

A Compra e Venda da Propriedade de Bem Imóvel e Estratégia Fiscal à luz da Legislação do Estado e do Município de São Paulo

The purchase and sale of immovable property and Fiscal Strategy in light of the Legislation of the State and of the Municipality of São Paulo

Milena Zampieiri Sellmann¹

Matheus Henrique Marques Maranhão²

Resumo

A compra e venda de bens imóveis constitui um dos negócios jurídicos mais praticados em nosso país, sobretudo pela concepção de que o acúmulo de riquezas, invariavelmente, recai sobre bens imóveis. Atualmente, é muito comum que as pessoas, de uma forma geral, adquiram bens imóveis e atribuam usufruto a outrem, especialmente por estratégia de cunho sucessório. As partes atuantes deste negócio, em regra, realizam a compra de um imóvel, de forma plena, e, após, efetuam a transferência da nua propriedade a outrem e reservam para si o direito de usufruto do bem. Ocorre, contudo, que esta modalidade de negócio enseja a incidência de dois impostos: o Imposto incidente sobre a Transferência de Bens Imóveis (ITBI), de natureza municipal, e o Imposto incidente sobre a Transmissão Causa Mortis e Doação (ITCMD), de natureza estadual, que, invariavelmente, representa custo bastante significativo no valor do negócio. A Legislação do Município e do Estado de São Paulo permitem, todavia, a adoção de estratégia bastante vantajosa quanto ao valor dos tributos a serem recolhidos quando da conclusão da compra de um imóvel nas condições acima explanados. Necessário se faz, assim, estudo acerca da matéria, a fim de demonstrar, por meio de uma análise doutrinária e crítica, quais são equívocos cometidos quando da conclusão deste negócio e que ensejam cobrança maior a título de tributos, tendo em vista a existência de opção menos custosa ao contribuinte. Ao final, estabelecer-se-á conclusão de qual entendimento se coaduna com o sistema jurídico adotado e qual a melhor técnica fiscal quando da aquisição de um bem imóvel e a constituição de usufruto.

Palavras-chave: Compra e Venda. Usufruto. Estratégia Tributária.

¹ Doutora, Mestre e especialista em Direito pela PUC-SP. Professora nos cursos de graduação e pós-graduação (especialização e mestrado) do Unisal Lorena. Professora do Damásio Educacional e da Faculdade de Direito Damásio de Jesus. Advogada. milenasellmann@hotmail.com

² Graduando da Faculdade Damásio. matheus.8373@gmail.com

Abstract

The purchase and sale of immovable property represents one of the most practiced legal transactions in our country, mainly because of the concept that the accumulation of wealth invariably falls on immovable property. Nowadays, it is very common, for all public, to buy immovable property and to assign usufruct to others, especially by inheritance strategy. The people involved in this kind of business, as a rule, carry out the purchase of a property, in full form, and, afterwards, transfer the property to others and reserve for themselves the right of usufruct of the property. However, this type of business entails the incidence of two taxes: the municipal Tax Of Immovable Propriety Transmission and the state Tax of Mortality and Donation Transference (ITCMD), which invariably represents a very significant cost in the value of the business. Nevertheless, the Municipality law and the State of São Paulo law allow for the adoption of a very advantageous strategy regarding the amount of taxes to be collected upon the conclusion of the purchase of a property under the conditions explained above. It is necessary, therefore, to study the matter in order to demonstrate, through a doctrinal and critical analysis, what are the mistakes made at the conclusion of this business and which lead to a higher tax collection, in view of the existence of less costly option to the taxpayer. In the end, it will be concluded that the understanding is in line with the legal system adopted and what is the best tax technique when acquiring immovable property and the constitution of usufruct.

Keywords: Purchase. Sale. Property. Law. Taxes.

Introdução

O presente artigo tem por objetivo abordar, sob o aspecto tributário, a questão da compra e venda de imóvel e imediata constituição de usufruto e reserva de nua propriedade sobre este mesmo bem.

Estas modalidades de negócios, invariavelmente, ensejam a cobrança de dois impostos: o Imposto incidente sobre a Transferencia de Bens Imóveis (ITBI), de competência municipal, e o Imposto incidente sobre a Transmissão Causa Mortis e Doação (ITCMD), de competência estadual.

Todavia, o Estado e o Município de São Paulo, por meio de disposições legais, permitem que o contribuinte adote modelo de negócio jurídico menos custoso sob o ponto de vista fiscal, o que, contudo, não é usualmente utilizado pelos negociantes por desconhecimento da legislação.

O estudo se justifica na medida em que é corriqueiro que as partes da compra e venda de um imóvel, de forma mais onerosa, realizem dois negócios jurídicos sucessivos: a compra e venda plena do imóvel e a consequente transmissão da nua propriedade com reserva de usufruto, o que, no Estado de São Paulo, não se mostra interessante.

Analisar-se-á, inicialmente, os fatos gerados do ITBI e do ITCMD, seguido de uma análise das bases estruturais do direito real de usufruto, para, assim, possibilitar estudo no sentido dos

equivocos cometidos quando da formulação deste tipo de negócio, apontando-se, ao final, a melhor estratégia tributária sob o ponto de vista do contribuinte.

Para tanto, o trabalho foi dividido em três subtemas. O inicial tratará exatamente dos fatos geradores do ITCMD e do ITBI em vista das disposições da Constituição Federal e das legislações do Estado e Município de São Paulo. O segundo versará a respeito dos conceitos básicos do direito real de usufruto. Por fim, após fixadas as premissas necessárias para o entendimento do tema, verificar-se-á a melhor estratégia tributária concernente a compra e venda de imóvel com sucessiva constituição de usufruto.

1 Os Fatos Geradores do ITBI e do ITCMD na compra e venda de imóvel e constituição de usufruto

O imposto incidente sobre a Transmissão Inter Vivos de Bens Imóveis (ITBI) e o imposto incidente sobre a Transmissão Causa Mortis e Doação (ITCMD) possuem particularidades semelhantes, no entanto, bastante distintas.

Ensina Kiyoshi Harada:

O antigo imposto sobre a transmissão de bens imóveis e de direitos a eles relativos sofreu um desmembramento com a Constituição de 1988, inserindo o imposto sobre a transmissão de bens imóveis e de direitos a eles relativos, por ato inter vivos e título oneroso, no âmbito da competência impositiva municipal e, no âmbito da competência dos Estados, o imposto sobre a transmissão causa mortis, bem como sobre a transmissão inter vivos, a título gracioso, de quaisquer bens ou direitos. Tanto o imposto sobre a doação, como o sobre a transmissão causa mortis tiveram o campo de incidência alargado, retornando ao sistema constitucional de 1946, quando a transmissão de quaisquer bens corpóreos ou incorpóreos era tributada pelo Estados (art. 19 e §§ 1º e 2º, da CF de 1946). (2014, p. 445)

De proêmio, verifica-se que se tratam de impostos de competências políticas diferentes, o que, conseqüentemente, impõe tratamento constitucional diverso a estes dois tributos.

O ITCMD é imposto cuja competência foi atribuída aos Estados e ao Distrito Federal. Encontra disciplina normativa no artigo 155, inciso I, da Constituição Federal.

Machado (2015, p.366) aponta que o âmbito constitucional de incidência do imposto é definido na Constituição Federal, especificamente no artigo supracitado, cabendo a lei Estadual ou distrital definir o seu fato gerador considerando as bases constitucionais previamente estabelecidas.

No caso sob análise, a simples leitura do artigo 155, inciso I, da Carta Política de 1988, possibilita identificar o âmbito de abrangência do imposto: a transmissão, causa mortis e doação, de quaisquer bens ou direitos.

Art. 155 da CF: Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:
I - transmissão causa mortis e doação, de quaisquer bens ou direitos;
[...]
§ 1º O imposto previsto no inciso I:
I - relativamente a bens imóveis e respectivos direitos, compete ao Estado da situação do bem, ou ao Distrito Federal
II - relativamente a bens móveis, títulos e créditos, compete ao Estado onde se processar o inventário ou arrolamento, ou tiver domicílio o doador, ou ao Distrito Federal;
III - terá competência para sua instituição regulada por lei complementar:
a) se o doador tiver domicílio ou residência no exterior;
b) se o de cujus possuía bens, era residente ou domiciliado ou teve o seu inventário processado no exterior;
IV - terá suas alíquotas máximas fixadas pelo Senado Federal; [...]

Na verdade, há, nesta compreensão, dois impostos: um incidente sobre a transmissão de bens em razão da morte, que foge do raio de abrangência deste artigo, e outro sobre a transmissão de bens em razão de doação. Isso significa que haverá incidência de ITMCD sobre qualquer bens e direitos transmitidos, sejam móveis ou imóveis.

O fato gerador, no que tange a hipótese de doação de bens, ocorre quando a doação estiver perfeita e acabada, conforme determinações contidas no Código Civil. No caso de imóveis, objeto de estudo deste artigo, o fato gerador é verificado no momento do registro da escritura na Repartição Civil Competente (artigo 1245 do Código Civil) e, no caso de móveis, quando há a tradição (entrega) do bem (artigo 1267 do Código Civil).³

O ITCMD, portanto, incide quando há transmissão de um bem móvel ou imóvel em razão da morte ou em virtude de uma doação, desde que decorrentes de atos gratuitos, ou seja, não onerosos. Caso se trate de um ato oneroso, provavelmente a incidência será de outro imposto que não o ITCMD.

Especificamente no caso do Estado de São Paulo, o ITCMD foi disciplinado pela Lei Estadual nº 10.705/2000 e o fato gerador do tributo é definido logo em seu artigo 2º, que preconiza que, dentre outras hipóteses, o imposto incide sobre a transmissão de qualquer bem ou direito havido por doação (inciso II).

³ Art. 1.245. Transfere-se entre vivos a propriedade mediante o registro do título translativo no Registro de Imóveis.

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

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

Art. 1.267. A propriedade das coisas não se transfere pelos negócios jurídicos antes da tradição.

Parágrafo único. Subentende-se a tradição quando o transmitente continua a possuir pelo constituto possessório; quando cede ao adquirente o direito à restituição da coisa, que se encontra em poder de terceiro; ou quando o adquirente já está na posse da coisa, por ocasião do negócio jurídico.

Caberá também a lei estadual ou distrital fixar o sujeito passivo do tributo, todavia, o artigo 42 do Código Tributário Nacional determina que, no caso do ITCMD, quanto a hipótese de doação de bens, o sujeito passivo será qualquer das partes da relação, ou seja, o doador ou donatário.

A Lei Paulista (Lei Estadual 10.705/2000) estabeleceu, em seu artigo 7º, que o sujeito passivo do imposto, na hipótese de doação, será o donatário (artigo 7º, inciso III, da Lei Estadual 10.705/2000).

Noutro giro, o ITBI é imposto de competência atribuída aos Municípios e encontra disciplina normativa no artigo 156, inciso II, da Constituição Federal.

Art. 156 da CF: 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; [...]

§ 2º O imposto previsto no inciso II:

I - não incide sobre a transmissão de bens ou direitos incorporados ao patrimônio de pessoa jurídica em realização de capital, nem sobre a transmissão de bens ou direitos decorrente de fusão, incorporação, cisão ou extinção de pessoa jurídica, salvo se, nesses casos, a atividade preponderante do adquirente for a compra e venda desses bens ou direitos, locação de bens imóveis ou arrendamento mercantil;

II - compete ao Município da situação do bem. [...]

A interpretação do dispositivo constitucional permite verificar que o fato gerador do ITBI consiste na 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.

Percebe-se, portanto, que o ITBI irá incidir quando houver: (i) Transmissão "*inter vivos*" por ato oneroso de bens imóveis, por natureza ou por acessão física; (ii) Transmissão de direitos reais incidentes sobre imóveis, definidos no artigo 1.225 do Código Civil, tais como usufruto, superfície, servidão, exceto sobre os direitos reais de garantia sobre esses imóveis; (iii) Cessão de direitos a aquisição de imóveis, ou seja, na transmissão onerosa *inter vivos* de cessão de direitos a aquisição de imóveis.

O fato gerador do ITBI ocorre no momento da transmissão da propriedade, dos direitos reais ou da cessão de direitos sobre sua aquisição, que consiste no registro do título translativo do bem imóvel na repartição competente.

A Lei Municipal 11.154/1991, do Município de São Paulo, de maneira semelhante a disposição constitucional, dispôs, em seu artigo 1º, quais seriam os fatos geradores do tributo. O legislador definiu que haverá incidência de ITBI quando houver a transmissão "*inter vivos*", a qualquer título, por ato oneroso. de bens imóveis, por natureza ou acessão física, de direitos reais

sobre bens imóveis, exceto os de garantia e as servidões ou a cessão, por ato oneroso, de direitos relativos à aquisição de bens imóveis.

Ressalte-se, por oportuno, que o artigo 2º da mesma legislação reza que também estarão compreendidos na incidência do imposto a compra e venda (artigo 2º, inciso I) e o usufruto e a enfiteuse (artigo 2º, inciso VII).

O Município de São Paulo, por meio da edição da Lei Municipal 11.154/1991, definiu, no artigo 6º, que serão contribuintes do imposto: os adquirentes dos bens ou direitos transmitidos; os cedentes, nas cessões de direitos decorrentes de compromissos de compra e venda, os transmitentes, nas transmissões exclusivamente de direitos à aquisição de bens imóveis, quando o adquirente tiver como atividade preponderante a compra e venda desses bens ou direitos, a sua locação ou arrendamento mercantil ou os superficiários e os cedentes, nas instituições e nas cessões do direito de superfície.

A base de cálculo do ITBI decorre de previsão no artigo 38 do Código Tributário Nacional⁴: incide sobre o valor venal dos bens transmitidos ou sobre o valor dos direitos reais que estão sendo transmitidos.

Conforme se pode notar, a semelhança existente entre os tributos diz respeito ao fato de ambos incidirem sobre a transmissão de bens ou direitos, contudo, também apresentam sensíveis discrepâncias.

Primeiramente, o ITCMD é de competência dos Estados e do Distrito Federal, ao passo que o ITBI compõe o aspecto normativo dos impostos municipais.

Além disso, o ITCMD incide quando há a transmissão de bens imóveis ou móveis a título gratuito: seja por morte ou doação. Por sua banda, o ITBI incide quando há transmissão de bens imóveis a título oneroso (ou de direitos relativos a imóveis).

A transmissão de imóveis sempre ensejará uma tributação: sendo efetuada e forma sucessória ou por doação, teremos a incidência do ITCMD - Visto anteriormente - de competência dos Estados e do Distrito Federal; sendo efetuada a transmissão por ato *inter vivos* e de forma onerosa, teremos a incidência do ITBI - de competência Municipal e do Distrito Federal. (Kfoury, 2016, p.474).

Estas são as principais diferenças que podem ser constadas quando da análise dessas duas espécies tributárias.

Fixadas estas premissas, no que se refere a compra e venda de imóvel com a sucessiva constituição de usufruto, é comum que os negociantes pratiquem o negócio de forma a desenvolver condutas que ensejam a incidência dos dois tributos: primeiramente, há a venda do bem ao comprador, que enseja a cobrança de ITBI e, após, o comprador, novo proprietário do bem, acaba por transferir,

⁴ Art. 38 do Código Tributário Nacional: A base de cálculo do imposto é o valor venal dos bens ou direitos transmitidos.

gratuitamente, a nu-propriedade do imóvel a terceiro e reserva para si o usufruto do bem, fato este que enseja a cobrança de ITCMD.

Por esta razão, muitas vezes, esta modalidade de negócio acaba por ser bastante custosa para as partes e não representa vantagem desejada, sobretudo quanto a doação do bem e reserva de usufruto, muitas vezes firmada vislumbrando facilidades quando da sucessão do usufrutuário.

2 Os fundamentos básicos do direito real de usufruto

O usufruto é o direito real de fruição, no qual o proprietário ou titular de um bem transfere a terceiro o direito de usá-lo e fruí-lo ou transfere ao terceiro o direito de dispor sobre o bem, remanescendo com o poder não conferido ao terceiro.

Na primeira parte do conceito, concernente ao direito de fruir e usar, temos o contrato de usufruto. De outra banda, na segunda parte do conceito, quanto ao direito de dispor, temos uma doação com reserva de usufruto (proprietário doa um bem a terceiro, com o poder de dispor, e permanece com o direito de usar e fruir). É muito raro que os proprietários façam contrato de usufruto, sendo certo que a doação com reserva de usufruto é negócio jurídico mais comum no meio social, razão pela qual é objeto de estudo deste trabalho.

Neste sentido, Monteiro e Maluf (2015, p.420) definem usufruto da seguinte maneira: “constitui usufruto o direito real de fruir as utilidades e frutos de uma coisa, enquanto temporariamente destacado da propriedade”.

Pontes de Miranda (2002, p.47), por seu turno, afirma que o usufruto constitui direito real limitado, ou seja, impõe restrições ao exercício do direito de propriedade, uma vez que concede o uso e fruição ao usufrutuário e, portanto, retira estes poderes do nu-proprietário.

O usufruto, no que se refere a sua natureza jurídica, trata-se de um direito real de fruição que pode incidir sobre bens imóveis, sobre bens móveis ou pode incidir sobre o patrimônio todo.

O usufruto relativo a bens Imóveis, tratado neste artigo, é o usufruto constituído por registro no Ofício de Registro de Imóveis, exceto em duas hipóteses: usucapião de usufruto e usufruto do poder familiar, o que é evidenciado diante da redação do artigo 1.391 do Código Civil. Deve, ainda, observar os ditames contidos no artigo 167, I, nº7, da Lei 6.015/73.

Art. 1.391 do Código Civil: O usufruto de imóveis, quando não resulte de usucapião, constituir-se-á mediante registro no Cartório de Registro de Imóveis.

Art. 167 da Lei 6.015/73: No Registro de Imóveis, além da matrícula, serão feitos.
I - o registro:
[...]

7) do usufruto e do uso sobre imóveis e da habitação, quando não resultarem do direito de família; [...]

Verifica-se, assim, que o usufruto necessariamente impõe a participação de dois sujeitos: o usufrutuário e o nu-proprietário. O primeiro exerce os direitos de gozar e fruir da coisa, ao passo que ao segundo confere-se o domínio do bem sem os elementos de exercício do usufrutuário.⁵

Dentre as principais características que pairam o instituto, mostra-se importante apontamento a respeito da disposição contida no artigo 1.393 do Código Civil, que trás exatamente a regra da inalienabilidade do usufruto.

Art. 1.393 do Código Civil: Não se pode transferir o usufruto por alienação; mas o seu exercício pode ceder-se por título gratuito ou oneroso.

Monteiro e Maluf (2015, p.426) observam que o princípio da inalienabilidade do usufruto representa vantagem que bem se coaduna com a finalidade pela qual o instituto foi criado. Isso porque, nas palavras dos renomado juristas, o usufruto, de maneira geral, representa ato gratuito em favor de outrem e possibilitar a sua alienação, de certa forma, fulminaria as intenções pelas quais costuma ser firmado.

Existe apenas uma exceção a esta regra da inalienabilidade do usufruto contida no artigo 1.393 do Código Civil: é possível a alienação do usufruto apenas e tão somente ao nu-proprietário.

É importante trazer a lume lição da doutrina:

Usufruto não comporta alienação; como direito, é incessível. Mas seu exercício pode ser cedido a título gratuito ou oneroso. Nada impede, assim, que o usufrutuário, em vez de se utilizar pessoalmente da coisa frutuária, o que poderia ser inútil e até vexatório, a alugue ou empreste a outrem. (Maluf, 2015, p.427).

Os artigos 1.394 e seguintes do Código Civil trazem as regras concernentes aos direitos e deveres do usufrutuário.

O principal direito do usufrutuário encontra-se disciplinado no artigo 1.394 do Código Civil, que estabelece que ao usufrutuário é conferido o direito à posse, uso, administração e percepção dos frutos, sendo certo que os deveres a ele encarregados encontram-se nos artigos 1.400 e seguintes do Código Civil.

Dentre as principais características, pode-se destacar a relação existente entre o acessório e o principal: geralmente é uma relação acessória, sendo muito comum a doação com reserva de usufruto (hipótese esta tratada neste trabalho).

⁵ Maluf (2015, p.420) ressalva que o usufrutuário permanece com os direitos de gozar e fruir da coisa, ao passo que o nu-proprietário permanece com o domínio do bem sem os elementos que são conferidos ao usufrutuário.

Ademais, em regra, trata-se de um direito contratualista, ou seja, geralmente é estabelecido por um negócio jurídico firmado entre as partes materializado por meio de um contrato. Em outras palavras, as condições pelas quais será exercido o usufruto são decididas livremente por convenção das partes. Apenas quando os contratantes não dispuserem a respeito aplicam-se as regras estabelecidas no Código Civil.

Trata-se também de um direito personalíssimo em relação a pessoa do usufrutuário, que não poderá transmitir o direito a outrem, conforme visto na análise do artigo 1.993 do Código Civil. Isso significa, portanto, que a morte do usufrutuário sempre implicará na extinção do usufruto, razão pela qual o usufruto é, em regra, vitalício.

Como consequência da características de sua inalienabilidade, o usufruto também constitui bem impenhorável, já que não é direito que circula livremente no mercado em função da limitação imposta pelo legislador no artigo 1.393 do Código Civil. É importante ressaltar, todavia, que é possível penhorar os direitos decorrentes do usufruto, no entanto, o usufruto em si mesmo é direito real impenhorável.

Por fim, é possível afirmar que o direito a usufruto é um direito divisível, podendo haver a figura dos co-usufrutuários, ou seja, condomínio de usufrutuários.

Estabelecidos estes conceitos gerais, notam-se as razões pelas quais o usufruto, modernamente, constitui um dos direitos reais mais praticados no meio social, sobretudo quando se trata da aquisição de bens imóveis.

É comum que seja usado como forma de planejamento familiar, visando facilitar, futuramente, a sucessão de determinada pessoa ou, ainda, transferir antecipadamente a propriedade de um bem para uma pessoa próxima ao mesmo tempo em que se reserva o direito de usar e fruir da coisa durante toda a vida.

Grande exemplo pode ser citado para que haja a compreensão clara acerca do tema. Muitas vezes os pais de determinada pessoa adquirem determinado imóvel e, imediatamente após, acabam por transferir a propriedade do bem ao filho, reservando para si o usufruto vitalício do imóvel adquirido.

Desta maneira, antecipadamente, realizam planejamento sucessório, uma vez que, em regra, com a morte dos pais, os bens destes últimos são transferidos por herança aos filhos e, com a doação com reserva de usufruto, esta transmissão ocorre em momento anterior a morte e os pais, no caso doadores, permanecem protegidos diante da qualidade de usufrutuários e poderão usar e fruir do bem por toda a vida.

Noutros termos, percebe-se grande vantagem nesta modalidade de estratégia jurídica. A nu-propriedade do bem já é transferida ao filho e, quando os pais falecerem, haverá a extinção do usufruto estabelecido e consolidar-se-á a propriedade plena em favor daquele. Neste meio termo, todavia, os

pais, na qualidade de usufrutuários, poderão usar e perfazer os frutos que o imóvel gerar, não havendo qualquer prejuízo.

3 A estratégia tributária mais vantajosa para o contribuinte na compra e venda de imóvel com reserva de usufruto

O tema central deste artigo versa exatamente a respeito da melhor estratégia, sob o ponto de vista do contribuinte, a ser adotada quando há o desejo de comprar um bem imóvel e, em seguida, reservar para si o direito de usufruto, transferindo a nua-propriedade a outrem.

Nesta modalidade de negócio, não é difícil vislumbrar, na prática, que a maioria dos negociantes adota estratégia no sentido de realizar dois negócios jurídicos sucessivos: primeiro há a compra do bem e, após consolidada a propriedade em nome do adquirente, este transfere a nua-propriedade do imóvel a terceiro e reserva para si o direito vitalício ao usufruto do mesmo bem.

Ao formular referido negócio, é possível constatar dois fatos geradores, de dois diferentes tributos.

De prêmio, diante da compra e venda realizada, há a incidência do ITBI, de competência dos Municípios, uma vez que este imposto tem por fato gerador, dentro outras questões, exatamente a questão relativa a transferência, entre vivos, de um bem imóvel.

Concluído este negócio, o adquirente realiza uma doação com reserva de usufruto: transfere ao terceiro o direito a nua-propriedade, destacando desta os poderes de usar e fruir, que permanecem com o doador. Este negócio jurídico constitui o fato gerador do ITCMD, de competência dos Estados e do Distrito Federal, que incide exatamente quando a doação de bens.

O contribuinte, frente a essa conjuntura, necessita recolher dois tributos para que haja, de fato, regularidade fiscal: o ITBI e o ITCMD.

Este procedimento, contudo, é bastante oneroso. Isso porque, os tributos supramencionados possuem por base de cálculo, de uma maneira geral, o valor venal do bem, o que, no caso de bens imóveis, pode representar montante significativo, que, por sua banda, pode desestimular o contribuinte na prática do negócio conforme desejado.

Todavia, o Estado e o Município de São Paulo, em suas respectivas legislações a respeito do ITCMD e do ITBI, parecem sugerir solução mais vantajosa para o contribuinte.

É a denominada compra e venda fracionada.

Vejam a redação contida no artigo 9º, §2º, da Lei nº 10.705/2000, que fixa os critérios para se estabelecer a base de cálculo do ITMCD no Estado:

Artigo 9º - A base de cálculo do imposto é o valor venal do bem ou direito transmitido, expresso em moeda nacional ou em UFESPs (Unidades Fiscais do Estado de São Paulo).

§ 2º - Nos casos a seguir, a base de cálculo é equivalente a:

1. 1/3 (um terço) do valor do bem, na transmissão não onerosa do domínio útil;
2. 2/3 (dois terços) do valor do bem, na transmissão não onerosa do domínio direto;
3. 1/3 (um terço) do valor do bem, na instituição do usufruto, por ato não oneroso;
4. 2/3 (dois terços) do valor do bem, na transmissão não onerosa da nua-propriedade.

Por sua banda, a Lei Municipal nº 11.154/1991, que trata do ITBI no Município de São Paulo, estabelece, também em seu artigo 9º, qual será a base de cálculo do tributo. Na redação do artigo:

Art. 9º O valor da base de cálculo será reduzido:

I - Na instituição de usufruto e uso, para 1/3 (um terço);

II - Na transmissão de sua propriedade, para 2/3 (dois terços);

III - Na instituição de enfiteuse e de transmissão dos direitos do enfiteuse, para 80% (oitenta por cento);

IV - Na transmissão de domínio direto, para 20% (vinte por cento).

Parágrafo Único. Consolidada a propriedade plena na pessoa do proprietário, o imposto será calculado sobre o valor do usufruto, uso ou enfiteuse.

Verifica-se, assim, que se apresenta mais interessante para o contribuinte realizar o negócio jurídico em questão de maneira fracionada, ou seja, com a cisão entre a nua-propriedade e o usufruto, o que significará considerável redução no valor do tributo a ser recolhido.

Quando houver a transmissão da nua-propriedade, haverá recolhimento de ITBI incidente sobre 2/3 do valor venal do imóvel e, em seguida, quando houver a constituição do usufruto, de forma não onerosa, haverá o recolhimento de ITCMD incidente sobre 1/3 do valor venal do imóvel.

Constata-se o benefício econômico que o modelo de negócio acima explanada representa para as partes do negócio, especialmente o adquirente.

Na primeira hipótese citada, haveria a incidência tanto de ITBI como de ITCMD sobre o valor venal do imóvel, de maneira integral. Por outro lado, a segunda estratégia adotada, em razão do fracionamento da propriedade, implica no recolhimento de 2/3, referente ao ITBI, e de 1/3, em relação do ITCMD, o que de fato representa vantagem e economia relevante para as partes que possuem a intenção de compra de um bem imóvel para constituição futura de usufruto.

Desta forma, o legislador do Estado de São Paulo e do Município de São Paulo ampliaram o leque de opções dos negociantes para a prática do negócio, sendo certo que as legislações, embora diversas, mostram-se em perfeita coalisão, inclusive a respeito das frações incidentes sobre o valor venal do bem para fixação da base de cálculo dos tributos.

Esta é certamente a melhor forma de realizar uma compra e venda de imóvel com a intenção de constituir usufruto sucessivamente.

Considerações Finais

Conforme exposto, a compra e venda de imóveis com a consequente constituição de usufruto é prática comercial bastante comum no Brasil, especialmente para os que desejam realizar um planejamento sucessório antecipado ou até mesmo para benefício de um ente querido.

De uma maneira geral, são realizados dois negócios jurídicos distintos: o primeiro dele refere-se a uma compra e venda de um imóvel, que representa fato gerador do ITBI, de competência dos Municípios. Em seguida, após ser concretizado o primeiro negócio, o adquirente, muitas vezes, acaba por transferir a nua-propriedade a terceiro, reservando para si o usufruto vitalício do bem, que, por sua banda, é exatamente o fato gerador do ITCMD, de competência dos Estados Membros.

Desta forma, percebe-se a vantagem do negócio: antecipadamente já há a transferência da nua-propriedade a terceiro e, ao mesmo tempo, reserva-se o direito de usar e fruir do bem para o restante da vida.

Esta forma de negócio compreende, contudo, a incidência de dois impostos sobre o valor venal do imóvel: o ITBI e o ITCMD.

Ocorre, todavia, que esta modalidade de negócio, especificamente no Estado e no Município de São Paulo, não se mostra vantajosa, uma vez que as legislações estadual e municipal conferem as partes uma forma mais econômica para a prática do negócio: a denominada compra e venda fracionada.

Assim, há a cisão da propriedade plena, que desmembra-se em duas acepções: a nua-propriedade e o usufruto. Esta modalidade, exatamente por cindir a propriedade em dois aspectos, à luz da legislação do Estado e do Município de São Paulo, permite que haja uma redução no valor da base de cálculo sobre a qual haverá a incidência das alíquotas dos tributos.

Justifica-se, pois o artigo 9º, §2º, da Lei nº 10.705/2000, concernente ao ITMCD no Estado de São Paulo, fixa que haverá redução do valor da base de cálculo do imposto a 1/3, na instituição não onerosa de usufruto e uso, e a 2/3, na hipótese de transmissão não onerosa de nua propriedade.

De maneira coesa a legislação supracitada, a Lei Municipal nº 11.154/1991, que trata do ITBI no Município de São Paulo, estabelece, em seu artigo 9º, que o valor da base de cálculo do tributo será reduzido a 1/3, no caso de instituição de usufruto e uso, e a 2/3, na hipótese de transmissão de sua propriedade, consoante, respectivamente, os incisos I e II do citado artigo.

É possível verificar a vantagem econômica que esta estratégia apresenta em comparação a primeira explanada: na compra e venda com sucessiva constituição de usufruto, há a incidência de ITBI e de ITCMD sobre o valor venal total do imóvel, ao passo que na situação retratada referente a compra e venda fracionada, há redução no valor da base de cálculo de ambos os tributos para 2/3 e

1/3, o que, notadamente, representa econômica bastante significativa no que tange ao recolhimento de impostos advindos do negócio.

Entende-se, portanto, que a compra e venda fracionada, no Estado de São Paulo e no Município de São Paulo, representa a estratégia de negócio mais interessante para o contribuinte, visto que representa sensível diminuição no valor total de tributos recolhidos em razão da operação, não havendo motivos para que sejam feitos dois negócios distintivos sucessivos, diante da legislação que os referidos Entes Federativos entenderam por bem estabelecer.

Referências

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 02/04/2018.

BRASIL. **Código Civil Brasileiro - Lei nº 10.406, de 10 DE Janeiro de 2002**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 03/04/2018.

CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 30ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2015.

KFOURI Jr. Anis. **Curso de Direito Tributário**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

HARADA. Kiyoshi. **Direito Financeiro e Tributário**. 25. Ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 36ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros: 2015.

MIRANDA, Francisco Pontes de. **Tratado de Direito Privado. Parte Especial. Tomo XIX Direito das Coisas: Usufruto, Uso, Habitação e Renda sobre Imóvel**. 1ª ed. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 2002.

MONTEIRO, Washington de Barros; MALUF, Carlos Alberto Dabus. **Curso de Direito Civil vol. 3: direito das coisas**. 44. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

SÃO PAULO. Lei nº 10.705 de 28/12/2000. **Dispõe sobre a instituição do Imposto sobre Transmissão "Causa Mortis" e Doação de Quaisquer Bens ou Direitos - ITCMD.** Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/Contencioso/LEI%2010705.htm>>. Acesso em 02/04/2018.

SÃO PAULO. Lei nº 11.154 de 30/12/1991. **Dispõe Sobre O Imposto Sobre Transmissão "Inter Vivos", A Qualquer Título, Por Ato Oneroso, De Bens Imóveis, Por Natureza Ou Acesso Física, E De Direitos Reais Sobre Imóveis, Exceto Os De Garantia, Bem Como Cessão De Direitos À Sua Aquisição, E Dá Outras Providências.** Disponível em: <<https://leismunicipais.com.br/a/sp/s/sao-paulo/lei-ordinaria/1991/1115/11154/lei-ordinaria-n-11154-1991-dispoe-sobre-o-imposto-sobre-transmissao-inter-vivos-a-qualquer-titulo-por-ato-oneroso-de-bens-imoveis-por-natureza-ou-acessao-fisica-e-de-direitos-reais-sobre-imoveis-exceto-os-de-garantia-bem-como-cessao-de-direitos-a-sua-aquisicao-e-da-outras-providencias>> . Acesso em 02/04/2018.