



MZ·ADVOCACIA®

INFORMATIVO JURÍDICO —

EDIÇÃO 129
FEVEREIRO 2021

A exigência do ITBI ocorre com a transferência efetiva da propriedade

Antes de adentrarmos ao assunto principal, vale a pena esclarecer alguns pontos acerca do Imposto de Transmissão de Bens Imóveis, mais conhecido pela sigla ITBI, o qual é um dos mais importantes tributos imobiliários. O ITBI é um tributo municipal obrigatório que envolve o processo de compra e venda de um bem, de tal modo que precisa ser pago quando ocorre uma compra/transferência de imóvel.

Na legislação brasileira, o destacado imposto está previsto na Constituição Federal, no seu artigo 156, inciso II, referindo que é de competência dos municípios instituir o ITBI quando há ocorrência da transmissão de propriedade de um imóvel envolvendo pessoas vivas.

No caso de falecimento do proprietário do bem, por exemplo, não ocorre a incidência desse imposto na transmissão de propriedade por herança, o mesmo acontece quando o bem é doado a um terceiro, em ambas situações é cobrado o imposto estadual, denominado ITCD (Imposto sobre Transmissão “Causa Mortis” e Doação).

Como o ITBI é um tributo municipal, a Constituição Federal também estabeleceu que cada prefeitura tem a autonomia para definir as regras sobre a sua cobrança. Portanto, cada cidade pode determinar a alíquota que será usada como base de cálculo, que varia entre 2% e 4% do valor do imóvel transmitido, ficando o comprador compelido a pagar esse tributo à municipalidade.

Com relação a incidência do ITBI, o Código Tributário Nacional (CTN) refere que o fato gerador é a transmissão da propriedade ou do domínio útil, como definido na lei civil, e a sua ocorrência somen-

te se verifica com o registro da escritura de compra e venda no Cartório de Registro de Imóveis, de acordo com o artigo 1.227 do Código Civil.

O referido imposto somente é devido quando se transfere o domínio, e o momento da transferência acontece quando há o registro do documento (escritura pública) no Cartório de Registro de Imóveis, conforme previsão nos artigos 1.227 e 1.245 do Código Civil, os quais se transcreve, respectivamente: “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.”

Assim, é importante elucidar que todo o tributo possui um fato gerador, por meio do qual o lançamento do tributo se torna possível. Dessa forma, o fato gerador do ITBI é justamente a transferência do imóvel. Ocorre que muitos municípios cobram o imposto antes da ocorrência do fato gerador, o que tem levado controvérsias até os Tribunais Superiores.

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) já possui entendimento pacificado sobre o tema, no sentido de que apenas a transcrição do título de transferência no registro de imóveis dá ensejo à incidência do ITBI, não podendo ser tributada a promessa de compra e venda ou de cessão de direitos de compra e venda.

Destaca-se um trecho do entendimento da Ministra Eliana Calmon, ao relatar o Recurso Especial nº 57.641/PE, referindo que o ITBI não incide “ em promessa de compra e venda, contrato preliminar que poderá ou não se concretizar em contrato definitivo, este sim ensejador da cobrança do aludido tributo”.

Entretanto, muitos municípios brasileiros não vêm cumprindo com a determinação legal, nem mesmo com o entendimento do STJ. O que demandou em recente pacificação do entendimento pelo Superior Tribunal Federal (STF), por meio do Recurso Extraordinário com Agravo – ARE 1294969. Foi reafirmado o posicionamento já consolidado pelo STJ, no sentido de que a cessão de direitos de compra e venda não transfere a propriedade, por sua vez, não há incidência de ITBI, ressaltando que o tributo municipal só incide no momento de transferência no registro de imóveis.

Como diz o dito popular “só é dono quem registra”, e para tanto, deve haver a transmissão do bem imóvel por meio de lavratura da escritura pública, quando, então, deverá incidir o imposto (ITBI).

Acredita-se, por fim, que com o assentamento da jurisprudência no STF, haja diminuição gradativa das controvérsias e discussões sobre o tema, as quais vertem no Poder Judiciário, sendo importante que as prefeituras se atentem a legislação e ao posicionamento consolidado pelas Cortes Superiores, a fim de evitar cobranças indevidas.



Suelen da Silva Santos

OAB/RS 93.957

Advogada associada do MZ Advocacia

suelen@mzadvocacia.com.br

Incide ISS, e não ICMS, em operações de softwares, decide STF

Incide ISS, e não ICMS, nas operações de softwares. Esse foi o entendimento firmado nesta quinta-feira (18/2) pelo Plenário Supremo Tribunal Federal, por maioria. A corte julgará na próxima quarta-feira (24/2) proposta de modulação dos efeitos da decisão apresentada pelo ministro Dias Toffoli.

O julgamento foi concluído com a apresentação do voto-vista do ministro Nunes Marques, que ficou vencido ao opinar pela incidência de ICMS no licenciamento e na cessão de direito de uso dos programas de computador.

O voto condutor é do ministro Dias Toffoli, relator de uma das ações que discutem o tema. “O simples fato de o serviço encontrar-se definido em lei complementar como tributável pelo ISS já atrairia, em tese, a incidência tão somente desse imposto sobre o valor total da operação e afastaria a do ICMS”, afirmou.

De acordo com Toffoli, a sujeição das operações de transferência eletrônica de software à incidência do ICMS “ainda carece de análise” pelo Supremo, devido às particularidades das várias formas de transferência de programas de computador. Votaram da mesma forma os ministros Alexandre de Moraes, Luís Roberto Barroso, Rosa Weber, Ricardo Lewandowski e Luiz Fux.

Toffoli sugeriu ainda modular os efeitos da decisão a partir da data da publicação da ata do julgamento. Dessa maneira, os municípios ficariam proibidos de cobrar ISS de quem já pagou ICMS sobre operações de softwares, e os contribuintes não poderiam pedir ressarcimento.

O decano, ministro Marco Aurélio, também votou para afastar a incidência do ICMS nas operações, mas contra a modulação dos efeitos para

evitar que se “aposte com a morosidade da Justiça”. “Norma inconstitucional é norma natimorta”, frisou.

Incidência do ICMS

A corrente contrária entendeu que deve incidir o ICMS. Votaram desta forma os ministros Luiz Edson Fachin, Cármen Lúcia, Gilmar Mendes e Nunes Marques.

Fachin e Cármen Lúcia entenderam que os programas de computador são mercadorias, ainda que a circulação aconteça de forma digital e virtual. “Se antes programas de computador, quando produzidos em série e destinados à comercialização, deviam ser físicos, materializando-se o ‘corpus mechanicum’ da criação intelectual, isso hoje não é mais necessário”, ponderou Fachin.

Já Gilmar Mendes entendeu que nos casos de softwares que sejam desenvolvidos de forma personalizadas deve incidir o ISS. O ICMS, segundo o ministro, deve incidir sobre o software padronizado e comercializado em escala industrial.

As ações

Uma das ações (ADI 1.945) foi ajuizada pelo MDB para questionar lei de Mato Grosso e está em tramitação no Supremo desde 1999. A norma determina a incidência do ICMS nas operações de cópias ou exemplares dos programas de computador.

A outra ação (ADI 5.659) foi ajuizada pela Confederação Nacional de Serviços (CNS). Essa ADI, relatada por Toffoli, pediu a declaração de inconstitucionalidade do Decreto 46.877/15, de Minas Gerais.

Fonte: *Conjur*

Para o Ministro Gilmar, do STF, é válida proibição de cobrança do direito de passagem

Para o ministro Gilmar Mendes, é válida a proibição aos Estados, ao Distrito Federal e aos municípios a cobrança de contraprestação às concessionárias pelo direito de passagem em vias públicas, faixas de domínio e e outros bens públicos de uso comum na instalação de infraestrutura e redes de telecomunicações, prevista no artigo 12 da lei 13.116/15.

O entendimento foi proferido na tarde desta quarta-feira, 17, em julgamento do plenário do STF. O debate, que tem efeitos sobre o leilão da frequência 5G da internet, continua amanhã com os votos dos demais ministros.

Entenda o caso

A ação foi proposta no ano passado, pelo PGR Augusto Aras contra dispositivo da lei geral das antenas. O artigo questionado diz o seguinte:

“Art. 12. Não será exigida contraprestação em razão do direito de passagem em vias públicas, em faixas de domínio e em outros bens públicos de uso comum do povo, ainda que esses bens ou instalações sejam explorados por meio de concessão ou outra forma de delegação, excetuadas aquelas cujos contratos decorram de licitações anteriores à data de promulgação desta Lei.”

A norma proíbe aos Estados, ao Distrito Federal e aos municípios a cobrança de contraprestação às concessionárias pelo direito de passagem em vias públicas, faixas de domínio e e outros bens públicos de uso comum na instalação de infraestrutura e redes de telecomunicações.

Aras argumenta que a norma viola a autonomia dos entes federados, pois sacrifica receita que poderia ser aplicada nos serviços públicos locais



para fomentar atividades exploradas em regime de competição. Segundo o PGR, o usual é o pagamento pelo uso privativo de bem público como elemento de atividade econômica ou comercial do usuário, em razão da necessidade de socializar os benefícios originados da exploração do domínio público. A lei, ao estabelecer a gratuidade do direito de passagem de infraestruturas de telecomunicações, retirou dos entes federativos a prerrogativa de dispor dos bens integrantes de seu patrimônio jurídico.

A possibilidade de frustração de receita pública, a seu ver, agrava a crise fiscal numa conjuntura de queda de arrecadação tributária decorrente dos impactos econômicos da Covid-19, resultante da paralisação de setores estratégicos da economia e agravada pela necessidade de auxílio estatal para a população mais carente.

Relator

Para Gilmar Mendes, o artigo impugnado se insere no âmbito da competência privativa da União

Segue >

para legislar sobre telecomunicações e se reveste de inequívoco interesse público. Não há inconstitucionalidade formal e material, segundo o relator, pois o dispositivo é adequado, razoável e proporcional.

O ministro salientou que a pulverização desordenada de condicionamentos jurídicos à instalação da infraestrutura de telecomunicações incrementou de forma significativa o custo regulatório. Este problema, segundo o ministro, é crítico para o setor no qual a interconexão e o compartilhamento da estrutura de redes são essenciais para garantir a universalização de acesso.

O ministro citou como exemplo o Estado do Paraná: se uma empresa de telecomunicações decidiu levar uma rede de fibra ótica de Cascavel para Juvinoópolis, a cobrança pelo Estado somente pelo uso das faixas de domínio seria 50% superior ao faturamento potencial com a prestação de serviços.

“Ou seja, apenas o custo de pagar pelo uso da faixa de domínio seria 50% maior que a renda es-

perada pelas empresas, o que torna proibitiva a ampliação da rede neste e em muitos outros pequenos municípios.”

Assim, Gilmar Mendes enfatizou a necessidade de o Estado e a Agência reguladora responsável em fixar normas jurídicas que se voltem a uma prestação universalizada.

O ministro frisou que a finalidade do artigo impugnado é de garantir a expansão de um serviço público de interesse da coletividade. “A edição de uma lei Federal nacional sobre o tema é medida adequada”, afirmou.

“O direito de passagem não representa qualquer tipo de aniquilamento dos bens dos Estados e municípios.”

Por fim, Gilmar Mendes julgou improcedente o pedido, ou seja, pela validade da norma.

Fonte: Migalhas

Direito ao esquecimento é incompatível com a Constituição, decide STF

A ideia de um direito ao esquecimento é incompatível com a Constituição Federal. Esse foi o entendimento firmado por maioria do Supremo Tribunal Federal nesta quinta-feira (11/2). Ficaram parcialmente vencidos os ministros Nunes Marques, Edson Fachin e Gilmar Mendes.

A corte aprovou a seguinte tese com repercussão geral: “É incompatível com a Constituição a ideia de um direito ao esquecimento, assim entendido como o poder de obstar, em razão da passagem do tempo, a divulgação de fatos ou dados verídicos e lícitamente obtidos e publicados em

meios de comunicação social analógicos ou digitais”.

“Eventuais excessos ou abusos no exercício da liberdade de expressão e de informação devem ser analisados caso a caso, a partir dos parâmetros constitucionais – especialmente os relativos à proteção da honra, da imagem, da privacidade e da personalidade em geral – e as expressas e específicas previsões legais nos âmbitos penal e cível.”

A tese também foi aprovada por maioria. Edson Fachin ficou vencido, e Marco Aurélio, parcialmente vencido.

Segue >

Ao votar na quinta-feira passada (4/2), Toffoli caracterizou como direito ao esquecimento a “pretensão apta a impedir a divulgação, seja em plataformas tradicionais ou virtual, de fatos ou dados verídicos e lícitamente obtidos, mas que, em razão da passagem do tempo, teriam se tornado descontextualizados ou destituídos de interesse público relevante”.

O relator ressaltou que não há previsão legal do direito ao esquecimento e não se pode restringir a liberdade de expressão e imprensa. Eventuais abusos ou excessos devem ser analisados posteriormente, caso a caso.

Na sessão desta quarta (10/2), mais três ministros entenderam que o direito ao esquecimento é incompatível com o ordenamento jurídico brasileiro. Nesta quinta, os ministros Cármen Lúcia, Ricardo Lewandowski, Marco Aurélio e Luiz Fux seguiram o voto do relator.

Cármen Lúcia afirmou que o esquecimento pode ser uma forma de superação individual de dores maiores. “Mas pode ser politicamente um instrumento de mentiras, falsificação da verdade, invisibilização de pessoas e ocorrências, que poderiam mostrar as feridas e conquistas de um povo.”

“Num país de triste desmemória como o nosso, discutir o direito ao esquecimento como direito fundamental, de alguém poder impor silêncio ou segredo de fato ou ato que pode ser de interesse público, seria um desaforo jurídico para a minha geração. A minha geração lutou pelo direito de lembrar”, apontou Cármen.

Segundo ela, não há como se extrair do sistema jurídico brasileiro um direito ao esquecimento que limite a liberdade de expressão e a memória coletiva. A ministra também opinou que, com base no princípio da solidariedade a gerações futuras, não é possível negar aos mais jovens o direito de conhecer a história do país.

O ministro Ricardo Lewandowski destacou que o direito ao esquecimento jamais foi um instituto jurídico autônomo. A seu ver, trata-se mais de uma aspiração subjetiva de alguém que sente um desconforto na divulgação de fatos pretéritos.

Para o magistrado, o direito ao esquecimento só pode ser apurado caso a caso, em uma ponderação de valores, se prevalece a liberdade de expressão ou a preservação da intimidade.

Já o decano da corte, Marco Aurélio, avaliou que as manifestações do pensamento, da criação e da informação não podem sofrer qualquer restrição.

“O Brasil deve contar com memória. E em fatos positivos e negativos, não apenas o que agrada a sociedade. Não cabe em uma situação como essa simplesmente passar a borracha e partir para um verdadeiro obscurantismo, um retrocesso em termos de ares democráticos.”

O presidente do STF, Luiz Fux, disse que “o direito ao esquecimento não pode reescrever o passado nem obstaculizar a liberdade de expressão e imprensa”.

De acordo com Fux, fatos que tenham interesse público e histórico não podem ter sua divulgação limitada. Como é o caso Aída Cury, um crime que marcou o país e que permite entender a persistente violência contra a mulher.

No entanto, o presidente da corte opinou que fatos privados que não têm interesse público não devem ser divulgados. Por exemplo, se um empresário de sucesso foi morador de rua e usuário de drogas, seu passado não precisa ser noticiado, até porque poderia prejudicá-lo no meio corporativo.

Divergência parcial

O ministro Gilmar Mendes divergiu parcialmente do relator e seguiu o voto de Nunes Marques. Conforme o magistrado, deve ser permitida a divulgação jornalística ou acadêmica de fatos e, inclusive de dados pessoais, desde que haja interesse público ou histórico.

Segue >

Se os dados pessoais não forem essenciais para o estudo ou notícia ou se houver abusos, cabe direito de resposta e indenização dos autores, como no caso de biografias não autorizada, declarou Gilmar.

Na análise do ministro, a reconstituição da morte de Aída Cury no programa televisivo “Linha Direta”, da TV Globo, foi humilhante para a família da vítima, uma vez que afirmou que a jovem foi ingênua nos fatos que culminaram em seu homicídio.

Dessa maneira, Gilmar votou pela devolução do processo para a primeira instância, para avaliar indenização por danos morais à família.

Caso concreto

O recurso chegou ao Supremo ajuizado pelos irmãos de Aída Curi, vítima de um crime de grande repercussão praticado nos anos 1950 no Rio de Janeiro. Eles buscam reparação da TV Globo pela reconstituição do caso no programa televisivo “Linha Direta” sem a autorização da família. O programa foi exibido em 2004.

Os irmãos de Aída questionam a decisão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, que entendeu que a Constituição garante a livre expressão de comunicação, independentemente de censura ou licença.

Os desembargadores definiram que a obriga-

ção de indenizar ocorre apenas quando o uso da imagem ou de informações atingirem a honra da pessoa retratada e tiverem fins comerciais. Ainda segundo o TJ-RJ, a Globo cumpriu sua função social de informar, alertar e abrir o debate sobre o caso.

No Supremo, os ministros reconheceram a repercussão geral da matéria em junho de 2017. A maioria dos ministros votou para negar o recurso e a reparação pedida. “Casos como o de Aída Curi, Ângela Diniz, Daniella Perez, Sandra Gomide, Eloá Pimentel, Marielle Franco e, mais recentemente, da juíza Viviane Vieira, entre tantos outros, não podem e não devem ser esquecidos”, afirmou o relator, Dias Toffoli.

Fachin reconheceu a existência, em abstrato, do direito ao esquecimento, mas entendeu que ele não se aplica ao caso concreto. Nunes Marques e Gilmar Mendes avaliaram que o direito ao esquecimento é incompatível com o Direito brasileiro. Contudo, opinaram que a TV Globo deve indenizar a família de Aída Cury por noticiar de forma vexatória a morte da jovem.

O ministro Luís Roberto Barroso declarou suspeição e não participou do julgamento.

Fonte: Conjur

Para visualizar informativos anteriores, acesse www.mzadvocacia.com.br/informativos



MZ·ADVOCACIA®

PELOTAS

Rua Menna Barreto, 391
Bairro Areal
CEP 96077-640
53.3025.3770
pelotas@mzadvocacia.com.br

RIO GRANDE

Praça Xavier Ferreira, 430, Conj. 303
Bairro Centro
CEP 96200-590
53.3035.2770
riogrande@mzadvocacia.com.br

PORTO ALEGRE

Av. Getúlio Vargas, 1157, Conj. 1010
Bairro Menino Deus
CEP 90150-001
51.3516.1584
portoalegre@mzadvocacia.com.br