

JOSÉ LUCAS PEREIRA

ITBI:

A (in) constitucionalidade do momento da cobrança do
Imposto Sobre a Transmissão de Bens Imóveis no
âmbito do Município de Caratinga-MG

BACHARELADO EM DIREITO

FIC – CARATINGA

2012

JOSÉ LUCAS PEREIRA

ITBI:

A (in) constitucionalidade do momento da cobrança do
Imposto Sobre a Transmissão de Bens Imóveis no
âmbito do Município de Caratinga-MG

Monografia apresentado à banca examinadora da
Faculdade de Direito, das Faculdades Integradas
de Caratinga-FIC, como exigência parcial para
obtenção de grau de Bacharel em Direito, tendo
como orientador professor Ivan Barbosa Martins.

FIC-CARATINGA

2012

“O futuro pertence àqueles que acreditam na
beleza de seus sonhos.”

Eleanor Roosevelt

Aos meus Pais:

Sr. José de Aquino Pereira e Dona Iraci das Graças Pereira, com os quais pude e posso contar em todo momento da minha vida.

Aos meus Irmãos:

José Marcelino Pereira, José Adão Pereira, Maria Auxiliadora Pereira, José Anísio Pereira, Maria Eliana Pereira, Maria Eulália Pereira, José Luciano Pereira, José Samuel Pereira, Maria Aparecida Pereira, José Isaias Pereira, Maria de Nazaré Pereira e José Jonas Pereira, que sempre me dirigiram palavras sábias e inteligentes me proporcionando segurança para lutar por meus objetivos.

Aos meus Tios:

Leri Clemente, Ana Modesto Clemente e Vital Modesto Clemente, por todo carinho que sempre tiveram comigo.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente agradeço a Deus, sem o qual não teria forças para alcançar esta conquista.

Aos professores que nesse período de cinco anos colaboraram para minha formação, de modo especial aos professores Eder Marques de Azevedo (Professor de Monografia) e Ivam Martins Barbosa (Orientador de TCC), com os quais pude contar para confecção deste trabalho.

Aos colegas de classe, grande abraço a todos de José Lucas Pereira que Deus continue nos proporcionando outras vitórias.

RESUMO

O presente tema tem como escopo a discussão acerca da inconstitucionalidade do artigo 38, inciso I, do Código Tributário do Município de Caratinga-MG, tomando como base o princípio da hierarquia das normas. Vislumbra-se que a inconstitucionalidade a ser discutida é de cunho material, pois se relaciona com a possibilidade de incompatibilidade da norma citada em face do disposto no artigo 156, inciso II da Carta Constitucional de 1988, e conseqüentemente com o artigo 35, inciso I, do Código tributário Nacional, diante da existência de matéria controvertida surge o questionamento quanto o momento da cobrança, e em que momento ocorre o fato gerador do imposto sobre transmissão de bens imóveis e de direitos a eles relativos. O artigo 38, inciso I, do Código Tributário do Município de Caratinga-MG pressupõe que o pagamento do imposto sobre a transmissão inter vivos de bens imóveis e de direitos a eles relativos realizar-se-á nas transmissões ou cessões, por escritura pública antes de sua lavratura. O que contradiz ao disposto nos artigos 156, inciso II da Carta Constitucional de 1988 que dispõem competem aos Municípios instituir impostos sobre: transmissão inter vivos, a qualquer título, por ato oneroso, de bens imóveis, por natureza ou cessão física. E de direitos reais sobre imóveis, exceto os de garantia, bem como de direitos e sua aquisição; e, 35, inciso I, do Código tributário Nacional, que diz: o imposto de competência dos estados, sobre a transmissão de bens imóveis e de direitos a eles relativos tem como fato gerador, inciso I - a transmissão a qualquer título, da propriedade ou do domínio útil de bens imóveis, por natureza ou por cessão física, como definidos na lei civil e artigo 1.245 do Código Civil o qual estabelece: Transfere entre vivos a propriedade mediante o registro do título traslativo no Registro de Imóveis. Visando a inconstitucionalidade da norma inferior em relação às normas superiores, cabe analisar quanto à possível inconstitucionalidade no que se refere ao momento da exigência ou cobrança do referido imposto.

Palavras-chave: Inconstitucionalidade; ITBI; Fato gerador, Imposto.

SUMÁRIO HIPOTÉTICO

INTRODUÇÃO.....	09
CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS.....	11
CAPITULO I – TRIBUTOS	13
1.1 Função social do tributo.....	15
1.2 Espécies de tributos.....	17
1.3 Hipótese de Incidência.....	18
1.4 Fato Gerador.....	19
1.5 Impostos Municipais.....	20
1.5.1 Imposto Predial e Territorial Urbana – IPTU.....	20
1.5.2 Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza – ISSQN.....	23
1.5.3 Imposto sobre Transmissão de Bens Imóveis – ITBI.....	23
1.6 Taxas.....	24
1.7 Contribuição de melhoria.....	26
CAPÍTULO II –IMPOSTO SOBRE TRANSMISSÃO DE BENS IMÓVEIS.....	28
2.1 Fato Gerador.....	29
2.2 Hipótese de Incidência.....	31
2.3 Sujeito passivo.....	32
2.4 Sujeito ativo.....	33
2.5 Base de calculo.....	33
2.6 Alíquota.....	34
CAPITULO III – MOMENTO DA COBRANÇA DO ITBI NO MUNICÍPIO DE CARATINGA – MG.....	37
3.1 Considerações sobre o artigo 38, inciso I do Código Tributário do Município de Caratinga – MG.....	39

3.2 Afronto ao artigo 156, inciso II da CR/88.....	41
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	44
REFERÊNCIAS.....	46

INTRODUÇÃO

Ao criar o Imposto Sobre Transmissão de Bens Imóveis (ITBI), o legislador elegeu como momento de incidência a transmissão inter vivos, por ato oneroso, de bens imóveis, por natureza ou por acessão física, como a transmissão de direitos reais sobre imóveis.

Ao utilizar o termo “transmissão” a constituição indica de modo exato e preciso que o fato sobre o qual os municípios terão aptidão para instituir o dito imposto é o momento da transferência, da passagem, da mudança, do trânsito, da transladação de propriedade do imóvel do patrimônio de alguém para o patrimônio de outrem, previsto no artigo 156, inciso II da CR/88.

Esse trabalho tem como problema o disposto no artigo 38, inciso I, do Código Tributário do Município de Caratinga-MG interpretado em consonância com artigo 156, inciso II, da CR/88, artigo 35, inciso I, do Código Tributário Nacional cumulado com artigo 1.245 do CC/02, em observância da suposta inconstitucionalidade do momento da cobrança do Imposto de Transmissão de Bem Imóvel, antes da lavratura da escritura de compra e venda.

Conforme divergências relatadas acima, vejamos que o marco teórico da presente pesquisa confirma que o Imposto de Transmissão de bens Imóveis tem como fato gerador o registro imobiliário. A propriedade imobiliária apenas se transfere com o registro do respectivo título. O Registro imobiliário é o fato gerador do imposto de transmissão de bens imóveis. Assim, a pretensão de cobrar o ITBI, antes do registro imobiliário contraria o ordenamento jurídico.

Hipoteticamente a cobrança do Imposto Sobre transmissão de Bens Imóveis, antes do registro, junto ao Cartório de Registro de Imóveis competente, tal como ocorre no Município de Caratinga-MG, é inconstitucional. A CR/88, em seu artigo 156, inciso II, prescreve que – compete aos Municípios instituir impostos sobre: Transmissão inter vivos, a qualquer título, por ato oneroso, de bens imóveis, por natureza ou cessão física, e de direitos reais sobre imóveis, exceto os de garantia, bem como cessão de direitos e sua aquisição.

A presente pesquisa tem como objetivo investigar a possível antinomia entre o disposto no Código Tributário do Município de Caratinga-MG e o disposto na Constituição da República Federativa do Brasil quanto ao momento da cobrança do ITBI.

A metodologia contida no corpo da monografia deve priorizar as seguintes abordagens: Quanto ao tipo de pesquisa deve destacar entre outras as espécies teórico-dogmática que deve tratar de pesquisa bibliográfica, a partir das discussões doutrinárias, dispositivos de leis e posicionamentos jurisprudenciais.

A pesquisa é de natureza transdisciplinar, pois a matéria trata de mais de uma área no ramo científico do Direito, tais como o Direito Tributário, o Constitucional, o Direito Civil e o Financeiro.

Com relação aos setores do conhecimento, a pesquisa é de natureza transdisciplinar, pois envolve vários ramos científicos do direito, sendo em o primeiro deles o Direito Tributário, pois tratará da divergência do fato gerador da obrigação tributário com a respectiva cobrança do imposto de ITBI; em segundo, vamos analisar na Constituição da República Federativa do Brasil em seu artigo 156, inciso II a suposta inconstitucionalidade, conforme dispõe o tema dessa metodologia observando os princípios constitucionais.

Por derradeiro, a apresentação da divisão dos capítulos na monografia em tela será dividida em três capítulos. O primeiro deles sobre “Tributos” que abordará a Função Social do Tributo, Hipótese de Incidência, Fato Gerador, as Espécies de Tributos tais como Impostos Municipais, Taxas e Contribuição de Melhoria. O segundo capítulo, sob o título “Imposto Sobre Transmissão de Bens Imóveis” abordará Fato Gerador, Hipótese de Incidência, Sujeito Passivo, Sujeito Ativo, Base de Calculo e Alíquota. E por último, o terceiro capítulo sobre “Momento da Cobrança do ITBI no Município de Caratinga-MG” que abordará as Considerações acerca do Artigo 38, inciso I do Código Tributário do Município de Caratinga-MG e o Afronto ao Artigo 156, inciso II da CR/88.

CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS

Com tantas pessoas jurídicas de direito público para instituir tributos a Constituição da República Federativa do Brasil promulgada em 10 de outubro de 1988 estabeleceu alguns critérios na distribuição das competências tributárias. E um dos tributos atribuído para a competência dos municípios foi o ITBI, objeto de pesquisa desse trabalho. A CR/88 relaciona os impostos competentes aos municípios quando diz:

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 por sua natureza ou acessão física, e de direitos reais sobre imóveis, exceto os de garantia, bem como cessão de direitos a sua aquisição.¹

O ITBI é uma espécie de tributo denominada imposto, pois atende a característica essencial que é a inexistência de atividade estatal específica em favor do contribuinte e sua incidência sobre fatos descritos em lei só pela atuação do contribuinte. Conforme vejamos nos dizeres de Alexandre de Moraes em sua obra de Direito Constitucional:

Imposto é o tributo cuja obrigação independe de qualquer atividade estatal específica em favor do contribuinte ou relativa a ele. A característica essencial do imposto é a inexistência de atividade estatal específica em favor do contribuinte e sua incidência sobre fatos descritos em lei só pela atuação do contribuinte. Trata-se da denominada atividade estatal em caráter *uti universi*, ou seja, destinada a beneficiar a população em geral.²

Esse imposto tem como fato gerador o momento da transferência, da passagem, da mudança, do trânsito, da translação do direito de propriedade do imóvel do patrimônio de alguém para o patrimônio de outrem, que ocorre junto ao

¹ ATALIBA, Geraldo *Apud* ICHIHARA, Yoshiaki. **Princípio da Legalidade Tributária**. 1 ed. São Paulo: Atlas, 1995, p. 62.

² MORAES, Alexandre de. **Curso de Direito Constitucional**. 21 ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 805.

Cartório de Registro de Imóveis da situação do bem imóvel. Não podendo ser cobrado antes, conforme dispõe Ives Gandra da Silva Martins, em sua obra Curso de Direito Tributário.

(...) A utilizar o termo “transmissão” a Constituição indica, de modo exato e preciso, que o fato sobre o qual os Municípios (art. 156, II) e o Distrito Federal (art.147) terão aptidão para instituir imposto é o fato da transferência, da passagem, da mudança, do transito, da translação do direito de propriedade do imóvel do patrimônio de alguém para o patrimônio de outrem. (...) a doutrina reconhece, maciçamente, que a transcrição é condição sine qua non para operar, efetivar, realizar a transmissão da propriedade imobiliária; decorre, como se vê, das expressas disposições do nosso direito positivo.³

A inconstitucionalidade consiste na disposição de norma primária que contraria princípios e preceitos da Constituição da república de modo direto ou frontal “constitucional é a norma primária que não infringe princípio ou preceito da Constituição Federal, de modo direto ou frontal. Do contrário, será inconstitucional”.⁴

³ MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Curso de Direito Tributário**. 12. ed. São Paulo. Saraiva, 2010, p 990-991.

⁴ CASSONE, Vittorio, **Direito Tributário**. 22 ed. São Paulo: Atlas, 2011. P. 40.

CAPÍTULO I – TRIBUTOS

O direito tributário é de extrema importância no ordenamento jurídico brasileiro, pois é esse ramo do direito que impõe tributos aos cidadãos de acordo com as necessidades do Estado em gerar recursos para sua manutenção e a dos governos que o administram conforme afirma Ives Gandra da Silva Martins “(...) a imposição tributária oferta a melhor forma de atendimento às necessidades públicas, visto que, das diversas receitas públicas conhecidas na doutrina e na prática, é aquela que mais propicia recursos ao Estado”.⁵

É de grande valia observar o princípio da legalidade tributária previsto no artigo 5º, inciso II da CR/88, para entender esse capítulo. Pois tal princípio no sentido genérico está inserido como instrumento de garantia dos direitos e deveres individuais e coletivos.

Artigo 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de quaisquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito a vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
II – Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.⁶

Em contrapartida os contribuintes que reconhecem seus deveres e pagam seus respectivos tributos, muitas vezes mostram resistência devido à má administração e fiscalização eficiente por parte do poder público, no que se sentem injustiçados e confiscados em seus recursos para o atendimento das necessidades de uma comunidade na qual os sonegadores são, também, beneficiados. Vejamos nos dizeres de Ives Gandra da Silva Martins:

(...) Por fim, entre outros importantes fatores, deve-se lembrar o princípio de que a tributação ganha níveis elevados para compensar a receita não

⁵ MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Curso de Direito Tributário**. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 17.

⁶ CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PINTO, Antônio Luiz de Toledo; WINDT, Márcia Cristina Vas dos Santos; CÉSPEDES, Livia. Vade Mecum. São Paulo: 2011. Saraiva, 2011, p. 9.

arrecadável dos sonegadores, com o que aqueles que pagam têm a certeza de estar pagando mais do que deveriam para cobrir a parte dos que não pagam.⁷

Diante do exposto, podemos perceber que o Direito Tributário é um ramo do direito que busca regulamentar o comportamento dos cidadãos, de forma que todos aqueles que preenchem os requisitos estabelecidos na legislação em vigor possa colaborar conforme suas condições para o melhor funcionamento da máquina estatal.

Pois é através dos tributos que o estado arrecada fundos para sustentar o governo naquilo que retorna para a comunidade em níveis de serviços públicos como educação, saúde, lazer e outros, e para sustentar o empreguismo dos detentores do poder.

Mesmo a finalidade do Direito Tributário ser a de arrecadar valores para a manutenção da máquina estatal que trabalha em prol da sociedade. O tributo é uma obrigação de resistência da sociedade, pois a meu ver, se não tivesse uma norma sancionadora para quem não contribuisse como manda a lei, a obrigação tributária não seria cumprida “(...) vale dizer, sem sanção não seria provavelmente cumprida. A sanção assegura ao Estado a certeza de que o tributo será recolhido, pois a carga desmedida que implica traz como conseqüência o desejo popular de descumpri-la”⁸

O Código Tributário Nacional em seu artigo 3º assim define Tributo:

Artigo 3º - Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada.⁹

⁷ MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Curso de Direito Tributário**. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 19.

⁸ MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Curso de Direito Tributário**. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 20.

⁹ BRASIL. **Código Tributário Nacional Lei nº 5.172/1966**, Pinto, Antônio Luiz de Toledo. WINDIT, Márcia Cristina Vaz dos Santos. CÉSPEDES, Livia. Vade Mecum. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 765.

A tributação pertence ao Estado, e a CR/88 prevê os limites do poder de tributar em seus artigos 150, 151 e 152, assegurando as garantias constitucionais dos contribuintes.

Quanto aos conflitos de competência a CR/88 em seu artigo 146, inciso I que assim dispõe “cabe a lei complementar: I – Dispor sobre conflitos de competência, em matéria tributária, entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios”.¹⁰

É importante lembrar que para instituição de novos tributos compete exclusivamente a União, pois os de competência dos Estados, Municípios e Distrito Federal são taxativos, conforme Yoshiaki Ichihara relata em sua obra de Princípios da Legalidade Tributária:

No que pertine à tributação, relacionada com a instituição de impostos, o rol constitucional de competência atribuída aos Estados, aos Municípios e ao Distrito Federal é taxativo, sendo a competência residual para instituir novos impostos exercida exclusivamente pela União Federal, observadas as restrições previstas no artigo 154, I, da Constituição Federal.¹¹

Fontes formais do direito tributário são as normas jurídicas, isto é, as leis, em suas diversas manifestações. Por outro lado as causas matérias são as denominadas fontes reais, ou seja, os pressupostos de fato, que no campo do direito tributário se representam pelos fatos geradores.

1.1- Função Social do Tributo

O tributo é a forma de o Estado angariar fundos para que possa investir em suas finalidades, tais como, desenvolver atividades políticas, econômicas, sociais, administrativas, financeiras, educacionais, que tem por fim regular a

¹⁰CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PINTO, Antônio Luiz de Toledo; WINDT, Márcia Cristina Vas dos Santos; CÉSPEDES, Livia. Vade Mecum. São Paulo: 2011. Saraiva, 2011, p. 58.

¹¹ ICHIHARA, Yoshiaki. **Princípio da Legalidade Tributária**. 1 ed. São Paulo: Atlas, 1995, p. 50.

vida humana em sociedade. Pois a finalidade essencial do Estado é a realização do bem comum.

Quanto ao conceito de tributo, assim dispõe Vittorio Cassone em sua obra de Direito Tributário:

Tributo é certa quantia em dinheiro que os contribuintes (pessoas físicas ou jurídicas) são obrigados a pagar ao Estado (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) quando praticam certos fatores geradores previstos pelas leis tributárias. Representa ele o ponto central do direito tributário.¹²

A CR/88 instituiu que os municípios têm esfera própria de atribuições exercidas com autonomia, nesse momento podemos perceber que a Constituição de 1988 preocupou-se com a captação de recursos pelos vários entes federativos (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), afim de que cada possa atender suas respectivas despesas, visando administração mais justa dos rendimentos, possibilitando um conforto maior para todos os cidadãos.

Características do tributo.

(...) para o jurista italiano Giannini, têm os tributos três características fundamentais: São devidos a ente público, sua imposição se funda no poder do império do Estado e visam à obtenção de recursos para que o Estado alcance seus fins.¹³

É objetivo da República Federativa do Brasil, artigo 3º da CR/88:

Artigo 3º - Constituem objetivos fundamentais da república federativa do Brasil:
I – construir uma sociedade justa, livre e solidária;
II – garantir o desenvolvimento nacional;
III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

¹² CASSONE, Vittorio, **Direito Tributário**. 22 ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 6.

¹³ GIANNINI *Apud* DIFINNI, Luiz Felipe Silveira. **Manual de Direito Tributário**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 18.

IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.¹⁴

Assim, cabe a cada cidadão o dever de contribuir conforme suas condições e na lei estipulado para o custeio dos tributos, pois assim regará o estado de recursos para concretizar suas pretensões, em prol do bem comum social.

1.2–Espécies de Tributos

Na ausência de definição de tributos pela CR/88, o CTN assim o definiu “artigo 3º - Tributos é toda prestação pecuniária compulsória em moeda ou valor nela se possa exprimir que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada”.¹⁵

Para determina a natureza específica do tributo, vejamos o artigo 4º do CTN:

Artigo 4º - A natureza jurídica específica do tributo é determinada pelo fato gerador da respectiva obrigação, sendo irrelevantes para qualificá-la:
I – a denominação e demais características formais adotadas pela lei;
II – a destinação legal do produto de sua arrecadação.¹⁶

Apesar de aparentemente a Constituição de 1988 prever a existência de cinco espécies de tributos, na realidade a teoria que prevalece e a que vamos adotar para essa pesquisa, é que juridicamente existem apenas três destas, quais sejam: Impostos, previsto nos artigos 145, inciso I, 153, 154, 155 e 156; Taxas, prevista no artigo 145, inciso II e Contribuição de Melhoria, prevista no artigo 145, inciso III, todos da CR/88 e artigo 5º do CTN, de que decorrem de análise do conteúdo da materialidade da hipótese de incidência ou fato gerador, conforme lição de Geraldo Ataliba.

¹⁴ CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PINTO, Antônio Luiz de Toledo; WINDT, Márcia Cristina Vas dos Santos; CÉSPEDES, Livia. Vade Mecum. São Paulo: 2011. Saraiva, 2011, p. 9.

¹⁵ BRASIL. **Código Tributário Nacional Lei nº 5.172/1966**, Pinto, Antônio Luiz de Toledo. WINDIT, Márcia Cristina Vaz dos Santos. CÉSPEDES, Livia. Vade Mecum. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 765. BRASIL. **Código Tributário Nacional Lei nº 5.172/1966**, Pinto, Antônio Luiz de Toledo. WINDIT, Márcia Cristina Vaz dos Santos. CÉSPEDES, Livia. Vade Mecum. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 765.

(...) se a materialidade do fato gerador independer de qualquer atividade estatal, o tributo será de espécie “*imposto*”; se a materialidade do fato gerador consistir na prestação de serviço público específico e divisível ou consistir exercício do poder de polícia, diretamente referida ao contribuinte, o tributo será de espécie “*taxa*”; e se a materialidade do fato gerador consistir numa atuação do Estado executando obra pública, que acarrete uma valorização imobiliária, neste caso estaríamos diante de uma exigência tributária da espécie “*contribuição de melhoria*”.¹⁷

À Constituição da República Federativa do Brasil ao determinar as espécies tributárias ela faz referencia ao fato que para eventual cobrança do contribuinte de obrigação tributária, é necessário que este esteja ligado ao fato gerador da dita obrigação. Pois podemos dizer que a constituição não gera tributos, mas sim confere competências aos entes federativos a instituição dos mesmos.

1.3-Hipótese de Incidência

A obrigação tributária é uma obrigação que decorre diretamente da vontade da lei, sem interferência dos desejos do contribuinte no seu nascimento, assim a lei cria o tributo e descreve a hipótese em que o mesmo é devido. Ocorrendo tal hipótese, torna-se concreta a obrigação tributária.

Quanto ao conceito de hipótese de incidência, assim manifesta Hugo de Brito Machado em sua obra Curso de Direito Tributário.

A expressão hipótese de incidência designa com maior propriedade a descrição contida na lei, da situação necessária e suficiente ao nascimento da obrigação tributária. (...) a hipótese é a simples descrição, é simples previsão.¹⁸

Sendo assim, podemos concluir que hipótese de incidência são os requisitos contidos na lei para gerar a obrigação tributária.

¹⁷ ATALIBA, Geraldo *Apud* ICHIHARA, Yoshiaki. **Princípio da Legalidade Tributária**. 1 ed. São Paulo: Atlas, 1995, p. 18.

¹⁸ MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 99.

1.4-Fato Gerador

O fato gerador é o momento da concretização da obrigação tributária prescrita na lei.

O Código Tributário Nacional dispõe de regras definidoras do momento em que considera ocorrido o fato gerador do tributo, mas também concede liberdade ao legislador ordinário para dispor de modo diferente, desde que, tal legislador mantenha-se nos limites de cada situação de fato permita e que sua conduta não contraria disposição do ordenamento jurídico brasileiro.

Pois não pode haver norma que estabeleça a consumação do fato gerador, antes do que esteja de fato presente a situação prevista na hipótese de incidência.

Vejamos o conceito de fato gerador “(...) a expressão fato gerador diz da ocorrência, no mundo dos fatos, daquilo que está descrito na lei. (...) o fato é a concretização da hipótese, é o acontecimento do que fora previsto”.¹⁹

Relembrando que o problema da presente pesquisa é quanto ao momento da cobrança de ITBI no Município de Caratinga-MG, vejamos:

Em se tratando de situação jurídica, considera-se ocorrido o fato gerador do tributo desde o momento em que tal situação esteja definitivamente constituída, nos termos do direito aplicável. Assim, em se tratando da propriedade de um imóvel, somente quando essa propriedade esteja configurada, com o registro do título aquisitivo no órgão competente, é que se considera consumado o fato gerador do tributo. O tributo somente é devido quando consumado o fato sobre o qual incide norma de tributação, ou em outras palavras, quando concretizada a hipótese de incidência tributária.²⁰

Assim para que o município de Caratinga-MG exija o recolhimento de tal tributo pelo contribuinte é necessário que o fato gerador concretize, pois se houver

¹⁹ MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 100.

²⁰ *ibidem*, p. 101.

essa exigência antes, o município irá incorrer em sanções pelo descumprimento do artigo 156, inciso II da CR/88.

1.5-Impostos Municipais

A característica essencial do imposto é a inexistência de atividade estatal específica em favor do contribuinte e sua incidência sobre fatos descritos em lei só pela atuação do contribuinte. Trata-se da denominada atividade estatal em caráter *uti universi*, ou seja, os valores arrecadados pelo estado através da imposição do dito tributo tem como finalidade beneficiar a população em geral.

(...) os impostos não incorporam, no seu conceito, a destinação a esta ou aquela atuação do Estado que, de algum modo, possa ser referida ao contribuinte. E a inexistência dessa característica integra o conjunto de notas distintivas dessa espécie tributária.²¹

A Constituição de 1988 conferiu a competência aos municípios a instituição de vários impostos, como os sobre a propriedade predial e territorial urbana (IPTU); 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 (ITBI) e o sobre serviços de qualquer natureza (ISSQN). Assim adiante descrevemos cada um deles.

1.5.1 – Imposto Predial e Territorial Urbana – IPTU

Primeiramente a hipótese de incidência do IPTU é o ato de alguém ser proprietário de imóvel urbano, ano a ano, estando nesta condição no dia 1º de janeiro. Embora o Código Tributário Nacional em seu artigo 32, dispõe que dito

²¹ AMARO, Luciano. **Direito Tributário Brasileiro**, 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 103.

imposto incide sobre a propriedade, o domínio útil e a posse, o que só pode ser aceito se devidamente interpretado em face da Constituição de 1988, que se refere restritamente, a propriedade.

Para melhor entender acerca da incidência de tal imposto, é relevante saber o conceito de Zona Urbana, vejamos o disposto no Código Tributário do Município de Caratinga-MG.

Art. 4º O Imposto Sobre Propriedade Predial e Territorial Urbano tem como fato gerador à propriedade, o domínio útil ou a posse de bem imóvel, por natureza ou acessão física, como definida na lei civil localizado na zona urbana da sede e nos respectivos distritos.

§ 1º - Para efeitos deste imposto entende-se como zona urbana:

a) Área em que existam pelo menos dois dos requisitos mínimos da existência de melhoramentos indicados nos incisos seguintes mantidos pelo Poder Público:

I - meio-fio ou calçamento, com canalização de águas pluviais;

II - abastecimento de água;

III - sistema de esgotos sanitários;

IV - rede de iluminação pública, com ou sem posteamento para distribuição domiciliar;

V - escola primária ou posto de saúde a uma distância máxima de 05 (cinco) quilômetros do bem imóvel considerado.²²

Como a propriedade deve atender à sua função social, que assim prescreve a CR/88, em seus artigos 5º, incisos XXII e XXIII, 170, inciso III, 184 e 186. Pois o exercício do direito de proprietário do cidadão deve estar em consonância com suas finalidades econômicas e sociais, preservando a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, evitando a poluição do ar e das águas, conforme estabelecido no Código Civil.

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.

§ 1º - O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservado, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as

²² CARATINGA, “dispõe sobre o **Sistema Tributário do Município de Caratinga-MG**”, Lei nº 2.974/Lei nº 2.974, de 16 de novembro de 2006. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/2413/lei-2974-06-caratinga-mg>>. Acesso em 29 de setembro de 2012.

belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.²³

O domínio útil compreende os direitos de utilização e disposição, inclusive o de alienação. “O domínio útil compreende os direitos de utilização e disposição, inclusive o de alienação, conferidos ao foreiro, relativamente a prédio enfiteuta; contrapondo-se ao “domínio direto” (restrito à substância do bem)”.²⁴

Quanto ao contrato de concessão de uso, nesse caso não cabe considerar o cessionário como possuidor, em razão de que não se considera como contribuinte do IPTU do imóvel que ocupa.

O caso de contrato de concessão de uso (negócio jurídico bilateral de natureza pessoal), para fins tributários, não caracterizando expressão de *animus dominus*. Não exterioriza a propriedade, nem abre espaço para se considerar o cessionário como possuidor, em razão do que não se considera como contribuinte do IPTU do imóvel ocupado.²⁵

A posse vem do conceito de possuidor, vejamos conforme define o Código Civil de 2002 “artigo 1.196 – Considera-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de alguns dos poderes inerentes à propriedade”.²⁶

Bem imóvel, o Código Civil de 2002 conceitua do seguinte modo “artigo 79 – são bens imóveis o solo e tudo quanto se lhe incorporar natural ou artificialmente”.²⁷

Não pode dar essa caracterização às edificações que, separadas do solo, mas conservando sua unidade, forem removidas para outro local, e os materiais provisoriamente separados de um prédio, para nele se reempregarem.

²³ BRASIL. **Código Civil Lei nº 10.406/2002**, Pinto, Antônio Luiz de Toledo. WINDIT, Márcia Cristina Vaz dos Santos. CÉSPEDES, Lívia. Vade Mecum. São Paulo: Saraiva, 2011. P. 262.

²⁴ PAULSEN, Leandro Soares de; MELO, José Eduardo. **Impostos Federais, Estaduais e Municipais**. 6 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2011. P. 284.

²⁵ PAULSEN, Leandro Soares de; MELO, José Eduardo. **Impostos Federais, Estaduais e Municipais**. 6 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2011. p. 284.

²⁶ BRASIL. **Código Civil Lei nº 10.406/2002**, Pinto, Antônio Luiz de Toledo. WINDIT, Márcia Cristina Vaz dos Santos. CÉSPEDES, Lívia. Vade Mecum. São Paulo: Saraiva, 2011.p. 260.

²⁷ BRASIL. **Código Civil Lei nº 10.406/2002**, Pinto, Antônio Luiz de Toledo. WINDIT, Márcia Cristina Vaz dos Santos. CÉSPEDES, Lívia. Vade Mecum. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 167.

1.5.2 – Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza – ISSQN

A materialidade de incidência do ISSQN não restringe apenas a serviço, mas a prestação de serviço que compreende um negócio jurídico pertinente a obrigação de fazer de acordo com as normas em vigor.

Vejamos o conceito de obrigação de fazer “obrigação de fazer” concerne à prestação de uma utilidade ou comodidade a terceiro, de modo negativo à obrigação “de da (entrega de coisas móveis ou imóveis a terceiros)”.²⁸

O presente imposto tem como base legal o artigo 156, inciso III, e § 3º da Constituição de 1988, pois é um imposto que incide sobre serviços de qualquer natureza, desde que observado o disposto no artigo 155 da CR/88 e Decreto-lei nº 406, pois os serviços ali prescritos são taxativos.

Quanto ao local do recolhimento do dito imposto vejamos conforme previsto no artigo 3º da Lei 116/2003.

Art. 3º O serviço considera-se prestado e o imposto devido no local do estabelecimento prestador ou, na falta do estabelecimento, no local do domicílio do prestador, exceto nas hipóteses previstas nos incisos I a XXII, quando o imposto será devido no local.²⁹

1.5.3 – Imposto sobre Transmissão de Bens Imóveis – ITBI

O ITBI tem como incidência sobre transmissão onerosa e entre vivos de bens imóveis, o fato gerador é a transmissão da propriedade, assim como estabelece sua base legal que é o artigo 156, inciso II da CR/88. Sua base de cálculo é o valor venal do bem ou direito transmitido. As alíquotas variam de município para

²⁸ PAULSEN, Leandro Soares de; MELO, José Eduardo. **Impostos Federais, Estaduais e Municipais**. 6 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2011. p. 304.

²⁹ BRASIL. Lei nº 116, de 31 de julho de 2003. **Dispõe sobre o Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza, de competência dos Municípios e do Distrito Federal, e dá outras providências**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp116.htm. Acesso em 01/10/2012.

município, normalmente fixadas entre 0,5 e 4%. O município competente para cobrança do dito imposto é o da situação do bem.

Esse é o imposto objeto de nosso trabalho, que tem como problema dessa pesquisa o disposto no artigo 38, inciso I, do Código Tributário do Município de Caratinga-MG interpretado em face ao disposto no artigo 156, inciso II, da CR/88, artigo 35, inciso I, do Código Tributário Nacional cumulado com artigo 1.245 do CC/02, sobre a suposta inconstitucionalidade da cobrança do Imposto de Transmissão de Bem Imóvel, antes da lavratura da escritura de compra e venda.

Assim Vejamos posicionamento contrário ao disposto no artigo 38, inciso I do Código Tributário do Município de Caratinga-MG, pela jurisprudência do STJ.

EMENTA: Tributário. Imposto de Transmissão de bens Imóveis. Fato gerador. Registro imobiliário. (C. Civil, art. 530). A propriedade imobiliária apenas se transfere com o registro do respectivo título (c. Civil, art. 530). O Registro imobiliário é o fato gerador do imposto de transmissão de bens imóveis. Assim, a pretensão de cobrar o ITBI, antes do registro imobiliário contraria o ordenamento jurídico. (Res. 12.546/Humberto).³⁰

Conclui-se que tal posicionamento confirma a violação da lei tributária municipal em face da CR/88.

1.6-Taxas

As taxas são exemplos de tributos vinculados, pois pressupõe uma atividade estatal específica prestado aquele contribuinte que a paga. Podem ser instituídos pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, enfim por qualquer das pessoas jurídicas de direito público interno, desde que obedecidas às disposições constitucionais e na lei complementar.

³⁰BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Imposto de Transmissão de Bens Imóveis**. Fato Gerador. Registro Imobiliário. Resp. Relator: Min. Humberto Gomes de Barros. Julgado em 13 de fevereiro de 2001. Publicado em: 16 de abril de 2001. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/infojur/toc.jsp>>. Acesso em: 18 de abril de 2012.

As taxas têm como fator gerador, conforme disposto no CTN.

Artigo 77- As taxas cobradas pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios, no âmbito de suas respectivas atribuições, tem como fato gerador o exercício regular do poder de polícia, ou a utilização, efetiva ou potencial, de serviço público específico e divisível, prestado ao contribuinte ou posto à sua disposição.³¹

O que justifica a criação dessa espécie de tributo é a contraprestação divisível, ou seja, o contribuinte ao pagar a taxa tem o direito de receber em benefício proporcionalmente ao valor que pagou.

Em sua obra Manual de Direito Tributário, Luiz Felipe Silveira Difini diz:

(...) para justificar a criação de taxa necessitamos estar diante de um serviço específico, ou seja, que pode ser destacado em unidades autônomas e, conseqüentemente, prestado (ou posto à disposição) de pessoas determinadas, a receber, cada qual, uma (ou mais) unidades autônomas de serviço.³²

Ao analisar a materialidade da hipótese de incidência ou fato gerador dessa espécie de tributo, observamos lição de Geraldo Ataliba "(...) se a materialidade do fato gerador consistir na prestação de serviço público específico e divisível ou consistir no exercício do poder de polícia, diretamente referida ao contribuinte, o Tributo será de espécie taxa".³³

³¹ BRASIL. **Código Tributário Nacional Lei nº 5.172/1966**, Pinto, Antônio Luiz de Toledo. WINDIT, Márcia Cristina Vaz dos Santos. CÉSPEDDES, Livia. Vade Mecum. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 771.

³² DIFINI, Luiz Felipe Silveira. **Manual de Direito Tributário**. São Paulo: Saraiva. 2004, p. 34.

³³ ATALIBA, Geraldo *Apud* ICHIHARA, Yoshiaki. **Princípio da Legalidade Tributária**. 1 ed. São Paulo: Atlas, 1995, p. 18.

1.7-Contribuição de Melhoria

A CR/88 assim prescreve “artigo 145 – A união, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos: inciso III – contribuição de Melhoria, decorrente de obras públicas”³⁴.

Esse tributo conecta-se com determinada atuação estatal, qual seja, a realização de uma obra pública de que decorra, para os proprietários de imóveis próximos, valorização ou melhoramento de suas propriedades. Vejamos o disposto no CTN:

Artigo 81 – A contribuição de melhoria cobrada pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios, no âmbito de suas respectivas atribuições, é instituída para fazer face ao custo de obras públicas de que decorra valorização imobiliária, tendo como limite total a despesa realizada e como limite individual o acréscimo de valor que da obra resultar para cada imóvel beneficiado.³⁵

Quanto ao fato gerador do dito tributo, vejamos os dizeres de Eduardo Sabbag “o fato gerador da contribuição de melhoria é a valorização imobiliária decorrente de uma obra pública. A valorização imobiliária é parte integrante da hipótese de incidência do tributo, sem a qual o fato gerador não se completa”³⁶.

Para Luciano Amaro:

A valorização das propriedades adjacentes é diretamente proporcional à melhora que advenha da obra pública. A valorização é a medida da melhoria. À vista do engate necessário entre melhoria e valorização, onde esta inexistir descabe, a nosso ver, a contribuição. O tributo não se legitima pela simples realização da obra.³⁷

³⁴ CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PINTO, Antônio Luiz de Toledo; WINDT, Márcia Cristina Vas dos Santos; CÉSPEDES, Livia. Vade Mecum. São Paulo: 2011. Saraiva, 2011, p. 58.

³⁵ BRASIL. **Código Tributário Nacional Lei nº 5.172/1966**, Pinto, Antônio Luiz de Toledo. WINDT, Márcia Cristina Vaz dos Santos. CÉSPEDES, Livia. Vade Mecum. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 771.

³⁶ SABBAG, Eduardo. **Manual de Direito Tributária**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 452.

³⁷ AMARO, Luciano. **Direito Tributário Brasileiro**, 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 69.

A princípio, a contribuição de melhoria é tributo de grande justiça fiscal. Pois somente aqueles proprietários de imóveis que auferirem valorização serão os contribuintes de forma proporcional.

(...) proprietários de imóveis que auferirem valorização, por obras de urbanização, saneamento e outras, executadas pelo Poder Público, paguem pelo custo das obras que os beneficiam. Na prática, tem sido muito raramente utilizada. A explicação provavelmente se encontra na complexidade do processo de sua imposição e arrecadação. As exigências que hoje se encontram na legislação infraconstitucional (basicamente arts. 81 e 82 do CTN e Decreto-Lei n. 195/67), tornam problemática sua interposição, especialmente pelos Municípios (entre tributante a quem mais se afeioaria o tributo, pois normalmente estes realizam obras públicas como calçamento, asfaltamento, saneamento, iluminação etc.).³⁸

Depois de análise do disposto na doutrina, percebo que os municípios enfrentam tais dificuldades para arrecadar tal tributo, devido suas deficiências para cumprir os requisitos previstos na legislação em vigor.

³⁸ DIFINI, Luiz Felipe Silveira. **Manual de Direito Tributário**. São Paulo: Saraiva. 2003, p. 47.

CAPÍTULO II – IMPOSTO SOBRE TRANSMISSÃO DE BENS IMÓVEIS

Esse imposto, atualmente posto na competência dos municípios, conforme previsto no na CR/88, que assim estabelece:

Artigo 156 - Compete aos Municípios instituir impostos sobre: inciso 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.³⁹

Vale lembrar que antes da CR/88, esse tributo era da competência dos estados. Podemos verificar, assim, com a promulgação da dita constituição, houve uma dissociação, na qual a transmissão por causa morte e a derivadas de doações ficaram com os Estados e a transmissão onerosa entre vivos com os municípios.

O ITBI é imposto de competência cumulativa, pois cabe também ao Distrito Federal, conforme disposição na CR/88 “artigo 147 – Competem a União, em Território Federal, os impostos estaduais e, se o território não for dividido em Municípios, cumulativamente, os impostos municipais; ao Distrito Federal”.⁴⁰

São características do ITBI:

Quanto a sua função, Hugo de Brito Machado em sua obra Curso de Direito Tributário diz “a função do imposto de transmissão é predominantemente fiscal, vale dizer, a de obtenção de recursos financeiros para a Fazenda Pública”.⁴¹; é também imposto real, pois sua base de cálculo é o valor venal do imóvel; tem incidência monofásica, pois incide uma única vez sobre o ato de transmissão da propriedade; é imposto direto, pois a mesma pessoa reúne as condições de contribuinte de fato e de direito, que é aquele que arca com as o ônus e com o reconhecimento do imposto, é também proporcional, pois estabelece o artigo 145 do CTN e Súmula 656 do STF:

³⁹ CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PINTO, Antônio Luiz de Toledo; WINDT, Márcia Cristina Vas dos Santos; CÉSPEDES, Lívia. Vade Mecum. São Paulo: 2011. Saraiva, 2011, p. 62.

⁴⁰ CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PINTO, Antônio Luiz de Toledo; WINDT, Márcia Cristina Vas dos Santos; CÉSPEDES, Lívia. Vade Mecum. São Paulo: 2011. Saraiva, 2011, p. 58.

⁴¹ MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 308.

Artigo 145 – O lançamento regularmente notificado ao sujeito passivo só pode ser alterado em virtude de:
I – impugnação do sujeito passivo;
II – recurso de ofício;
III – iniciativa de ofício da autoridade administrativa, nos casos previstos no art. 149.

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”.⁴²

Quanto ao lançamento, pode ser feito por declaração do contribuinte ou por lançamento de ofício:

O imposto de transmissão é feito mediante declaração do contribuinte. A autoridade administrativa procede à avaliação do bem e calcula o tributo, expedindo a respectiva guia para recolhimento. (...) também esse imposto pode ser objeto de lançamento *de ofício*, quando constatada a ocorrência de seu fato gerador sem que o respectivo pagamento tenha sido efetuado.⁴³

Quanto aos elementos do fato gerador do ITBI, Eduardo Sabbag assim descreve “os elementos espacial e territorial do fato gerador do ITBI são assim entendidos: a) elemento espacial: é o território do Município da situação do bem, b) elemento temporal: é o momento da transmissão patrimonial ou da cessão de direitos”.⁴⁴

2.1-Fato Gerador

Quanto ao fato gerador do dito imposto, vejamos que consiste na ocorrência do disposto no inciso II, do artigo 156, da CR/88, já disposto anteriormente, que aqui segue de forma explicativa conforme lições de Eduardo Sabbag.

⁴² BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno. Tributário. Recurso Extraordinário nº 234105 / SP. Adolfo Carlos Canan e Município de São Paulo. Relator: Min. Carlos Velloso. 08 abr. 1999. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 25 de outubro. 2012.

⁴³ MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 310.

⁴⁴ SABBAG, Eduardo. **Manual de Direito Tributária**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 1052.

Fato gerador do ITBI é a transmissão inter vivos, a qualquer título, por ato oneroso (e não gratuito), de imóveis (e não móveis), por natureza ou acessão física, e de direitos reais sobre imóveis, exceto os de garantia, bem como cessão de direitos à sua aquisição (art 156, II da CR 88 e art 35 do CTN).⁴⁵

Para reforçar o entendimento quanto ao momento da ocorrência do fato gerador do dito imposto, vejamos as idéias sustentadas por Ives Gandra da Silva Martins, em sua obra Curso de Direito Tributário.

O fato jurídico indicado na edição constitucional é, inquestionavelmente, a modificação, no mundo jurídico, consubstanciada pela transmissão da propriedade imobiliária. A utilizar o termo “transmissão” a Constituição indica, de modo exato e preciso, que o fato sobre o qual os Municípios (art. 156, II) e o Distrito Federal (art.147) terão aptidão para instituir imposto é o fato da transferência, da passagem, da mudança, do trânsito, da translação do direito de propriedade do imóvel do patrimônio de alguém para o patrimônio de outrem. (...) a doutrina reconhece, maciçamente, que a transcrição é condição sine qua non para operar, efetivar, realizar a transmissão da propriedade imobiliária; decorre, como se vê, das expressas disposições do nosso direito positivo.⁴⁶

Para melhor entender sobre a materialidade dessa imposição tributária, vejamos os conceitos fornecidos por Regina Helena Costa.

Bem imóvel por natureza é o solo; Bem imóvel por acessão física é tudo que a ele se incorpora, natural ou artificialmente, como plantações e construções (art. 79, CC). Já os direitos reais sobre imóveis são a propriedade, a superfície, as servidões, o usufruto, o uso, a habitação, o direito do promitente comprador do imóvel, a concessão de uso especial para fins de moradia e a concessão de direito real de uso (art. 1.225, CC).⁴⁷

Assim concluímos que a imposição do ITBI sobre o ato da transmissão imobiliária, envolve todos esses requisitos.

⁴⁵ SABBAG, Eduardo. **Manual de Direito Tributária**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 1047.

⁴⁶ MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Curso de Direito Tributário**. 12. ed. São Paulo. Saraiva, 2010, p 990-991.

⁴⁷ COSTA, Regina Helena. **Curso de Direito Tributário**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 405.

2.2-Hipótese de Incidência

Quanto à hipótese de incidência do ITBI, vejamos que são vários elementos que integram, de acordo com Ives Gandra da Silva Martins.

(...) hipótese de incidência do chamado “imposto de transmissão de imóveis”, consiste em enfatizar que esta, por força de seu protótipo constitucional, deverá conceituar realidade integrada por elementos vários, que não se constituirá somente no ato de transmitir, nem no da transmissão ser de inter vivos, nem apenas, na natureza desse ato (oneroso), nem só no imóvel, mas na conjugação de todos esses termos, que conceitualmente, reporta-se ao ato da transmissão inter vivos, por ato oneroso, que tem por objeto um imóvel, por natureza ou acessão física.⁴⁸

De acordo com a constituição, o fato predefinido sobre o qual o legislador ordinário da entidade política poderá instituir tal tributo é o ato da transmissão da propriedade imobiliária. Pois o instrumento traslativo por si só, não é suficiente para concretizar o registro da propriedade.

Enquanto não levado a registro, enquanto não transcrito, o título aquisitivo da propriedade não produz efeitos de transmiti-la; não provoca modificação jurídica relativamente à propriedade imobiliária. Vale dizer, antes da transcrição não há transmissão, ainda supondo a existência de instrumento apto para tanto.⁴⁹

Pois antes da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária, temos mera hipótese de incidência que são momentos completamente diferentes, conforme já explicado nos itens 1.3 e 1.4 desse trabalho.

⁴⁸ MARTINS, Ives Gandra da da Silva. **Curso de Direito Tributário**. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 988 –999.

⁴⁹ *Ibidem*, p. 991.

2.3-Sujeito Passivo

O Código Tributário Nacional prescreve em seu artigo 42, que o contribuinte do imposto é qualquer das partes na operação tributada, como dispuser a lei.

Com base no disposto antecedente podemos concluir que o sujeito passivo dessa obrigação tributária pode ser qualquer uma das partes, tanto o adquirente quanto ao transmitente. Mas com o advento do Código Tributário do Município de Caratinga-MG, dispôs da seguinte definição:

Artigo 35 - Contribuinte do imposto sobre 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 ITBI é:
I - na transmissão de bens ou direitos, o adquirente o bem ou direito transmitido;
II - na cessão de bens ou de direitos, o cessionário do bem ou direito transmitido;
III - na permuta de bens ou direitos, qualquer um dos permutantes do bem do direito permutado.⁵⁰

Na prática, paga o imposto quem mais interesse tiver na operação, pois em se tratando de uma operação entre vivos, tudo não passa de uma questão contratual.

A definição trazida pela lei municipal, só tem relevância para situação excepcional, na qual tenha sido feito o contrato sem a estipulação de quem pagará o imposto. Nesse caso havendo divergência entre os contratantes, prevalece o disposto na lei municipal.

⁵⁰ CARATINGA, "dispõe sobre o **Sistema Tributário do Município de Caratinga-MG**", Lei nº 2.974/Lei nº 2.974, de 16 de novembro de 2006. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/2413/lei-2974-06-caratinga-mg>>. Acesso em 26 de setembro de 2012.

2.4-Sujeito Ativo

Quanto ao sujeito ativo do ITBI, assim dispõe a CR /88:

Artigo 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; inciso; § 2º - O imposto previsto no inciso II: inciso II - Compete aos municípios da situação do bem.⁵¹

Assim como os Municípios, o Distrito Federal também integra o pólo ativo da relação tributária do respectivo imposto “artigo 147 - Compete a União, em Território Federal, os impostos estaduais e, se o Território não for dividido em Municípios, cumulativamente, os impostos municipais; ao Distrito Federal cabem os impostos municipais”.⁵²

2.5-Base de Cálculo

Como o ITBI é imposto que incide sobre a transmissão, por ato oneroso, tem-se como ponto de partida para determinar sua base de cálculo na hipótese mais comum, que é a compra e venda o preço. Este funciona como uma declaração de valor feita pelo contribuinte, que pode ser aceita, ou não, pelo fisco.

A base de calculo é o valor venal dos bens ou direitos transmitidos (art. 38, CTN).

Como base de cálculo para a cobrança do ITBI, usa-se o valor venal dos bens ou direitos transmitidos. O valor venal é o valor que o imóvel alcançar

⁵¹ CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PINTO, Antônio Luiz de Toledo; WINDT, Márcia Cristina Vas dos Santos; CÉSPEDES, Livia. Vade Mecum. São Paulo: 2011. Saraiva, 2011, p. 62.

⁵² CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PINTO, Antônio Luiz de Toledo; WINDT, Márcia Cristina Vas dos Santos; CÉSPEDES, Livia. Vade Mecum. São Paulo: 2011. Saraiva, 2011, p. 58.

no caso de compra e venda à vista, diante de mercado. São aplicadas várias considerações em torno do respectivo valor, uma delas é o acordo feito pelas partes adquirente e alienante, pode também usar o valor do IPTU. Cabe ressaltar que há uma diferença entre valor e preço, haja vista que o valor é determinado pelas condições do mercado, pela oferta e procura dos bens e em contrapartida o preço fixado pelas partes, que em princípio são livres para contratar.⁵³

Caso o fisco não concorda com o valor declarado pelo contribuinte, tal valor pode ser contestado na forma do artigo 148 do CTN.

Artigo 148 – Quando o cálculo do tributo tenha por base, ou tome em consideração, o valor ou preço de bens, direitos, serviços ou atos jurídicos, a autoridade lançadora, mediante processo regular, arbitrará aquele valor ou preço, sempre que sejam omissos ou não mereçam fé as declarações ou os esclarecimentos prestados, ou os documentos expedidos pelo sujeito passivo ou pelo terceiro legalmente obrigado, ressalvada, em caso de contestação, avaliação contraditória, administrativa ou judicial.⁵⁴

A base de cálculo nada mais é do que um critério utilizado para calcular ou para medir, só pode ser tratado por lei, jamais por norma que infringe os dispositivos constitucionais.

2.6-Alíquota

Como regra, compete à lei instituidora do tributo definir as alíquotas aplicáveis, para que se possa identificar, em cada situação material concreta, o montante do tributo devido.

Apesar de que o legislador constituinte não deixar expresso na Constituição qualquer limite para a fixação das alíquotas do ITBI, é importante salientar que essas variam de município para município, normalmente são fixadas entre 0,5 e 4%,

⁵³ PAULSEN, Leandro Soares de; MELO, José Eduardo. **Impostos Federais, Estaduais e Municipais**. 6 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2011. P. 303.

⁵⁴ BRASIL. **Código Tributário Nacional Lei nº 5.172/1966**, Pinto, Antônio Luiz de Toledo. WINDIT, Márcia Cristina Vaz dos Santos. CÉSPEDES, Livia. Vade Mecum. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 779.

com incidência privilegiada para as transmissões feitas dentro do Sistema Financeiro de Habitação.

A alíquota do imposto de transmissão é fixada em lei ordinária do Município competente. (...) Na Constituição de 1988 inexistia regra autorizando tal limitação relativamente a esse imposto. Apenas em relação ao ISS pode a lei complementar federal estabelecer alíquotas máximas (CF, art. 156, § 3º, inc. I).⁵⁵

Vejamos regulamentação no Código Tributário do Município de Caratinga-MG, que assim prescreve:

Artigo 32 – As alíquotas do imposto são:
I – Nas transmissões e cessões por intermédio do Sistema Financeiro de Habitação – SFH;
a) 0,5% (cinco décimos por cento) sobre o valor efetivamente financiado;
b) 2% (dois por cento) sobre o valor restante;
II – Nas transmissões e cessões a título oneroso, 2% (dois por cento);
III – Nas demais transmissões e cessões 4% (quatro por cento).⁵⁶

Quanto à progressividade das alíquotas dos impostos, a CR/88 não autorizou a aplicação no ITBI, pois seu artigo 153 não o incluiu.

Diante da aplicação de alíquotas progressivas nos impostos de caráter real, o Supremo Tribunal Federal já posicionou acerca do assunto afirmando ser inconstitucional tal prática, vejamos:

EMENTA: Constitucional. Tributário. Imposto de Transmissão de Imóveis, Inter Vivos - ITBI. Alíquotas Progressivas. C.F., art. 156, II, § 2º. Lei nº 11.154, de 30.12.91, do Município de São Paulo, SP. I. – Imposto de transmissão de imóveis, inter vivos – ITBI: alíquotas progressivas: a Constituição Federal não autoriza a progressividade das alíquotas,

⁵⁵ MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 24 ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 376.

⁵⁶ CARATINGA, “dispõe sobre o **Sistema Tributário do Município de Caratinga-MG**”, Lei nº 2.974/Lei nº 2.974, de 16 de novembro de 2006. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/2413/lei-2974-06-caratinga-mg>>. Acesso em 26 de setembro de 2012.

realizando-se o princípio da capacidade contributiva proporcionalmente ao preço da venda. II. – R.E. Conhecido e provido.⁵⁷

De acordo com o princípio da capacidade contributiva, previsto no artigo 145, § 1º da CR/88, só é autorizado à progressividade quando se tratar de impostos de natureza pessoal, não podendo alcançar impostos reais, como é o caso do ITBI.

⁵⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno. Tributário. Recurso Extraordinário nº 234105 / SP. Adolfo Carlos Canan e Município de São Paulo. Relator: Min. Carlos Velloso. 08 abr. 1999. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 26 de setembro. 2012.

CAPITULO III – MOMENTO DA COBRANÇA DO ITBI NO MUNICÍPIO DE CARATINGA – MG.

Com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil em 10 de outubro de 1988, através do seu artigo 145, inciso I, instituiu o seguinte: “a União, os Estado, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos: (...) Inciso I – Impostos”.⁵⁸

Assim com a repartição do poder de instituir impostos entre os entes federativos, o imposto que tem como fato gerador a transmissão de bens imóveis (ITBI), ficou para competência dos municípios, conforme previsto no artigo 156, inciso II, da atual Constituição do Brasil.

Tendo em vista, portanto, a hierarquia das normas adotada por nosso ordenamento jurídico, deve ser observada para que as normas inferiores não infrinjam aos preceitos constitucionais vigentes.

A Constituição do Brasil prevê que as leis complementares à Constituição, e também as leis ordinárias, conforme estabelecido em seu artigo 59, que ao final todas fazem parte do ordenamento jurídico brasileiro. A lei complementar prevista tem força superior as leis ordinárias, e que essa seqüência hierárquica deve ser observada pelos legisladores ordinários dos respectivos entes federativos, para que nenhuma norma inferior venha a contrariar dispositivo de norma superior.

Vejamos o que diz Ives Gandra da Silva Martins, em sua Obra Curso de Direito Tributário.

(...) embora seu âmbito de abrangência não se confunda com aquele destinado às leis ordinárias, as leis complementares irradiam comandos a serem compulsoriamente seguidos pelo legislador ordinário. Desse modo, a lei ordinária poderá ser ilegal, se desconsiderar normas vertentes da legislação de nível complementar; ou inconstitucional, se violar diretamente o texto magno.⁵⁹

⁵⁸ CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PINTO, Antônio Luiz de Toledo; WINDT, Márcia Cristina Vas dos Santos; CÉSPEDES, Livia. Vade Mecum. São Paulo: 2011. Saraiva, 2011, p. 58.

⁵⁹ MARTINS, Ives Gandra da da Silva. **Curso de Direito Tributário**. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 94.

Ante o exposto pode-se concluir que: a lei ordinária será declarada ilegal se confrontar com lei complementar, mas se confrontar diretamente com o texto constitucional será declarada inconstitucional.

A partir desse entendimento podemos aplicar essa idéia às normas que nos interessam, para melhor entender o que ocorre no Município de Caratinga-MG, quanto ao momento da cobrança do ITBI.

A meu entender quando o Código Tributário do Município de Caratinga-MG, dispõe “Artigo 38 - O pagamento do imposto sobre a transmissão “inter vivos” de Bens imóveis e de direitos a eles relativos realizar-se-á: inciso I - nas transmissões ou cessões, por escritura pública antes de sua lavratura”.⁶⁰

Nesse momento tal disposição contraria diretamente o disposto na Constituição da República Federativa do Brasil, que diz:

Artigo 156 - Compete aos municípios instituir impostos sobre: Inciso I - Transmissão inter vivos, a qualquer título, por ato oneroso, de bens imóveis, por natureza ou cessão física. E de direitos reais sobre imóveis, exceto os de garantia, bem como de direitos e sua aquisição.⁶¹

E, conseqüentemente viola o disposto no Código tributário Nacional, que assim prescreve:

Artigo 35 - O imposto de competência dos estados, sobre a transmissão de bens imóveis e de direitos a eles relativos tem como fato gerador: inciso I - a transmissão a qualquer título, da propriedade ou do domínio útil de bens imóveis, por natureza ou por cessão física, como definidos na lei civil.⁶²

Por fim vejamos o posicionamento jurisprudencial do STJ em relação ao recurso especial nº 12.546 impetrado pelo Município do Rio de Janeiro, o qual decidiu:

⁶⁰ CARATINGA, “dispõe sobre o **Sistema Tributário do Município de Caratinga-MG**”, Lei nº 2.974/Lei nº 2.974, de 16 de novembro de 2006. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/2413/lei-2974-06-caratinga-mg>>. Acesso em 04 de outubro de 2012.

⁶¹ CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PINTO, Antônio Luiz de Toledo; WINDT, Márcia Cristina Vas dos Santos; CÉSPEDES, Livia. Vade Mecum. São Paulo: 2011. Saraiva, 2011, p. 62.

⁶² BRASIL. **Código Tributário Nacional Lei nº 5.172/1966**, Pinto, Antônio Luiz de Toledo. WINDIT, Márcia Cristina Vaz dos Santos. CÉSPEDES, Livia. Vade Mecum. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 768.

EMENTA: Tributário – Imposto de Transmissão de Bens Imóveis – Fato Gerador – Registro Imobiliário – (C. Civil. Art. 530).
A propriedade imobiliária apenas se transfere com o registro do respectivo título (c. Civil. Art. 530). O registro imobiliário é o fato gerador do Imposto de Transmissão de Bens Imóveis. Assim, a pretensão de cobrar o ITBI antes do registro imobiliário contraria o ordenamento jurídico.⁶³

Visando a inconstitucionalidade da norma inferior em relação às normas superiores, cabe analisar quanto à possível inconstitucionalidade no que se refere ao momento da exigência ou cobrança do referido imposto.

3.1-Considerações sobre artigo 38, inciso I do Código Tributário do Município de Caratinga-MG

Primeiramente é interessante observar o princípio da legalidade tributária, previsto na CR/88. Pois, como podemos perceber esse princípio assegura aos cidadãos a confiança de não ser pego de surpresa, por qualquer imposição do Estado. Senão vejamos:

Artigo 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade. À segurança, e a propriedade, nos termos seguintes:
II – ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.

Pois a partir do princípio da publicidade podemos entender que ao instituir uma norma por qualquer ente da federação, seus legisladores devem estar cientes das regras constitucionais previstas.

Assim vejamos conforme dispõe Yoshiaki Ichihara, em sua obra Princípio da Legalidade Tributária.

⁶³BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Imposto de Transmissão de Bens Imóveis**. Fato Gerador. Registro Imobiliário. Resp. Relator: Min. Humberto Gomes de Barros. Julgado em 13 de fevereiro de 2001. Publicado em: 16 de abril de 2001. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/infojur/toc.jsp>>. Acesso em: 06 de novembro de 2012.

(...) no que se refere à lei ordinária dos Municípios, no aspecto formal de proposição, discussão e aprovação, a observância das regras e princípios contidos na Constituição Federal, do respectivo Estado, além das formalidades previstas na Lei Orgânica do respectivo município e regimento interno da Câmara dos Vereadores.⁶⁴

Em observância ao aglomerado de normas e princípios constitucionais, é que faz surgir normas justas e coerentes com o ordenamento jurídico.

Assim analisando o artigo 38, inciso I do Código Tributário do Município de Caratinga-MG, percebemos que sua disposição não estar em conformidade com posicionamento doutrinário, veja:

Os autores brasileiros em quase sua totalidade não discrepam nas considerações sobre essa matéria. Deveras, a doutrina reconhece, maciçamente, que a transcrição é condição *sine qua non* para operar, efetivar, realizar a transmissão da propriedade imobiliária (...). Mesmo aqueles poucos que entendem decorrer a aquisição da propriedade do próprio título, reconhecem que esse efeito se subordina à sua transcrição no registro do lugar do imóvel. Enquanto não levado o registro, enquanto não transcrito, o título aquisitivo da propriedade não produz efeitos de transmiti-la; não provoca modificação jurídica relativamente à propriedade imobiliária. Vale dizer, antes da transcrição não há transmissão, ainda supondo a existência de documento apto para tanto.⁶⁵

A fim de confirmar a divergência apontada no corpo do trabalho, relembremos a decisão do STJ referente ao recurso especial nº 253.364, que também é o marco teórico da presente pesquisa.

EMENTA: Tributário. Imposto de Transmissão de bens Imóveis. Fato gerador. Registro imobiliário. (C. Civil, art. 530). A propriedade imobiliária apenas se transfere com o registro do respectivo título (c. Civil, art. 530). O Registro imobiliário é o fato gerador do imposto de transmissão de bens imóveis. Assim, a pretensão de cobrar o ITBI, antes do registro imobiliário contraria o ordenamento jurídico. (Res. 12.546/Humberto).⁶⁶

⁶⁴ ICHIHARA, Yoshiaki. **Princípio da Legalidade Tributária**. 1 ed. São Paulo: Atlas, 1995, p. 92.

⁶⁵ MARTINS, Ives Gandra da da Silva. **Curso de Direito Tributário**. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 991.

⁶⁶ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Imposto de Transmissão de Bens Imóveis**. Fato Gerador. Registro Imobiliário. Resp. Relator: Min. Humberto Gomes de Barros. Julgado em 13 de fevereiro de 2001. Publicado em: 16 de abril de 2001. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/infojur/toc.jsp>>. Acesso em: 18 de abril de 2012.

Assim conclui-se que a conduta do Município de Caratinga-MG ao exigir o recolhimento do ITBI antes da transmissão da propriedade imobiliária, contraria disposição constitucional.

3.2-Afronto ao artigo 156, inciso II da CR/88

A Constituição da República de 1988 é o mais alto estatuto jurídico que temos, é reconhecida como lei fundamental e suprema do Estado Brasileiro por conter regras e princípios fundamentais destinadas a organização do convívio social em nossa sociedade. Assim conceitua Alexandre de Moraes em sua obra Direito Constitucional.

Constituição, *lato senso*, é o ato de constituir, de estabelecer, de firmar; ou ainda, o modo pelo qual se constitui uma coisa, um ser vivo, um grupo de pessoas; organização, formação. Juridicamente, porém, Constituição deve ser entendida como a lei fundamental e suprema de um estado, que contém normas referentes à estruturação do Estado, a formação dos poderes públicos, forma de governo e aquisição do poder de governar, distribuição de competências, direitos, garantias e deveres dos cidadãos. Além disso, é a Constituição que individualiza os órgãos competentes para a edição de normas jurídicas, legislativas ou administrativas.⁶⁷

Quanto ao conceito de Constitucionalidade, assim dispõe Vittorio Cassone em sua obra Direito Tributário “Constitucional é a norma primária que não infringe princípio ou preceito da Constituição Federal, de modo direto ou frontal. Do contrário, será inconstitucional”.⁶⁸

A CR/88 é a norma maior no ordenamento jurídico brasileiro, devendo os membros do Poder Legislativo à plena observância e respeito por suas disposições, para que não criem normas confrontantes com os princípios nela previsto.

Quanto à supremacia constitucional, vemos o conceito dado por José Afonso da Silva:

⁶⁷ MORAES, Alexandre, **Direito Constitucional**. 21 ed. São Paulo: Atlas, 2007. P 36.

⁶⁸ CASSONE, Vittorio, **Direito Tributário**. 22 ed. São Paulo: Atlas, 2011. P. 40.

Nossa constituição é rígida. Em consequência, é a lei fundamental e suprema do Estado brasileiro. Toda autoridade só nela se encontra fundamento e só ela confere poderes e competências governamentais. Nem o governo federal, nem os governos dos estados, nem dos Municípios ou do Distrito Federal soa soberanos, por que todos são limitados expressa ou implicitamente, pelas normas positivas daquela lei fundamental. Exercem suas atribuições nos termos nela estabelecidos.⁶⁹

Assim também manifesta Pedro Lenza, em sua obra de Direito Constitucional Esquematizado:

No direito, percebe-se um verdadeiro escalonamento de normas, uma constituindo a outra, numa verticalidade hierárquica. Uma norma superior e esta, na seguinte, até chegar à Constituição, que é o fundamento de validade de todo o sistema infraconstitucional.⁷⁰

Por fim, como forma de solucionar o conflito existente no art. 38, inc. I, do Código Tributário do Município de Caratinga–MG em face do art. 156, inc. II da CR/88. A solução que nos resta para que seja declarada a inconstitucionalidade de tal dispositivo legal, é a propositura de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF, perante o Supremo Tribunal Federal, conforme art. 102, § 1º da CR/88. Logo, será por ele apreciado e julgado.

Quanto a preceitos Fundamentais, vejamos que diz Alexandre de Moraes:

Os preceitos Fundamentais englobam os direitos e garantias fundamentais da Constituição, bem como os fundamentais e objetivos fundamentais da República, de forma a consagrar maior efetividade às previsões constitucionais.⁷¹

Assim pode-se perceber que o procedimento adotado, qual seja o momento da cobrança do ITBI antes da transmissão da propriedade imobiliária pelo Município

⁶⁹ SILVA, José Afonso, **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 19 ed. São Paulo: Malheiros. 2001. P 46.

⁷⁰ LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 12 ed. Revista atualizada e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 19.

⁷¹ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 5º ed. São Paulo: Atlas, 1999, p. 104.

de Caratinga-MG, conforme já disposto, viola o Preceito Fundamental disposto no inciso II, do artigo 5º da CR/88, haja vista que a Lei existente descumpra o disposto no inciso II, do artigo 156 da CR/88.

A decisão do STF terá efeitos “erga omnes” e vinculante, relativamente, aos demais órgãos do Poder Público.

Prolatada a decisão, o STF comunicará autoridades ou órgãos responsáveis pela prática dos atos questionados, fixando-se as condições e modo de interpretação e aplicação do preceito fundamental, conforme dispõe o Artigo 10º, caput da Lei nº 9.882/99. “Julgada a ação, far-se-à comunicação às autoridades e órgãos responsáveis pela prática dos atos questionados, fixando-se as condições e o modo de interpretação e aplicação do preceito fundamental”.⁷²

⁷² BRASIL. Lei nº 9.882, de 03 de dezembro de 1999. “Dispõe sobre o **processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental**, nos termos do § 1.º do art. 102 da Constituição Federal. Vade Mecum. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 1.759.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Para que uma sociedade seja organizada, é necessário que os indivíduos que a compõem elejam seus representantes para que esses possam criar normas que todos se submetam.

Assim pode-se perceber que para o Estado conseguir administrar e gerir a máquina estatal em prol dessa sociedade organizada é necessário que existam normas previstas denominada “Constituição”.

Pois através dessas normas superiores seus submissos terão direitos e deveres assegurados pela mesma, de forma que qualquer mudança por lei futura deve-se ater aos princípios e preceitos preexistentes.

Dessa forma a CR/88 deu competência para instituir tributos aos seus diversos entes federativos, de forma que todos têm competência tributária.

Conforme teoria adotada nesse trabalho, as espécies tributárias são três, quais sejam Impostos, Taxas e Contribuição de Melhoria.

Independentemente da espécie tributária, é interessante ressaltar que todos têm o fato gerador que consiste no momento que ocorre a obrigação tributária para o contribuinte do respectivo tributo. Pois recolher tributo é dever constitucional, consiste em prestação pecuniária, limitada por suas regras constitucionais previstas nos artigos 150, 151 e 152 da CR/88.

Os tributos têm como finalidade a obtenção de receitas para as necessidades do Estado. Assim não é diferente com o que ocorre com o tributo objeto desse trabalho (ITBI), haja vista que é um imposto de competência exclusiva, pois cabe a sua instituição pelos municípios e do Distrito Federal, que tem como fato gerador a transmissão da propriedade imobiliária, assim definido pela CR/88.

Conforme relatado no corpo do presente trabalho existe divergência quanto ao momento de sua cobrança pelo Município de Caratinga - MG, pois sua legislação tributária em seu artigo 38, inciso I, antecipa a cobrança do dito imposto não

obedecendo às disposições das normas superiores (artigo 156, inciso II da CR/88 e artigo 35, inciso I do CTN,).

Uma vez que os princípios constitucionais nesse aspecto estão sendo violados pela legislação municipal, fica claro que contra a lei municipal cabe a declaração de inconstitucionalidade, por meio de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF).

REFERÊNCIAS

AMARO, Luciano. **Direito Tributário Brasileiro**, 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

ATALIBA, Geraldo *Apud* ICHIHARA, Yoshiaki. **Princípio da Legalidade Tributária**. 1 ed. São Paulo: Atlas, 1995.

BRASIL. **Código Tributário Nacional Lei nº 5.172/1966**, Pinto, Antônio Luiz de Toledo. WINDIT, Márcia Cristina Vaz dos Santos. CÉSPEDES, Livia. Vade Mecum. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. **Código Civil Lei nº 10.406/2002**, Pinto, Antônio Luiz de Toledo. WINDIT, Márcia Cristina Vaz dos Santos. CÉSPEDES, Livia. Vade Mecum. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. Lei nº 9.882, de 03 de dezembro de 1999. **“Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental**, nos termos do § 1.º do art. 102 da Constituição Federal. Vade Mecum. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. Lei nº 116, de 31 de julho de 2003. **Dispõe sobre o Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza, de competência dos Municípios e do Distrito Federal, e dá outras providências**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp116.htm. Acesso em 01/10/2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno. Tributário. Recurso Extraordinário nº 234105 / SP. Adolfo Carlos Canan e Município de São Paulo.

Relator: Min. Carlos Velloso. 08 abr. 1999. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 26 de setembro. 2012.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Imposto de Transmissão de Bens Imóveis**. Fato Gerador. Registro Imobiliário. Resp. Relator: Min. Humberto Gomes de Barros. Julgado em 13 de fevereiro de 2001. Publicado em: 16 de abril de 2001. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/infojur/toc.jsp>>. Acesso em: 18 de abril de 2012.

CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PINTO, Antônio Luiz de Toledo; WINDT, Márcia Cristina Vas dos Santos; CÉSPEDES, Lívia. Vade Mecum. São Paulo: 2011. Saraiva, 2011.

COSTA, Regina Helena. **Curso de Direito Tributário**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CASSONE, Vittorio, **Direito Tributário**. 22 ed. São Paulo: Atlas, 2011.

CARATINGA, “dispõe sobre o **Sistema Tributário do Município de Caratinga-MG**”, Lei nº 2.974/Lei nº 2.974, de 16 de novembro de 2006. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/2413/lei-2974-06-caratinga-mg>>. Acesso em 29 de setembro de 2012.

DIFINI, Luiz Felipe Silveira. **Manual de Direito Tributário**. São Paulo: Saraiva. 2003.

GIANNINI *Apud* DIFINNI, Luiz Felipe Silveira. **Manual de Direito Tributário**. São Paulo: Saraiva, 2003.

ICHIHARA, Yoshiaki. **Princípio da Legalidade Tributária**. 1 ed. São Paulo: Atlas, 1995.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 12 ed. Revista atualizada e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2008.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

MARTINS, Ives Gandra da da Silva. **Curso de Direito Tributário**. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 24 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Curso de Direito Tributário**. 12. ed. São Paulo. Saraiva, 2010.

MORAES, Alexandre de. **Curso de Direito Constitucional**. 21 ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 5^o ed. São Paulo: Atlas, 1999.

PAULSEN, Leandro Soares de; MELO, José Eduardo. **Impostos Federais, Estaduais e Municipais**. 6 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2011.

SABBAG, Eduardo. **Manual de Direito Tributária**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

SILVA, José Afonso, **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 19 ed. São Paulo: Malheiros. 2001.