

ITBI. MOMENTO DE OCORRÊNCIA DO FATO GERADOR. CESSÕES DE DIREITOS AQUISITIVOS SOBRE IMÓVEIS. JULGAMENTO PELO STF DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO Nº 1.294.969

RICARDO ALMEIDA RIBEIRO DA SILVA

Mestre em Direito Público pela UERJ; Professor do PJT/ABDF e da Pós-Graduação em Direito Tributário da UERJ; Membro do Forum Permanente de Direito Tributário da EMERJ e da International Fiscal Association – IFA; Diretor da ABDF – Associação Brasileira de Direito Financeiro; Procurador do Município do Rio de Janeiro; Assessor Jurídico da ABRASF – Associação Brasileira das Secretarias de Finanças das Capitais; Advogado.

1. INTRODUÇÃO

O Supremo Tribunal Federal julgou em Plenário Virtual o Recurso Extraordinário nº 1.294.969, cujo objeto foi delimitado pelo Relator, Ministro Luiz Fux, nos seguintes termos: *“possibilidade de incidência do imposto sobre transmissão inter vivos de bens imóveis (ITBI) em cessão de direitos de compra e venda, mesmo sem a transferência de propriedade pelo registro imobiliário”*.

O recurso fora protocolado em outubro de 2020 e teve tramitação com velocidade recorde, tendo saído da conclusão em novembro de 2020 e logo afetado ao Plenário Virtual em onze de dezembro de 2020. O fato relevante é que o julgamento não se limitou à verificação da Repercussão Geral da matéria. O Ministro Relator, Luiz Fux, já presidente do STF, apresentou voto propondo que se decidisse, ao mesmo tempo, o mérito da matéria, por meio de “reafirmação de jurisprudência dominante da Corte” – dando provimento ao agravo para conhecer do recurso extraordinário do Município de São Paulo, mas julgando este improcedente.

Desta forma, não foram asseguradas às partes os debates orais e a apresentação de memoriais antes do julgamento de mérito – e, tampouco, a oportunidade para impugnação da decisão que decretou a Repercussão Geral, pela primeira vez apreciada pela Corte no tema.

O julgamento foi concluído com onze votos a favor da declaração de repercussão geral da matéria e com nove votos concordando com a proposta do Relator de que o julgamento poderia se dar pela simples reafirmação da jurisprudência do STF sobre o tema. O Ministro Gilmar Mendes não se pronunciou sobre o mérito e o Ministro

Marco Aurélio Mello entendeu, adiante-se já aqui, que a matéria deveria ser objeto do devido processo legal constitucional, para julgamento posterior do mérito em Plenário.

Entretanto, como será analisado na parte da análise crítica deste artigo, o STF ainda não havia formado um único precedente de Plenário ou mesmo proferido decisão em qualquer de suas Turmas enfrentando o mérito amplo do debate, inclusive fundamentos diversos acerca do momento de ocorrência do fato gerador do ITBI nas cessões de direitos aquisitivos de imóveis.

2. DEFINIÇÃO E SUBMISSÃO DO TEMA DO ARE 1.294.969 AO REGIME DE REAFIRMAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA. ANÁLISE DO ACÓRDÃO PROFERIDO NO PLENÁRIO VIRTUAL DUPLO.

A proposta de voto do Ministro Relator em relação à existência de repercussão geral era sintética, conforme se verifica nos seguintes destaques da manifestação de Sua. Exa., *in verbis*:

Com efeito, a matéria aqui suscitada possui densidade constitucional suficiente para o reconhecimento da existência de repercussão geral, competindo a esta Suprema Corte, em julgamento qualificado, definir o alcance do artigo 156, II, da Constituição Federal, no que diz respeito à cobrança do ITBI, por municípios brasileiros, sobre a cessão de direitos de compra e venda de imóvel, mesmo sem o registro em cartório de imóveis. Demais disso, a temática revela potencial impacto em outros casos, tendo em vista a multiplicidade de recursos sobre essa específica questão constitucional, os quais continuam a aportar nesta Corte, a despeito das sucessivas decisões do Supremo Tribunal Federal, como revela simples pesquisa de jurisprudência, que aponta para centenas de julgados desta Suprema Corte, seja no campo unipessoal ou por seus órgãos colegiados. In casu, observo que os recorridos impetraram mandado de segurança com pedido de declaração de nulidade da exigência de recolhimento de ITBI pelos Impetrantes por conta da cessão de direitos atinentes ao instrumento de compromisso de compra e venda de imóvel (...) (Doc. 1, p. 11, grifei). O acórdão recorrido, ao manter a sentença concessiva da segurança, consignou que referida obrigação tributária nasce com o registro no cartório de imóveis. Por oportuno, transcrevo trecho do voto condutor.

Com relação ao mérito, o Ministro Relator foi ainda mais expedito, enunciando o tema do caso *sub examine* para afirmar sua conformidade com os precedentes jurisprudenciais invocados e que deveriam ser reafirmados, nos seguintes termos:

Com efeito, o artigo 156, inciso II, da Constituição Federal estabelece a competência tributária para instituir e cobrar o ITBI: Compete aos Municípios instituir impostos sobre: II - transmissão intervivos, 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.

Assim, a exigência do ITBI ocorre com a transferência efetiva da propriedade, que se dá com o registro imobiliário, não se operando na cessão de direitos, como pretendido pelo Município.

(...)

Com efeito, é descabida a exigência tributária feita pelo Município, no que tange ao recolhimento do ITBI, vez que a obrigação tributária nasce com o registro imobiliário; já que não se admite a incidência do tributo sobre bens que não tenham sido transmitidos. (Doc. 8, p. 3-5, grifei).

Como se observa, o acórdão recorrido está em sintonia com o entendimento pacífico desta Corte no sentido de que, o fato gerador do imposto sobre transmissão intervivos de bens imóveis (ITBI) somente ocorre com a transferência efetiva da propriedade imobiliária, que se dá mediante o competente registro. Seguindo essa orientação destaque, dentre muitos outros, os seguintes julgados:

Ao citar os julgados, o Relator coleciona doze decisões colegiadas das duas Turmas, assim identificadas:

- 1) ARE 1.037.372-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, *DJe* de 24/6/2019
- 2) ARE 825.019-AgR, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, *DJe* de 18/3/2016
- 3) ARE 805.859-AgR, Rel. Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, *DJe* de 9/3/2015
- 4) ARE 825.019-AgR, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, *DJe* de 18/3/2016
- 5) ARE 759.964-AgR, Rel. Min. Edson Fachin, Primeira Turma, *DJe* de 29/9/2015
- 6) ARE 839.630-AgR, Rel. Min. Rosa Weber, Primeira Turma, *DJe* de 17/12/2014
- 7) AI 764.432-AgR, Rel. Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, *DJe* de 25/11/2013
- 8) ARE 934.091-AgR, Rel. Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, *DJe* de 5/12/2016
- 9) ARE 798.004-AgR, Rel. Min. Teori Zavascki, Segunda Turma, *DJe* de 7/5/2014
- 10) ARE 798.241-AgR, Rel. Min. Cármen Lúcia, Segunda Turma, *DJe* de 14/4/2014
- 11) AI 646.443-AgR, Rel. Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, *DJe* de 24/4/2009

12) AI 603.309-AgR, Rel. Min. Eros Grau, Segunda Turma, DJ de 23/02/2007

As citações trazem apenas as ementas dos Acórdãos referidos, podendo ser resumidas, todas, com os seguintes comandos:

- 1) “PROMESSA DE CESSÃO DE DIREITO À AQUISIÇÃO DE PROPRIEDADE IMOBILIÁRIA – INCIDÊNCIA DO IMPOSTO DE TRANSMISSÃO 'INTER VIVOS' DE BENS IMÓVEIS (ITBI) – IMPOSSIBILIDADE”;
- 2) “ITBI. FATO GERADOR. TRANSFERÊNCIA EFETIVA DA PROPRIEDADE MEDIANTE REGISTRO EM CARTÓRIO”.

Importante anotar que, apenas um único caso citado como precedente versava o tema da incidência sobre a “cessão de direitos aquisitivos imobiliários”: o Agravo Regimental em Recurso Extraordinário com Agravo nº 805.859, da relatoria do Ministro Roberto Barroso. E, como se verá na análise crítica abaixo, este tema não foi enfrentado pela 1ª Turma do STF em qualquer dos seus fundamentos constitucionais.

Anote-se, também, que o fundamento da “antecipação do fato gerador, nos termos do §7º do art. 150” também só fora tratado em um único caso pregresso: o ARE 821.162-AgR, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJe de 21/6/2016. Neste caso também não fora enfrentada a discussão de fundo, como se buscará detalhar em item próprio mais adiante neste trabalho.

Ao final, a Ementa e o anúncio da decisão do ARE 1.294.969 ficaram assim redigidos, *in verbis*:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. IMPOSTO SOBRE TRANSMISSÃO DE BENS IMÓVEIS - ITBI. FATO GERADOR. COBRANÇA DO TRIBUTO SOBRE CESSÃO DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. EXIGÊNCIA DA TRANSFERÊNCIA EFETIVA DA PROPRIEDADE IMOBILIÁRIA MEDIANTE REGISTRO EM CARTÓRIO. PRECEDENTES. MULTIPLICIDADE DE RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS. ENTENDIMENTO CONSOLIDADO NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. CONTROVÉRSIA CONSTITUCIONAL DOTADA DE REPERCUSSÃO GERAL. REAFIRMAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL

FEDERAL. AGRAVO CONHECIDO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO DESPROVIDO.

Decisão: O Tribunal, por unanimidade, reputou constitucional a questão. Não se manifestou o Ministro Gilmar Mendes. O Tribunal, por unanimidade, reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada. Não se manifestou o Ministro Gilmar Mendes. No mérito, por unanimidade, reafirmou a jurisprudência dominante sobre a matéria. Não se manifestou o Ministro Gilmar Mendes.

Neste último parágrafo que anuncia o resultado, há também equívoco, pois o Ministro Marco Aurélio Mello arrematou o seu voto-vista sem qualquer adesão à “reafirmação de jurisprudência”. Ao contrário: concluiu a sua manifestação encaminhando o processo para a “*abertura de prazo de sustentação oral, respeitando-se o devido processo legal*”. Vale conferir a parte final do seu voto, *in verbis*:

Voto-vista (Min. Marco Aurélio)

“Tem-se questão de envergadura constitucional, a reclamar o crivo do Supremo. Cumpre ao Tribunal definir se configurado, ou não, fato gerador do Imposto sobre a Transmissão de Bens Imóveis – ITBI havendo cessão de direitos decorrentes de compromisso de compra e venda, ausente registro imobiliário.

Não cabe o julgamento de fundo. *A matéria deve ser analisada em momento posterior, no que aberta oportunidade à sustentação oral, observando-se o devido processo legal*”.

Portanto, verifica-se aí um erro material cometido ao se anunciar o resultado da decisão. Equívoco por si só eloquente e indicativo do atropelo ocorrido no julgamento deste ARE 1.294.969, que versou importante matéria para a tributação municipal, para os tabeliães de notas e oficiais registros imobiliários, assim como para todos aqueles que realizam transações imobiliárias no país.

3. ANÁLISE CRÍTICA DO ACÓRDÃO.

3.1. PRINCIPAIS ASPECTOS CRÍTICOS:

(A) JULGAMENTO CONJUNTO DE REPERCUSSÃO GERAL E DE MÉRITO POR REAFIRMAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA VIOLA O REGIMENTO INTERNO DO STF, O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E OS PRINCÍPIOS DA AMPLA DEFESA E DO DEVIDO PROCESSO LEGAL FORMAL E MATERIAL, SOBREVAVADOS NO PROCESSO DE CONTROLE DE

CONSTITUCIONALIDADE, DADO OS SEUS EFEITOS VINCULANTES PANPROCESUAIS;

(B) A MATÉRIA JULGADA (ITBI INCIDENTE SOBRE CESSÕES DE DIREITOS AQUISITIVOS IMOBILIÁRIOS) NÃO ENCONTRA DISCUSSÃO PRÉVIA NOS PRECEDENTES INVOCADOS, INEXISTINDO DECISÃO PRÉVIA, COM GRAU DE VINCULATIVIDADE SUFICIENTE, ANTE A FALTA DE MANIFESTAÇÃO DO PLENÁRIO DO STF E DE APRECIÇÃO AMPLA E ESGOTATIVA DOS PRINCIPAIS FUNDAMENTOS DO DEBATE.

A análise do ARE 1.2949.969 revela que, além de não existir prévia decisão de REPERCUSSÃO GERAL sobre a matéria em caso outro, impediu-se que o tema fosse submetido ao crivo recursal das partes em litígio e à eventual atuação das entidades interessadas, na qualidade de *amici curiae* – *de modo a assegurar a participação democrática da sociedade* diante de um tema de grande impacto financeiro, que interessa a *TODOS OS MUNICÍPIOS BRASILEIROS*.

Aliás, assinala-se que o julgamento conjunto e pioneiro de *repercussão geral* e do mérito do recurso extraordinário por meio de reafirmação de jurisprudência dominante sempre implicará em violação do devido processo legal, não sendo autorizado pelo artigo 323 do Regimento Interno do STF ou por qualquer outro dispositivo da legislação processual pátria.

Como se verá mais abaixo, os julgados colecionados e expostos por suas ementas no voto-proposta de reafirmação de jurisprudência do Relator, Ministro Luiz Fux, não apresentaram uma única linha argumentativa acerca da discussão sobre a incidência do ITBI sobre a celebração de escrituras de cessão de direitos aquisitivos.

Com efeito, o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL *nunca* houvera proferido decisão de mérito, colegiada e de plenário sobre o tema “*incidência do ITBI em cessões de direitos aquisitivos*”.

É verdade que o Superior Tribunal de Justiça firmara entendimento, avançando no mérito do debate e enfrentando alguns argumentos trazidos pelos contribuintes e fiscos municipais, concluindo por vincular a definição de “transmissão de bens imóveis” prevista no inciso II do artigo 156 da Carta de 1988¹, ao conceito

¹ “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*”.

civilista brasileiro de aquisição formal da propriedade imobiliária, que só se opera com o registro do título aquisitivo.

Contudo, como se verá mais adiante, as decisões sobre o tema que existiam (e existem) no âmbito do STF, versaram apenas a incidência do ITBI sobre a *celebração de PROMESSAS DE COMPRA E VENDA*. E as promessas de compra e venda *não se confundem com as CESSÕES DE DIREITOS AQUISITIVOS RELATIVOS A IMÓVEIS*. Ao menos para fins de aplicação no âmbito da tributação, pois o *fato gerador de cada uma dessas hipóteses contempla previsões específicas e distintas* no próprio texto da Constituição de 1988.

Com efeito, *as cessões de direitos são fatos geradores autônomos do ITBI*, diferentes dos contratos de compra e venda de bens. A transmissão dos direitos aquisitivos ocorre com a celebração da escritura de compra e venda, cuja escrituração pública já é suficiente para dar publicidade e garantir a anterioridade desse direito pessoal, com repercussão e efeitos sobre o direito real de propriedade.

Cumpra assinalar que o único caso relativo à *cessão de direitos* foi julgado em 18/11/2016, pela Primeira Turma no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo n. 934.091. Mas, neste caso isolado, a matéria sequer foi conhecida em seu caráter constitucional específico, tendo sido, data vênia, atropelada, sob a invocação de precedentes de tema distinto, *relativo à cobrança do ITBI na celebração de promessas de compra e venda*.

Afinal, a promessa de compra e venda é um *contrato preliminar* que, repita-se, *NÃO SE CONFUNDE COM A CESSÃO DE DIREITOS por escritura definitiva*.

Por outro lado, como se verá em item próprio, mesmo em relação à promessa de compra e venda há *decisões* monocráticas no âmbito do STF, *favoráveis à incidência pela transmissão* (escritura pública) *ou como antecipação do fato gerador* do ITBI, em decisões proferidas no *ARE 759.964* (Rel. Min. Ricardo Lewandowski) e na *Suspensão de Segurança SS 5008*.

Por fim, há outros fundamentos jurídicos, que deveriam ser conhecidos no processo objetivo de controle de constitucionalidade, uma vez que é pacífico o entendimento no STF acerca possibilidade da ampliação da cognição de outros argumentos que sustentem a *causa petendi* ou a fundamentação do pedido².

² “O STF, ao julgar as ações de controle abstrato de constitucionalidade, não está vinculado aos fundamentos jurídicos invocados pelo autor. Assim, pode-se dizer que na ADI, ADC e ADPF, *a causa de*

Portanto, além do caráter distinto entre CESSÃO DE DIREITOS e PROMESSA DE COMPRA E VENDA, há outros fundamentos - não enfrentados no presente caso - que, por si sós, são suficientes para se reconhecer a constitucionalidade da cobrança do ITBI no momento da celebração das *Cessões de Direito*:

- 1) Antecipação do fato gerador do ITBI na celebração de escrituras públicas de contratos preliminares (promessa) ou definitivos (cessão de direito), uma vez que se pode, ordinária e seguramente, presumir o registro do título translativo no Registro de Imóveis. Trata-se, portanto, de fato gerador presumido, expressamente previsto na lei municipal, em consonância com o §7º do artigo 150 da Constituição (que admite a presunção não só nas “cadeias de produção/consumo”. Basta ler a sua redação: *A lei poderá atribuir a sujeito passivo de obrigação tributária a condição de responsável pelo pagamento de imposto ou contribuição, cujo fato gerador deva ocorrer posteriormente, assegurada a imediata e preferencial restituição da quantia paga, caso não se realize o fato gerador presumido;*
- 2) Mesmo que se entenda o ato de registro com fundamental à caracterização transmissão prevista no inciso II do artigo 156 da Constituição, o Código Tributário Nacional admite expressamente a possibilidade de fixação do aspecto temporal do ITBI, no momento em que são praticados os primeiros atos essenciais à realização da transmissão. Neste sentido o artigo 116, que diz: *Art. 116. Salvo disposição de lei em contrário, considera-se ocorrido o fato gerador e existentes os seus efeitos: (...) II - tratando-se de situação jurídica, desde o momento em que esteja definitivamente constituída, nos termos de direito aplicável.*

Mais adiante será demonstrado, especialmente pelo esforço histórico da jurisprudência do STF, que o Supremo nunca houvera *debatido* esta matéria (relativa à incidência do ITBI *sobre cessões de direitos*), sobretudo em Plenário, depois da Constituição de 1988.

Merece destaque no histórico da jurisprudência do STF que o debate realizado por décadas na Corte sobre a incidência do ITBI nas promessas de compra e venda (como contratos preliminares ou definitivos) proibia a incidência do imposto apenas sobre a promessa de compra e venda *enquanto mero contrato preliminar*. Por outro lado, a Corte Suprema sempre admitiu a incidência do ITBI *no momento da celebração das escrituras públicas de compra e venda (e promessas equivalentes) DEFINITIVAS, ASSIM COMO NAS CESSÕES DE DIREITO (POIS SEMPRE*

pedir (causa petendi) é aberta. Isso significa que todo e qualquer dispositivo da Constituição Federal ou do restante do bloco de constitucionalidade poderá ser utilizado pelo STF como fundamento jurídico para declarar uma lei ou ato normativo inconstitucional [ou constitucional]”. STF. Plenário. ADI 3796/PR, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 8/3/2017 (Info 856). Grifos acrescentados.

DEFINITIVAS), como se verá abaixo.

3.2 HISTÓRICO DA JURISPRUDÊNCIA DO STF SOBRE O MOMENTO DA OCORRÊNCIA DO FATO GERADOR DO ITBI.

3.2.A) NÃO HÁ JURISPRUDÊNCIA NO STF TRATANDO DA INCIDÊNCIA DO ITBI (OU SEU MOMENTO/ASPECTO TEMPORAL) EM RELAÇÃO À CESSÃO DE DIREITOS AQUISITIVOS (QUE É FATO GERADOR PREVISTO AUTONOMAMENTE NA CONSTITUIÇÃO - INCISO II, DO ART. 156).

Ao contrário do que presumido pela proposta do Relator e assumido pelo Acórdão prolatado pelo Plenário Virtual do STF, o tema da incidência do ITBI sobre a *Cessão de Direitos* não conheceu debate anterior na Corte, especialmente diante da autonomia dessa hipótese de incidência prevista de forma expressa e destacada na matriz constitucional deste imposto municipal (parte final do inciso II do artigo 156 da Constituição).

Como acima mencionado, só havia um único julgado da 1ª Turma do STF tratando da incidência do ITBI sobre Cessões de Direitos. Confira-se o excerto do voto do Ministro Relator deste caso, *in litteris*:

1ª Turma - STF

Ag. Reg. RE Agr. 934.091/SP

Excerto do Voto:

4. A conclusão do Tribunal de origem não diverge da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a qual entende que o fato gerador do ITBI somente ocorre com a transferência efetiva da propriedade no cartório de registro de imóveis. Confirmam-se os seguintes julgados:

“Agravo regimental no agravo de instrumento. Imposto de transmissão intervivos de bens imóveis. ITBI. Momento da ocorrência do fato gerador. *Compromisso de compra e venda*. Registro do imóvel. 1. Está assente na Corte o entendimento de que o fato gerador do ITBI somente ocorre com a transferência efetiva da propriedade imobiliária, ou seja, mediante o registro no cartório competente. Precedentes. 2. Agravo regimental não provido.” (AI 764.432-AgR, Rel. Min. Dias Toffoli).

“AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. IMPOSTO SOBRE TRANSMISSÃO DE BENS IMÓVEIS. FATO GERADOR. *PROMESSA DE COMPRA E VENDA*. IMPOSSIBILIDADE. 1. A cobrança de ITBI é devida no momento do registro da compra e venda na matrícula do imóvel. 2. A jurisprudência do STF considera ilegítima a exigência do ITBI em momento anterior ao

registro do título de transferência da propriedade do bem, de modo que exação baseada em promessa de compra e venda revela-se indevida. 3. Agravo regimental provido.” (ARE 759.964-AgR, Rel. Min. Edson Fachin)

Como se pode verificar neste caso, a decisão invoca como fundamentação precedentes que tratam apenas da ocorrência do fato gerador nas *promessas de compra e venda*, não discutindo o tema da autonomia da hipótese de incidência da CESSÃO DE DIREITO.

Poder-se-ia até *imaginar* que a vinculação da “transmissão” ao registro do título aquisitivo no Registro de Imóveis pudesse resolver a questão. Contudo, não se pode presumir um fundamento e muito menos uma deliberação de mérito plenária deste jaez em relação a um fato gerador previsto de modo destacado e independente da própria compra e venda futura, no texto constitucional.

Com efeito, afigura-se irresponsável o fato de que a locução “*bem como, cessões de direitos à sua aquisição*” representa uma hipótese DISTINTA daquela outra, descrita na parte inicial do dispositivo. E, de fato, tal questão não foi sequer enfrentada pelo STF no julgamento deste ARE 1.294.969, objeto desta análise crítica.

E esta leitura decorre, no mínimo, da literalidade do dispositivo constitucional sob análise, repita-se aqui a sua redação:

Art. 156. Compete aos Municípios instituir impostos sobre:

(...)

II – [1ª Parte] transmissão "inter vivos", a qualquer título, por ato oneroso, de bens imóveis, por natureza ou acessão física, [2ª Parte] e de direitos reais sobre imóveis, exceto os de garantia, [3ª Parte] *bem como cessão de direitos a sua aquisição*;

Ao contrário, os julgados que foram invocados (equivocadamente) para sustentar as primeiras decisões (monocráticas) do STF após a Constituição de 1988 acerca do tema das promessas de compra e venda (como contratos preliminares), *ressalvavam expressamente as hipóteses de constituição de direitos reais de garantia e de cessão de direitos aquisitivos como sendo aquelas que, por si só, ensejavam a incidência do ITBI.*

Este tema será mais bem demonstrado em item próprio, abaixo, mas já vale conferir o seguinte excerto da Representação de Inconstitucionalidade n. 1.121-6/GO (RTJ 109/899), relatada pelo Ministro Moreira Alves, *verbis*:

REPRESENTAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE N. 1.121-6/GO
Excerto do Voto do Relator (Ministro Moreira Alves)

(...)

Em consequência, por ele [compromisso de compra e venda] não há transmissão, a qualquer título, de bens imóveis por natureza ou acessão física e de direitos reais sobre imóveis, *exceto os de garantia*, nem configura ele *cessão de direitos à aquisição desses direitos reais, ÚNICOS FATOS GERADORES que, em face do inciso I do artigo 23 da Constituição Federal, dão nascimento à relação jurídica tributária concernente ao imposto de transmissão*”.

Portanto, a CESSÃO DE DIREITOS RELATIVOS À AQUISIÇÃO DIZ RESPEITO A DIREITO PESSOAL relativo a imóveis, assim como os direitos reais de garantia (também fato gerador autônomo do ITBI), não dependem da *transmissão da propriedade imobiliária*.

Esse, sim, o correto entendimento histórico do STF sobre matéria.

3.2.B) DECISÕES DE MÉRITO (HISTÓRICAS) DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL AFASTARAM APENAS A FIXAÇÃO DO MOMENTO DE OCORRÊNCIA DO FATO GERADOR DO ITBI NOS CONTRATOS PRELIMINARES DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA – NUNCA NO MOMENTO DA CELEBRAÇÃO DO TÍTULO DEFINITIVO DE COMPRA E VENDA (OU MESMO DA PROMESSA QUE SUBSTANCIALMENTE SEJA APTA A TRANSFERIR A PROPRIEDADE).

A par da constatação de que não há julgados no STF que enfrentam a discussão da hipótese de incidência do ITBI *na cessão de direitos aquisitivos*, cumpre assinalar que também não há decisão plenária e de mérito que afirme a inconstitucionalidade da incidência do ITBI ou mesmo da antecipação do vencimento da obrigação tributária em relação à celebração de escrituras definitivas, antes do registro do título no Registro de Imóveis.

Com efeito, os primeiros julgados proferidos após a Constituição de 1988 basearam-se em decisões das décadas anteriores, as quais JAMAIS AFIRMARAM A INCONSTITUCIONALIDADE DA INCIDÊNCIA NA CELEBRAÇÃO DAS ESCRITURAS PÚBLICAS DE COMPRA E VENDA (OU DE PROMESSAS COM EFEITOS EQUIVALENTES). Elas apenas e tão-somente apontaram a impossibilidade de incidência no momento da celebração de PROMESSAS DE COMPRA E VENDA

ENQUANTO CONTRATOS PRELIMINARES.

Como já mencionado, o *Superior Tribunal de Justiça* firmara jurisprudência anterior no sentido de que a *transmissão de bens imóveis* só ocorreria com o registro do título aquisitivo no devido ofício do Registro de Imóveis. Contudo, este entendimento *nunca foi deliberado no âmbito do Supremo Tribunal Federal*.

Ao contrário, os primeiros julgados após a Constituição de 1988 foram decisões monocráticas, invocando especialmente o julgamento do STF proferido na Representação de Inconstitucionalidades n. 1.211/RJ e 1.121/GO.

Ambas as RPs declararam inconstitucionalidade da incidência porque as *promessas de compra e venda eram contratos PRELIMINARES, não ostentando o caráter de títulos aquisitivos*. Confira-se a Ementa da RP 1.211/RJ:

“Imposto sobre a transmissão de bens imóveis e de direitos a eles relativos. Fato gerador. O compromisso de compra e venda e a promessa de cessão de direitos aquisitivos, *dada a sua natureza de contratos preliminares no direito privado brasileiro, não constituem meios idôneos à transmissão, pelo registro, do domínio sobre o imóvel, sendo, portanto, inconstitucional a norma que os erige em fato gerador do imposto sobre a transmissão de bens imóveis e de direitos a eles relativos*”. (Relator Min. Otávio Galotti).

Os primeiros julgados do STF após a Constituição de 1988 que se basearam na RP 1.121 foram os seguintes:

ANO *Número dos Recursos no STF*
2005 *AI 554.586 (Decisão Monocrática - Min. Gilmar Mendes)*
Fundamento da Inadmissão do RE: *RP 1.121*
AI 457.177 (Decisão Monocrática – Min. Joaquim Barbosa)
Fundamento da Inadmissão do RE: *RP 1.121*.

Mesmo assim, estes julgados acabaram mantendo o entendimento do Superior Tribunal de Justiça que não admitia a incidência do ITBI na escritura definitiva de compra e venda, mesmo que JAMAIS SE TENHA ANALISADO, SOB O ÂNGULO CONSTITUCIONAL, a matriz do ITBI contida no inciso II do artigo 156 da Carta de 1988, que fala em *transmissão, para qualificá-la como: igual a registro do título aquisitivo*.

O julgamento seguinte proferido no âmbito do STF foi o AgR-AI-RE 603.309, na qual a 1ª Turma do STF não conheceu o Recurso Extraordinário por considerar ser INFRACONSTITUCIONAL a matéria submetida ao crivo da Suprema Corte.

O Agravo Regimental no Agravo de Instrumento em Recurso Extraordinário em foco foi julgado em 18 de dezembro de 2006 sob a Relatoria do Ministro Eros Grau, e recebeu a seguinte Ementa:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL. OFENSA INDIRETA À CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. CONTRATO DE COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA. NÃO-INCIDÊNCIA DO ITBI.

1. *Controvérsia decidida à luz de normas infraconstitucionais. Ofensa indireta à Constituição do Brasil.* 2. A celebração de contrato de compromisso de compra e venda não gera obrigação ao pagamento do ITBI. Agravo regimental a que se nega provimento.

Não se pode considerar que a referência à RP 1.121/RJ (já analisada) seja sequer um *obiter dictum*, diante do não-conhecimento do recurso. Mas ainda que seja assim considerado, não pode este decisum servir de precedente novo (superando ou renovando aquele decidido antes da Constituição de 1988) SOBRETUDO PORQUE O CASO DA INCONSTITUCIONALIDADE ADOTADO PELA RP 1.121 SE REFERE A CONTRATO PRELIMINAR – E NÃO A ESCRITURAS DEFINITIVAS DE COMPRA E VENDA (E MUITO MENOS DE CESSÃO DE DIREITOS).

Entretanto, este Acórdão (RP 1.121) acabou servindo (indevidamente) de espeque para futuras decisões pontuais do STF, induzindo a ideia de que houvera enfrentamento da matéria no seu mérito – o que, a rigor, jamais ocorreu, com se verá abaixo.

Em 2008, foi julgado o AI 646.443, da Relatoria do Ministro Marco Aurélio, no qual se invoca apenas a decisão do Superior Tribunal de Justiça proferida no Recurso Especial n. 264.064-DF (Relator Ministro Garcia Vieira) para aduzir, sem qualquer debate acerca do tema de fundo e de modo singelo que: “*apesar de ser possível a cobrança na cessão de direitos [que não foi comprovada nos autos, como assemelhada ao mandato], impõe-se o registro em cartório*”.

Em 2012 o STF voltou a se manifestar sobre o tema no AgR-RE 666.096, da Relatoria da Ministra Carmen Lucia, invocando como precedente o Acórdão proferido no AgReg AI RE 603.309, acima referido, que, como visto, NÃO-CONHECEU DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO e não julgou o seu mérito.

Ou seja, uma invocação do chamado “falso precedente”, sem qualquer fundamentação, incorrendo no equívoco expressamente proscrito pelo Código de

Processo Civil brasileiro vigente, *in verbis*:

Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

(...)

§ 1º *Não se considera fundamentada* qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

(...)

V - *SE LIMITAR A INVOCAR PRECEDENTE OU ENUNCIADO DE SÚMULA, SEM IDENTIFICAR SEUS FUNDAMENTOS DETERMINANTES NEM DEMONSTRAR QUE O CASO SOB JULGAMENTO SE AJUSTA ÀQUELES FUNDAMENTOS;*

Ainda em 2012 a 1ª Turma julgou o *Ag-RE 696.263*, sob a relatoria do Ministro Luiz Fux, deixando de conhecer o recurso por falta de demonstração do requisito de Repercussão Geral.

Em 2013, a 1ª Turma do STF julgou o Agravo de Instrumento em Recurso Extraordinário n. 764.432, sob a relatoria do Ministro Dias Toffoli, invocando quase todos os casos acima apontados, para se eximir do enfrentamento do debate constitucional, uma vez que a decisão recorrida estaria em harmonia com a jurisprudência do STF.

Ademais, a decisão atacada está em harmonia com a jurisprudência desta Corte, no sentido de que o fato gerador do ITBI somente ocorre com a transferência efetiva da propriedade imobiliária, mediante o registro no cartório competente, conforme se observa do julgamento do AI 646.443-AgR/DF, Relator o Ministro Marco Aurélio, 1ª Turma, DJe 23/4/09, cuja ementa transcrevo a seguir:

(...)

Ainda as seguintes decisões monocráticas: AI 454.767/DF, Relator o Ministro Joaquim Barbosa, DJe 10/12/09; AI nº 646.443/DF, Relator o Ministro Marco Aurélio, DJe 8/10/07; AI nº 522.048/DF, Relator o Ministro Gilmar Mendes, DJ de 4/5/06.

E esta decisão (ARE 764.432) diz mais - e gravíssimo equívoco - que as decisões anteriores estariam em consonância com o Acórdão proferido na RP 1.121/RJ, valendo destacar o seguinte excerto:

No mesmo sentido, *embora se reportando à Constituição pretérita*, a RP 1.121, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 13/4/1984, *que guarda perfeita sintonia com a questão versada nestes autos.*

Contudo, a leitura do Acórdão proferido em 1983 sobre Lei do Estado do Rio de Janeiro (ente federado competente à época para cobrar o ITBI) deixa claro e inequívoco que o entendimento do STF *NÃO IMPEDIA A COBRANÇA NA ESCRITURA DEFINITIVA, MAS TÃO-SOMENTE NAS PROMESSAS DE COMPRA E VENDA, QUANDO CONFIGURASSEM CONTRATOS PRELIMINARES* – e muito menos nas hipóteses de celebração de escrituras públicas de cessões de direitos.

Em 2014, a 2ª Turma julgou Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo n. 798.241, da Relatoria da Ministra Carmen Lúcia, invocando novamente os referidos “falsos precedentes”: o AgR-RE 666.096 (Rel. Ministro Eros Grau) e o AgReg AI RE 603.309 (Relatora a própria Ministra Carmen Lúcia). Como já assinalado acima, ambos os julgados não enfrentaram o mérito da matéria, sendo que o primeiro cita o acórdão proferido em 1983 na RP 1.121/RJ o qual, repita-se, ADMITIU A INCIDÊNCIA DO ITBI NA ESCRITURA DEFINITIVA DE COMPRA E VENDA, ao contrário do que preconizados nas decisões referidas, posteriores à Constituição de 1988.

Ainda em 2014 foi julgado o Ag-ARE 798.004 pela 2ª. Turma do STF, sob a relatoria do Ministro Teori Zavascki, o qual não conheceu do recurso por fundamentação deficiente. Inobstante, usou como argumento de reforço (em *obiter dictum*) para escudar o não-conhecimento do caso, a suposta jurisprudência do STF sobre o debate, invocando novamente o AgReg AI RE 603.309 e o seu sucedâneo, o Agravo n. 798.241, ambos de relatoria da Ministra Carmen Lúcia.

Neste julgado, rebateu-se pela primeira vez, mas *sem qualquer discussão*, duas alegações relevantes do Município do então recorrente (Município do Rio de Janeiro) 1) havia no STF *decisões favoráveis à tese municipal* exaradas pelo Ministro Ricardo Lewandowski (v.g. ARE 759.764 e nas Suspensões de Segurança n. 5008); 2) O fundamento da cobrança na celebração da escritura definitiva também está lastreado pela antecipação do fato gerador, como hipótese de incidência presumida, nos termos previstos no §7º do artigo 150.

Para rebater este último argumento, o Ministro Relator (Luiz Fux) simplesmente registrou que: “o artigo 150 §7º aplica-se a outros impostos distintos do ITBI”, sem mais acrescentar. Com efeito, o voto não trouxe um único fundamento material ou formal, mínimo ou suficiente que fosse, para afastar a aplicação do apontado dispositivo constitucional à cobrança (antecipada) do ITBI no momento da efetivação

da escritura pública definitiva de compra e venda.

Neste mesmo ano a 1ª Turma julgou o ARE 839.630, da Relatoria da Ministra Rosa Weber, invocando os últimos dois julgados, da Relatoria do Ministro Teoria Zavascki (Ag-ARE 798.004) e o outro da Relatoria do Ministro Dias Toffoli (AI 764.432), cometendo, assim, os mesmos equívocos na fundamentação dos votos anteriores dos outros julgados, cujo resultado prático é a NÃO-ANÁLISE DO MÉRITO DO DEBATE CONSTITUCIONAL, nos diversos fundamentos que envolvem a questão do momento da incidência do ITBI ou o momento da sua cobrança (caso se entenda ser hipótese de antecipação de pagamento do fato gerador presumido).

Em 2015, a 1ª Turma do STF julgou o Agravo Regimental em Recurso Extraordinário com Agravo n. 805.859, sob a relatoria do Ministro Roberto Barroso.

Neste caso, pela primeira vez o STF enfrentou alguns dos argumentos de mérito ventilados pelas partes. Contudo, deixou de afetar o caso ao regime de Repercussão Geral, frustrando o debate amplo da matéria perante o Plenário do Supremo Tribunal – ocasião em poderiam ter sido ventilados outros argumentos não manejados naquele caso, inclusive por meio da participação de terceiros (v.g. *amici curiae*). Com isso, restaram violados os preceitos básicos de um regime de formação de precedentes, que se pretende consistente e duradouro.

Em 2015, a 1ª Turma do STF julgou o Ag-ARE 759.964, já sob a relatoria do Ministro Edson Fachin, reformando a decisão monocrática do relator originário (Ministro Ricardo Lewandowski), então ocupando a Presidência do STF – que houvera dado provimento monocrático ao Recurso Extraordinário do Município do Rio de Janeiro, com base em diversos julgados outros, que trataram a antecipação do momento da cobrança de impostos (como ICMS), cujo fato gerador poderia ser presumido, nos termos do §7º do artigo 150 da Constituição.

Contudo, nem mesmo neste caso, em que se estabeleceu claramente a DIVERGÊNCIA no âmbito do STF em relação a um dos argumentos de mérito que lastreiam os questionamentos sobre a matéria, logrou a Suprema Corte enfrentá-lo.

Em 2016 a 1ª Turma do STF julgou um novo caso, agora sob a relatoria do Ministro Roberto Barroso: o Agravo Regimental em Recurso Extraordinário com Agravo n. 934.091. Neste caso operou-se a mesma dinâmica processual vista nos anteriores, desconforme aos bons fundamentos de um sistema de precedentes que se pretende consistente e duradouro, impedindo que matéria alcançasse o patamar de REPERCUSSÃO GERAL e fosse objeto do amplo e devido debate constitucional acerca

de tão relevante matéria para a tributação municipal e para os negócios imobiliários em todo o país.

Como se pode verificar dos julgados proferidos por órgãos fracionários dessa E. Suprema Corte, apesar de colegiados, apenas um deles ingressou parcialmente no mérito dos debates, deixando, contudo, de afetá-lo ao Plenário da Corte e submetê-lo ao regime de REPERCUSSÃO GERAL, garantindo que todos os interessados se habilitassem ao debate amplo e democrático, diante de tema crucial para a higidez do ITBI e para as Finanças Municipais.

Por estas razões é que se deve manter a REPERCUSSÃO GERAL conferida nestes autos em Plenário Virtual. Entretanto, afigura-se IMPERATIVA A RETIRADA DO CASO DO JULGAMENTO DE MÉRITO NO PLENÁRIO VIRTUAL, uma vez que NÃO HÁ JURISPRUDÊNCIA SÓLIDA OU HARMÔNICA NO ÂMBITO DO STF, muito menos permitindo o debate amplo e esgotativo dos argumentos de mérito suficientes para definir a (in)constitucionalidade da cobrança do ITBI na celebração de escrituras definitivas, sobretudo de Cessões de Direitos (que não se confundem com as de compra e venda ou de constituição de direitos reais de garantia).

E mais, repita-se: o único precedente de mérito que sustentou toda a cadeia de julgados auto referentes e sucessivos no âmbito dessa Suprema Corte é aquele oriundo da Representação de Inconstitucionalidade n. 1.121/RJ, de 1983, o qual, ao contrário do que assumido pelas decisões que o invocaram, NÃO VEDAVA A INCIDÊNCIA DO ITBI NO MOMENTO DA CELEBRANÇÃO DAS ESCRITURAS DEFINITIVAS DE COMPRA E VENDA (MUITO MENOS DE CESSÕES DE DIREITOS AQUISITIVOS!), POIS REFERIA-SE APENAS A PROMESSAS DE COMPRA E VENDA ENQUANTO CONTRATOS PRELIMINARES.

De toda esta análise pode-se concluir que, somente quando houver a afetação regular ao Plenário do STF, do tema relativo ao momento da ocorrência o fato gerador sobre as cessões de direitos aquisitivos imobiliários, ou da antecipação da cobrança do ITBI sobre estas transmissões de direitos, é que se permitirá às partes e aos terceiros interessados o pleno exercício da ampla defesa dos seus argumentos. Este é o devido processo legal e substancial para que se possa construir um precedente robusto e duradouro sobre a matéria, cujas peculiaridades foram acima ressaltadas: ITBI incidente sobre a CESSÃO DE DIREITOS AQUISITIVOS: hipótese autônoma de incidência prevista na parte final do inciso II do artigo 156 da Constituição de 1988.

4. OS FUNDAMENTOS DA MATÉRIA CONSTITUCIONAL AINDA NÃO ENFRENTADOS PELO STF NA (PRETENSA) REAFIRMAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA REALIZADA NO JULGAMENTO ARE 1.294.969.

Além do indispensável *distinguishing* entre a matéria veiculada no ARE 1.204.969 e aquela versada nos precedentes invocados pelo Relator, nos termos acima apontados, cumpre assinalar que ainda restavam (e restam) vários fundamentos que sustentam a incidência do ITBI no momento da celebração do título de transmissão *intervivos*, pois não foram apreciados.

Analisa-se, aqui, argumentos que valem tanto para a celebração de títulos de cessão de direitos aquisitivos imobiliários (previstos como fatos geradores autônomos na parte final do inciso II, do artigo 156 da Constituição), quando nas “operações” de compra e venda, que iniciam (1ª parte) a matriz constitucional do ITBI.

O objetivo aqui é apenas de pontuá-los, sem entrar em considerações doutrinárias mais aprofundadas.

O primeiro dos argumentos interpreta a matriz constitucional do ITBI e a locução *transmissão onerosa* à luz do princípio da capacidade contributiva. Afinal, a boa técnica normativa pontua no tempo a incidência em coordenação com o momento em que o contribuinte manifesta a sua *capacidade contributiva*. E, no caso da transmissão de imóveis, pagamento pela aquisição do bem e início do exercício útil do domínio não ocorre no momento do registro do título, mas sim no momento da celebração do título aquisitivo ou da configuração da definitividade que intitula o adquirente ao exercício da posse direta, o uso e fruição do bem imóvel.

Este argumento traz ainda considerações acerca da superioridade econômica e patrimonial da posse (sobretudo no Brasil) em relação à titulação formal da propriedade, para também confirmar que a norma constitucional elegeu o momento da constituição do título aquisitivo, como aquele que autoriza a definição legal da incidência do imposto de transmissão.

Outro argumento de reforço, ventilado pelas municipalidades e que não foi sequer conhecido pelo STF, diz respeito às consequências práticas do entendimento de que “apenas no registro do título aquisitivo” é que se verificaria a ocorrência do fato gerador do ITBI. A realidade econômica do país, sobretudo diante das dificuldades financeiras de pessoas físicas e jurídica, tem provocado o retardamento do registro dos títulos aquisitivos suficientes à transferência formal da propriedade nos registros de

imóveis, exatamente para não se pagar o “imposto de transmissão”. Isto acarreta, ainda, a celebração de seguidas cessões de títulos aquisitivos, provocando o acúmulo de passivos de ITBI para o momento (quando ocorre) do registro das transferências realizadas em sequência, a demora e a evasão de receitas tributárias por parte dos transmitentes de domínio (sem registro).

Essa realidade atenta contra os princípios da praticidade e da praticabilidade da tributação, depondo veemente contra o entendimento de que a norma constitucional elegeu o *registro* como o ato ou situação material apta a ensejar a incidência e a cobrança do imposto. Afinal, o ITBI não é um imposto sobre registro, mas sobre transmissão onerosa (fato conceitual e economicamente estranho ao ato de registro formal do título aquisitivo).

O terceiro argumento apresentado ao STF pelos Municípios, e que não foi até a presente data adequadamente enfrentado em seus fundamentos constitucionais, diz respeito à possibilidade da *lei municipal prever a antecipação do vencimento do ITBI*, mesmo que se admita que o aspecto temporal do fato gerador do imposto está atrelado ao registro do título perante o ofício de registro de imóveis. De acordo com o §7º e como próprio *caput* do artigo 116 do Código Tributário Nacional, pode a lei que institui o imposto no Brasil, exigir o seu pagamento, diante de ato ou fato que permita presumir a sua ocorrência futura, em bases razoáveis e formais. E esta é exatamente a hipótese do ITBI: há presunção (quase absoluta) de que os celebrantes de uma escritura de compra e venda ou mesmo de cessão de direito, irão inexoravelmente levá-la ao registro imobiliário. O registro imobiliário é praticamente um exaurimento da constituição do título aquisitivo – e não propriamente um ato constitutivo da transmissão. O fato de que a legislação brasileira (diferentemente da alemã ou dos EUA, v.g.) ter elevado o registro imobiliário a uma sacralização para fins de aferição da propriedade, diante da desconfiança dos títulos aquisitivos “no país da grilagem”, não altera a essência da relação obrigacional em sua materialidade econômica, e muito menos em relação aos seus objetivos, cujo conteúdo negocial se verifica na celebração do título aquisitivo – nunca no ato (unilateral) do registro imobiliário.

5. A TÉCNICA DA REAFIRMAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA E OS CUIDADOS QUE O STF DEVERIA ADOTAR.

A possibilidade de julgamento de mérito no Plenário Virtual de questões com repercussão geral em casos de reafirmação de jurisprudência dominante do STF está prevista no Regimento Interno da Corte desde 2010, em razão da atualização do art. 323-a diante da emenda regimental 42/10, redigida nos seguintes termos:

Art. 323-a. O julgamento de mérito de questões com repercussão geral, *nos casos de reafirmação de jurisprudência dominante da Corte, também poderá ser realizado por meio eletrônico.*

Parágrafo único. Quando o relator não propuser a reafirmação de jurisprudência dominante, outro ministro poderá fazê-lo, *mediante manifestação devidamente fundamentada.*

Entretanto, como já assinalado acima, o julgamento conjunto e pioneiro de *repercussão geral* e do mérito do recurso extraordinário por meio de reafirmação de jurisprudência dominante, *não está autorizado pelo artigo 323-a* do Regimento Interno do STF ou por qualquer outro dispositivo da legislação processual pátria. Sua realização sempre implicará em violação do devido processo legal e da ampla defesa, sobrelevados em seu alcance no âmbito do processo de controle de constitucionalidade de leis, com efeitos panprocessuais e vinculantes.

E mais: para que se verifique a hipótese de reafirmação de jurisprudência, é necessário que o relator do processo se manifeste neste sentido. Diante da proposta do Relator, os demais ministros têm um prazo de vinte dias para se manifestar sobre a existência de repercussão geral e se há, ou não, jurisprudência dominante. Caso o Relator não aponte “jurisprudência dominante da Corte” para fins de sua reafirmação, outro Ministro poderá fazê-lo, mediante manifestação devidamente fundamentada.

De acordo com a CF (art. 102, §3º), para o não reconhecimento da repercussão geral é necessária a manifestação expressa de pelo menos oito ministros. Nos casos em que um ministro não vota, a omissão é computada como "sim".

Contudo, não há regra especial para a “reafirmação de jurisprudência”, devendo o quórum mínimo de declaração de inconstitucionalidade ser o mesmo daquele exigido nos julgamentos colegiados do STF (oito ministros presentes, no caso do Plenário).

A omissão ou o “não-voto” dos Ministros na sessão virtual até o momento da conclusão da “janela de votação” – isto é, do período de julgamento – era computada como um voto favorável à tese do Relator a favor da Repercussão Geral e, se fosse o caso, de Reafirmação de Jurisprudência.

Entretanto, essa inusitada forma de colher a manifestação de vontade dos integrantes da Corte – uma espécie de “concordância tácita” - foi objeto de indignação da comunidade jurídica³, tendo sido alterada pela Resolução n. 690/2020, que introduziu sob o artigo 2º da Resolução n. 642/2019, que ampliara as hipóteses e o escopo do Plenário Virtual, os seguintes parágrafos:

Art. 2º As sessões virtuais serão realizadas semanalmente e terão início às sextas-feiras, respeitado o prazo de 5 (cinco) dias úteis exigido no art. 935 do Código de Processo Civil entre a data da publicação da pauta no DJe, com a divulgação das listas no sítio eletrônico do Tribunal, e o início do julgamento. (...)

§ 3º O ministro que *não se pronunciar* no prazo previsto no § 1º terá sua não participação registrada na ata do julgamento.

§ 4º Não alcançado o quórum de votação previsto nos arts. 143, caput e parágrafo único, e 147 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal ou havendo empate na votação, o julgamento será suspenso e incluído na sessão virtual imediatamente subsequente, a fim de que sejam colhidos os votos dos ministros ausentes.

§ 5º O disposto no § 4º aplica-se à hipótese prevista no art. 173, parágrafo único, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

Entretanto, não está claro qual o procedimento e os requisitos instrumentais para o desenho e fundamentação da “reafirmação de jurisprudência” dominante.

Em primeiro lugar porque há uma inegável polissemia na legislação brasileira que disciplina o processo civil constitucional sobre quais decisões possuem grau de vinculatividade suficiente para determinar que um precedente seja de seguimento obrigatório. O Código de Processo Civil (Lei n. 13.105/2015), por exemplo, tem dispersões conceituais que reforçam essa indefinição, deixando ampla margem para os magistrados invocarem (ou não) julgados anteriores, como se fossem precedentes mais ou menos vinculantes. O CPC se vale de diferentes expressões e instrumentos, tais como: jurisprudência pacificada (1 vez); dominante (3 vezes); precedente (5 vezes); Repercussão Geral (25 vezes); Repetitivo (53 vezes); além das previsões dos seguintes instrumentos de uniformização e consolidação de jurisprudência: IRDR – Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas - IRDR; Incidente de Assunção de Competência – IAB, Seleção de Paradigma (Grupo de Representativos), Súmula Vinculante (3 vezes) e Súmulas (18 vezes).

³ Cf. O pertinente artigo de Lênio Luiz Streck publicado em <https://www.conjur.com.br/2020-jun-11/senso-incomum-inconstitucional-abstencao-ministro-contar-favor-relator> (visitado em 15/02/2021).

A técnica da “reafirmação de jurisprudência” merece ser disciplinada em maior detalhe no próprio Regimento Interno do STF, evitando

A sua importância é superlativa não só porque irá fixar um entendimento para o futuro com vinculação rigorosa e panprocessual para casos pendentes e futuros. Mas, sobretudo, porque há possibilidade de sua realização por meio de procedimento expedito-eletrônico, o qual suprime etapas elementares do devido processo legal constitucional. Com efeito, o Plenário Virtual estendido para englobar no mesmo momento o julgamento de repercussão geral e a reafirmação de jurisprudência, elimina a oportunidade das partes da relação processual subjetiva originária, assim como dos terceiros potencialmente interessados, de se manifestarem nos autos perante dos Ministros, apresentando memoriais e sustentações orais, assim como eventuais questões de ordem e esclarecimentos de fato, antes da conclusão súbita do julgamento eletrônico.

A falta de critérios e rigor na demonstração formal e substancial da jurisprudência pretérita (pretensamente reafirmada) tem resultado com frequência em equívocos, como, por exemplo, a invocação de precedentes “falsos” ou que tratam parcialmente da matéria, a assunção de *obiter dicta* como *ratio decidendi*, ou de ementas que dizem algo que não foi tratado no caso ou vão além, ou daquelas de sentido dúbio ou vago, dando margem a compreensões distintas das que foram (ou deveriam ter sido) objetivamente assentadas no julgamento⁴.

Essa liberdade tem gerado precedentes equivocados ou incompletos, cuja fragilidade enfraquece a sua legitimidade e a coercitividade futura⁵, colocando em xeque a construção de um sistema de precedentes convincente e duradouro, apto a produzir segurança jurídica na comunidade como um todo, como a que se verificou no presente caso.

6. CONCLUSÃO

O presente caso analisado revela considerável insegurança jurídica na eleição de precedentes que não se referem inteira e substancialmente à matéria objeto do

⁴ Apelidei essas “Ementas” de “*Inventimentas*” (no caso daquelas que dizem algo que não foi julgado e decidido) e de “*Enigmentas*” (no caso das que são dúbias ou vagas, dando margem a interpretações distintas às estritamente pertinentes ao julgado).

⁵ Essas patologias verificadas nos atos e procedimentos atuais adotados nos Tribunais brasileiros parecem provocar a perigosa síndrome dos “Precedentes que não pegam”, apontado no artigo que publiquei com o Professor Fábio Fraga e disponível em: <https://valor.globo.com/legislacao/noticia/2020/07/10/precedentes-que-nao-pegam.ghtml>

juízo de constitucionalidade. A recurso analisado exigia, entre outros aspectos, a necessária distinção (ou, por absurdo, igualação) da cessão de direitos aquisitivos imobiliários em relação a promessa de compra e venda. Afinal, são literalmente hipóteses distintas no texto constitucional e, na compreensão deste autor, suficientes por si sós para a incidência do ITBI, à luz inciso II do artigo 156 da Constituição.

Além disso, o voto-proposta, que conduziu o Acórdão de nove votos favoráveis à tese, desprezou outros fundamentos, antigos e novos, lançados pelas partes e por terceiros interessados, como o da aplicação do §7º do artigo 150 da Constituição.

Por fim, e não menos importante, vários dos julgados citados pelo voto-condutor e pelo Acórdão final, tinham por base outras decisões do STF que, por sua vez, tomaram como espeque o Acórdão prolatado na Representação de Inconstitucionalidade n. 1.121, julgada em 1983, a qual admitia explicitamente a incidência sobre contratos de aquisições de imóveis, desde que definitivos, repelindo, por inconstitucionais, apenas os contratos preliminares de promessa de compra e venda.

A análise do Acórdão do ARE 1.294.969 demonstra a violação da legislação processual, uma vez que não há autorização legal ou mesmo regimental para se realizar o julgamento *concomitante e pioneiro de repercussão geral* e do mérito de recurso extraordinário por reafirmação de jurisprudência. Em última análise, este atropelo procedimental sacrifica a ampla defesa e o devido processo legal formal e material, sobrelevados no processo de controle de constitucionalidade diante dos seus efeitos vinculantes panprocesuais.

Cumprido destacar, ainda, a importância do Supremo Tribunal Federal rever, detalhar e requalificar o procedimento de formação do voto-proposta para fins de *reafirmação de jurisprudência “dominante”*, de modo a evitar a citação de falsos precedentes e de ementas vagas e dúbias (“enigmentas”) ou inventivas de fundamentos não discutidos no aresto (“*inventimentas*”).

Neste sentido, afigura-se imprescindível o rigor do voto-proposta (e do futuro aresto) no encadeamento lógico, cronológico e o cotejo substancial de todos os fundamentos dos precedentes invocados com aqueles apresentados pelas partes por ocasião do novo processo, guindado à condição de repercussão geral com reafirmação de jurisprudência “dominante”.

É preciso, ainda, definir o que se pode entender como jurisprudência dominante, quais julgados de plenário e acórdãos de órgãos fracionários podem ser invocados para fins de confirmação – valendo sublinhar que decisões monocráticas e

obiter dicta não deveriam jamais consubstanciar elementos de sedimentação e dominância de uma jurisprudência que se quer consolidar por seus fundamentos meritórios.

Quanto à conclusão final do julgamento do ARE 1.294.969, cumpre assinalar novamente que, no momento da elaboração deste artigo, o STF ainda não havia concluído a apreciação dos embargos de declaração opostos pelo Município de São Paulo contra o Acórdão ora analisado.

Em sua peça recursal a municipalidade paulistana protocolada em 02 de março de 2020 pediu, em resumo, que, *verbis*:

Conclui-se que a cessão em questão constituiu fato gerador do ITBI-IV diverso do compromisso de compra e venda, este exigível no registro perante o Cartório de Registros Imobiliários, conforme inúmeros julgados deste Colendo Supremo Tribunal Federal, e aquela exigível no momento de formalização do ato, de acordo com expressa previsão constitucional. Insista-se, portanto, que, para fins de incidência do ITBI sobre as cessões de direitos decorrentes de compromissos de compra e venda, é absolutamente irrelevante, à luz do disposto pela norma constante do art. 156, II, parte final, da Constituição da República, se tenha levado o respectivo título a registro. Nessa esteira, a r. decisão embargada ao reafirmar a jurisprudência da Corte Suprema, traz à baila julgados acerca da não incidência do ITBI na hipótese da celebração do compromisso de compra e venda e da necessidade de registro para cobrança do imposto, sem levar em conta que cessão de direitos à aquisição de imóveis não é um direito real, mas sim direito obrigacional. Dessa forma, cumpre ressaltar que o Tribunal Pleno deste C. STF não possui precedentes de mérito especificamente acerca da higidez da cobrança do ITBI na cessão de direitos à aquisição de imóveis, hipótese de incidência expressamente prevista na Constituição Federal. Diante de todo o exposto, o Município de São Paulo requer, respeitosamente, o acolhimento dos presentes embargos de declaração para o fim de sanar a contradição e a omissão apontadas e, em consequência, determinar a livre distribuição do recurso extraordinário para julgamento da questão constitucional suscitada, relativa à incidência do ITBI sobre cessão de direitos a aquisição de bem imóvel ou de direitos reais sobre imóveis, hipótese autônoma e expressamente prevista pelo legislador constituinte (artigo 156, II, *in fine*).

Portanto, é possível que o STF, acolhendo os argumentos acima e os outros, também ventilados nos autos pela Associação Brasileira das Secretarias das Finanças das Capitais - ABRASF, possa efetivamente enfrentar o tema na sua materialidade própria, ainda na sede do ARE 1.294.969, encarando todos os fundamentos lançados pelas partes e interessados, realizando o devido julgamento de cognição ampla junto ao Plenário por

videoconferência ou presencial, uma vez que, a rigor, até a presente data o tema não foi julgado pela Corte com a profundidade que ele merece.