, 2006. p. 58.

Seguindo na linha dos princípios que permeiam o ITBI, pode-se mencionar também outro de bastante relevância especialmente para o estudo aqui proposto. O princípio da irretroatividade parte da premissa de que "a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada" constante no art. 5.º, XXXVI, da CF. Com relação à matéria tributária, o artigo 150, III, da CF traz que é vedado à União e demais já mencionados:

III - cobrar tributos: a) em relação a fatos geradores ocorridos antes do início da vigência da lei que os houver instituído ou aumentado; b) no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou; c) antes de decorridos noventa dias da data em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou, observado o disposto na alínea b.

Na medida em que o ITBI é aplicado em uma gama diversa de ações, como observado no trecho de Aires Barreto acima, o princípio da irretroatividade garante que o imposto seja cobrado e calculado com a Lei vigente na data da prática do seu fato gerador. Assim, a definição do fato gerador do ITBI, de "transmissão" previsto no artigo 156, II, da CF e 35 do CTN, deve ser claramente especificado para favorecer o contribuinte no sentido de conhecimento e segurança a respeito do valor que incide sobre sua operação. Ainda prevalecem muitos debates sobre quando se dá o ato de "transmissão", questão que se torna ainda mais nebulosa ao incorporar com o instituto da alienação fiduciária e a natureza jurídica da propriedade fiduciária, algo que será melhor explorado oportunamente.

Ainda podem ser mencionados outros três princípios constitucionais que exercem poder sobre a instituição e incidência do ITBI. Primeiro, pode-se mencionar o princípio do não confisco, que veda o abuso do Estado dos tributos confiscatórios, sendo estes definidos pelo Prof. Luiz Emygdio F. da Rosa Jr<sup>10</sup> como "aquele que pela sua taxaço extorsiva corresponde a uma verdadeira absorção, total ou parcial, da propriedade particular pelo Estado, em o pagamento da correspondente indenização ao contribuinte". Para o ITBI, em específico, tal princípio evita uma alíquota alta o suficiente para obstruir a realização de operações imobiliárias. Outro princípio, já mencionado, diz respeito à competência. Conforme o artigo 156, §2, da CF, os Municípios possuem competência privativa para instituir o imposto, mais especificamente, o da situação do bem imóvel.

Por último, em relação aos princípios aplicados, menciona-se o da anterioridade previsto no artigo 150, III, b e c da CF. Duas formas de anterioridade estão previstas: " (a) a anterioridade

---

<sup>10</sup> ROSA JR., Luiz Emygdio. *Manual de direito financeiro e tributário*. 17. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 355.

do exercício, segundo a qual a lei entrará em vigor no exercício subsequente ao da publicação que a houver instituído e (b) a anterioridade nonagesimal, a qual confere a necessidade de observância do prazo de 90 dias entre a publicação da lei e o início de sua vigência”. No caso do ITBI, como não está nas hipóteses de exceção previstas no § 1.º do art. 150 da CF, é necessária a observância das duas anterioridades descritas.

Ademais, entrando nas hipóteses de incidência do tributo com base na CF, o artigo 156, II, estabelece que o ITBI incide sobre a "transmissão *inter vivos*, a qualquer título, por ato oneroso, de bens imóveis, de natureza ou acessão física, e de direitos reais sobre imóveis, exceto os de garantia, bem como cessão de direitos a sua aquisição". Ao tratar de transmissão de bens imóveis, tanto o artigo 35 do CTN quanto a Súmula 326 do STF incorporam a este conceito a transmissão do domínio útil do bem imóvel. Mas a transmissão de bens imóveis, de natureza ou acessão física, apesar desta exceção, pode ser melhor compreendida nas palavras de Luiz Edson Fachin<sup>11</sup>:

A concepção dos bens imóveis por acessão física, ou incorporados naturalmente, deriva da ideia de uma união física com aumento de volume da coisa principal, em outras palavras, de bens móveis incorporados fisicamente ao solo adquirem a natureza imobiliária.

Nestas transmissões bem elucidadas anteriormente, ainda é necessário observar o caráter de onerosidade conforme o mandamento constitucional.

Em relação à transmissão de direitos reais, foco de análise do presente trabalho, a previsão constitucional abarca o rol presente no artigo 1.225 do CC<sup>12</sup>. Para fins de conexão com o instituto da alienação fiduciária, observar a natureza da propriedade fiduciária como direito real, seja de garantia ou de propriedade, é necessário para analisar se, a partir do registro do instrumento acessório ao contrato principal, haveria um ato jurídico abarcado pela exceção estabelecida no artigo 156, II, da CF, relativa aos direitos reais de garantia. Ainda é possível listar outras imunidades constitucionais ou isenções legais que impedem a incidência do ITBI, como por

---

<sup>11</sup> FACHIN, Luiz Edson. Considerações sobre o ITBI *inter vivos* e o regime contemporâneo das titularidades e do trânsito jurídico à luz do novo Código Civil brasileiro. In: Grunpenmacher, Betina Treiger (coord.). *Direito tributário e o novo Código Civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2004, p. 255.

<sup>12</sup> Código Civil de 2002. Art.1.225. São direitos reais: I - a propriedade; II - a superfície; III - as servidões; IV - o usufruto; V - o uso; VI - a habitação; VII - o direito do promitente comprador do imóvel; VIII - o penhor; IX - a hipoteca; X - a anticrese. XI - a concessão de uso especial para fins de moradia; (Incluído pela Lei nº 11.481, de 2007) XII - a concessão de direito real de uso; e (Redação dada pela Lei nº 13.465, de 2017) XIII - a laje. (Incluído pela Lei nº 13.465, de 2017).

exemplo: a desapropriação, a usucapião, a arrematação judicial, a renúncia de herança ou legado e a promessa de compra e venda.

Por último, em relação ao ITBI, pode-se mencionar a alíquota e a base de cálculo do imposto. Sobre o primeiro, possui alíquota proporcional, ou seja, não varia de acordo com o valor da base de cálculo. Trata-se de imposto que, diferente de outros, não possui um máximo ou mínimo estabelecido constitucionalmente ou por via do CTN, sendo permitida a fixação pelo município observando os princípios já mencionados, principalmente o do não confisco. Ademais, em relação à alíquota, não há progressividade como no caso do IPTU, primeiro em decorrência da inexistência de mandamento constitucional que permita tal imposição, bem como o estabelecido mediante a Súmula 656 do STF: “É inconstitucional a lei que estabelece alíquotas progressivas para o imposto de transmissão *inter vivos* de bens imóveis – ITBI com base no valor venal do imóvel”.

A base de cálculo do ITBI, por sua vez, é o valor venal dos bens ou dos direitos transmitidos apurado na data transmissão. Valor venal pode ser definido nas palavras de Aires Barreto: “é o preço provável que o imóvel alcançará para a compra e venda à vista, diante de mercado estável e quando comprador e vendedor têm plena consciência do potencial de uso e ocupação que ao imóvel pode ser dado”<sup>13</sup>. Para o caso de imóveis, a definição do valor venal é mais fácil de ser obtida em decorrência dos parâmetros mais claros que podem ser utilizados, sendo certo que, em casos que a transmissão for acordada entre as partes por um valor superior, caberá à Fazenda Pública exigir o pagamento do ITBI até o limite do valor venal. Por outro lado, nos casos de transmissão de direitos, o que acontece na alienação fiduciária de bens imóveis, parte do presente estudo, há maior dificuldade na definição de um valor de mercado, o qual muitas vezes pode não condizer com a realidade do negócio que está sendo estabelecido.

Resumindo, conforme bem observado por Mariana Lauria Bordin Camargo<sup>14</sup> ao utilizar dos ensinamentos de Luiz Emygdio F. da Rosa Jr<sup>15</sup>, o ITBI pode ser definido nos seguintes termos: “(a) finalidade fiscal; (b) natureza real, que não considera a capacidade econômica do contribuinte para sua incidência; (c) imposto direto; (d) imposto sobre o patrimônio; (e) imposto de incidência monofásica; (f) alíquota proporcional; e (g) objeto de lançamento por declaração”.

---

<sup>13</sup> BARRETO, Fernandino Aires. *Curso de Direito Tributário Municipal*. São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p. 295.

<sup>14</sup> CAMARGO, Mariana Lauria Bordin. A incidência do imposto de transmissão sobre bens imóveis nas operações imobiliárias de cessão de direito real de uso de superfície. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, Rio de Janeiro vol. 95, 2010, p. 185

<sup>15</sup> *Manual de direito financeiro e tributário*. 17. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 1107-1108

### 3. METODOLOGIA DE PESQUISA E SELEÇÃO DE DECISÕES

Este trabalho tem como objetivo, em um primeiro momento, sintetizar os argumentos levantados pelos Ministros no Recurso Especial nº 1.844.279<sup>16</sup> e no Recurso Especial nº 1.837.704<sup>17</sup> para, através desta análise, reunir os elementos e questões jurídicas que circundam o debate da incidência do ITBI no momento de consolidação da propriedade em situações em que há a alienação fiduciária de bens imóveis como garantia para cumprimento das obrigações contratuais de compra e venda de imóvel. Assim, a primeira etapa deste trabalho contará principalmente com um aspecto descritivo, mas também analítico, de reagrupar os principais pontos discutidos.

Duas considerações devem ser feitas sobre esta primeira etapa.

A primeira diz respeito à escolha das decisões. Conforme consulta jurisprudencial no Superior Tribunal de Justiça (STJ), utilizando os termos “ITBI” e “alienação fiduciária” em conjunto até o final do mês de agosto de 2020, é possível encontrar dois acórdãos, objetos de análise deste trabalho. Ao buscar por temas correlacionados, pode-se considerar que são as únicas que tratam especificamente do tema no âmbito do STJ. Além disso, ambas foram publicadas no ano de 2020 em datas próximas, demonstrando a ascensão da discussão nos tribunais superiores.

A segunda ressalva a ser feita se refere ao tipo de análise. A intenção é analisar os argumentos em um aspecto macro, sem se atentar especificamente às questões concretas dos casos escolhidos. Dessa forma, embora o Recurso Especial nº 1.844.279 analise uma situação envolvendo promessa de compra e venda de imóvel, será considerado, para fins de análise, somente a argumentação que envolva um status no qual a propriedade já esteja transferida ao comprador – que assume a posição de devedor fiduciário em momento posterior – mediante obrigação do contrato principal de compra e venda, como se a situação estivesse equiparada aos fatos contemplados no Resp. 1.837.704. Portanto, o ponto central são os conceitos e procedimentos envolvidos na argumentação e como estes são relacionados ao fato gerador do ITBI.

No segundo capítulo deste trabalho, subdivido em quatro partes, é feita uma análise acerca dos quatro principais elementos e argumentos identificados nas decisões estudadas.

---

<sup>16</sup> Recurso Especial nº 1.844.279/DF. Segunda Turma. Relator: Ministro Mauro Campbell Marques, j.: 05.05.2020, DJe: 14.05.2020.

<sup>17</sup> Recurso Especial nº 1.837.704/DF. Segunda Turma. Relator: Ministro Herman Benjamin, j.: 05.12.2019, DJe: 27.05.2020.

O primeiro diz respeito à exceção tributária relativa ao ITBI presente na Constituição Federal (CF) e no Código Tributário Nacional (CTN), como forma de identificar o conflito conceitual que permeia os casos analisados.

O segundo se refere à identificação de qual ato jurídico que está sendo analisada a incidência do imposto, se no registro do contrato principal ou no pacto de alienação fiduciária, esclarecendo a distinção entre os atos jurídicos, bem como apresentado, a partir da legislação brasileira, o conceito de “transmissão de propriedade” em sentido abstrato e em consonância com o Código Civil (CC) e o artigo 110 do CTN.

O terceiro traz uma análise acerca do momento de registro do pacto de alienação fiduciária e suas consequências jurídicas, principalmente em relação à transmissão da propriedade, passando pela qualificação do instituto da alienação fiduciária, da propriedade fiduciária e das partes envolvidas além de uma revisitação dos termos legais utilizados pelos Ministros em suas decisões e do conceito de “transmissão de direito real de garantia”, sempre com fundamento na doutrina e na jurisprudência.

Por fim, o quarto ponto discute o momento de consolidação da propriedade e os efeitos jurídicos no inadimplemento do devedor no cumprimento de suas obrigações, verificando a qualificação da propriedade e os termos legais presentes na Lei Federal nº 9.514/1997. Neste momento também é trazida uma discussão acerca de uma ótica funcional da garantia da alienação fiduciária, o que poderia levar a um resultado distinto do observado no STJ e afastar grandes discussões classificatórias e terminológicas que rondam os diversos temas no tribunal superior relativos a modelos de garantia.

Por fim, o terceiro capítulo consubstancia a conclusão, a qual sintetiza os pontos levantados e busca verificar a legitimidade da cobrança do ITBI no momento de consolidação da propriedade. Na medida em que o trabalho percorre as argumentações levantadas no âmbito do STJ, há uma consonância analítica com os principais termos que envolvem a controversa. Pretende-se, assim, chegar a uma resposta clara sobre o tema, além de passar pelos diversos aspectos que o circundam de modo a dar maior concretude para a argumentação e a fundamentação aqui buscada.

## 4. DECISÕES OBJETOS DE ANÁLISE

### 4.1 Recurso Especial nº 1.844.279

Trata-se do primeiro registro de decisão do Superior Tribunal de Justiça (STJ) relativa à cobrança do Imposto de Transmissão sobre Bens Imóveis (ITBI) no momento de consolidação da propriedade em nome do credor fiduciário em contratos com garantia de alienação fiduciária, publicada no dia quatorze de maio de 2020, com julgamento realizado no dia cinco do mesmo mês e ano.

A decisão, de relatoria do Ministro Mauro Campbell Marques, acompanhada de maneira unânime pelos demais membros do tribunal, se deu em sede de Recurso Especial nº 1.844.279 interposto por PREMIER EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS S/A contra decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios (TJ/DFT: 2019/0316406-8)<sup>18</sup>. Alega a recorrente atuante no ramo de incorporação, construção e vendas de unidades imobiliárias que, na posição de credor fiduciário consolidada através da celebração de contrato de compromisso de compra e venda com garantia de alienação fiduciária com os compradores, não deveria efetuar o pagamento do ITBI diante do inadimplemento do devedor e a consequente consolidação da propriedade em seu nome, na medida em que haveria apenas a transferência da posse indireta do imóvel garantido, e não da propriedade. Neste sentido, interpôs o Recurso Especial fundamentado no artigo 105, III, alíneas "a" e "c"<sup>19</sup>, do permissivo constitucional, constatando a violação aos artigos 22, 23, parágrafo único, 26, § 7º, da Lei 9.514/1997 e 34 a 42 e 110, do CTN.

O magistrado, por meio de sua argumentação jurídica, negou provimento ao Recurso, da mesma maneira que o TJ/DFT havia feito, seguindo uma linha de raciocínio similar à segunda instância e estabelecendo o entendimento de que o ITBI é devido no momento de consolidação da propriedade em nome do credor fiduciário.

---

<sup>18</sup> Apelação Cível nº 07088712520188070018. 6ª Turma Cível. Relator: Des. Esdras Neves Sentença. j.: 07.08.2019, DJe 15.08.2019. A sentença publicada pelo TJ/DFT estabeleceu a mesma premissa observada no REsp correspondente e analisado no presente trabalho, sendo inclusive citado no decorrer da decisão do Ministro Mauro Campbell Marques como fundamento jurídico.

<sup>19</sup> CF. Artigo 105, III, alíneas "a" e "c". Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça: III - julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida: a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência; c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.

O primeiro ponto levantado no Recurso Especial para negar o provimento diz respeito à legislação que abarca a incidência do ITBI. De acordo com o magistrado, o Código Tributário Nacional (CTN), em seu artigo 35, II, em consonância com o artigo 156, II, da Constituição Federal (CF), é claro ao identificar que se excepciona a incidência do imposto em caso de transmissão decorrente de direitos reais de garantia de bens imóveis, alegando que seria o caso da alienação fiduciária descrita no artigo 22 da Lei Federal nº 9.514 de vinte de novembro de 1997. Portanto, em situação de adimplência das obrigações contidas no contrato principal bem como no documento que carrega o instituto da alienação fiduciária, concluiu o Ministro Mauro Campbell Marques que, com o registro deste e constituída a propriedade resolúvel nos termos do artigo 23 da Lei Federal nº 9.514, haveria o desmembramento da posse, restando a posse direta ao devedor fiduciante e a posse indireta ao credor fiduciário, sem que houvesse qualquer transferência da propriedade ao credor.

Não ocorrendo a transmissão do bem imóvel e prevista a vedação à cobrança de ITBI nas situações de transmissão de direito real de garantia, seja via CF ou CNT, seria ilegítima a incidência na materialização da garantia real na visão do Ministro<sup>20</sup>:

PROCESSO CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO N. 3/STJ. ITBI. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA DE BEM IMÓVEL. INADIMPLEMENTO POR PARTE DO DEVEDOR-FIDUCIANTE. CONSOLIDAÇÃO DA PROPRIEDADE PLENA EM NOME DO CREDOR-FIDUCIÁRIO. IMPOSTO SOBRE A TRANSMISSÃO "INTER VIVOS" DE BENS IMÓVEIS E DIREITOS A ELES RELATIVOS - ITBI. INCIDÊNCIA. RECURSO ESPECIAL NÃO PROVIDO

“O Código Tributário Nacional é expreso ao apregoar a não incidência de ITBI na constituição de direitos reais de garantia, entre eles, como já dito, a alienação fiduciária. Neste instituto, a garantia real se materializa com o registro do contrato fiduciário no Registro de Imóveis competente, cujo teor confere ao credor-fiduciário a propriedade resolúvel do imóvel pactuado, com o exercício da posse indireta desse bem, cabendo ao devedor-fiduciante, por sua vez, a posse direta, exercendo-a através de uma condição negocial resolutória, condicionado ao regular adimplemento das prestações pactuadas com o credor-fiduciário, nos termos do artigo 23 da Lei n.º 9.514/1997

(...)

Portanto, neste momento da constituição da garantia, o Código Tributário Nacional, no artigo 35, inciso II, in fine, é expreso ao definir a não incidência desse tributo na materialização da garantia real, que ocorre nos termos definidos pelo caput do artigo 23 da Lei 9.514/1997”

---

<sup>20</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.844.279. Acórdão. Segunda Turma. Relator: Ministro Mauro Campbell Marques, j.: 05.05.2020, DJe: 14.05.2020, p.8.



Atendo-se mais para a situação específica, acredita o magistrado que a situação se altera quando há consolidação da propriedade em nome do credor fiduciário decorrente de inadimplemento – total ou parcial - das obrigações pelo devedor. Neste caso, em que há a aplicação direta do artigo 26 da Lei nº 9.514, argumenta que retorna ao credor fiduciário a integralidade dos direitos reais advindos do imóvel, entre eles a posse direta, que antes pertencia ao devedor fiduciante.

Diante da desconstituição do contrato real de garantia, o Ministro Mauro Campbell Marques crê que há a configuração de um ato de transmissão, a qualquer título, de um domínio de propriedade, aplicando-se não mais o inciso II do artigo 35 do CTN, mas sim, o inciso I, sendo autorizada a incidência do ITBI. Em sua argumentação, portanto, ao abordar o procedimento da consolidação da propriedade estabelece que<sup>21</sup>:

Como a hipótese sobredita ocasiona a desconstituição do contrato real de garantia, de modo a consolidar a propriedade plena do imóvel pactuado ao credor-fiduciário, retornará para este o domínio integral de todos os poderes inerentes ao direito real sobre o bem imóvel, inclusive a posse direta do bem (artigo 1.225, inciso I, do Código Civil), caracterizando-se neste ínterim um ato de transmissão, a qualquer título, de um domínio de propriedade, que por igual sentido, acarretará a deflagração da hipótese de incidência do artigo 35, inciso I, do CTN.

Ademais, entra-se no mérito da natureza do contrato da alienação fiduciária e da qualidade que a propriedade adere no momento de constituição da garantia. Segundo as constatações do magistrado, a alienação fiduciária “cria apenas um patrimônio afetado para se garantir a uma dívida empenhada”, sem que o credor tenha a propriedade do imóvel. Dessa forma, havendo a consolidação da propriedade e a conseqüente transmissão ao credor fiduciário do domínio e demais poderes inerentes ao imóvel, foi estabelecido o entendimento de que não existe mais um direito real de garantia, sendo possível a exigência do imposto. Sustenta esta posição, normativamente, por meio do artigo 26, §7, da Lei nº 9.514, o qual, de maneira bastante específica liga o conceito de “consolidação de propriedade” e o ato de pagamento do ITBI.

---

<sup>21</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.844.279. Acórdão. Segunda Turma. Relator: Ministro Mauro Campbell Marques, j.: 05.05.2020, DJe: 14.05.2020, p. 9.

#### **4.2 Recurso Especial nº 1.837.704**

Dias depois da divulgação do Recurso Especial nº 1.844.279, mais especificamente em vinte e sete de maio de 2020, foi publicada nova decisão do STJ referente ao tema, com julgamento realizado no dia cinco de dezembro de 2019. A recorrente EMPLAVI PARTICIPAÇÕES IMOBILIÁRIAS LTDA., em sede de Recurso Especial nº 1.837.704, defende sua hipótese de maneira semelhante à recorrente do Recurso Especial publicado anteriormente, apontando que no momento de consolidação da propriedade não seria devida a cobrança do ITBI em relação ao credor fiduciário na medida em que estaria ocorrendo apenas a transferência da posse direta do imóvel, acrescentando que deve ser feita uma distinção entre atos de registro e averbação. Assim, segundo a EMPLAVI, sua tese também se sustentaria pelo fato de que o ato adotado pelo Cartório de Registros em relação à consolidação seria de averbação, e não de registro, sendo o último necessário para configuração de uma transmissão de propriedade. Neste sentido, interpôs o Recurso com fundamento no art. 105, III, “a” da CF, constatando a violação aos artigos 22, 23, parágrafo único, 26, § 7º, da Lei 9.514/1997 e 34 a 42 e 110, do CTN. Apesar do incremento na argumentação jurídica, o Ministro Herman Benjamin, relator do caso, seguiu o entendimento do tribunal, considerando legítima a cobrança do ITBI em face do credor fiduciário no momento de consolidação da propriedade. Esta decisão do relator também foi acompanhada de maneira unânime pelos demais membros do tribunal.

Para pautar sua decisão, o Ministro utiliza de argumentos muito similares aos presentes no Recurso Especial nº 9.514, porém fazendo uma retomada de toda a relação entre as partes, a qual, para o caso específico, diz respeito a um contrato de compra e venda de imóveis. Assim, o magistrado inicia sua análise pelo registro do Contrato principal estabelecido entre as partes. Argumenta que, diante da compra e venda do imóvel e da obrigação inicial do vendedor em transmitir a propriedade do imóvel, a incidência é clara por se tratar especificamente de uma transmissão de propriedade, mas, diante do pacto acessório de alienação fiduciária, não há fundamentos para cobrança do ITBI em decorrência das previsões constitucionais e do regimento do CTN. Nesse sentido, ainda que haja uma primeira transferência da propriedade ao devedor em decorrência da obrigação firmada por via do contrato de compra e venda entre as partes sendo devido o ITBI, o magistrado acredita que a condição estabelecida mediante o pacto de alienação

fiduciária, em que o comprador, agora devedor fiduciante, entrega ao vendedor/credor fiduciário a propriedade fiduciária, a legislação seria suficiente para demonstrar a não incidência do tributo.

Estabelece o Ministro que, não obstante o credor fiduciário tenha a propriedade resolúvel do imóvel, “não significa dizer que não há transmissão de propriedade, nem que não ocorre o fato gerador do ITBI” em um momento posterior, quando tal propriedade se tornar plena em caso de inadimplemento pelo devedor fiduciante. Em outras palavras, a decisão traz a ideia de que a obtenção da propriedade fiduciária do imóvel pelo credor mediante registro não traz consigo a caracterização de uma transmissão de propriedade nos termos definidos legalmente e doutrinariamente. Argumentando por via do artigo 1.367 do Código Civil (CC), esclarece que a propriedade resolúvel garante ao credor fiduciário apenas a detenção do direito real de garantia, não sendo possível afirmar que possui a propriedade plena do imóvel, o que ocorreria somente com a consolidação da propriedade nos termos do artigo 1.368-B do CC. Para demonstrar que há uma “transmissão a qualquer título de propriedade” no momento de consolidação, coloca em pauta a necessidade de averbação do ato, bem como o recolhimento do ITBI previstos no artigo 26, §7, da Lei Federal nº 9.514/1997. Pode-se, neste momento, utilizar de um trecho da decisão<sup>22</sup>:

RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. CONTRATO DE COMPRA E VENDA COM ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. INADIMPLEMENTO DO DEVEDOR FIDUCIANTE. POSSE PLENA DO CREDOR FIDUCIÁRIO. INCIDÊNCIA DE ITBI. OBJETO DA DEMANDA

“A propriedade fiduciária é qualificada como direito real de garantia (art. 1.367 do CC/2002), com regime jurídico correspondente, razão pela qual não há incidência do ITBI na constituição da aludida garantia. O credor fiduciário é mero detentor do citado direito de garantia, e não pleno proprietário, o que somente ocorre com a consolidação pelo inadimplemento da dívida pelo devedor, nos termos do parágrafo único do art. 1.368-B da mesma codificação”

De tudo que foi constatado até o momento, percebe-se que a decisão visa demonstrar dois momentos distintos de incidência do ITBI e que não podem ser confundidos, principalmente por terem naturezas em instrumentos distintos. Dessa forma, segundo sua argumentação, não há como falar em bitributação na medida que na relação jurídica entre as partes demonstra a existência de dois fatos geradores: (i) o primeiro pela compra e venda do Contrato principal, na qual haveria a obrigação do vendedor em transferir a propriedade do imóvel para o comprador diante de obrigação firmada neste instrumento e (ii) o segundo pela consolidação da propriedade – antes resolúvel e

---

<sup>22</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.837.704/DF. Acórdão. Segunda Turma. Relator: Ministro Herman Benjamin, j.: 05.12.2019, DJe: 27.05.2020, p. 7.

agora plena – em nome do credor fiduciário, antes vendedor, como consequência do inadimplemento do devedor fiduciante, antes comprador, em lidar com as obrigações assumidas por via do contrato original de compra e venda de imóvel.

Mesmo que não trazida à tona pela recorrente de acordo com as informações fornecidas no texto da decisão, o Ministro Herman Benjamin estabelece uma ressalva quanto à Lei Federal que institui a alienação fiduciária, mais especificamente no artigo 26 mencionado anteriormente. Para sua interpretação do caso, é importante observar que, embora pareça que a Lei nº 9.514 esteja propondo um fator gerador para o ITBI, bem como definindo o seu contribuinte, o que seria uma clara afronta à reserva de lei complementar, o texto legal se limita a dizer o procedimento que deve ser realizado pelo registrador para o momento de consolidação de propriedade, servindo como um guia de sua atuação. Esclarece, portanto, que o referido artigo está em consonância com a determinação de incidência do ITBI prevista tanto na CF quanto no CTN e, para afastar a tese levantada pela recorrente relativa ao grau de importância da publicidade na matrícula quanto à consolidação da propriedade, aponta que tal ato, seja por via de averbação ou registro, não possui qualquer importância para o fato gerador do imposto de transmissão de bens imóveis. Assim, seu ponto de vista pode ser vislumbrado no seguinte trecho da decisão<sup>23</sup>:

Não se alegue, nesse ponto, que a Lei 9.514/1997, ordinária, não pode criar fato gerador ou definir o contribuinte do ITBI, matérias reservadas à lei complementar. Ela apenas regulamentou o procedimento a ser adotado pelo registrador, exigindo a prova do pagamento do tributo para a averbação na matrícula do imóvel da consolidação da propriedade em nome do fiduciário. O fato gerador e o contribuinte do ITBI estão devidamente definidos no CTN e na CF, os quais, frise-se, tributam a transmissão onerosa de bem imóvel “a qualquer título”, salvo as exceções ali definidas, como acima demonstrado.

Igualmente não prospera a tese da recorrente de que é indevido o ITBI em razão de a consolidação da propriedade plena ser averbada e não registrada, porquanto a incidência do imposto decorre apenas da ocorrência do fato gerador, independentemente do ato formal cartorário.

Para finalizar a argumentação jurídica a respeito dessa controversa, o Ministro relator retoma o ponto levantado pela recorrente para demonstrar que não há relação entre o procedimento de averbação ou registro para que seja configurada uma “transferência de propriedade”. Como forma de demonstrar seu ponto, recorre a outro dispositivo presente na Lei Federal que institui a

---

<sup>23</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.837.704/DF. Acórdão. Segunda Turma. Relator: Ministro Herman Benjamin, j.: 05.12.2019, DJe: 27.05.2020, p. 9.

alienação fiduciária, o artigo 27, §2º-B, alegando que, uma vez averbada a consolidação da propriedade na matrícula do imóvel, o devedor só poderia obter novamente a propriedade do imóvel não mais pela purgação da mora, mas somente até a data de realização do segundo leilão “desde que o recompre mediante o pagamento do valor estipulado no art. 27, § 2º-B, da Lei”.

Portanto, do exposto pelo magistrado, na medida em que a consolidação da propriedade iguala o devedor fiduciante aos demais terceiros que podem obter a propriedade do imóvel via leilão, fica claro que há uma transmissão de propriedade, sendo devido o ITBI.

### **4.3 Elementos e Argumentos jurídicos recorrentes nas decisões**

Com base nas recentes decisões proferidas pelo STJ – Recurso Especial nº 1.844.279 e Recurso Especial nº 1.837.704 – melhor destrinchadas anteriormente, podem ser observados elementos levados em consideração e argumentos condizentes entre os relatores, ainda mais por envolverem demandas muito similares. Dessa forma, é possível separar os conteúdos decisórios em quatro pontos principais na ordem dos acontecimentos que envolvem uma relação contratual de compra e venda – ou promessa de compra e venda – com cláusula de alienação fiduciária.

Portanto, para melhor esclarecimento da base jurídica que está sendo utilizada pelo STJ para resolução de casos que envolvem a cobrança de ITBI no momento de consolidação da propriedade, examina-se os elementos e argumentos levantados desde o estabelecimento do contrato original e transferência de propriedade ainda na posição entre credor e devedor, bem como as implicações decorrentes deste ato, até o momento de consolidação da propriedade em nome do vendedor/credor fiduciário diante do inadimplemento do comprador/devedor em realizar o devido pagamento cumprimento das obrigações contidas no contrato original.

O primeiro elemento que deve ser devidamente examinado com base nas decisões do tribunal – e/ou do STF para questões constitucionais - e com base no entendimento doutrinário diz respeito à exceção tributária específica para o ITBI presente na CF e no CTN para direitos reais de garantia. Nos dois Recursos examinados, nota-se a demonstração da relação entre as partes no contexto de normalidade, em que há o adimplemento pelo devedor de suas obrigações e a configuração das posições jurídicas de credor fiduciário e devedor fiduciante, além da não incidência do ITBI, fatos que, de acordo com as argumentações observadas, estão estritamente relacionados pelo artigo 156, II, da Constituição Federal e artigo 35 do Código Tributário Nacional

e com o tipo de transmissão que é observada em contextos de alienação fiduciária, identificada como uma mera “transferência de um direito real de garantia” pelos Ministros. Assim, se faz necessário verificar, de acordo com a legislação, jurisprudência do tribunal e com o entendimento doutrinário, em que condições a exceção tributária presente nos dois regimentos legais é devidamente aplicada.

O segundo ponto de análise, bastante enfatizado pelo Recurso Especial nº 1.837.704, diz respeito à transmissão do bem imóvel por via do Contrato de compra e venda ou promessa de compra e venda, elemento levado em consideração para sustentar a tese do Ministro de que não há bitributação para o caso concreto. O exame a ser feito para este não será para analisar estritamente se há ou não transmissão do bem imóvel mediante as obrigações contidas nestes tipos de contrato e o devido registro no cartório de imóveis, uma vez que não há como alegar a existência de qualquer argumento jurídico que confronte que a transmissão ocorre, assim como a incidência do ITBI. Portanto, a questão fundamental a ser discutida é em relação ao conceito de “transmissão de propriedade” presente na legislação e como é entendido pela doutrina em relação ao artigo 110 do CTN, definição esta que vai colaborar para o estudo dos demais argumentos que envolvem a incidência do imposto no momento de consolidação da propriedade.

A terceira questão diz respeito a um argumento recorrente utilizado pelos Ministros do STJ, relacionado às posições jurídicas que são assumidas e a caracterização da propriedade no momento em que materializa a garantia da alienação fiduciária. Em suma, exploram a ideia de que no momento de configuração da propriedade resolúvel – ou propriedade fiduciária, mais especificamente – em nome do credor fiduciário não haveria a transferência da propriedade para este, mas sim a transmissão de um direito real de garantia na forma de um patrimônio afetado, sendo devidamente aplicada a exceção prevista tanto na CF quanto no CTN. A análise desta questão é de suma importância e nela se concentra a maior controvérsia para a cobrança de ITBI quando da análise do momento de consolidação da propriedade em contratos com previsão de alienação fiduciária. Os recorrentes alegam que neste momento já haveria ocorrido a “transmissão de propriedade” para o credor fiduciário e, portanto, não haveria como ser devido o ITBI em caso de inadimplemento e conseqüente consolidação da propriedade, sob pena de bitributação. Dessa forma, como os magistrados se baseiam nas conseqüências advindas da criação da “propriedade resolúvel”, é preciso examinar, com base na jurisprudência e na doutrina, seus preceitos e suas

implicações com o conceito abstrato de transmissão de propriedade. Também se torna eficaz avaliar o direito do devedor sobre o bem cedido em garantia.

O quarto e último ponto que merece a devida análise e que é sustentado pelos Ministros em sede de Recurso Especial abarca o momento da consolidação da propriedade quando há o inadimplemento total ou parcial do devedor fiduciante com as obrigações compactuadas no contrato de compra e venda ou promessa de compra e venda. Em seus entendimentos, é na consolidação que há a efetiva transmissão de propriedade e necessidade de cobrança do ITBI, tornando-se a propriedade que antes era resolúvel em propriedade plena. Para a devida análise deste argumento é preciso tanto verificar a discussão sobre os artigos 26 e 27 da Lei Federal nº 9.514 quanto a qualificação jurídica assumida pela propriedade fiduciária no momento da consolidação.

Das duas decisões analisadas, percebe-se que o STJ parece consolidar um entendimento – se já não estiver consolidado – para o tema. Na medida em que se tratam de decisões recentes e fundamentadas sem doutrina ou jurisprudência específica para a situação, a análise deve permear os conceitos que circundam a questão, dentre eles “transmissão da propriedade”, “propriedade resolúvel/fiduciária” e “propriedade plena”, assim como os procedimentos de “registro imobiliário” e “consolidação da propriedade”, sem retirar a devida importância dos elementos tributários, dentre eles o fato gerador do ITBI e suas exceções previstas constitucionalmente e por via do regimento nacional tributário. Cada um dos conceitos é abarcado nas argumentações dos Ministros e, por meio da maneira que são utilizados nos diferentes contextos ou apenas de maneira conceitual, será possível identificar o nível de simetria das decisões do STJ com as definições jurídicas antes estabelecidas por decisões e autores doutrinários para os diferentes temas que incorporam a cobrança do ITBI no momento de consolidação de propriedade na garantia da alienação fiduciária.

## 5. ANÁLISE LEGAL, JURISPRUDENCIAL E DOUTRINÁRIA DOS ARGUMENTOS LEVANTADOS PELO STJ

### 5.1 Exceção tributária prevista no artigo 156, II da CF e no artigo 35 do CTN

O Imposto de Transmissão de Bens Imóveis (ITBI) possui regimento normativo tanto por via da Constituição Federal (CF) quanto por meio de legislações infraconstitucionais. O artigo 156, II, da CF, além de atribuir competências aos municípios para instituir o imposto, possibilita a incidência apenas sobre (i) transmissão *inter vivos* onerosa de bens imóveis e (ii) transmissão de direitos reais sobre imóveis, excepcionando os direitos reais de garantia:

Art. 156. Compete aos Municípios instituir impostos sobre:

[...]

II - Transmissão "inter vivos", a qualquer título, por ato oneroso, de bens imóveis, por natureza ou acessão física, e de direitos reais sobre imóveis, exceto os de garantia, bem como cessão de direitos a sua aquisição

Na forma de Lei Completar, exigida expressamente pelo artigo 146, III, da CF, o Código Tributário Nacional (CTN/Lei nº 5.176/1966) traz o fato gerador do ITBI, em consonância com a normativa constitucional por meio de seu artigo 35:

Art. 35. O imposto, de competência dos Estados, sobre a transmissão de bens imóveis e de direitos a eles relativos tem como fato gerador:

I - A transmissão, a qualquer título, da propriedade ou do domínio útil de bens imóveis por natureza ou por acessão física, como definidos na lei civil;

II - A transmissão, a qualquer título, de direitos reais sobre imóveis, exceto os direitos reais de garantia;

III - A cessão de direitos relativos às transmissões referidas nos incisos I e II.

Mesmo com a permissão constitucional para instituir o imposto de transmissão de bens imóveis, os municípios acabam por se ater ao texto legal vislumbrado no artigo 156, II, da CF e artigo 35 do CTN. Como forma de demonstração, podem ser retirados exemplos do Município de São Paulo e do próprio Distrito Federal, local em que foi proferida a sentença alvo de Recurso Especial ao Superior Tribunal de Justiça. Para o Município de São Paulo, a legislação que estabelece o ITBI é a de Lei nº 11.154/93, a qual, apesar de repetir estritamente as disposições mencionadas anteriormente, busca uma maior especificação em seu conteúdo, descrevendo, por



via dos artigos 2º e 3º<sup>24</sup>, as hipóteses de transmissão – onerosa de bens imóveis e de direitos reais sobre bens imóveis – que são ou não abarcadas pela incidência do imposto. Interessante, ainda, para o tema aqui explorado, o fato de que a Lei Municipal de São Paulo, por meio do art. 3º, inciso VI, ante a redação concedida pela Lei nº 13.402/2002, dispõe a não incidência do ITBI “sobre a constituição e a resolução da propriedade fiduciária de coisa imóvel, prevista na Lei Federal nº 9.514, de 20 de novembro de 1997”, demonstrando um tratamento diferenciado para a incidência do imposto no caso da alienação fiduciária de bem imóvel.

No âmbito do Distrito Federal, o Ministro Mauro Campbell Marques traz em seu voto do Recurso Especial nº 1.844.279, objeto de análise, toda a normativa que compreende a instituição do ITBI. De maneira similar ao Município de São Paulo, nota-se a repetição do texto legal constitucional e da lei complementar, exceto pelo fato de não trazer especificações sobre os atos compreendidos dentro da incidência do imposto. Portanto, por via do artigo 132, inciso I, alínea “e”<sup>25</sup>, da Lei Orgânica do DF, regulamentado pela Lei Distrital n.º 3.830/2006 e pelo Decreto Distrital n.º 27.576/2006, percebe-se que não são estabelecidas inovações legislativas ou jurídicas para o ITBI.

A repetição da normativa municipal em relação aos termos constitucionais e do CTN demonstram que há o respeito ao fato de que não existe uma autorização para instituir a incidência do ITBI sobre o momento de consolidação da propriedade. Hugo de Brito Machado<sup>26</sup> traz uma importante reflexão sobre este aspecto:

A atribuição competência tributária, feita pela Constituição, envolve, necessariamente, a atribuição da competência para legislar a respeito do tributo correspondente, como consequência direta e necessária do princípio da legalidade tributária. Se o tributo somente por lei pode ser criado, é evidente que a pessoa jurídica de direito público competente para criá-lo há de ser, também, competente para sobre ele legislar. Essa competência legislativa, porém, sofre limitações, contidas na Constituição Federal, na Constituição (ou lei orgânica) do ente público correspondente (se se tratar de Estado, Distrito Federal ou Município), e na legislação complementar nacional. Por outras palavras, os Estados-

<sup>24</sup> Lei Municipal de São Paulo nº 11.154/1993. Art.2º: Estão compreendidos na incidência do imposto: I - A compra e venda; II - A dação em pagamento; III - A permuta; IV - O mandato em causa própria ou com poderes equivalentes para a transmissão de bem imóvel e respectivo substabelecimento, ressalvado o disposto no artigo 3º, inciso I, desta lei; V - A arrematação, a adjudicação e a remição (...) XIII - todos os demais atos onerosos translativos de imóveis, por natureza ou acessão física, e de direitos reais sobre imóveis. (Redação acrescida pela Lei nº 14125/2005). Art.3º: O imposto não incide: **VI - sobre a constituição e a resolução da propriedade fiduciária de coisa imóvel, prevista na Lei Federal nº 9.514, de 20 de novembro de 1997.**

<sup>25</sup> Lei Orgânica Distrito Federal. Art. 132. Compete ao Distrito Federal instituir: I – impostos sobre: e) 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

<sup>26</sup> MACHADO, Hugo de Brito. *Código Tributário Nacional: Anotações à Constituição, ao Código Tributário Nacional e às Leis Complementares 87/1996 e 116/2003*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 440

membros, por exemplo, são competentes para legislar sobre ICMS, mas devem observar os limites contidos na Constituição Federal, nas Leis Complementares Nacionais (LCs 24/75, 87/96 etc.), e na Constituição Estadual. Trata-se da explicitação dos motivos pelos quais, por exemplo, os Estados-membros não são inteiramente livres para conceder isenção de ICMS, embora competentes para legislar sobre esse imposto. O mesmo pode ser dito em relação aos Municípios, que, ao legislarem sobre ISS, ITBI ou IPTU, devem obediência às normas gerais contidas no CTN, que desdobram as limitações à competência contidas no texto constitucional

O trecho acima apresentado reflete o fato de que, em decorrência da ausência de previsão de tributação no momento de consolidação da propriedade em contratos com previsão de alienação fiduciária, o assunto ainda é polêmico na medida em que exige uma interpretação dos conceitos que circundam a incidência, mesmo que exista a competência municipal para legislar sobre o ITBI. Assim, o tema pode ser melhor analisado pela perspectiva do Judiciário, em especial do STJ, e dos conceitos que recorrentemente aparecem quando a tributação nesta ocasião é investigada pelos juristas. A análise torna-se ainda mais interessante com o fato de que a repetição normativa vislumbrada nos textos municipais garante que decisões nos tribunais estaduais tratem dos mesmos conceitos, levando a uma certa padronização da discussão.

A importância de trazer luz às normativas que instituem o ITBI, bem como trazer à discussão a ausência de uma prerrogativa específica para incidência do imposto no momento de consolidação da propriedade, é demonstrar que o foco da discussão é o próprio contraponto conceitual apresentado nas decisões e recorrente desde a constituição – em seu artigo 156, II - até as normas infraconstitucionais – no caso, no artigo 35, II, do CTN - e marcos normativos municipais. Tal controversa seria a conceptualização de “transferência” ou “transmissão” de propriedade, considerado um direito real pelo artigo 1.225, inciso I, do CC, frente à “transferência de direitos reais de garantia”, interessando para o caso da alienação fiduciária o fato de ser uma modalidade de garantia, o que excepcionaria a incidência do imposto caso se considerasse que o registro da garantia leva apenas à transmissão de um direito real deste tipo.

Os requerentes argumentam pela hipótese da transmissão de propriedade no momento de registro do pacto de alienação fiduciária, enquanto o STJ está consolidando um entendimento contrário, de que seria uma simples transmissão de direito real de garantia. Portanto, em um primeiro momento, se faz necessário entender, de forma abstrata, o que seria uma “transmissão” de propriedade” para depois adentrar no instituto da alienação fiduciária e suas consequências jurídicas registrais, como o surgimento da “propriedade fiduciária”, para que assim se verifique o

enquadramento conceitual e jurídico da transmissão que é realizada por via do registro imobiliário do pacto que institui a garantia.

## **5.2 Consequências jurídicas do registro do Contrato Principal com garantia de alienação fiduciária e conceito de “transmissão de propriedade” e outros direitos reais**

Como demonstrado no relato acerca da decisão que compreende o Recurso Especial nº 1.837.704, há um cuidado do Ministro em separar os efeitos do registro do contrato principal de compra e venda do registro do pacto acessório de alienação fiduciária de bens imóveis. Em relação ao momento de registro do contrato original, que implica na transmissão da propriedade do vendedor para o comprador, não há como negar a incidência do imposto. Este tema, inclusive, foi discutido em sede de Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº 759.964<sup>27</sup> do Supremo Tribunal Federal (STF). Na oportunidade, o Ministro relator Edson Fachin, para demonstrar que a mera assinatura de uma promessa de compra e venda não seria suficiente para configurar a incidência do ITBI, argumentou no sentido de que<sup>28</sup>:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. IMPOSTO SOBRE TRANSMISSÃO DE BENS IMÓVEIS. FATO GERADOR. PROMESSA DE COMPRA E VENDA. IMPOSSIBILIDADE.

“(…) O fato gerador do ITBI consiste na transmissão inter vivos, a qualquer título, por ato oneroso, por natureza ou acessão física, da propriedade ou domínio útil de bens imóveis, definidos na lei civil, e de direitos reais sobre imóveis, exceto os de garantia. Assim, apenas a transmissão do bem com respectivo registro no Cartório Imobiliário gera a obrigação do tributo. Nesse sentido, considera-se ilegítima a exigência do ITBI em momento anterior ao registro do título de transferência da propriedade do bem (...)”

Da decisão do Ministro do STF, observa-se que o tribunal possui um entendimento consolidado no sentido de apenas com o registro da transmissão da propriedade no cartório é que se torna possível a incidência do ITBI, citando outras decisões em que o tema veio à tona, como

<sup>27</sup> Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº 759.964/RJ. Voto do Relator. Primeira Turma. Relator: Ministro Edson Fachin. j.: 15.09.2015, DJe: 29.09.2015.

<sup>28</sup> Ibidem, p. 5

ARE-AgR nº 798.241<sup>29</sup>, de relatoria da Ministra Cármen Lúcia, e ARE nº 805.859<sup>30</sup>, de relatoria do Ministro Roberto Barroso.

O STJ, de maneira bastante similar, também enfrentou a questão sobre a incidência do tributo para contratos de promessa de compra e venda, se atendo para o estabelecido no texto legal do artigo 35 do Código Tributário Nacional. É interessante notar que uma das decisões é de relatoria do Ministro Mauro Campbell Marques, mais especificamente o Agravo Regimental em Agravo em Recurso Especial nº 659.008/2015<sup>31</sup>, em que trouxe uma argumentação condizente com o ponto levantado no Recurso Especial nº 1.837.704 de 2020, objeto de análise. Enquanto naquele o argumento foi utilizado para enfrentar qualquer hipótese de que a mera assinatura da promessa de compra e venda seria suficiente para incidir o ITBI, neste foi utilizado para demonstrar a necessária distinção entre os efeitos do registro do contrato de compra e venda dos efeitos do registro da alienação fiduciária, combatendo o argumento de bitributação levantado pelas requerentes. Conforme suas palavras em decisão de 2015:

EMENTA PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. SUPOSTA OFENSA AOS ARTIGOS 458 E 535 DO CPC. INEXISTÊNCIA DE VÍCIO NO ACÓRDÃO RECORRIDO. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. ITBI. FATO GERADOR. PROMESSA DE COMPRA E VENDA. NÃO INCIDÊNCIA. PRECEDENTES. SÚMULA. 83/STJ. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

“(...) é inviável a cobrança de encargos moratórios antes da concretização do registro definitivo de transmissão de propriedade do imóvel, sob pena de antecipação do próprio fato gerador do ITBI (...)”<sup>32</sup>

Portanto, assim como verificado para o STF, também é válido ressaltar que o STJ possui um entendimento consolidado neste sentido. Ao longo da decisão do Recurso Especial nº 659.008/2015, o Ministro Mauro Campbell Marques utiliza de diversas decisões do tribunal para

---

<sup>29</sup> Recurso Extraordinário com Agravo nº 798.241/RJ. Relatora: Ministra Cármen Lúcia, j.: 01.04.2014, DJe: 14.04.2014.

<sup>30</sup> Recurso Extraordinário com Agravo nº 805.859/RJ. Relator: Ministro Roberto Barroso, j.: 30.04.2014, DJe 06.05.2014.

<sup>31</sup> STJ. Acórdão Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 659.008/RJ. Segunda Turma Relator: Ministro Mauro Campbell Marques, DJ: 07.05.2015, DJe: 14.04.2015.

<sup>32</sup> *Ibidem*, p. 6.

sustentar seu entendimento, como o Recurso Especial nº 57.641/PE<sup>33</sup>, de relatoria da Ministra Eliana Calmon e o Recurso Especial nº 1.066/RJ<sup>34</sup>, de relatoria do Ministro Garcia Vieira.

Tanto no STF quanto o STJ, na medida de suas competências, assinalaram a incidência do ITBI quando há o registro do contrato de compra e venda, momento em que ocorre uma efetiva transferência da propriedade. Embora o Recurso Especial nº 1.844.279, objeto de análise, trate de uma promessa de compra e venda, o entendimento relevante a partir das decisões acima diz respeito ao reconhecimento de que há a incidência do imposto pelo registro do contrato original no cartório de imóveis, não procedendo a afirmação das recorrentes de que haveria uma bitributação decorrente do registro da compra e venda – ou da promessa de compra e venda mediante cumprimento das condições compactuadas - e das consequências da garantia da alienação fiduciária pelo fato de se tratarem de fatos jurídicos com naturezas bastante distintas, podendo por si só servirem como fato gerador para a incidência do ITBI e, portanto, de modo independente. Apesar disso, não se extingue aqui a possibilidade de examinar se é ou não devido o pagamento do ITBI pelo credor fiduciário em qualquer momento advindo do pacto de alienação fiduciária estabelecido nos contratos ou promessas.

Observam Marcelo Terra e José Guilherme Siqueira Dias<sup>35</sup>, no mesmo sentido que os julgados do STF e STJ, que a celebração de venda e compra de imóvel com alienação fiduciária se reveste de dois negócios jurídicos distintos, o primeiro sendo a própria compra e venda e o segundo a alienação fiduciária garantia, sendo, portanto, configurados “dois atos de registro, um para cada negócio”.

Seguindo a mesma linha de raciocínio, Luiz Paulo Lago Daló<sup>36</sup> traz a ideia de que “É importante salientar que, a despeito de os direitos reais nascerem de um acordo de vontade das partes, seus efeitos só se produzem após o registro do contrato de alienação fiduciária no cartório imobiliário competente, pois ‘é do registro que nasce o direito real, e não do contrato a ser registrado’”. Assim, é clara a dependência do registro para que o pacto de alienação fiduciária tenha o seu devido efeito pretendido pelas partes. Ademais, o mesmo autor demonstra que o instrumento

---

<sup>33</sup> Recurso Especial nº 57.641/PE. Relatora: Ministra Eliana Calmon, j.: 04.04.2000, DJ: 22.05.2000.

<sup>34</sup> Recurso Especial nº 1.066/RJ. Relator: Ministro Garcia Vieira. j.: 02.03.1994, DJ: 28.03.1994.

<sup>35</sup> TERRA, Marcelo; DIAS, José Guilherme Gregori Siqueira. O registro da venda e compra condicional celebrada juntamente com alienação fiduciária em garantia. In: SEGALLA, Alessandro et al. Alienação fiduciária de bens imóveis e outras garantias. Indaiatuba: Editora Foco, 2019. Kindle, posição: 2404.

<sup>36</sup> DALÓ, Luiz Paulo Lago. A alienação fiduciária de bens imóveis nas operações estruturadas via emissão de certificados de recebíveis imobiliários (CRI). Tese de Mestrado em Direito – Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas (EDESP). São Paulo, 2019, p. 65.

particular da alienação fiduciária possui suas próprias características previstas em Lei, na medida em que pode ser estabelecida mediante instrumento particular conforme o artigo 38 da Lei Federal nº 9.514. Dessa forma, por meio de suas particularidades, é necessário fazer uma distinção entre o registro do Contrato principal que conta com as prerrogativas da compra e venda do imóvel do instrumento que estabelece a alienação fiduciária:

O contrato de alienação fiduciária tem as seguintes características: (i) bilateralidade (gera obrigação para ambas as partes); (ii) acessoriedade (depende de uma obrigação principal); (iii) formalidade (é imprescindível que observem certos requisitos formais, quais sejam: instrumento escrito, público ou particular); e (iv) indivisibilidade (apenas a quitação integral o resolve).

Além dessas características e dos requisitos genéricos do artigo 104 do Código Civil (agente capaz, objeto lícito, possível, determinado ou determinável, e forma prescrita ou não defesa em lei), o contrato de alienação também deve conter as disposições estabelecidas no artigo 24 da Lei nº 9.514/1997 para sua validade e para que seja passível de registro no cartório de registro de imóveis<sup>37</sup>

Conforme apresentado, tanto autores de grande relevância quanto decisões de tribunais superiores circundam o conceito de “transmissão de propriedade” para discutir a incidência do ITBI em relações baseadas em contratos de compra e venda ou promessa de compra e venda. Para a análise da questão primordial, da incidência ou não do imposto no momento de consolidação da propriedade em nome do credor fiduciário, é preciso compreender o momento anterior, em que há o registro do pacto de alienação fiduciária constante no contrato de compra e venda ou promessa. Assim, se faz necessário elucidar o conceito de “transmissão de propriedade e demais direitos reais” na sua forma mais abstrata – ou seja, sem identificar um tipo específico de propriedade -, presente na CF e no CTN ao tratarem da instituição do ITBI, o que permitirá verificar se tal movimento jurídico ocorre já com o registro da garantia ou se apenas na consolidação em nome do credor.

Um primeiro aspecto de relevância, principalmente por se falar em tema tributário e na relação deste com o Direito Civil, é o artigo 110 do CTN, nem se quer mencionado pelos Ministros nas decisões objetos de análise. Tal disposição, ao fornecer um guia de interpretação dos conceitos advindos do direito civil para fins de instituição dos mais diversos fatos gerados, assevera que:

---

<sup>37</sup> DALÓ, Luiz Paulo Lago. A alienação fiduciária de bens imóveis nas operações estruturadas via emissão de certificados de recebíveis imobiliários (CRI). Tese de Mestrado em Direito – Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas (EDESP). São Paulo, 2019, p. 69

Art. 110. A lei tributária não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado, utilizados, expressa ou implicitamente, pela Constituição Federal, pelas Constituições dos Estados, ou pelas Leis Orgânicas do Distrito Federal ou dos Municípios, para definir ou limitar competências tributárias.

O conceito de “transferência de propriedade” ou “transmissão de direitos reais” – para adotar a terminologia constitucional do artigo 156, II e tributária do artigo 35, inciso II, ligada aos direitos reais previstos no artigo 1.225 do CC – não necessita de definição explícita pela Constituição Federal para que sirva de “limite de competência ao legislador ordinário”. O mais eficiente é que, assim como bem pontuado por Bruno Nogueira Rebouças e Lauro Ishikawa<sup>38</sup>, apenas se

[D]eduza o acolhimento do conceito a partir de uma interpretação conjunta dos dispositivos constitucionais que lhe podem dar embasamento, ou até partindo de uma norma em particular que implicitamente faça referência a determinado conceito, instituto ou forma subserviente a outra área das ciências jurídicas, enquadrando-se ela seja na esfera do direito público, seja na do privado

Vê-se que funciona, portanto, como um limite constitucional implícito.

Diante desta disposição, que traz à tona a supremacia constitucional em relação às demais legislações, não se pode ignorar o método mais plausível de interpretação dos significados dos conceitos constitucionais, ainda mais para o caso específico, em que “transmissão” ou “transferência” de propriedade e direitos reais advém de outros atos normativos. Conforme o princípio da máxima efetividade das normas constitucionais, fundamenta Canotilho<sup>39</sup> que “a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê”. Dessa forma, ao adentrar no conceito de “transmissão” previsto constitucionalmente para o ITBI, deve ser feita uma análise jurídica com base em um olhar histórico e prático da Constituição brasileira, vislumbrando uma acepção que não entre em conflito com a definição já presente e utilizada para caracterização dos diferentes atos jurídicos de transmissão. O resultado deste processo é a garantia de que a legislação ordinária tributária seguirá o conceito constitucionalmente estabelecido e, portanto, para o caso de cobrança do ITBI, o CTN não poderia trazer uma nova acepção capaz de redefinir o

<sup>38</sup> REBOUÇAS, Bruno Nogueira. ISHIKAWA, Lauro. Interpretação do art. 110 do CTN e a utilização de conceitos à luz dos institutos de direito privado. *Revista de Direito Privado*, vol. 66, 2016, p. 41.

<sup>39</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Lisboa: Almedina, 2003, p. 1224.

momento de incidência do imposto, ainda mais por não trazer uma especificação do termo em suas normas:

Admitir que a lei ordinária redefina conceitos utilizados por qualquer norma da Constituição é admitir que a lei modifique a Constituição. É certo que a lei pode, e deve reduzir a vaguidade das normas da Constituição, mas, em face da supremacia constitucional, não pode modificar o significado destas.<sup>40</sup>

Essa conclusão presente no trecho acima, inclusive, já foi levantada em sede de Recurso Extraordinário nº 390.840<sup>41</sup> no STF de relatoria do Ministro Marco Aurélio. Em seu voto, seguiu uma linha de pensamento bastante similar, entendendo que:

TRIBUTÁRIO – INSTITUTOS – EXPRESSÕES E VOCÁBULOS – SENTIDO.

“A norma pedagógica do artigo 110 do Código Tributário Nacional ressalta a impossibilidade de a lei tributária alterar a definição, o conteúdo e o alcance de consagrados institutos, conceitos e formas de direito privado utilizados expressa ou implicitamente. Sobrepõe-se ao aspecto formal o princípio da realidade, considerados os elementos tributários”

Feitas as devidas considerações a respeito do artigo 110 do CTN, deve ser trazida à tona a compreensão do conceito de “transmissão de propriedade e demais direitos reais” para fins de verificação de incidência do imposto com base no artigo 35 do mesmo diploma. O primeiro ponto que deve ser trazido à tona diz respeito à legislação civil, instrumento “implícito” para a definição constitucional do termo. Dessa forma o CC traz, em seus artigos 1.227 e 1.245 o seguinte:

Art. 1.227. Os direitos reais sobre imóveis constituídos, ou transmitidos por atos entre vivos, só se adquirem com o registro no Cartório de Registro de Imóveis dos referidos títulos (arts. 1.245 a 1.247), salvo os casos expressos neste Código”

Art. 1.245. Transfere-se entre vivos a propriedade mediante o registro do título translativo no Registro de Imóveis

§ 1º Enquanto não se registrar o título translativo, o alienante continua a ser havido como dono do imóvel.

<sup>40</sup> MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário*. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 80.

<sup>41</sup> Recurso Extraordinário 390.840/MG. Relator: Ministro Marco Aurélio, j.: 15.08.2006, DJ 15.11.2005.



§ 2 o Enquanto não se promover, por meio de ação própria, a decretação de invalidade do registro, e o respectivo cancelamento, o adquirente continua a ser havido como dono do imóvel.

Na medida em que a situação em questão é uma análise da aquisição de propriedade imóvel por meio do registro – e não do usucapião ou acessão e suas diversas modalidades –, deve-se ater às questões jurídicas que circundam o ato registral. Neste sentido e analisando a previsão do CC mencionada anteriormente, é possível se valer dos ensinamentos de Maria Helena Diniz<sup>42</sup> quanto a um aspecto histórico da relação entre o registro e a transmissão de propriedade e demais direitos reais e as influências atuais que o primeiro exerce sobre o segundo:

[O] registro público destinado ao assentamento de bens imóveis vem não só ganhando grande relevância na seara do direito civil e mercantil, na do direito público, pela sua estreita vinculação com a aquisição da propriedade imobiliário por ato inter vivos (CC, arts. 1.227, 1.245 e 1.247), pela confiança na sua exatidão, garantida pela fé públicas, mas também merecendo, por parte dos juristas e dos magistrados, análises mais profundas, pelos vários problemas que suscita e pela sua necessidade ou obrigatoriedade para resguardar a estabilidade do domínio, preservar a segurança jurídica e possibilitar a verificação estatal do direito de propriedade, controlando os atos praticados pelo titular no exercício de seus direitos, relativamente a outros titulares.

Ainda, sob a ótica de Ademar Fioranelli<sup>43</sup>:

A precisão do Registro Imobiliário no mundo dos negócios é vital para que nele existam, de forma irrepreensível, segurança e estabilidade, verdadeiros pilares que hão de sustentá-lo. Sem essas bases sólidas, os negócios imobiliários, via de regra vultuosos, estariam sujeitos a fraudes, prejuízos, decepções e irreparáveis danos aqueles que deles se valessem. Assim a segurança e a confiabilidade transmitidas pelo registro é que proporcionam a estabilidade nas relações entre os participantes dos múltiplos negócios realizados nessa área

Ademais, para identificar a relação entre a transferência de propriedade e o modelo registral adotado no Brasil, podemos utilizar dos apontamentos de Marco Aurélio Vianna<sup>44</sup>, o qual, inclusive, menciona diferenças para outros sistemas jurídicos:

Não é bastante o contrato, como no sistema francês, pelo qual o título é suficiente para produzir o efeito translativo. Não se confunde com o sistema alemão, porque neste se faz abstração da causa. Uma coisa é o negócio jurídico que cria a obrigação de transferir, e outra é aquele que transfere, que se opera pelo registro no Cartório de Registro Imobiliário.

<sup>42</sup> DINIZ, Maria Helena. *Sistemas de registros de imóveis*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

<sup>43</sup> FIORANELLI, Ademar. *Direito Registral Imobiliário*. Porto Alegre: IRIB, 2001, p. 384

<sup>44</sup> VIANNA, Marco Aurélio. *Comentários ao Novo Código Civil*. Volume XVI: dos direitos reais. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p.118.

No direito alemão temos o registro abstrato, porque a eficácia da transmissão da propriedade independe do contrato de compra e venda. O direito brasileiro adotou o sistema de registro substantivo, pelo qual o negócio jurídico repercute no registro.

Na mesma linha de pensamento, Maurício Barroso Guedes<sup>45</sup>, ao utilizar dos conhecimentos de Francisco Eduardo Loureiro<sup>46</sup>, traz um aspecto comparativo mais relacionado à eficácia dos direitos reais no ato de registro, mais especificamente sobre o direito de propriedade:

Nosso sistema de aquisição da propriedade e de outros direitos reais segue a tradição do Direito romano, exigindo título mais modo, consistente em uma providência suplementar que, somada ao título, prova a transmissão do direito real. Ao contrário do sistema francês, a propriedade sobre coisas imóveis adquiridas a título derivado não se transmite somente com o contrato (solo consensu), mas, ao contrário, exige o registro do título no registro imobiliário. Até o registro, o adquirente é mero credor do alienante. O registro é que converte o título, simples gerador de crédito, em direito real.

Além disso, nosso sistema de aquisição da propriedade é causal. O registro constitui a propriedade imobiliária, mas permanece vinculado ao título que lhe deu origem. Ao contrário do sistema alemão, no qual o registro sofre processo de depuração e se torna abstrato, em nosso sistema jurídico o registro não se desliga do título. Daí se extraem as duas marcas fundamentais do registro no nosso sistema jurídico: é constitutivo da propriedade e de outros direitos reais sobre coisa imóveis adquiridas a título inter vivos e derivado e é causal, pois se encontra ligado ao título que lhe deu origem.

Conforme observado nos artigos 1.227 e 1.245 do CC e nos trechos acima apresentados, essa intrínseca relação entre o registro e o direito real de propriedade e outros é inerente ao direito brasileiro. Desse modo e sob uma visão abstrata do conceito, considera-se transmitida a propriedade mediante registro do instrumento – que pode ser tanto o contrato de compra e venda quando o documento particular que institui a alienação fiduciária –, ficando o adquirente com o domínio ou a titularidade sobre o bem imóvel transferido.

Segundo o artigo 1.228 do CC, havendo a transmissão, o proprietário passa a ter o “a faculdade de dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha”. Utilizando do ato registral como indicativo de uma transmissão de propriedade, percebe-se uma análise do texto constitucional e do CTN bastante eficaz, seguindo tanto o padrão histórico quanto prático da legislação brasileira, fundamentando-se em um ato corriqueiro e de bastante protagonismo. É a partir desta definição que se pode analisar as

---

<sup>45</sup> GUEDES, Mauricio Barroso. Comprovação do recolhimento do ITBI: perante o tabelionato de notas ou do registro de imóveis? *Revista de Direito Imobiliário*, São Paulo, vol. 80, ano 39, jan.-jun. 2016, pp.79-100.

<sup>46</sup> PELUSO, Cezar (coord.). *Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência*: Lei n. 10.406, de 10.01.2002. 3. ed. Barueri: Manole, 2009. pp. 1202-1203.

consequências jurídicas do registro do pacto da alienação fiduciária, ainda mais observando que tanto a CF quanto o CTN, ao disporem sobre a incidência do ITBI sobre a transmissão de bens imóveis e de direitos reais, despreza a atividade – ou negócio jurídico - de quem realiza o ato de transferência, tornando o conceito abstrato mais fundamental para o presente estudo. Como bem observado por Luiza Fontoura da Cunha Brandelli e Marina Campelo<sup>47</sup>, uma interpretação diversa do sentido concedido pelo 1.227 do CC para a transmissão de um direito real seria uma possível afronta ao artigo 110 do CTN:

Isso porque não seria razoável exigir o registro para constituição do direito real e entender que, para a sua transmissão, o registro é dispensável. Até porque, por tratar-se de direito real a oponibilidade erga omnes exige a realização do registro, sendo o que permite a terceiros identificar a existência do direito.

### **5.3 Posições jurídicas assumidas e caracterização da propriedade com o registro da Alienação Fiduciária acessória ao Contrato Principal**

A partir do momento em que há o registro do pacto de alienação fiduciária de bens imóveis, a parte que antes era vendedora dentro do contrato de compra e venda torna-se credor fiduciário, enquanto a parte compradora passa a ser o devedor fiduciante, concedendo o imóvel adquirido em garantia até o pagamento devido das parcelas. Assim como destacado, as duas decisões recentes proferidas pelo STJ trouxeram como argumento que, no momento de registro da alienação fiduciária, não haveria a transmissão da propriedade ao credor fiduciário, mas somente a transferência – ou obtenção - de um “direito real de garantia”, o qual, uma vez abarcado pelas exceções constitucionais e infraconstitucionais de incidência de ITBI, não demandariam nenhum pagamento por parte do credor, diferente do momento da consolidação da propriedade.

O ponto de foco dos requerentes consiste na afirmação de que, a partir do registro da alienação fiduciária do bem imóvel, já haveria uma “transferência de propriedade”. Iniciando pela análise de autores que estudaram o instituto da alienação fiduciária, ainda que nos casos específicos os requerentes não tenham apontado uma violação legal, Rodrigo Antonio Dias e Isabella Muller Lins de Albuquerque Jordan<sup>48</sup> chamam a atenção à terminologia legal utilizada pelo Código Civil

<sup>47</sup> BRANDELLI, Luiza Fontoura da Cunha; CAMPELO, Marina. O ITBI na cessão dos compromissos de compra e venda de bens imóveis. *Revista de Direito Imobiliário*, vol. 82, 2017, p. 89.

<sup>48</sup> DIAS, Rodrigo Antonio; JORDAN, Isabella Muller Lins de Albuquerque. Não incidência de ITBI na consolidação da propriedade em alienação fiduciária. In: LEVY, Wilson; ALMEIDA, Marcelo Manhães de. *Direito Imobiliário e Urbanístico: temas atuais*. 7. ed. Indaiatuba: Editora Foco, 2009, p. 204

(CC). Segundo seus entendimentos, o artigo 1.361<sup>49</sup> do diploma normativo, ao tratar do instituto da alienação fiduciária, é claro ao afirmar que se constitui a propriedade fiduciária com o registro do pacto de alienação fiduciária, momento em que o devedor “transfere” ao credor a propriedade resolúvel de coisa móvel infungível. Acrescentam que não somente a legislação que regula o instituto em si, mas também a própria Lei Federal nº 9.514, que estabelece a disciplina da alienação fiduciária sobre bens imóveis, traz uma prerrogativa em sentido semelhante, principalmente ao atrelar o registro da garantia à constituição da propriedade fiduciária. Portanto, por meio do sentido literal da Lei e da constituição da “propriedade fiduciária”, que se daria apenas mediante transferência do devedor para o credor da propriedade resolúvel, haveria evidências legais de que neste momento já teria ocorrido uma “transmissão de propriedade”.

Outros atores, na própria definição do que seria o instituto da alienação fiduciária se valem do termo “transferência”, sinalizando que é uma garantia que “consiste na transferência feita pelo devedor ao credor da propriedade resolúvel e da posse indireta de um bem infungível (CC, art. 1361) ou de um bem imóvel (Lei 9.514/97, arts. 22 a 33), como garantia de seu débito, resolvendo-se o direito do adquirente com o adimplemento da obrigação, ou melhor, com o pagamento da dívida garantida”<sup>50</sup>. Também leciona Fábio Rocha Pinto e Silva<sup>51</sup> que “de acordo com o artigo 22 da Lei 9.514/1997, é o negócio jurídico pelo qual o devedor ou fiduciante, com o escopo de garantia, contrata a transferência ao credor, ou fiduciário, da propriedade resolúvel de coisa imóvel (...)”.

O estudo do próprio instituto da alienação fiduciária, em sintonia com as definições acima apresentadas, já permite a compreensão de que o devedor fiduciante não mais pode ser considerado proprietário do bem cedido em garantia no momento de registro do pacto da alienação fiduciária. Conforme bem observado por Luiz Paulo Lago Daló<sup>52</sup>:

[O] fiduciante não pode dispor da coisa, já que ela não mais lhe pertence até que se cumpra sua obrigação. Segundo Orlando Gomes, ‘se o fiduciante conservasse o poder jurídico de dispor da coisa, o fiduciário correria o risco de ser privado, de um momento para outro, da própria garantia. [...] conquanto aliene o bem para fim de garantia, dispõe efetivamente

<sup>49</sup> Código Civil de 2002. Artigo 1.361. Considera-se fiduciária a propriedade resolúvel de coisa móvel infungível que o devedor, com escopo de garantia, transfere ao credor.

<sup>50</sup> DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

<sup>51</sup> SILVA, Fábio Rocha Pinto. *Garantias hipotecárias e fiduciária imobiliária em contratos não habitacionais: limites da sua aplicação prática e inadequação do direito positivo*. Tese de Mestrado em Direito – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). São Paulo, 2013, p. 81.

<sup>52</sup> DALÓ, Luiz Paulo Lago. *A alienação fiduciária de bens imóveis nas operações estruturadas via emissão de certificados de recebíveis imobiliários (CRI)*. Tese de Mestrado em Direito – Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas (EDESP). São Paulo, 2019, p. 65.

do seu direito de propriedade, que sai, sem contestação de seu patrimônio’, ou seja, não poderia ser o devedor considerado detentor da propriedade sob condição suspensiva, mas sim titular do direito expectativo.

Ainda acrescenta, no mesmo sentido, que<sup>53</sup>:

Nesses termos, ‘o pacto adjeto de alienação fiduciária tem o escopo de gerar a mais eficaz garantia real, que é a propriedade fiduciária, para o credor da obrigação’, sendo a funcionalidade da propriedade fiduciária “a possibilidade de satisfação do crédito através da coisa separada do patrimônio do alienante no caso de inadimplemento.

Buscando maior simetria com os argumentos levantados nas decisões objetos de análise, principalmente sobre o momento de registro do pacto de alienação fiduciária, podemos utilizar do ensinamento de Afranio Dantzer<sup>54</sup>:

Uma vez registrada na matrícula imobiliária a propriedade fiduciária em nome do credor, o imóvel é inquestionavelmente subtraído do patrimônio do fiduciante e passa a compor um patrimônio de afetação pertencente exclusivamente ao credor, patrimônio este que só se extinguirá mediante o pagamento integral da dívida por ele garantida e, como tal, em hipótese alguma poderá responder por dívida que o fiduciante eventualmente ostente perante terceira pessoa, diversa da do credor fiduciário

Seguindo pela linha de Orlando Gomes<sup>55</sup>, o autor ainda traz a ideia de que “o propósito real do fiduciário é obter uma titularidade que o assegure quanto ao recebimento do que emprestou ou financiou”. Ou seja, além de ser um modelo de garantia no qual o patrimônio do devedor é subtraído da propriedade que é dada em garantia, trata-se de um instituto em que o credor fiduciário se torna efetivo dono da propriedade resolúvel. Ainda que a propriedade resolúvel, a ser melhor explorada, se diferencie em determinados aspectos em relação à propriedade plena, é inegável que ela é recebida pelo credor por meio de um processo de transmissão do objeto garantido. Recorrendo à análise de Luiz Paulo Lago Daló<sup>56</sup>:

Na medida em que o devedor transfere ao credor a propriedade resolúvel do imóvel até que a dívida seja paga, fica claro que essa modalidade de alienação se caracteriza pela temporariedade e pela transitoriedade. O credor adquire o imóvel não com o propósito de mantê-lo como propriedade sua, em caráter perpétuo e exclusivo, mas para se garantir, mantendo-o sob seu domínio até que o devedor fiduciante pague a dívida, e só até aí.

<sup>53</sup> DALÓ, Luiz Paulo Lago. *A alienação fiduciária de bens imóveis nas operações estruturadas via emissão de certificados de recebíveis imobiliários (CRI)*. Tese de Mestrado em Direito – Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas (EDESP). São Paulo, 2019, p. 62

<sup>54</sup> DANTZER, Afrânio Carlos Camargo. *Alienação fiduciária de bens imóveis*. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 83.

<sup>55</sup> GOMES, Orlando. *Alienação fiduciária em garantia*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975, p. 72.

<sup>56</sup> DALÓ, Luiz Paulo Lago. *Op. cit.*, p. 61.

Ao discorrer sobre os efeitos do registro da alienação fiduciária, Fábio Rocha Pinto e Silva é enfático ao mencionar que “com o registro do título que institui a alienação fiduciária o credor recebe em garantia a propriedade do imóvel, passando a ser seu proprietário, ainda que em caráter resolúvel”<sup>57</sup>. Portanto, nota-se uma linha dos autores mencionados de considerarem efeito não apenas do instituto, mas também de seu registro o fato da propriedade resolúvel ser transferida para o credor fiduciário. Questões relativas à subtração da propriedade do devedor fiduciante, já foram, inclusive, objetos de decisões no STJ e TJ/SP como bem observado por Luiz Paulo Daló<sup>58</sup>:

Processual Civil. Penhora. Alienação Fiduciária. Contrato. Direitos. Possibilidade. Inteligência do artigo 655, XI, do CPC.

O bem alienado fiduciariamente, por não integrar o patrimônio do devedor, não pode ser objeto de penhora. Nada impede, contudo, que os direitos do devedor fiduciante oriundos do contrato sejam constrictos”<sup>59</sup>

“Pleito de penhora sobre a unidade condominial. Inadmissibilidade. Imóvel adquirido por meio de financiamento com alienação fiduciária. Titular da propriedade fiduciária que não figura no polo passivo da execução. Agravo Improvido.

Tratando-se de imóvel adquirido por meio de financiamento com alienação fiduciária, a titularidade do domínio é da credora fiduciária, que não integra o polo passivo da execução. Viável tão somente a incidência da constrição sobre o direito eventual resultante do negócio, de que é titular o devedor fiduciante, ora executada [...]

A partir das constatações relativas ao instituto da alienação fiduciária dos autores elencados anteriormente, é preciso que outras duas questões sejam colocadas em pauta: (i) a caracterização de uma propriedade resolúvel e da propriedade fiduciária, bem como a interação entre os conceitos, verificando se a propriedade fiduciária seria uma espécie de resolúvel; e (ii) se a transferência de uma propriedade fiduciária está abarcada pelo conceito abstrato de “transferência de propriedade” definido em momento anterior ou se trata apenas de uma “transferência de um direito real de garantia” sustentado pelos ministros nas decisões analisadas. Apesar das constatações sobre o próprio instituto da alienação fiduciária já demonstrarem que ocorre um ato de transmissão no momento de registro da garantia, levando à redução patrimonial do devedor e à caracterização do

<sup>57</sup> SILVA, Fábio Rocha Pinto e. Garantias hipotecárias e fiduciária imobiliária em contratos não habitacionais: limites da sua aplicação prática e inadequação do direito positivo. Tese de Mestrado em Direito – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). São Paulo, 2013, p. 89

<sup>58</sup> DALÓ, Luiz Paulo Lago. A alienação fiduciária de bens imóveis nas operações estruturadas via emissão de certificados de recebíveis imobiliários (CRI). Tese de Mestrado em Direito – Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas (EDES). São Paulo, 2019, pp. 68-69

<sup>59</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.171.341/DF. Quarta Turma. Ministra Maria Isabel Gallotti, j: 06.12.2011, DJe 14.12.2011.

credor como dono, a análise do objeto transferido, no que diz respeito à sua qualidade, permite que se tenha maior concretude a respeito do ato jurídico observado, podendo ser feita a devida comparação com o conceito já definido de maneira abstrata de “transmissão de propriedade”.

Sobre o ponto (i) assinalado anteriormente, há de ser feita uma relação entre o conceito de “propriedade resolúvel” e “propriedade fiduciária.

Iniciando pela “propriedade resolúvel”, muito se fala sobre a característica da perpetuidade como qualidade essencial ao direito de propriedade, na medida em que a presença de tal elemento seria fundamental para a possibilidade de o titular exercer a totalidade de seus direitos e gozos a sua disposição. Nas palavras de Indaga Aderbal Cunha Gonçalves, porém, a irrevogabilidade da propriedade não seria parte de sua essência, mas sim, “elemento atribuído à sua natureza”<sup>60</sup>, contrariando disposições como o artigo 1.228 do CC<sup>61</sup>, que traz as ideias de eternidade e não limitação dos direitos que o proprietário pode exercer sobre o bem. Assim, embora o direito à propriedade se inicie por meio do caráter da perpetuidade, a transitoriedade do direito não impede que haja uma identificação do direito, tal como ocorre na propriedade resolúvel.

Além da “propriedade resolúvel” bem definida no artigo 1.359 do Código Civil<sup>62</sup>, existem outros tipos de propriedades no próprio diploma normativo que trazem uma denotação distinta da perpetuidade como requisito intrínseco, mais especificamente a “propriedade revogável” prevista no artigo 1.360, que condiciona o fim da propriedade a uma causa superveniente. Para o caso da “propriedade resolúvel”, portanto, o domínio pode ser exercido excepcionalmente de modo limitado no tempo, “subordinando-se a uma condição resolutiva ou termo final, contidos no próprio título originador da propriedade”. Uma clara definição de “propriedade resolúvel” pode ser extraída dos ensinamentos de Clovis Beviláqua<sup>63</sup>: “É a que, no próprio título de sua constituição, encerra o princípio que tem de extinguir, realizada a condição resolutória, ou advindo o termo, seja por força de declaração, seja por determinação de lei”.

---

<sup>60</sup> GONÇALVES, Aderbal da Cunha. *Da propriedade resolúvel: sua projeção na alienação fiduciária em garantia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979, p.89

<sup>61</sup> Código Civil de 2002. Artigo 1.228: O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.

<sup>62</sup> Código Civil de 2002. Artigo 1.359: Resolvida a propriedade pelo implemento da condição ou pelo advento do termo, entendem-se também resolvidos os direitos reais concedidos na sua pendência, e o proprietário, em cujo favor se opera a resolução, pode reivindicar a coisa do poder de quem a possua ou detenha.

<sup>63</sup> BEVILÁQUA, Clovis. *Direito das Coisas*. Volume 1. 3. ed. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1951, p.264.

Em consonância com o entendimento de Indaga Aderbal Cunha Gonçalves, expressa Marco Aurélio Bezerra de Melo que existem exceções ligadas à perpetuidade do imóvel que, de alguma forma, retiram o direito do titular diante de uma condição ou termo resolutivo, mas enquanto tais fatos não forem vislumbrados, “o titular do bem concentra todos os poderes decorrentes de sua titularidade”<sup>64</sup>. Assim, em sua definição, acredita que a propriedade resolúvel pode ser definida como uma propriedade atípica, na medida em que é limitada temporariamente. De maneira bastante similar, também argumenta Washington de Barros Monteiro<sup>65</sup> um “domínio de natureza especial”, possuindo um caráter peculiar e distinto das demais formas dominiais.

De tudo que foi levantado anteriormente, Ivandro Ristum Trevelim<sup>66</sup> propõem que a propriedade resolúvel se diferencia das demais apenas pela limitação temporal, pois, ainda que se tenha a condição resolutiva, o proprietário poderá dispor e reivindicar de quem injustamente possui, da mesma maneira que quaisquer outros proprietários qualificados legalmente. Acrescenta ainda que a limitação temporal não é capaz de transgredir qualquer preceito clássico das propriedades, pois “seu fim está contido no próprio título que a originou” e, uma vez sujeito ao Registro Imobiliário, adquirirá presunção de publicidade frente a terceiros. Outros autores seguem a mesma linha de raciocínio na qualificação da propriedade resolúvel em comparação com a propriedade plena. Neste sentido, Maria Helena Diniz afirma que<sup>67</sup> “[a] pesar de ser revogável seu domínio, o proprietário pode agir como se fosse um proprietário pleno, dado que há limitação apenas na duração de seu direito, que depende da ocorrência ou não de um fato futuro, que pode ser certo ou incerto”.

Para fins de análise das recentes decisões do Superior Tribunal de Justiça é preciso esclarecer o conceito de “propriedade fiduciária”, presente tanto no CC quanto na Lei Federal nº 9.514, observando sua ligação com os elementos levantados anteriormente para qualificar uma propriedade resolúvel. Para tal, inicia-se a análise pela relação entre os conceitos de “propriedade resolúvel” definida no Código Civil e “propriedade fiduciária” definida, principalmente, por meio da Lei Federal nº 9.514. De acordo com as explicações de Melhim Chalhoub<sup>68</sup>, a propriedade

---

<sup>64</sup> MELO, Marco Aurélio Bezerra de. *Curso de Direito Civil*. Volume 5. Direito das coisas. São Paulo: Atlas, 2015, pp. 273-275.

<sup>65</sup> MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. Volume 3. 41. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 245.

<sup>66</sup> TREVELIM, Ivandro Ristum. Revisitando a natureza jurídica da alienação fiduciária de bens imóveis. In: LEVY, Wilson; ALMEIDA, Marcelo Manhães de. *Direito Imobiliário e Urbanístico: temas atuais*. 7. ed. Indaiatuba: Editora Foco, 2019, p. 159.

<sup>67</sup> DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. Volume 4. 19. ed. São Paulo. Saraiva, 2004, p.325.

<sup>68</sup> CHALHUB, Melhim Namem. *Alienação fiduciária: negócio fiduciário*. 5. ed.. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 29.



fiduciária tem por finalidade “viabilizar a transmissão da propriedade como meio de proteger mais eficazmente o crédito, não só mediante rápida recomposição das situações de mora, como também por afastar da concorrência créditos preferenciais”. Neste sentido, de maior proteção ao credor, observa-se que o fiduciário adquire a propriedade tão somente para garantir o crédito, sendo considerada nada mais que uma propriedade resolúvel, ou, em outras palavras<sup>69</sup>:

[U]ma propriedade limitada, porque subordinada a condição resolutiva (o pagamento do débito pelo devedor), motivo por que, se o credor, antes de ocorrida a condição, a transmitir a terceiro, este a adquirirá também como propriedade resolúvel, perdendo-a para o devedor, se a dívida for solvida

Pode-se afirmar, nestes termos, que a propriedade fiduciária seria uma forma de propriedade resolúvel nos termos definidos no CC. Estabelece Luiz Paulo Lago Daló<sup>70</sup>, que a propriedade fiduciária “É uma espécie de propriedade resolúvel limitada pelas restrições impostas por seu próprio conteúdo em relação à finalidade pela qual foi constituída e no prazo previamente estabelecido para cumprimento da obrigação principal”. Estas limitações da propriedade fiduciária, por força do instituto da alienação fiduciária, estariam ligadas ao fato de que se encontra dentro do escopo de um modelo de “garantia que se reveste das condições necessárias para propiciar rápida recomposição de situações de mora e, conseqüentemente, manter a regularidade dos fluxos financeiros necessários para atender os compromissos com os investidores e a demanda por novos financiamentos”.

Em outras análises, chega-se a cogitar a possibilidade da propriedade fiduciária ser uma subespécie de propriedade resolúvel, na medida em que, ao pressupor a criação de um patrimônio de afetação no momento de sua constituição, estaria isolada do patrimônio do credor e, portanto, seria ainda mais limitada que a propriedade definida nos termos do Código Civil. Raphael M. Martins<sup>71</sup>, por exemplo, defende a distinção entre os conceitos, afirmando que “propriedade fiduciária e propriedade resolúvel não são termos intercambiáveis, sendo antes duas espécies distintas do gênero propriedade limitada”. Ainda assim, é nítida a similaridade ou quase igualdade entre a propriedade fiduciária e a propriedade resolúvel, tanto que o legislador acabou por empregar

<sup>69</sup> DALÓ, Luiz Paulo Lago. A alienação fiduciária de bens imóveis nas operações estruturadas via emissão de certificados de recebíveis imobiliários (CRI). Tese de Mestrado em Direito – Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas (EDESP). São Paulo, 2019, p. 56.

<sup>70</sup> Ibidem, p. 58.

<sup>71</sup> MARTINS, Raphael M. Análise da “aclimatação” do trust ao direito brasileiro: o caso da propriedade fiduciária. *Revista do Direito Privado*, nº 42, 2013, p. 252

os termos como sinônimos na caracterização da propriedade detida pelo credor fiduciário. Além disso, o artigo 1.367 levantado pelos Ministros para qualificação da propriedade fiduciária como “direito real de garantia” traz simplesmente o fato de esta não poder ser qualificada como propriedade plena para fins legais, mas nada impede que possa ser vislumbrada como uma propriedade limitada, adentrando no âmbito dos direitos de propriedade. Os direitos reais de garantia são definidos no artigo 1.491 do Código Civil, não englobando a propriedade fiduciária: “[n]as dívidas garantidas por penhor, anticrese ou hipoteca, o bem dado em garantia fica sujeito, por vínculo real, ao cumprimento da obrigação”.

Por meio da análise sobre o que seria a propriedade fiduciária, depreendem-se duas hipóteses de qualificação jurídica. A primeira, já elucidada anteriormente, estaria associada a uma “propriedade limitada” – ou, mais especificamente, uma “propriedade resolúvel” – sendo considerada, portanto, uma propriedade no sentido amplo para fins de caracterização de transmissão abstrata estabelecido nos termos do artigo 156, II da CF e 35 do CTN, assumindo o credor fiduciário um direito sobre coisa própria ou, com maior consonância em relação ao artigo 1.225 do CC que define os direitos reais, um direito de propriedade sobre o bem cedido em garantia, distinguindo-se do direito sobre uma propriedade plena somente pela condição resolutiva e pela finalidade de garantia inerente à propriedade fiduciária. A segunda, por sua vez, estaria ligada a um “direito real em garantia”. Em nenhum dos casos aplica-se o entendimento dos magistrados nas decisões, de que seria um “direito real de garantia”, transferido ao credor fiduciário no momento de registro da garantia.

Para a devida distinção entre uma “transmissão de propriedade” e uma “transferência de direito real de garantia”, pode-se utilizar dos ensinamentos de Fábio Ulhoa Coelho<sup>72</sup>. O autor salienta a importância terminológica, de distinguir o que seria “direito real de garantia” e “direito real em garantia”. O primeiro, na sua visão, consiste em “onerar bem da propriedade do devedor”, enquanto o segundo consiste em “onerar bem da propriedade resolúvel do credor”. Desta conceptualização, retira-se o entendimento do STJ nas duas decisões analisadas, ao afirmarem que o ato de registro do pacto de alienação fiduciária leva apenas à “transmissão de um direito real de garantia”, ou seja, é transferido ao credor fiduciário um direito sobre coisa alheia, não sendo considerado proprietário do bem imóvel.

---

<sup>72</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Civil*. Volume 4. 28. ed. São Paulo. Saraiva, 2016, p. 239.

Como já dito, a ideia de transmissão de um direito real de garantia defendida pelo STJ não se enquadraria nas qualificações jurídicas para a propriedade fiduciária. Na medida em que já reforçado o fato de se tratar de uma propriedade limitada, sendo, portanto, adquirido um direito sobre coisa própria pelo credor fiduciário, resta avaliar a sua qualificação como direito real em garantia. Ainda que minoritariamente defendida, tal tese se apresenta, por exemplo, nos ensinamentos de Moreira Alves<sup>73</sup>, quem defende o fato da propriedade fiduciária não se equiparar aos termos da propriedade resolúvel apresentada pelo Código Civil, propondo que aquela “não se enquadraria em nenhuma das categorias dogmáticas existentes nos direitos das coisas”. Assim, de acordo com o autor, na medida em que constituída por lei e para atender a uma necessidade econômica específica, a propriedade fiduciária poderia ser qualificada como “direito real típico dado em garantia”. Ainda assim, uma constatação como esta vem do pressuposto de que a propriedade fiduciária é ainda mais limitada que a propriedade resolúvel definida nos termos do CC, mas que a caracterização como “direito real em garantia” parte da observação de que “os direitos reais podem ser utilizados como garantia a um crédito, mediante a celebração de um dos negócios fiduciários de tipo romano ou germânico”<sup>74</sup>. Ou seja, ainda que atípica, a caracterização trazida por Moreira Alves para a propriedade fiduciária tem como premissa de análise um direito real, que é a propriedade e, dentro de suas limitações, principalmente em decorrência de sua finalidade de garantia, compreende-se dentro de uma categoria ainda mais específica dos direitos das coisas, especialmente da propriedade.

O entendimento de Moreira Alves é seguido por outros autores, que se baseiam na “redução do conteúdo do direito de propriedade” para a qualificação da propriedade fiduciária. Interessante notar que tal percepção, apesar de ser mais recente e pouco vislumbrada doutrinariamente, demonstra divergência em relação à definição dos Ministros do STJ nas decisões objetos de análise, na medida em que está em sintonia com o direito de propriedade em detrimento ao direito real de

---

<sup>73</sup> ALVES, José Carlos Moreira. Da alienação fiduciária em garantia. São Paulo: Saraiva, 1973, p.163. Essa posição adotada pelo autor se diferencia das mais tradicionais, como a de Orlando Gomes, que entendia a propriedade fiduciária como uma propriedade limitada sub conditione, em razão de seu aspecto resolúvel, sendo propriedade limitada por ser resolúvel.

<sup>74</sup> TREVÉLIM, Ivandro Ristum. Revisitando a natureza jurídica da alienação fiduciária de bens imóveis. In: LEVY, Wilson; ALMEIDA, Marcelo Manhães de. *Direito Imobiliário e Urbanístico: temas atuais*. 7. ed. Indaiatuba: Editora Foco, 2019, p. 164

garantia. Sendo assim, para melhor clareamento da ideia, pode-se utilizar das palavras de Frederico Henrique Viegas<sup>75</sup> apresentadas por Ivandro Trevelim:

[A] exemplo que ocorre na propriedade fiduciária mobiliária, na sua versão imobiliária, a redução do conteúdo do direito de propriedade subsiste, enquanto perdurar o escopo de garantia. O delineamento do direito do credor fiduciário como direito diminuído, unicamente atua em sua esfera de soberania, sendo indispensável para a manutenção da propriedade e ao atendimento do princípio que impede a existência do pacto comissório [...]<sup>76</sup>

Neste momento é cabível se utilizar dos ensinamentos de Luiz Paulo Lago Daló<sup>77</sup> para elucidar a distinção entre a propriedade fiduciária e a alienação fiduciária, como forma de analisar o entendimento das decisões objetos de análise:

Em síntese, a alienação fiduciária nada mais é que o contrato que serve de causa à transferência resolúvel da propriedade. Isso porque ela supõe a transferência da propriedade com escopo de garantia por meio de um negócio jurídico obrigacional – um contrato que instrumentaliza o negócio pretendido – que só produz efeitos entre as partes contratantes. Assim, trata-se de um “negócio translativo vinculado a negócio obrigacional, com eficácia subordinada ao adimplemento da obrigação assumida, no contrato, pelo fiduciante.

A propriedade fiduciária, por sua vez, seria nada mais que a garantia cedida mediante este instrumento e que garante a sua viabilidade. Dessa forma, verifica-se que a alienação fiduciária de bens imóveis parte de uma premissa contida nos direitos reais de garantia ao onerar, por meio de um ato contratual, bem inicialmente o patrimônio do devedor com o fim de salvaguardar o credor de um possível inadimplemento, mas, para fins de observação de incidência do ITBI, deve ser feito um direcionamento para a “propriedade fiduciária” que, uma vez que apesar de ser qualificada

<sup>75</sup> LIMA, Frederico Henrique Viegas. *Da alienação fiduciária em garantia de coisa imóvel*. 2. ed. Curitiba: Juruá Editora, 2006, p. 95.

<sup>76</sup> Ivandro Trevelim, ao analisar tal trecho, chega à conclusão de que se pode “considerar a propriedade fiduciária uma nova espécie de propriedade limitada, sendo esta limitação imposta pela Lei, com a finalidade de ser utilizada em garantia, consistindo em ‘propriedade resolúvel e limitada pela lei para atender ao escopo da garantia para a qual foi criada’. Neste sentido, o credor é sempre titular da propriedade fiduciária, restrita pela constrição legal, para ser usada com a finalidade de garantia” (TREVELIM, Ivandro Ristum. *Revisitando a natureza jurídica da alienação fiduciária de bens imóveis*. In: LEVY, Wilson; ALMEIDA, Marcelo Manhães de. *Direito Imobiliário e Urbanístico: temas atuais*. 7. ed. Indaiatuba: Editora Foco, 2019, p. 167).

<sup>77</sup> DALÓ, Luiz Paulo Lago. *A alienação fiduciária de bens imóveis nas operações estruturadas via emissão de certificados de recebíveis imobiliários (CRI)*. Tese de Mestrado em Direito – Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas (EDESP). São Paulo, 2019, p. 56.

como propriedade limitada – ou resolúvel, aderindo ao termo utilizado pela Lei que institui a alienação fiduciária de bens imóveis - e distinta da plena apenas em relação ao caráter resolúvel, seria transmitida ao credor fiduciário por meio do registro do pacto da alienação fiduciária, passando este a ser titular da coisa, ainda mais pensando no sentido legal atribuído pelo CTN em seu artigo 35, de não verificar o ato jurídico realizado para a existência de uma “transmissão”. Tal compreensão não é aderida nas decisões objetos de análise.

Em relação ao item (ii) assinalado anteriormente cabe avaliar mais profundamente se a propriedade fiduciária, prevista na Lei Federal nº 9.514, é transmitida na forma de uma propriedade limitada/resolúvel já definido ou se seria uma mera transferência de direito real de garantia como defendido nas duas decisões objetos de análise.

Seguindo por esta análise e alinhando os conceitos apresentados de “transmissão de propriedade” com “propriedade fiduciária” – no sentido de ser uma propriedade limitada/resolúvel dando ao credor um direito real sobre coisa própria previsto no artigo 1.225, inciso I, do CC – , pode-se realizar uma comparação da alienação fiduciária com os demais direitos reais de garantia, como o penhor, a anticrese e a hipoteca, principalmente sobre as posições jurídicas assumidas pelo credor e o devedor com o surgimento da garantia. Enquanto nas garantias mencionadas, o credor torna-se apenas o titular do penhor, da anticrese ou da penhora, permanecendo o devedor como proprietário da coisa garantida, a situação é distinta quando se está diante de uma alienação fiduciária. Nas palavras de José Moreira Alves<sup>78</sup>:

Enquanto o penhor, a caução, a anticrese e a hipoteca são direitos reais de garantia constituídos na coisa alheia, já que o devedor pignoratício, anticrético ou hipotecário continua dono do bem dado em segurança, na alienação fiduciária ele transfere a sua propriedade ao credor.

E ainda, conforme Luiz Paulo Lago Daló<sup>79</sup>, com base nos ensinamentos de Orlando Gomes<sup>80</sup>:

É importante destacar que, enquanto o penhor, a caução, a anticrese e a hipoteca são direitos reais de garantia pelos quais o devedor permanece com a propriedade do bem, na alienação fiduciária, ele transfere sua propriedade ao credor, passando este a ser o titular do bem sob condição resolutiva – denominada propriedade resolúvel

<sup>78</sup> ALVES, José Carlos Moreira. Da alienação fiduciária em garantia. São Paulo: Saraiva, 1973, p. 136.

<sup>79</sup> DALÓ, Luiz Paulo Lago. A alienação fiduciária de bens imóveis nas operações estruturadas via emissão de certificados de recebíveis imobiliários (CRI). Tese de Mestrado em Direito – Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas (EDESP). São Paulo, 2019, p.63

<sup>80</sup> GOMES, Orlando. *Direitos reais* [formato Kindle]. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, s.p.

De grande validade também é a diferenciação feita por Leonardo Brandelli<sup>81</sup> entre o instituto da alienação fiduciária e a hipoteca. De acordo com seus fundamentos,

[A] propriedade imobiliária fiduciária em garantia, ao contrário, é direito real sobre coisa própria, na medida em que aqui o devedor transmite a propriedade para o credor, com escopo de garantia. Há uma segregação patrimonial decorrente do adimplemento do negócio fiduciário. O devedor deixa de ser proprietário, passando a ser titular de um direito real expectativo.

Realizando a mesma distinção, podemos utilizar novamente dos ensinamentos de Fábio Rocha Pinto e Silva<sup>82</sup>:

A natureza da alienação fiduciária se diferencia da hipoteca uma vez que esta é direito real sobre coisa alheia, enquanto a propriedade fiduciária é um direito do credor sobre coisa própria, ainda que com escopo de garantia, conforme Melhim N. Chalub, acrescentando que ‘o credor torna-se titular do domínio resolúvel sobre a coisa objeto de garantia, permanecendo sob seu domínio até que o devedor pague a dívida.

Mediante todas as considerações sobre o conceito de propriedade fiduciária e o entendimento de certas decisões e autores sobre o instituto da alienação fiduciária no momento em que há o registro do pacto de alienação fiduciária, se torna necessário analisar se a transmissão da propriedade fiduciária com o registro da garantia se relaciona com o conceito abstrato de “transmissão de imóvel” já levantado.

Neste sentido, como o entendimento de que a propriedade fiduciária poderia ser um “direito real em garantia” é menos vislumbrado na doutrina, adota-se a propriedade fiduciária como uma propriedade limitada, se assimilando a uma propriedade resolúvel definida no CC, garantindo ao credor um direito sobre coisa própria. Ressalta-se, novamente, que ambas as definições apresentadas refutam o conhecimento que está sendo consolidado pelo STJ nas decisões objetos de análise. Embora a alienação fiduciária, como instituto, tenha a premissa de um direito real de garantia, o enfoque necessário deve ser na propriedade fiduciária e sua qualificação que, uma vez registrada sua constituição, é transmitida na forma de coisa própria ao credor fiduciário.

---

<sup>81</sup> BRANDELLI, Leonardo. *Alienação Fiduciária de Bens Imóveis*. Operações Imobiliárias – Estruturação e tributação. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 86.

<sup>82</sup> SILVA, Fábio Rocha Pinto e. Garantias hipotecárias e fiduciária imobiliária em contratos não habitacionais: limites da sua aplicação prática e inadequação do direito positivo. Tese de Mestrado em Direito – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). São Paulo, 2013, p. 81.

Dessa forma, sobre a atenção à propriedade fiduciária e não ao instituto que a constitui, pode-se observar uma clara simetria com o conceito abstrato de “transferência de propriedade” já definido. Na medida em que a legislação brasileira atrelou a transferência da propriedade ao registro, o ato registral destinado à publicidade da alienação fiduciária seria suficiente para demonstrar que há uma transmissão ao credor fiduciário, mesmo que seja de uma propriedade limitada, ainda mais observando as consequências jurídicas, em que passa a ser titular da coisa garantida, saindo esta do patrimônio do devedor. Novamente, tanto a CF quanto o CTN não atrelam o ato de transmissão do direito real de propriedade a um negócio jurídico específico e, portanto, ainda que a propriedade fiduciária seja diferente da plena pelos motivos já elencados, é a existência do registro que configura a transmissão, se coadunando com a previsão do artigo 110 do CTN.

Como observado, diversos autores apresenta um entendimento significativo no sentido de considerar transferida a propriedade com o surgimento da propriedade fiduciária através do registro da alienação fiduciária. Adentrando nas decisões presentes no próprio STJ, podem ser observadas argumentações que, ainda que não tratem especificamente sobre o assunto, trouxeram a argumentação como substância para a o que estava sendo consolidado.

Um primeiro posicionamento pode ser notado no Recurso Especial nº 1.172.025/PR<sup>83</sup> de relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão. Ao longo de sua argumentação, há uma clara expressão de que o registro traz como consequência a “transmissão da propriedade” do devedor para o credor:

Civil e processual civil. Recurso Especial. Alienação fiduciária de imóvel. Cota de consórcio. Reintegração de posse. Notificação extrajudicial que constitui o devedor em moral na qual constou qualificação de pessoa diversa daquela relacionada ao credor fiduciante. Nulidade reconhecida. Art.26 da Lei 9.514/1997.

(...)

2. A alienação fiduciária de coisa imóvel veio definida no artigo 22 da norma de regência, sendo ‘o negócio jurídico pelo qual o devedor, ou fiduciante, com o escopo de garantia, contrata a transferência ao credor, ou fiduciário, da propriedade resolúvel de coisa imóvel’. Há, assim, a transmissão da propriedade do devedor fiduciante ao credor fiduciário (...), mediante o registro, ocorrendo o desdobramento da posse, tornando-se o fiduciante possuidor direto e o fiduciário possuidor indireto.

---

<sup>83</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.172.025/PR. Quarta Turma. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, j.: 07.10.2014, DJe: 29.10.2014.

Outra hipótese em que o entendimento constou nas decisões do STJ diz respeito a momentos de falência ou recuperação judicial. Realizando as devidas comparações com outros modos de garantia, no caso da alienação fiduciária,

[A] lei prevê a afetação patrimonial do bem alienado em garantia, uma vez que, em regra, tal bem não responde por débitos não relacionados a sua contratação nem se sujeita aos efeitos da decretação de falência ou da declaração de insolvência do fiduciante, em razão da transferência da propriedade resolúvel ao credor fiduciário.<sup>84</sup>

Mais recentemente, a possibilidade de o credor fiduciário requerer a restituição do bem alienado fiduciariamente antes abarcada pelos artigos 7º do Decreto-Lei nº 911/1969, 32 da Lei nº 9.514/1997 e 85 e 90 da Lei nº 11.101/2005, passou a ser protegido pela Lei de Recuperação Judicial, Extrajudicial e Falências de forma mais geral, excluindo os efeitos da insolvência sobre a propriedade fiduciária. É neste sentido que surge a importância do artigo 49, §3º:

§3º: Tratando-se de credor titular da posição de proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis, de arrendador mercantil, de proprietário ou promitente vendedor de imóvel cujos respectivos contratos contenham cláusula de irrevogabilidade ou irretroatividade, inclusive em incorporações imobiliárias, ou de proprietário em contrato de venda com reserva de domínio, seu crédito não se submeterá aos efeitos da recuperação judicial e prevalecerão os direitos de propriedade sobre a coisa e as condições contratuais, observada a legislação respectiva, não se permitindo, contudo, durante o prazo de suspensão a que se refere o §4º do art. 6º desta Lei, a venda ou a retirada do estabelecimento do devedor dos bens de capital essenciais a sua atividade empresarial.

As duas questões mencionadas, tanto da exclusão do crédito protegido pela propriedade fiduciária do concurso de credores quanto da posição do devedor fiduciante de mero possuidor, são vislumbradas em um mesmo julgamento do STJ, mais especificamente o Recurso Especial nº 910.207/MG<sup>85</sup>, de relatoria do Ministro Castro Meira. Segundo sua argumentação:

Processual civil e tributário. Execução fiscal. Contrato de alienação fiduciária. Direitos do devedor fiduciante. Penhora. Possibilidade.

1. Não é viável a penhora sobre bens garantidos por alienação fiduciária, já que não pertencem ao devedor-executado, que é apenas possuidor, com responsabilidade de depositário, mas à instituição financeira que realizou a operação de financiamento

<sup>84</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.172.025/PR. Quarta Turma. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, j.: 07.10.2014, DJe: 29.10.2014.

<sup>85</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 910.207/MG. Segunda Turma. Relator: Ministro Castro Meira, j. 09.10.2007, DJ: 25.10.2007.



No mesmo sentido, pode-se valer da decisão da Ministra Maria Isabel Galloti em sede de Recurso Especial nº 1.263.500/ES<sup>86</sup>:

Agravo interno no agravo em recurso especial. Ausência de prequestionamento. At.535 do CPC. Inexistência de omissões. Crédito resultante de alienação fiduciária em garantia sobre imóvel. Não submissão à recuperação. Súmula 83 do STJ

(...)

3. O entendimento da Corte estadual encontra-se em harmonia com a jurisprudência consolidada neste Sodalício, no sentido de que o credor titular da posição de proprietário fiduciário ou de crédito garantido por cessão fiduciária não se submete aos efeitos da recuperação judicial. Incidência da Súmula 83 do STJ.

Além de casos relativos à falência e recuperação judicial, percebe-se que em outro tema o registro da alienação fiduciária implica em transmissão de propriedade segundo o STJ. Ao discorrer sobre a possibilidade de alienar fiduciariamente um bem considerado como de família, o tribunal, por meio do Recurso Especial nº 1.677.015/SP, de relatoria do Ministro Paulo de Tarso Sanseverino propôs o sentido de que a Lei 8.009 de 29 de dezembro de 1990 simplesmente carrega a disposição de que propriedades definidas como de família não são capazes de responder por dívidas, mas não há nenhuma restrição quanto ao fato de que podem ser alienadas por seu proprietário por via deste modelo de garantia<sup>87</sup>:

Direito processual civil e civil. Recurso Especial. Ação declaratória de nulidade de cláusula contratual. Embargos de declaração. Omissão, contradição ou obscuridade. Não indicação. Súmula 284/STF. Prequestionamento. Ausência. Súmula 221/STJ. Contrato de factoring. Nulidade. Questão preclusa. Alienação fiduciária de bem imóvel reconhecido como bem de família. Possibilidade. Conduta que fere a ética e a boa-fé.

(...)

10. Ademais, tem-se que a própria Lei 8.009/90, com o escopo de proteger o bem destinado à residência familiar, aduz que o imóvel assim categorizado não responderá por qualquer tipo de dívida civil, comercial, fiscal, previdenciária ou de outra natureza, mas em nenhuma passagem dispõe que tal bem não possa ser alienado pelo seu proprietário

Também chama a atenção o ensinamento de Pontes de Miranda utilizado pelo Ministro Sávio de Figueiredo Teixeira no Recurso Especial nº 155.242/RJ<sup>88</sup>. Ao discorrer sobre a natureza

<sup>86</sup> Recurso Especial 1.263.500/ES. Relator: Ministra Maria Isabel Galloti, j. 05.03.2013 DJ: 12.04.2013, p. 2.

<sup>87</sup> Recurso Especial 1.667.015/SP. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Rel. para Acórdão Ministra Nancy Andrighi, 3ª Turma. DJ: 06.09.2018. p.2

<sup>88</sup> Recurso Especial 155.242/RJ. Quarta Turma. Relator: Ministro Sávio de Figueiredo Teixeira, j.: 02.05.2000, DJe: 17.11.2000, p. 143.

jurídica do negócio fiduciário em comparação com negócio jurídico simulado, incluindo de maneira muito abrangente a doutrina existente sobre o tema, o Ministro trouxe a seguinte argumentação do autor, demonstrando que o credor fiduciário assume a posição de proprietário frente a todos e, assim, no momento de registro da alienação fiduciária, já teria ocorrido a transmissão da propriedade:

Direito Civil. Negócio fiduciário. Simulação. Compra e venda de imóvel com promessa de devolução. Pagamento de parte do financiamento pelo devedor. Enriquecimento sem causa. Negócio real e não aparente. Arts. 102, 103 e 104 CC. Valores jurídicos. Hermenêutica. Recurso Provido.

“(...) leciona Pontes de Miranda: ‘(...) os negócios jurídicos de fidúcia e outros atos fiduciários jurídicos são queridos. Não são aparentes: são. Em verdade, são plus: por eles, transmite-se direito para fim econômico que não exigira tal transmissão. O fiduciário é proprietário em frente a todos; apenas sua propriedade não é eficaz quanto ao fiduciante (relatividade da eficácia, não da propriedade). O fiduciante fia-se no fiduciário. Não há negócio ou ato jurídico aparente; há negócio jurídico, que é. Por ele, cria-se relação jurídica de fidúcia, que obriga o fiduciário a destinar o bem fiduciário ao fim da fidúcia (...)’<sup>89</sup>

Além das bases decisórias constantes no STJ para sustentar que o registro do pacto da alienação fiduciária já implica na transmissão de propriedade nos mais diversos temas, vale também um olhar para os tribunais estaduais. Como já ressaltado, legislações municipais sobre a incidência do ITBI buscaram replicar o texto previsto tanto na CF quanto no CTN. Assim, na ausência de uma prerrogativa específica sobre a incidência do imposto no momento de consolidação da propriedade, a discussão se pautaria nos conceitos que circundam a questão. As decisões objeto de análise foram sede de Recurso de Acórdão proferido no Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (TJ/DFT), favoráveis à imposição do ITBI no momento de consolidação da propriedade. Porém, outros tribunais estaduais, mais especificamente o de São Paulo, local em que a legislação sobre o ITBI também replica os textos legais superiores, é possível encontrar decisão contrária à incidência do imposto, pelo menos momentaneamente.

Como exemplo, o TJ/SP proferiu decisão nos autos do Agravo de Instrumento 2163248-21.2017.8.26.000<sup>90</sup> da 15ª Câmara de Direito Público, na qual deferiu parcialmente o pedido de

<sup>89</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Parte Geral. Tomo IV. 2. ed. Rio de Janeiro, 1954, pp. 377-378

<sup>90</sup> Agravo de Instrumento nº 2163248-21.2017.8.26.0000. 15ª Câmara de Direito de Direito Público. Relator: Des. Eurípedes Faim, j. 27.09.2018, DJ: 27.09.2018.

antecipação da tutela para suspender a exigibilidade do ITBI no momento de consolidação da propriedade. Vale lembrar que, posteriormente, o recurso foi julgado prejudicado por perda de objeto, em razão da superveniência da sentença, não tendo o mérito apreciado pelo Tribunal.

De encontro ao entendimento demonstrado acima, Rodrigo Antonio Dias e Isabella Muller Lins de Albuquerque Jordan<sup>91</sup> relembram, ainda, outra importante questão consolidada no Tribunal de Justiça de São Paulo (TJ/SP) sobre a posição assumida pelo credor fiduciário. Segundo o tribunal, mais especificamente no Agravo de Instrumento 2225950-66.2018.8.26.0000<sup>92</sup> da 15ª Câmara de Direito Privado, o credor fiduciário pode ser compreendido como o responsável pelo pagamento do IPTU na medida em que assume um papel de proprietário e possuidor indireto do imóvel. Diante desta decisão, os autores trazem um importante questionamento: “Ora, se o credor fiduciário é proprietário para efeito de recolhimento do IPTU, por qual motivo não seria para efeito de ITBI no momento de registro da garantia?”.

Observando outras questões em pauta no TJ/SP, este, atentando-se a outros artigos da lei que institui a alienação fiduciária sobre bens imóveis, relacionados a atos jurídicos distintos do registro da garantia e da consolidação da propriedade, foi apresentado ao reconhecimento acerca da propriedade do credor fiduciário advinda de um momento de transmissão anterior. Ao discorrer sobre a cessão do direito expectativo de aquisição do devedor fiduciário, a Corregedoria do Tribunal de Justiça de São Paulo, no parecer emitido nos autos do processo 0011989-18.2014.8.26.0291, trouxe um entendimento<sup>93</sup> no sentido de que tal cessão não implicaria na incidência de ITBI por não ocorrer um ato de transmissão de propriedade, sob a argumentação de que “esta última permanece com o credor fiduciário até a quitação integral do financiamento”<sup>94</sup>.

Ademais, a controversa se encontra no próprio TJ/DFT. Ainda que as decisões que tenham sido alvo de Recurso Especial no STJ tenham sido favoráveis à incidência do imposto no momento de consolidação da propriedade, nota-se a existência da controversa sobre a incidência do ITBI quando há o inadimplemento do devedor em relações com garantia de alienação fiduciária. A 8ª

---

<sup>91</sup> DIAS, Rodrigo Antonio; JORDAN, Isabella Muller Lins de Albuquerque. Não incidência de ITBI na consolidação da propriedade em alienação fiduciária. In: LEVY, Wilson; ALMEIDA, Marcelo Manhães de. *Direito Imobiliário e Urbanístico: temas atuais*. 7. ed. Indaiatuba: Editora Foco, 2009, pp. 212-213.

<sup>92</sup> Agravo de Instrumento nº 2225950-66.2018.8.26.0000. 15ª Câmara de Direito Público. Relator: Des. Erbetta Filho, j. 04.12.2018, DJ: 05.12.2018.

<sup>93</sup> Parecer nos autos da Apelação Cível nº 0011989-18.2014.8.26.0291. Relator: Pereira Calças. Data do Parecer emitido pela Corregedoria do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo: 14.03.2016.

<sup>94</sup> *Ibidem*, p. 5

Vara da Fazenda Pública do Distrito Federal no processo nº 0704505-40.2018.8.07.0018<sup>95</sup> trouxe a seguinte argumentação na sentença proferida, levando à ordem de devolução dos montantes que já haviam sido pagos a título de ITBI pelo credor fiduciário:

Assim, imperioso que seja declarada a Inexistência de Relação Jurídico-tributária que imponha o recolhimento do ITBI, quando do registro e consolidação da(s) propriedade(s) na(s) alienação(ões) fiduciária(s) por parte da Autora, em razão do inadimplemento por parte do(s) devedor(es) fiduciante(s) adquirente(s) indicado(s) na(s) Escritura(s) Pública(s) de Compra e Venda com Alienação Fiduciária, visto que há apenas a transferência da posse direta à credora (Autora), oriunda de uma garantia, sob condição resolutiva.

Diante do exposto, julgo procedentes os pedidos para: a) declarar a inexistência de relação jurídica entre o Distrito Federal e a autora, no tocante a qualquer exigência para recolhimento do ITBI nas operações de Escritura Pública de Compra e Venda com Alienação Fiduciária, quando existir o inadimplemento por parte do devedor Fiduciante(s) – adquirente(s) indicado(s) na(s) Escritura(s) Pública(s), no ato do registro e consolidação da propriedade, relativo ao procedimento disposto no art. 26 da Lei 9.514/97; b) condenar o réu à devolução dos valores que foram quitados pela autora, a título de ITBI, nos montantes de R\$ 7.564,06 pago em 15.01.2014 (Unidade 109); R\$ 7.300,00 pago em 07/01/2014 (Unidade 209); R\$ 6.237,02 pago em 24.01.2014 (Unidade 418) – DAR's anexos). Declaro resolvido o mérito, com base no art. 487, I, do CPC

Passados todos estes pontos, pode-se sintetizar que no momento de registro do pacto de alienação fiduciária é transferida ao credor a propriedade fiduciária, a qual pode ser qualificada como uma “propriedade limitada”, diferenciando-se da plena apenas pela condição resolutiva e pela finalidade de garantia. Ainda que entendida como uma propriedade mais restrita que a propriedade resolúvel, autores renomados trazem a ideia de que a propriedade fiduciária tem como base o direito real de propriedade previsto no CC. Na medida em que o credor possui o domínio/titularidade sobre a propriedade fiduciária e o registro é necessário para o surgimento tanto da posição do credor quanto da qualificação jurídica da propriedade, não há como negar uma efetiva transferência de propriedade nos termos do CC. Assim, embora a alienação fiduciária seja um modelo de garantia que, inicialmente, por meio da observação da intenção das partes, onera um bem de propriedade do devedor, a análise para se obter uma resposta sobre a questão deve ser voltada para a propriedade fiduciária, a qual compõe patrimônio do credor no momento do registro. Portanto, diferente das demais garantias, na alienação fiduciária o credor nada mais é que o titular

---

<sup>95</sup> Sentença no Processo nº 0704505-40.2018.8.07.0018. 8ª Vara da Fazenda Pública do Distrito Federal. Juíza: Vera Andrichi, j.: 02.04.2019, DJe 03.04.2019.

do bem imóvel cedido em garantia, tendo a transferência de propriedade como requisito para esta condição.

Neste sentido, havendo a transmissão de um direito real de propriedade, não haveria como acolher a argumentação levantada pelos Ministros nas decisões objetos de análise. Diante deste enquadramento jurídico, torna-se possível chegar à conclusão de que não há uma transmissão de direito real de garantia o que ensejaria a imunidade prevista nas legislações pertinentes ao ITBI, mas, como na transmissão da propriedade fiduciária não há onerosidade<sup>96</sup> já que não existem cobranças além do valor da dívida mensurado no contrato principal no momento de registro da garantia, o imposto não incidiria sobre o credor fiduciário em decorrência de mandamento constitucional previsto expressamente no artigo 156, II, da CF. Portanto, é proposto, como já demonstrado ao longo deste trabalho, que a atenção primordial de análise deve ser destinada ao fato de o credor assumir um direito de propriedade em detrimento a um “direito real de garantia”, principalmente por se falar da instituição de uma garantia que, uma vez estabelecida, passa a cercar o ramo do direitos das coisas:

Os contratos que atuam no sentido de regular as relações de garantia, quaisquer que sejam eles, são contratos de direito das coisas. Daí que sempre haja uma ambivalência semântica ao se utilizar os termos com que se designam os direitos com esta função. Hipoteca é, ao mesmo tempo, o direito real de hipoteca e o contrato que institui esta situação jurídica real. O mesmo se diga com relação ao penhor ou à propriedade fiduciária.<sup>97</sup>

Por fim, é possível fazer uma análise legal sobre o momento de registro da alienação fiduciária, ainda mais pensando na literalidade da Lei utilizada pelos Ministros nas decisões objetos de análise. Além da Lei nº 9.514, que regular o instituto da alienação fiduciária sobre bens imóveis, pode-se valer de outro arranjo normativo que demonstra o posicionamento do registro da garantia estudada junto com outros atos jurídicos que implicam na transmissão da propriedade. Dessa

---

<sup>96</sup> A transmissão onerosa nos casos analisados é decorrente do Contrato Principal de Compra e Venda. Apesar da constituição da alienação fiduciária levar ao surgimento de obrigações entre as partes, a transmissão da propriedade fiduciária está atrelada, financeiramente, à transmissão vislumbrada no Contrato Principal. Portanto, esta transmissão de propriedade, decorrente do registro do pacto de alienação fiduciária, no sentido econômico, não acrescenta nenhum ônus ao devedor fiduciante além daquele valor original para a compra do imóvel. **Em suma, não há acréscimo de crédito monetário ao credor fiduciário, desvirtuando o que seria típico de transmissão onerosa. Ademais, como mencionado, o devedor fiduciante permanece na posse direta do imóvel, o que possibilita a manutenção do exercício de seus direitos possessórios, não acarretando em impedimentos de ordem econômica em sua situação.**

<sup>97</sup> PENTEADO, Luciano de Camargo. *Direito das Coisas*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. Thomson Reuters Proview, Capítulo XXI, item 137.

forma, a Lei nº 6.015/73, a Lei de Registros Públicos, deu o mesmo tratamento à alienação fiduciária e a outras hipóteses tradicionais de transmissão de propriedade por meio do artigo 167:

Art.167. No Registro de Imóveis, além da matrícula, serão feitos. (Remunerado do art.168 com nova redação pela Lei 6.216, de 1975).

I. o registro: (Redação dada pela Lei 6.216, de 1975)

(...)

28) das sentenças declaratórias de usucapião; (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.220, de 2001)

29) da compra e venda pura e da condicional;

30) da permuta;

31) da dação em pagamento;

32) da transferência, de imóvel a sociedade, quando integrar quota social;

33) da doação entre vivos;

34) da desapropriação amigável e das sentenças que, em processo de desapropriação, fixarem o valor da indenização;

35) da alienação fiduciária em garantia de coisa imóvel. (Incluído pela Lei nº 9.514, de 1997)

Além da questão registral, também é interessante observar o que está por trás do parágrafo único do artigo 23 da Lei nº 9.514. Segundo seu mandamento: “Parágrafo único. Com a constituição da propriedade fiduciária, dá-se o desdobramento da posse, tornando-se o fiduciante possuidor direto e o fiduciário possuidor indireto da coisa imóvel”. Como visto, a Lei não traz como efeito o desdobramento da propriedade, algo que não seria condizente com o quadro jurídico brasileiro, principalmente em relação ao tratamento que se tem o direito de propriedade. Rodrigo Antonio Dias e Isabella Muller Lins de Albuquerque Jordan<sup>98</sup> utilizam de maneira bastante eficiente os ensinamentos de Orlando Gomes<sup>99</sup>:

A propriedade é um direito complexo, se bem que unitário, constituindo um feixe de direitos consubstanciados nas faculdades de usar, gozar, dispor e reivindicar a coisa que lhe serve de objeto. (...). Em outro sentido, diz-se, igualmente, que é absoluto porque oponível a todos. Mas a oponibilidade erga omnes não é peculiar do direito de propriedade. O que lhe é próprio é esse poder jurídico de dominação da coisa, que fica ileso em sua substancialidade ainda quando sofre certas limitações.

<sup>98</sup> DIAS, Rodrigo Antonio; JORDAN, Isabella Muller Lins de Albuquerque. Não incidência de ITBI na consolidação da propriedade em alienação fiduciária. In: LEVY, Wilson; ALMEIDA, Marcelo Manhães de. *Direito Imobiliário e Urbanístico: temas atuais*. 7. ed. Indaiatuba: Editora Foco, 2009, p. 207.

<sup>99</sup> GOMES, Orlando. *Direitos reais*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p.97

Também, pode-se pautar na visão de Caio Mário Pereira da Silva<sup>100</sup> apresentada por Renato Romero Polillo<sup>101</sup>:

[D]ado o princípio da unicidade e indivisibilidade da propriedade em nosso direito e da incidibilidade do direito subjetivo do proprietário, não é possível conceber a divisão da propriedade, razão pela qual o credor fiduciário receberá uma propriedade pura e verdadeira.

Portanto, considerando a propriedade como unitária e que a transferência da propriedade resolúvel ocorre no momento de registro da alienação fiduciária para o credor fiduciário, o desdobramento da posse previsto neste artigo 23 não poderia significar qualquer óbice para configurar que o credor assume o papel de titular do objeto garantido. Neste cenário, portanto, não caberia ao devedor fiduciante qualquer direito de propriedade sobre o bem concedido em garantia. Conforme abordado por Fábio Rocha Pinto e Silva<sup>102</sup>, utilizando dos oportunos conhecimentos de A. Wald<sup>103</sup>, com o registro do pacto de alienação fiduciária, o devedor teria um direito semelhante ao do promitente comprador disciplinado nos artigos 1.417 e 1.418 do CC<sup>104</sup>:

Isso porque a devolução da propriedade ao devedor dependeria, via de regra, da manifestação de vontade do credor, mas tal qual ocorre com o promitente comprador, o devedor poderia, na recusa do credor, obter o suprimento judicial de sua vontade, recuperando a propriedade do imóvel.

Pautando-se nessa constatação comparativa, o bem imóvel objeto central do negócio jurídico da alienação fiduciária não seria considerado propriedade do devedor, mas sim, do credor,

<sup>100</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições do direito civil*. Volume 1. Introdução ao Direito Civil: teoria geral do direito civil. 24. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011, p.76. Caio Mário ensina que o direito de propriedade em si mesmo é uno. A condição normal da propriedade é a sua plenitude, enquanto a limitação, como toda restrição ao gozo ou exercício dos direitos, é excepcional. **Ou seja, reafirma que a limitação, decorrente por exemplo da condição resolutiva e na inexistência da posse direta, não impede a qualificação como um direito de propriedade.**

<sup>101</sup> POLILLO, Renato Romero. *Alienação fiduciária de bens imóveis*. Tese de Mestrado em Direito – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). São Paulo, p. 97, 2017

<sup>102</sup> SILVA, Fábio Rocha Pinto. *Garantias hipotecárias e fiduciária imobiliária em contratos não habitacionais: limites da sua aplicação prática e inadequação do direito positivo*. Tese de Mestrado em Direito – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). São Paulo, pp. 90-91

<sup>103</sup> WALD, Arnoldo. Da alienação fiduciária. *Revista dos Tribunais*, vol. 400, fev. 1969, pp. 25-30.

<sup>104</sup> Código Civil de 2002. Art.1.417. Mediante promessa de compra e venda, em que se não pactuou arrependimento, celebrada por instrumento público ou particular, e registrada no Cartório de Registro de Imóveis, adquire o promitente comprador direito real à aquisição do imóvel/Art.1.418. O promitente comprador, titular de direito real, pode exigir do promitente vendedor, ou de terceiros, a quem os direitos deste forem cedidos, a outorga da escritura definitiva de compra e venda, conforme o disposto no instrumento preliminar; e, se houver recusa, requerer ao juiz a adjudicação do imóvel.

ainda que limitada decorrente da possibilidade de reclamação caso o primeiro esteja cumprindo com suas obrigações previstas no contrato principal.

#### **5.4 Posições jurídicas assumidas e caracterização da propriedade no momento de inadimplemento do devedor fiduciante e consolidação da propriedade em nome do credor fiduciário**

Com o inadimplemento do devedor fiduciário em cumprir com as obrigações presentes no Contrato Principal, ocorre o ato de consolidação da propriedade em nome do credor fiduciário. Em suma, tal procedimento significa que

o credor fiduciário consolida a propriedade do imóvel transferida anteriormente sob condição resolutiva por causa da propriedade fiduciária, e, por força da Lei nº 9.514/1997, deve levá-lo a leilão extrajudicial em razão da vedação do pacto comissório, descrito adiante, para satisfação de seu crédito, sem a necessidade de recorrer ao poder Judiciário. Essa forma de execução é uma grande utilidade trazida pela Lei nº 9.514/1997, quando da criação da alienação fiduciária sobre bem imóvel<sup>105</sup>.

Como visto nas decisões objetos de análise, os magistrados aderiram ao entendimento de que, uma vez consolidada a propriedade, surge a efetiva transmissão do bem imóvel dado em garantia, principalmente pelo fato de que passa a assumir a propriedade plena do objeto.

De acordo com as constatações observadas anteriormente, quando ocorre o registro do pacto da alienação fiduciária, a transmissão da propriedade resolúvel já seria ato jurídico suficiente para configurar um ato de transferência em sentido abstrato, principalmente levando em consideração três elementos essenciais além do registro: (i) a subtração do objeto garantido do patrimônio do devedor fiduciante (i) o papel que o credor fiduciário assume com o registro, de titular ou dono do bem e (iii) o entendimento de que a propriedade fiduciária é nada mais que uma propriedade resolúvel, se diferenciado da propriedade plena apenas pelo caráter resolúvel e pela finalidade de garantia e, portanto, com o registro do pacto da alienação fiduciária, seria devidamente transferida ao credor, atendendo ao estabelecido no Código Civil e no artigo 110 do CTN.

---

<sup>105</sup> DALÓ, Luiz Paulo Lago. A alienação fiduciária de bens imóveis nas operações estruturadas via emissão de certificados de recebíveis imobiliários (CRI). Tese de Mestrado em Direito – Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas (EDESP). São Paulo, 2019, p.66



Segundo as decisões analisadas, o artigo 26, §7, da Lei Federal nº 9.514 é claro ao relacionar a consolidação da propriedade com o pagamento do ITBI. Porém, atualmente se questiona a constitucionalidade e legalidade deste artigo, na medida em que é constada a ausência de fato imponível a ensejar a possibilidade de cobrança do ITBI, o que poderia gerar uma afronta ao próprio CTN em seu artigo 110:

Ao pretender estipular a incidência do ITBI sobre operação que não configura transmissão de propriedade, o referido dispositivo altera a definição, conteúdo e alcance do instituto da alienação fiduciária e dos conceitos de propriedade e posse utilizados pela CF (art.156, II) para definir a competência tributária para instituição ITBI, o que é vedado pelo artigo 110 do CTN<sup>106</sup>.

Ademais, argumenta-se que por uma opção legislativa, o que não seria possível para casos que envolvem a incidência de um imposto em decorrência de reserva de lei complementar conforme mandamento constitucional do artigo 146, III, alínea “a)”<sup>107</sup>, a Lei Federal nº 9.514 teria definido um momento para a cobrança do ITBI dentro do procedimento de consolidação da propriedade em nome do credor fiduciário:

Por uma opção legislativa, foram postergados determinados efeitos decorrentes da transmissão da propriedade, que normalmente condicionam a obtenção do registro. É o caso do imposto de transmissão, que nos termos do artigo 26, p 7 da Lei 9.514/1997, só será devido pelo fiduciário no momento de consolidação da propriedade em seu nome, portanto somente após executada a garantia fiduciária<sup>108</sup>.

Diante desta mudança dos efeitos jurídicos que o legislador acabou aderindo ao instituto da alienação fiduciária, mais especificamente, no momento de seu registro, torna-se possível inclusive questionar o verdadeiro interesse legal vislumbrado na Lei Federal nº 9.514 em seu artigo 26 por meio da utilização do termo “consolidação da propriedade”:

---

<sup>106</sup> DIAS, Rodrigo Antonio; JORDAN, Isabella Muller Lins de Albuquerque. Não incidência de ITBI na consolidação da propriedade em alienação fiduciária. In: LEVY, Wilson; ALMEIDA, Marcelo Manhães de. *Direito Imobiliário e Urbanístico: temas atuais*. 7. ed. Indaiatuba: Editora Foco, 2009, p. 204.

<sup>107</sup> Constituição Federal. Art. 146. Cabe à lei complementar: III - estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre: a) definição de tributos e de suas espécies, bem como, em relação aos impostos discriminados nesta Constituição, a dos respectivos fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes.

<sup>108</sup> SILVA, Fábio Rocha Pinto. Garantias hipotecárias e fiduciária imobiliária em contratos não habitacionais: limites da sua aplicação prática e inadequação do direito positivo. Tese de Mestrado em Direito – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). São Paulo, 2013, p. 88.

Parece-nos aqui que o legislador se equivocou na terminologia utilizada. Desde a celebração do contrato de alienação fiduciária, a propriedade e a posse indireta são transferidas ao credor fiduciário. Na hipótese de inadimplemento pelo devedor há apenas a transferência da posse direta ao credor. Assim, o mais correto seria dizer que há a consolidação da posse. Ainda que se entenda por correto o termo, parece-nos claro que ao se referir à consolidação da propriedade, a lei tem como foco apenas a entrega da posse direta ao credor. Tanto assim que a lei não exige o registro de transferência da propriedade, mas apenas a averbação da consolidação. E nem poderia ser diferente, já que o credor é o proprietário do imóvel.<sup>109</sup>

Além dos elementos mencionados, relativos aos questionamentos da instituição do fato gerador do ITBI pela Lei Federal nº 9.514, transgredindo tanto a reserva de lei complementar tributária quanto o artigo 110 do CTN, pode ser feita uma análise da qualificação jurídica da propriedade no momento de consolidação da propriedade em nome do credor fiduciário. Na medida em que é uma propriedade resolúvel, a propriedade fiduciária tem sua extinção prevista no próprio título que estabelece sua constituição e assim, uma vez subordinada à condição decorrente dessa finalidade e frustrada tal condição – decorrente do inadimplemento do devedor fiduciante –, consolida-se em nome do credor fiduciário. Neste momento, o que se vislumbra é apenas a extinção do direito real aquisitivo do devedor, perdendo a propriedade seu caráter resolúvel. Dessa forma, há apenas uma transformação na característica da propriedade que já tinha como titular o credor fiduciário, sendo transferida a posse direta para este, o que, de acordo com o artigo 35 do CTN, não é hipótese de incidência do ITBI. O surgimento de um novo tipo de propriedade a partir da resolução da propriedade fiduciária não é considerada uma “transmissão” para fins da legislação brasileira, ainda mais considerando que o artigo 26, §7, da Lei que institui a alienação fiduciária sobre bens imóveis, é claro ao mencionar a “averbação” na matrícula como meio para garantir a publicidade da consolidação, termo este que não se adequa aos objetivos pretendidos pelo Código Civil.

Seguindo na linha do artigo 26, os Ministros, em suas decisões objetos de análise, dão a entender que na consolidação da propriedade haveria o surgimento da propriedade plena em favor do credor fiduciário, o que poderia servir de indicativo de transmissão de propriedade. Porém, nas

---

<sup>109</sup> DIAS, Rodrigo Antonio; JORDAN, Isabella Muller Lins de Albuquerque. Não incidência de ITBI na consolidação da propriedade em alienação fiduciária. In: LEVY, Wilson; ALMEIDA, Marcelo Manhães de. *Direito Imobiliário e Urbanístico: temas atuais*. 7. ed. Indaiatuba: Editora Foco, 2009, p. 208.

palavras de Viegas de Lima<sup>110</sup>, esta nova propriedade que, para os Ministros, seria adquirida pelo credor fiduciário não poderia ser considerada plena<sup>111</sup>:

Em virtude de o credor fiduciário não poder incorporar a nova propriedade em seu patrimônio, nem, tampouco, dela dispor como bem lhe aprouver, não podemos dispensar a esta propriedade o tratamento de propriedade plena. Em realidade, o que existe é uma limitação à mesma, no sentido da obrigatoriedade do credor fiduciário em aliená-lo em público leilão. Isto faz com que a propriedade que é transmitida ao credor fiduciário seja uma propriedade com escopo de garantia, deixando de existir a propriedade nos moldes de propriedade resolúvel.

Considerando, assim, que no momento de consolidação de propriedade ocorreria somente uma suposta transmissão com o objetivo de satisfação do crédito por via de leilão público, não sendo o credor fiduciário proprietário final do imóvel, seria descabida a cobrança de ITBI. Na medida em que os Ministros das decisões objetos de análise não consideraram um ato transmissão de propriedade o momento de registro do pacto de alienação fiduciária com a instituição da propriedade fiduciária, por qual motivo poderia considerar na consolidação da propriedade tal “transmissão” sendo que a propriedade atribuída ao credor ainda não pode ser considerada plena em decorrência da obrigatoriedade do leilão e a consolidação ocorre mediante um simples ato de averbação, descaracterizando o previsto no artigo 110 do CTN? De qualquer forma, não pode ser considerado neste momento uma transmissão de propriedade, mas sim, a consolidação do negócio jurídico de garantia estabelecido entre as partes. É inegável que o direito brasileiro recorre ao registro como elemento único para a configuração de uma transmissão de direito real, sob pena de desestabilizar um conjunto de relações firmadas ou futuras, que podem ser prejudicadas pela não publicidade dos atos anteriores sobre o imóvel.

---

<sup>110</sup> LIMA, Frederico Henrique Viegas. *Da alienação fiduciária em garantia de coisa imóvel*. 2. ed. Curitiba: Juruá Editora, 2006, p. 134. Em outro trecho da mesma obra, na página 95, o autor traz que “(...) O leilão efetuado, transcende a relação jurídica até então existente entre devedor fiduciante e credor fiduciário, razão pela qual a transferência da propriedade para um terceiro deve ser plena, sem qualquer limitação. O terceiro não pode sofrer limitação no seu direito, tendo como causa um negócio jurídico do qual não participou”. **Em suma, até o momento do leilão, a propriedade não pode ser considerada plena, como visto nas decisões objetos de análise.**

<sup>111</sup> É possível dizer que haveria uma propriedade plena em favor do credor fiduciário apenas depois de realizados dois leilões exigidos pelo artigo 27, § 5º, da Lei Federal nº 9.514, ocorridos após a averbação da consolidação da propriedade. Ainda assim, **tal propriedade não seria plena em decorrência de uma transmissão, mas sim, como consequência da extinção das obrigações e da dívida estabelecida entre as partes, ocasionando na perda do escopo de garantia da propriedade fiduciária.** Como já demonstrando ao longo deste trabalho, a transmissão da propriedade ao credor fiduciário estaria exatamente no registro do pacto da alienação fiduciária.

Ademais, não apenas uma análise sobre os efeitos da propriedade concedida em garantia pode funcionar como contraponto para a incidência do ITBI no momento da consolidação da propriedade. Como já discutido, a propriedade fiduciária faz parte do instituto da alienação fiduciária e ambos não podem ser confundidos. Sendo assim, pela ótica macro do objetivo da garantia alienação fiduciária de bens imóveis, a Lei Federal nº 9.514 trouxe o modelo de garantia como forma de maior segurança aos credores, bem como uma maior facilidade de acesso ao financiamento pelos diversos *players* do mercado:

A Lei nº 9.514/1997 estendeu a aplicação da alienação fiduciária aos bens imóveis para suprir a lacuna, como instrumento que pode propiciar rápida recomposição de situações de inadimplemento, em prazos compatíveis com os compromissos perante os investidores. Na medida em que se mostre eficaz, essa garantia poderá contribuir para a regularidade dos fluxos financeiros, a partir do desenvolvimento de um mercado secundário capaz de funcionar como permanente fonte geradora de recursos para o financiamento imobiliário<sup>112</sup>.

Neste sentido, uma nova incidência do ITBI no momento de consolidação da propriedade, embora possa ser fato gerador na medida em que o registro da garantia é ato jurídico distinto do registro do contrato principal de compra e venda, poderia contrariar as intenções legislativas e de mercado de constituição da alienação fiduciária de bens imóveis:

Destarte, nova incidência do ITBI (recolhido na operação originária) na consolidação da propriedade, representa um desincentivo ao crédito imobiliário, gerando impacto nessas transações. Por outro lado, com a segurança de que não incidirá o ITBI, o financiamento poderá ser acessado com taxas de juros mais atrativas, viabilizando muitas operações de compra e venda de imóvel com alienação fiduciária<sup>113</sup>

Conforme muito bem notado por Rodrigo Antonio Dias e Isabella Muller Lins de Albuquerque Jordan<sup>114</sup>, a própria exposição de motivos da Lei nº 9.514, que instituiu a alienação fiduciária de bens imóveis, traz uma explicação no mesmo sentido do trecho acima, de buscar a facilidade do financiamento por meio da garantia, o que é dificultado pela oneração do ITBI ao credor fiduciário. Segundo os autores, admitir, conforme trazido pelos Ministros das decisões objetos de análise, que a constituição da alienação fiduciária não implica em transmissão da propriedade, permite que

<sup>112</sup> SILVA, Eduardo Correa. Parte 1, Capítulo I: O ITBI na alienação fiduciária. In: SEGALLA, Alessandro et al. *Alienação fiduciária de bens imóveis e outras garantias*. Indaiatuba: Editora Foco, 2019. Kindle, posição 406.

<sup>113</sup> *Ibidem*, posição: 430

<sup>114</sup> DIAS, Rodrigo Antonio; JORDAN, Isabella Muller Lins de Albuquerque. Não incidência de ITBI na consolidação da propriedade em alienação fiduciária. In: LEVY, Wilson; ALMEIDA, Marcelo Manhães de. *Direito Imobiliário e Urbanístico: temas atuais*. 7. ed. Indaiatuba: Editora Foco, 2009, p. 217.

novos ônus sejam incorporados ao imóvel, como por exemplo, a penhora, levando o credor fiduciário a concorrer com demais credores sobre o patrimônio do devedor fiduciário. A concorrência de credores é algo contrário à intenção da Lei de diminuição dos riscos de concessão de crédito:

As operações de financiamento serão livremente contratadas entre as partes e deverão apenas observar as seguintes condições mínimas: reposição integral do valor emprestado, remuneração do capital, capitalização dos juros e contratação de seguros considerados essenciais, como aqueles que garantem a liquidação do financiamento no caso de morte ou invalidez permanente do tomador do empréstimo. (...) o projeto de lei permite a aplicação, na negociação de bens imóveis, do contrato de alienação fiduciária, que já integra nosso ordenamento jurídico quando aos bens móveis. Reside aí a grande inovação; por oferecer segurança quanto à execução sem delongas da garantia, o contrato de alienação fiduciária constitui poderoso estímulo ao crédito (...). Trata-se de verdadeira pedra angular do novo modelo de financiamento habitacional ora proposto. (...) estamos convictos de que o presente projeto de lei cria as condições para mobilizar volume crescente de recursos para o setor habitacional, com redução tendencial dos custos dos financiamentos, seja pela ampliação da oferta de imóveis, seja pela diminuição dos riscos implícitos na concessão de crédito.<sup>115</sup>

Seguindo sob esse ponto de vista, a incidência do ITBI frustra não apenas os objetivos do instituto da alienação fiduciária, mas também onera o credor fiduciário com a incidência do imposto gerando distorções negativas nestas operações estudadas. A cobrança do ITBI no momento de consolidação da propriedade transmite a ideia de que o interesse do credor por meio desta garantia seria a obtenção da propriedade plena do imóvel em um determinado momento futuro e imprevisível, enquanto sua principal fonte de rentabilidade são os juros cobrados sobre o devedor fiduciário:

Reitere-se que, ao viabilizar compra e venda de imóvel com a celebração do contrato de alienação fiduciária em garantia, o credor fiduciário tem por objetivo lucrar com os juros cobrados nessas operações e não com a consolidação da propriedade na hipótese de inadimplemento do devedor fiduciário (cenário absolutamente incerto). Seria inimaginável que o credor torcesse para que o devedor não honrasse com as parcelas pactuadas para um dia, acessar a propriedade plena do imóvel. Essa hipótese nos parece esdrúxula!<sup>116</sup>

<sup>115</sup> CÂMARA DOS DEPUTADOS. Projeto de Lei n. 3.242, apresentado em 11 de junho de 1997 e transformado na Lei Ordinária n. 9.514 em 20 de novembro de 1997. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=210942>. Acesso em 15.09.2020. A Exposição de Motivos da Lei da instituição da Lei n. 9.514/1997 foi apresentada por Antonio Kandir e Pedro Malan, então ministros do Planejamento e da Fazenda, respectivamente, no dia 9 de junho de 1997.

<sup>116</sup> SILVA, Eduardo Correa. Parte 1, Capítulo I: O ITBI na alienação fiduciária. In: SEGALLA, Alessandro et al. Alienação fiduciária de bens imóveis e outras garantias. Indaiatuba: Editora Foco, 2019. Kindle, posição: 430-436

Portanto, com base no ensinamento acima, pode-se dizer que a incidência do ITBI na consolidação da propriedade vai contra os próprios preceitos do instituto da alienação fiduciária, observando as operações com uma ótica econômica distinta da que foi pensada inicialmente para o credor fiduciário.

Notório que grande parte do que foi discutido até o momento diz respeito às classificações bastante teóricas sobre os elementos que envolvem a cobrança de ITBI na consolidação da propriedade, principalmente por ser o enfoque do STJ não apenas nos elementos levantados nas decisões objetos de análise, mas também em decorrência de um comportamento padrão dos tribunais para tal. Assim, o enfoque primordial foi a avaliar teoricamente a distinção entre “transmissão de direito real de propriedade” em relação à “transmissão de um direito real de garantia”.

Porém, como última ressalva para a questão, é possível se valer dos ensinamentos de Luciano de Camargo Penteadó<sup>117</sup> que, ao definir as implicações da alienação fiduciária, optou por uma ótica mais funcional do instituto. Dessa forma, o autor é adepto de uma teoria analítica denominada como “direito real com função de garantia”. Neste sentido, ao considerar a propriedade fiduciária como nada mais que “o direito de propriedade imputado no patrimônio do credor com outra função”, estabelece a premissa de que<sup>118</sup> “[a] propriedade fiduciária não é direito essencialmente distinto do domínio. Apenas o é do ponto de vista funcional, isto é, do ponto de vista do papel que desempenha, quer no sistema jurídico, quer na economia. Sua função, ao invés de ser a de gozo é a de garantia”

Utilizando dos ensinamentos de autor aplicado à situação de registro do instrumento de alienação fiduciária e do momento de consolidação da propriedade em nome do credor fiduciário, pode-se observar que todos os atos que permeiam desde o registro até o fim da relação de garantia estão embasados na propriedade fiduciária e suas consequências jurídicas de transmissão e caracterização. Assim, uma vez constituída para que seja observado o cumprimento do devedor com as obrigações previstas no contrato principal e a consequente satisfação do crédito do credor

---

<sup>117</sup> PENTEADO, Luciano de Camargo. *Direito das Coisas*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. Thomson Reuters Proview, Capítulo XXI, item 143.1

<sup>118</sup> *Ibidem, loc. cit.* O Autor traz ainda que “direito de propriedade é do credor, mas esvaziado dos poderes de uso e fruição, que faticamente ficam no patrimônio do devedor-fiduciante (...). O domínio, transferido com fim de garantia do financiamento, permite ao credor a aquisição de uma hipergarantia da obrigação contratada. Esta vem representada pelo próprio bem adquirido mediante o empréstimo ou financiamento, podendo intervir no contrato a instituição financeira”.

fiduciário, poderia ser analisada sob uma ótica estrita de sua função, ou seja, de garantia. Dessa forma, seria possível uma interpretação do texto constitucional e do CTN no sentido de considerar um direito real de garantia tudo aquilo que tenha tal função e, a partir disso, concluir que o ITBI não seria devido nem no momento de registro e nem no momento de consolidação da propriedade, na medida em que todos os atos jurídicos estariam centrados em uma propriedade estabelecida com o objetivo singular de garantir que o devedor seja adimplente. Portanto, tal percepção seria uma forma de distanciar classificações e terminologias que embora levem ao mesmo caminho neste caso específico e possam melhor ser comparadas com os argumentos levantados pelo STJ, como discutido ao longo deste trabalho, exigem percorrer um caminho jurídico mais intenso e com divergências.

## 6. CONCLUSÃO

### 6.1 Legitimidade da cobrança do ITBI na consolidação da propriedade

O presente trabalho teve como premissa central analisar os principais argumentos levantados pelos Ministros do STJ em sede de Recurso Especial em relação à cobrança de ITBI no momento de consolidação da propriedade em relações contratuais de compra e venda de imóveis com garantia de alienação fiduciária de bens imóveis. Em resumo, o tribunal estabeleceu o entendimento no sentido de que o contrato principal de compra e venda e o pacto acessório de alienação fiduciária são fatos geradores distintos do ITBI, mas que, para o segundo caso, o é quando ocorre a consolidação da propriedade em nome do credor fiduciário diante do inadimplemento do devedor no cumprimento de suas obrigações, momento este em que ocorreria a transmissão da propriedade plena para o credor. Para tal entendimento, partiu-se da ideia de que no registro do instrumento que institui a alienação fiduciária, haveria somente a transmissão de um direito real de garantia para o credor fiduciário.

O tema assume sua devida importância pela junção de dois cenários que assumiram um papel significativo nos últimos anos. Em relação à alienação fiduciária de bens imóveis, o modelo de garantia tornou-se cada vez mais utilizado nas diferentes relações jurídicas, primeiro pela abertura garantida pela Lei nº 10.391, de 02 de agosto de 2004, que passou a permitir a alienação fiduciária de bens imóveis para cumprimento de quaisquer tipos de obrigações, e segundo, pela maior segurança jurídica trazida em comparação a outros modelos tradicionais, como o penhor e a hipoteca. Sobre o ITBI, trata-se de um imposto presente em diversas operações e que possui hipóteses de incidências bastante abertas em decorrência da terminologia legal utilizada tanto no artigo 156, II, da CF quanto no artigo 35 do CTN, levando a intensos debates sobre sua incidência. Recentemente, inclusive, o STF foi movimentado para decidir sobre a incidência de ITBI na integralização com imóveis do capital de sociedades, do mesmo modo que as decisões objetos de análise deste trabalho, ambas publicadas pelo tribunal nos meados de 2020. Assim, é notório o crescimento de questionamentos acerca da incidência do imposto.

Adentrando mais na discussão constante de todos os capítulos, um primeiro ponto interessante é a reprodução do texto constitucional e do CTN nas legislações municipais acerca da incidência do ITBI, como é o caso do Distrito Federal e de São Paulo, o que torna a discussão ainda mais interessante e fornece ainda mais responsabilidade ao STJ na sua decisão, por ser algo que



influencia os mais diversos atos normativos. Essa reprodução é tão emblemática para o estudo aqui proposto que, conforme jurisprudências levantadas ao longo dos capítulos, o TJ/SP e o TJ/DFT têm divulgado acórdãos sobre o tema, inclusive apresentando um ponto de vista contrário à incidência do ITBI no momento de consolidação da propriedade.

Percorrendo o caminho da instituição da alienação fiduciária até o momento de inadimplemento e consolidação da propriedade em nome do credor fiduciário, foram feitas determinadas conclusões que diferem do entendimento do STJ. Um primeiro ponto de relevância é entender o fato gerador do ITBI, de “transmissão de direitos reais”. Conforme o artigo 110 do CTN, não cabe à legislação tributária alterar preceitos e/ou conceitos que já estejam estabelecidos para atos civis como forma de definir a base de incidência de um tributo. Assim, na medida em que a Constituição Federal não propõe em seu artigo 156, II, que institui o ITBI, ou ao longo de seus dispositivos, o conceito de “transmissão”, cabe à lei civil tal papel, associando o referido ato ao registro no cartório de imóveis. Assim, a transmissão de direitos reais, mas principalmente de propriedade, algo marcante nas definições legais e doutrinárias sobre o instituto da alienação fiduciária, se dá por meio do ato registral.

Feita a devida consideração acima, o estudo buscou demonstrar como no momento de registro da alienação fiduciária, o que ocorre não é a transmissão de um direito real de garantia, mas sim, a transmissão da propriedade do devedor fiduciante ao credor fiduciário. Para tal constatação, partiu-se da ideia de que é necessário fazer uma distinção entre o instituto da alienação fiduciária e o seu objeto, a propriedade fiduciária. Assim, embora o primeiro tenha como premissa central e como objetivo inicial das partes, no momento de celebração do instrumento, onerar um bem que é de propriedade do devedor para garantia do cumprimento de uma obrigação, a partir do registro, o olhar deve ser direcionado para o objeto do instrumento celebrado entre as partes. A propriedade fiduciária se distingue de outros objetos de garantia na medida em que fornece ao credor um direito sobre coisa própria, sendo subtraída do patrimônio do devedor e, embora limitada pelo seu escopo de garantia e pela ausência de sua perpetuidade, permite ao credor dispor e reaver de quem injustamente possui, sendo entendida como uma propriedade em sentido amplo.

Torna-se extremamente importante ressaltar que tanto o CTN como a CF não distinguem o negócio jurídico celebrado entre as partes para que haja uma “transmissão”. Dessa forma, compreendendo a propriedade fiduciária como uma espécie de propriedade resolúvel/limitada e que seu caráter de transitoriedade não é o suficiente para alterar sua essência como direito real de

propriedade, havendo o registro do pacto de alienação fiduciária, não há como negar que ocorreu uma transmissão deste direito real do devedor para o credor fiduciário. Sendo assim, pela própria definição legal do instituto da alienação fiduciária e pelas consequências e particularidades da instituição da propriedade fiduciária mediante o registro, não torna-se possível realizar a equivalência entre este modelo com outras garantias da mesma maneira que os Ministros nas decisões objetos de análise, pois há uma transmissão de propriedade para o credor que lhe garante maior segurança na operação e na satisfação de seu crédito, intenção esta do legislador na promulgação da Lei Federal nº 9.514.

Realizando uma leitura legal de outros dispositivos, que não apenas a Lei Federal que institui a alienação fiduciária de bens imóveis, há indícios de que a propriedade é transmitida no momento do registro. Por meio desta análise conjunta e sistemática do direito brasileiro relativa ao tema aqui explorado, a Lei nº 6.015 (Lei de Registros Público), a Lei nº 9.514, que institui a alienação fiduciária de bens imóveis, e o Código Civil permitem chegar à conclusão de que, uma vez concebido como um instituto a ser registrado registro de igual tratamento que outras modalidades de transmissão de propriedade, tal ato jurídico seria vislumbrado no momento em que é estabelecida a garantia. Além disso, a propriedade fiduciária tem como consequência apenas o desdobramento da posse, garantindo ao devedor um direito de mesmo valor ao do promitente comprador disciplinado nos artigos 1.417 e 1.418 do CC, ou seja, de utilizar os meios necessários para retomar a propriedade em caso de recusa do credor em devolvê-la mediante o advento da condição resolutiva.

Ainda, outras decisões do STJ relativas a temas como falência e recuperação judicial e alienação fiduciária de bens de família têm considerado transmitida a propriedade mediante o registro do pacto que estabelece a garantia, na medida em que desconsideram o objeto cedido em garantia como parte integrante do patrimônio do devedor fiduciante. Também é possível encontrar outras decisões que, ao percorrerem pelo tema, seja realizando uma análise doutrinária da questão, seja por meio da literalidade da Lei, chegaram às mesmas conclusões expostas ao longo deste trabalho, ou seja, que um ato de transmissão ocorre garantindo ao credor fiduciário um direito sobre coisa própria ou, em outras palavras, uma titularidade sobre o objeto fiduciário. Ademais, como já dito, o debate acerca da incidência do ITBI no momento de consolidação da propriedade também está percorrendo pelos Tribunais de Justiça Estaduais, principalmente em São Paulo e no Distrito Federal. No primeiro, já existiram manifestações judiciais de antecipação de tutela ordenando a

suspensão da exigibilidade do ITBI na consolidação da propriedade, além de considerar o credor fiduciário o proprietário para fins de cobrança do IPTU e contar com opinião da Corregedoria do Tribunal de Justiça de São Paulo sobre o tema, a qual considerou que a cessão dos direitos do devedor não implica em transmissão de propriedade, uma vez que esta seria de direito do credor fiduciário. No segundo, por sua vez, já foi possível observar a existência de acórdãos suspendendo a exigibilidade do imposto.

Considerando que a propriedade fiduciária pode ser entendida como uma propriedade em sentido amplo, ainda mais pensando em um fato gerador abrangente, que desconsidera o negócio jurídico celebrado pelo contribuinte, e que já foi transmitida no momento de registro do pacto de alienação fiduciária, conforme mandamento constitucional – definido através do Código Civil –, pelo artigo 110 do CTN e a própria jurisprudência do STJ, no momento de consolidação da propriedade diante do inadimplemento pelo devedor no cumprimento de suas obrigações ocorreria somente a transmissão da posse direta ao credor e a extinção do direito real aquisitivo do devedor. A decisão dos Ministros nos Recursos objetos de análise não parece se sustentar ao considerar a transmissão de propriedade na consolidação da propriedade, quando haveria uma “transmissão” unicamente para fins de satisfação do crédito mediante leilão extrajudicial e uma publicidade da situação por meio da averbação na matrícula do imóvel. Parece fazer muito mais sentido a observação deste fato jurídico no registro, sendo este intrínseco ao direito brasileiro como forma de demonstração de transmissão de direitos reais, evitando qualquer descaracterização do artigo 110 do CTN.

Ainda que uma análise sobre classificações teóricas tradicionais realizada ao longo deste trabalho seja mais eficiente para comparar aos argumentos propostos pelo STJ, passando pelos conceitos dos diversos ramos dos direitos reais, talvez uma nova visão, pautada na funcionalidade da propriedade fiduciária, possa afastar grande parte dos debates que muitas vezes investigam minúcias legais e geram mais insegurança jurídica em decorrência da discrepância entre tribunais superiores e estaduais do que verdadeiros benefícios para o contribuinte. Nesse sentido, ainda que a propriedade fiduciária garanta ao credor um direito de propriedade, pode-se pensar que sua função não é a de promover o gozo do bem imóvel, mas sim de garantia, ou seja, de que o devedor cumprirá com suas obrigações. Assim, pensando que ao longo de todo o processo, desde o registro da alienação fiduciária e constituição da propriedade até a consolidação desta em nome do credor, o objeto cedido pelo devedor tem a mera função de garantia. Sendo assim, o ITBI não seria devido

em nenhum momento, na medida em que se enquadraria na exceção prevista constitucionalmente e no CTN.

Um entendimento que prevaleça pela não incidência do ITBI no momento de consolidação da propriedade fortalece, inclusive, as intenções legislativas e de mercado para a promoção da alienação fiduciária como instrumento para garantia das mais diversas obrigações. Primeiro, a incidência do imposto tanto no registro do contrato principal quanto no pacto acessório que institui a alienação fiduciária é capaz de desincentivar o mercado imobiliário, principalmente por impossibilitar o acesso a financiamentos com taxas de juros mais baratas, já que o credor terá a ciência de que poderá ser onerado tributariamente em caso de inadimplemento por parte do devedor fiduciante. Segundo, onerar o credor por meio do ITBI na consolidação da propriedade demonstra uma suposição da Lei Federal de que o credor teria o interesse de lucrar por meio da consolidação da propriedade, quando, de fato, seu interesse são os juros a serem recebidos da operação e, portanto, quanto mais durar o adimplemento do devedor, mais benéfica será a satisfação pelo credor fiduciário. Assim, com o objetivo de facilitar operações imobiliárias, cobrar ITBI na consolidação da propriedade seria apenas um desvio das verdadeiras intenções da alienação fiduciária de bens imóveis.

Pode-se afirmar que é difícil avaliar a legitimidade para a cobrança do ITBI no caso estudado, principalmente em decorrência da existência de um dispositivo específico na Lei Federal nº 9.514 que obriga o recolhimento do imposto pelo credor fiduciário para a configuração da situação jurídica de consolidação. Uma decisão em sentido contrário à cobrança poderia aumentar a demanda do tribunal de maneira expressiva, na medida em que credores passariam a pleitear seus direitos de isenção tributária por esta via. De qualquer forma, o STJ perdeu a oportunidade de abrir portas para o rápido questionamento da constitucionalidade do artigo 26, §7º por meio do STF.

Ainda assim, é uma questão que possui implicação prática de grande expressividade e que provavelmente gerará discussões ainda maiores, principalmente em decorrência das decisões recentes proferidas pelo STJ. Um entendimento no sentido de não incidir o ITBI na consolidação da propriedade pode tornar uma garantia que já assume um papel de protagonismo ainda mais relevantes nas diferentes operações imobiliárias, além de proporcionar um entendimento condizente com os fundamentos jurídicos de transmissão de direitos reais e de especificidades do direito de propriedade mais próximos ao conjunto normativo civil e tributário brasileiro.

## 7. REFERÊNCIAS

### Obras

ALVES, José Moreira. ALVES, José Carlos Moreira. Da alienação fiduciária em garantia. São Paulo: Saraiva, 1973.

BARRETO, Aires Fernandino. *Curso de Direito Tributário Municipal*. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

BARRETO, Aires Fernandino. ITBI - Transmissão de bens imóveis da empresa "A" para as empresas "B" e "C" - Conceito de atividade preponderante - A imunidade específica contida no art. 156, § 2.º, I, da Constituição Federal - Observância dos §§ 1.º e 2.º do art. 37 do CTN. *Revista Dialética de Direito Tributário*, n. 166, jul. 2009.

BEVILÁQUIA, Clovis. *Direito das Coisas*. Volume 1. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1951.

BRANDELLI, Leonardo. *Alienação Fiduciária de Bens Imóveis*. Operações Imobiliárias – Estruturação e tributação. São Paulo: Saraiva, 2016.

BRANDELLI, Luiza Fontoura da Cunha; CAMPELO, Marina. O ITBI na cessão dos compromissos de compra e venda de bens imóveis. *Revista de Direito Imobiliário*, v. 82, 2017.

CAMARGO, Mariana Lauria Bordin. A incidência do imposto de transmissão sobre bens imóveis nas operações imobiliárias de cessão de direito real de uso de superfície. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, Rio de Janeiro, vol. 95, 2010.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Lisboa: Almedina, 2003.

CHALHUB, Melhim Namem. *Alienação fiduciária: negócio fiduciário*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Civil*. Volume 4. 28. ed. São Paulo. Saraiva, 2016.

DALÓ, Luiz Paulo Lago. A alienação fiduciária de bens imóveis nas operações estruturadas via emissão de certificados de recebíveis imobiliários (CRI). Tese de Mestrado em Direito – Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas (EDESP). São Paulo, 2019.

DANTZER, Afrânio Carlos Camargo. *Alienação fiduciária de bens imóveis*. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

DEJAVITE. Mariane Chan Garcia. O controle pelo registrador imobiliário do recolhimento do ITBI nas transmissões de titularidades dos bens imóveis. In: LEVY, Wilson; ALMEIDA, Marcelo Manhães de. *Direito Imobiliário e Urbanístico: temas atuais*. 7. ed. Indaiatuba: Editora Foco, 2009.

DIAS, Rodrigo Antonio; JORDAN, Isabella Muller Lins de Albuquerque. Não incidência de ITBI na consolidação da propriedade em alienação fiduciária. In: LEVY, Wilson; ALMEIDA, Marcelo Manhães de. *Direito Imobiliário e Urbanístico: temas atuais*. 7. ed. Indaiatuba: Editora Foco, 2009.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. Volume 4. 19. ed. São Paulo. Saraiva.2004.

FACHIN, Luiz Edson. Considerações sobre o ITBI *inter vivos* e o regime contemporâneo das titularidades e do trânsito jurídico à luz do novo Código Civil brasileiro. In: GRUPENMACHER, Betina Treiger (coord.). *Direito tributário e o novo Código Civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2004.

FIORANELLI, Ademar. *Direito Registral Imobiliário*. Porto Alegre: IRIB, 2001.

GOMES, Orlando. *Alienação fiduciária em garantia*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975.

GOMES, Orlando. *Direitos reais*. [formato Kindle] 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

GOMES, Orlando. *Direitos reais*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

GONÇALVES, Aderbal da Cunha. *Da propriedade resolúvel: sua projeção na alienação fiduciária em garantia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.

GUEDES, Mauricio Barroso. Guedes, Maurício Barroso. Comprovação do recolhimento do ITBI: perante o tabelionato de notas ou do registro de imóveis? *Revista de Direito Imobiliário*, São Paulo, vol. 80, jan.-jun. 2016.

LIMA, Frederico Henrique Viegas. *Da alienação fiduciária em garantia de coisa imóvel*. 2. ed. Curitiba: Juruá Editora, 2006.

MACHADO, Hugo de Brito. *Código Tributário Nacional: Anotações à Constituição, ao Código Tributário Nacional e às Leis Complementares 87/1996 e 116/2003*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário*. São Paulo: Malheiros, 1998.

MANGIERI, Francisco Ramos et al. *ITBI - Imposto sobre Transmissões de Bens Imóveis*. São Paulo: Edipro, 2006.

MARTINS, Raphael M. Análise da “aclimatação” do trust ao direito brasileiro: o caso da propriedade fiduciária. *Revista do Direito Privado*, n. 42, 2013.

MELO, Marco Aurélio Bezerra de. *Curso de Direito Civil*. Volume 5. Direito das coisas. São Paulo: Atlas, 2015.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. Volume 3. 41. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

PELUSO, Cezar (coord.). *Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência: Lei n. 10.406, de 10.01.2002*. 3. ed. Barueri: Manole, 2009.

PENTEADO, Luciano de Camargo. *Direito das Coisas*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. Thomson Reuters Proview.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições do Direito Civil*. Volume 1. Introdução ao Direito Civil: teoria geral do direito civil. 24. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011.

POLILLO, Renato Romero. *Alienação fiduciária de bens imóveis*. Tese de Mestrado em Direito – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). São Paulo, 2017.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Parte Geral. Tomo IV. 2. ed. Rio de Janeiro, 1954.

REBOUÇAS, Bruno Nogueira. ISHIKAWA, Lauro. Interpretação do art. 110 do CTN e a utilização de conceitos à luz dos institutos de direito privado. *Revista de Direito Privado, São Paulo*, vol. 66, 2016.

ROSA JR., Luiz Emygdio. *Manual de direito financeiro e tributário*. 17. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

SILVA, Eduardo Correa. Parte 1, Capítulo I: O ITBI na alienação fiduciária. In: SEGALLA, Alessandro et al. *Alienação fiduciária de bens imóveis e outras garantias*. Indaiatuba: Editora Foco, 2019.

SILVA, Fábio Rocha Pinto e. *Garantias hipotecárias e fiduciária imobiliária em contratos não habitacionais: limites da sua aplicação prática e inadequação do direito positivo*. Tese de Mestrado em Direito – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). São Paulo, 2013.

TERRA, Marcelo; DIAS, José Guilherme Gregori Siqueira. O registro da venda e compra condicional celebrada juntamente com alienação fiduciária em garantia. In: SEGALLA, Alessandro et al. *Alienação fiduciária de bens imóveis e outras garantias*. Indaiatuba: Editora Foco, 2019.

TREVELIM, Ivandro Ristum. Revisitando a natureza jurídica da alienação fiduciária de bens imóveis. In: LEVY, Wilson; ALMEIDA, Marcelo Manhães de. *Direito Imobiliário e Urbanístico: temas atuais*. 7. ed. Indaiatuba: Editora Foco, 2019. São Paulo: Direito Imobiliário e Urbanístico: Temas Atuais, v. 1, 2019.

VIANNA, Marco Aurélio. *Comentários ao Novo Código Civil*. Volume XVI. Dos direitos reais. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

WALD, Arnaldo. Da alienação fiduciária. *Revista dos Tribunais*, vol. 400, fev. 1969.

### **Julgados e documentos legislativos**

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno no Recurso Especial nº 1.861.293/SP: Decisão Monocrática. Relator: Ministro Moura Ribeiro, j.: 18.08.2020, DJe 20.02.2020.



BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno no Recurso Especial nº 1.357.379/SP. Decisão Monocrática. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellize, j.: 28.05.2019, DJe 31.05.2019

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.172.025/PR. Quarta Turma. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, j.: 07.10.2014, DJe: 29.10.2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.263.500/ES. Quarta Turma. Relator: Ministra Maria Isabel Gallotti, j. 05.03.2013 DJ: 12.04.2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 155.242/RJ. Quarta Turma. Relator: Ministro Sávio de Figueiredo Teixeira, j.: 02.05.2000, DJe: 17.11.2000.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 910.207/MG. Segunda Turma. Relator: Ministro Castro Meira, j. 09.10.2007, DJ: 25.10.2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.066/RJ. Relator: Ministro Garcia Vieira. j.: 02.03.1994, DJ: 28.03.1994.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.171.341/DF. Quarta Turma. Ministra Maria Isabel Gallotti, j: 06.12.2011, DJe 14.12.2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.654.112. Decisão Monocrática. Relator: Ministro Ricardo Villas Boas Cueva, j.: 23.10.2018, DJe 23.10.2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.837.704/DF. Segunda Turma. Relator: Ministro Herman Benjamin, j.: 05.12.2019, DJe: 27.05.2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.844.279. Segunda Turma. Relator: Ministro Mauro Campbell Marques, j.: 05.05.2020, DJe: 14.05.2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 57.641/PE. Relatora: Ministra Eliana Calmon, j.: 04.04.2000, DJ: 22.05.2000.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº 759.964/RJ. Primeira Turma. Relator: Ministro Edson Fachin. j.: 15.09.2015, DJe: 29.09.2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 1.273.265/DF. Relatora: Ministra Cármen Lúcia, j.: 25.07.2020, DJe 17.07.2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 390.840/MG. Relator: Ministro Marco Aurélio, j.: 15.08.2006, DJ 15.11.2005.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Projeto de Lei n. 3.242, apresentado em 11 de junho de 1997 e transformado na Lei Ordinária n. 9.514 em 20 de novembro de 1997. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=210942>. Acesso em 15.09.2020.