



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Registro: 2017.0000094565

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1023818-14.2014.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO, é apelado CARLOS ALBERTO GUIMARÃES.

ACORDAM, em 18ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento aos recursos. V. U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores BEATRIZ BRAGA (Presidente sem voto), FRANCISCO OLAVO E ROBERTO MARTINS DE SOUZA.

São Paulo, 16 de fevereiro de 2017

WANDERLEY JOSÉ FEDERIGHI

RELATOR

Assinatura Eletrônica



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Apelação: 1023818-14.2014.8.26.0053.

Apelante: Prefeitura Municipal de São Paulo.

Apelado: Carlos Alberto Guimarães.

Voto n. 23.457.

APELAÇÃO – MANDADO DE SEGURANÇA – ITBI – Cessão de direitos – Discussão acerca do fato gerador do referido imposto – Ocorrência apenas com a transferência efetiva da propriedade ou do domínio útil através do registro no Cartório de Registro de Imóveis competente – Situação esta não verificada na hipótese *sub judice* – Vastos precedentes – Sentença mantida – Recursos desprovidos.

Vistos.

CARLOS ALBERTO GUIMARÃES impetra mandado de segurança (proc. n. 1023818-14.2014.8.26.0053, da E. 1ª Vara da Fazenda Pública da Comarca da Capital) contra ato do **DIRETOR DO DEPARTAMENTO DE RECEITA IMOBILIÁRIA DA SECRETARIA DE FINANÇAS DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO e 3º TABELIÃO DE NOTAS DE PROTESTOS DE SÃO PAULO**, objetivando, em síntese, a declaração do direito do impetrante de recolher ITBI apenas sobre o registro do contrato de compra e venda, sem a cobrança de multa e juros moratórios anteriores à transferência da propriedade; e que as autoridades coatoras se abstenham de exigir o referido tributo sobre "instrumento particular de promessa de cessão de direitos imobiliários e outras avenças", firmado em 2009. Afirma que o fato gerador do ITBI é o registro imobiliário de transmissão da propriedade, de forma que o imposto não incide sobre a cessão de direitos, e que os acréscimos da multa e juros é descabido, já que o registro ainda não ocorreu.

A liminar foi indeferida (fl. 27).

Registre-se que foi proferida a r. sentença de fls. 71/73, que



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

concedeu a segurança pleiteada.

A Municipalidade de São Paulo interpôs seu recurso de apelação de fls. 76/79. Resumidamente, afirma que o recolhimento do ITBI torna-se necessário no momento em que ocorre uma manifestação de vontade pertinente à circulação de bens e imóveis ou de direitos reais a eles relacionados, de modo que é irrelevante sua averbação perante o Registro de Imóveis. Ao término, pugna pelo provimento do presente recurso, para o fim de denegar-se a ordem em questão.

Tempestivo o recurso, foi o mesmo regularmente recebido e processado, com a apresentação das contrarrazões da impetrante (fls. 89/96).

O douto Promotor de Justiça eximiu-se de se manifestar (fls. 99/100).

Subiram os autos a esta Corte.

É o relatório.

De início, considera-se interposto o recurso “*ex officio*”, obrigatório, nos termos do disposto no art. 14, § 1º da Lei 12.016/2009.

Malgrado o zelo e a combatividade do digno procurador da municipalidade apelante, entende-se, com a devida vênia, que o recurso interposto *não reúne condições de ser provido*.

Senão, vejamos.

A controvérsia junte-se em saber se incide, ou não, ITBI sobre a cessão de direitos possessórios.

Pois bem.

A Constituição Federal estabelece no seu artigo 156, II, que:

“Art. 156. Compete aos Municípios instituir impostos sobre:

“(…)”

“II – transmissão “*inter vivos*”, a qualquer título, por ato oneroso, de bens imóveis, por natureza ou acessão física, e de direitos reais sobre imóveis, exceto os de garantia, bem como cessão de direitos a sua aquisição”.

Por outro lado, dispõe o artigo 35 do Código Tributário Nacional:



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

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

“I – a transmissão, a qualquer título, da propriedade ou do domínio útil de bens imóveis por natureza ou por acessão física, como definidos na lei civil”.

Por sua vez, o art. 1227 do Código Civil estabelece, *in verbis*:

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

Logo, o fato gerador do ITBI se perfaz apenas a partir da transferência da propriedade imóvel que se opera através do registro no Cartório de Registro de Imóveis competente.

Destarte, a “Escritura Pública de Cessão de Direitos Possessórios” não pode ser considerada como ensejadora do fato gerador do tributo, uma vez que não houve, ao menos até o presente momento, a transferência da propriedade e do domínio do imóvel (fls. 15/16 v).

Nesse sentido, aliás, é a lição de KIYOSHI HARADA:

“(...) Convém ressaltar, que a transmissão da propriedade imobiliária só se opera com o registro do título de transferência no registro de imóveis competente, segundo o art. 1.245 do Código Civil, que assim prescreve: 'Transfere-se entre vivos a propriedade mediante registro do título translativo no 'Registro de Imóveis'. O § 1º desse artigo dispõe enfaticamente que “enquanto não se registrar o título translativo, o alienante continua a ser havido como dono do imóvel”. Portanto, a exigência do imposto antes da lavratura da escritura de compra e venda ou do contrato particular, quando for o caso, como consta da maioria das legislações municipais, é manifestamente inconstitucional. Esse pagamento antecipado do imposto não teria amparo no § 7º do art. 150 da CF, que se refere à atribuição ao 'sujeito passivo de obrigação tributária a condição de responsável pelo pagamento de imposto ou contribuição, cujo fato gerador deva ocorrer posteriormente, assegurada a imediata e preferencial restituição da quantia paga, caso não se realize o fato gerador presumido'. [...].Por isso, o STJ já pacificou sua jurisprudência no sentido de que o ITBI deve incidir



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

apenas sobre transações registradas em cartório, que impliquem efetiva transmissão da propriedade imobiliária (REsp 1.066, 253364, 12.546, 264064, 57.641; AGA 448.245; ROMS 10.650). Curvamo-nos à jurisprudência remansosa do STJ, reformulando nosso ponto de vista anterior, quer porque inaplicável o § 7º do art. 150 da CF em relação ao ITBI, quer porque o fato gerador desse imposto, eleito pelo art. 35, II, do CTN em obediência ao disposto no art. 156, II, da CF, é uma situação jurídica, qual seja, a transmissão da propriedade imobiliária” (Direito Tributário Municipal”, 2ª ed, São Paulo: Atlas, p. 100).

Referido entendimento já restou sedimentado neste Egrégio Tribunal:

“TRIBUTÁRIO - APELAÇÃO E REEXAME NECESSÁRIO - MANDADO DE SEGURANÇA PREVENTIVO - ITBI - MUNICÍPIO DE SANTOS - Impossibilidade de lançamento de tributo com base em cessão de direitos aquisitivos - Ausência de fato gerador - No caso do ITBI, o fato gerador só ocorre com a transferência da propriedade, o que só ocorre com o registro no Cartório de Registro de Imóveis - Precedentes do STJ e da C. 15ª Câmara de Direito Público - Sentença mantida - Recursos desprovidos” (Apelação nº 1006236-89.2015.8.26.0562, 15ª Câmara de Direito Público, Relator Desembargador Eurípedes Faim, j. 01.03.2016).

“APELAÇÃO - CAUTELAR DE SUSTAÇÃO DE PROTESTO - ITBI - Cessão de direitos - Fato gerador que se dá com o registro imobiliário - CTN, art. 35 - CC, arts. 1.227 e 1.245 - Precedentes do STJ e do STF - Indevido protesto da CDA - Sentença mantida - Art. 252 do RITJSP - Recurso desprovido” (Apelação nº 0009725-97.2013.8.26.0053, 14ª Câmara de Direito Público, Relator Desembargador Octavio Machado de Barros, j. 25.02.2016).

“Registro de Imóveis - Cessão de direitos de aquisição de Bem Imóvel - Recusa fundada na falta de recolhimento de ITBI - Jurisprudência consolidada no STF e no STJ - No Sentido de que não incide ITBI sobre o compromisso de compra e venda, porque não transfere o domínio do imóvel - Raciocínio que também se aplica à cessão dos direitos do promitente comprador - Recurso provido”(Apelação nº 1002630-12.2014.8.26.0587, Conselho Superior da Magistratura, j. 15.12.2015, Rel. Xavier de Aquino).

Outro, aliás, não é o posicionamento desta Câmara:



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

“Apelação. Ação anulatória de lançamento fiscal c.c. repetição de indébito julgada procedente. ITBI. Lançamento do tributo com base em escritura pública de cessão de direitos possessórios com condição resolutive. Fato gerador do ITBI que só ocorre com a transferência efetiva da propriedade ou do domínio útil e com o registro do ato no Cartório de Registro de Imóveis. Artigos 1.225 e 1.245 do Código Civil. Ausência do fato gerador do tributo. Impossibilidade de cobrança. Precedentes do STF, do STJ e desta Corte. Sentença mantida. Recurso ao qual se nega provimento, com observação quanto aos juros” (Apelação nº 1002026-51.2014.8.26.0587, Relator Desembargador Ricardo Chimenti, j. 10.09.2015).

“Ação Declaratória de Inexigibilidade de Débito - ITBI - Escritura de Cessão de Direitos Possessórios - Ausência de registro do título no Cartório de Registro de Imóveis - Fato gerador inocorrente - Precedentes - Sentença mantida - Recursos Improvidos” (Apelação nº 1001985-84.2014.8.26.0587, Relator Desembargador Burza Neto, j. 30.07.2015).

Importa notar, ainda, que o Colendo Superior Tribunal de Justiça também vem decidindo dessa forma:

“TRIBUTÁRIO. ITBI. FATO GERADOR. OCORRÊNCIA. REGISTRO DE TRANSMISSÃO DO BEM IMÓVEL. 1. Rechaço a alegada violação do art. 458 do CPC, pois o Tribunal *a quo* foi claro ao dispor **que o fato gerador do ITBI é o registro imobiliário da transmissão da propriedade do bem imóvel. A partir daí, portanto, é que incide o tributo em comento.** 2. O fato gerador do imposto de transmissão (art. 35, I, do CTN) é a transferência da propriedade imobiliária, que somente se opera mediante registro do negócio jurídico no ofício competente. Precedentes do STJ. 3. Agravo Regimental não provido” (AgRg no AREsp 215.273/SP, Rel. Min. Herman Benjamin, J. 02/10/2015, DJe 15/10/2012) (grifamos).

Assim, não resta dúvida que a pretensão da Municipalidade em incidir o ITBI na cessão de direitos possessórios não é válida, uma vez que o fato gerador do referido tributo ocorre no momento do registro do título de transmissão imobiliária.

Dessa forma, escorreita a conclusão externada pelo ilustre magistrado de primeiro grau, que ora se reproduz (fl. 72): “*tem-se que a transmissão da propriedade imóvel se dá mediante registro do título aquisitivo em sua matrícula,*



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

conforme dispõe o art. 1.227 do Código Civil (...). Logo, não pode a Municipalidade instituir ITBI sobre contratos particulares que não transferem, por si, a propriedade do bem, uma vez que tais documentos apenas constituem fato gerador do imposto se estiverem averbados em Cartório de Registro de Imóveis”.

Assim sendo, não pode subsistir o ITBI incidente sobre a “cessão de direitos possessórios”, ante a ausência do fato gerador.

Portanto, é medida de rigor a *manutenção* da r. sentença apelada, por seus próprios e jurídicos fundamentos, aos quais adicionam-se os do presente voto.

Para os devidos fins de direito, consideram-se prequestionados os dispositivos constitucionais e legais mencionados pelos litigantes.

Com isto, **nega-se provimento** aos recursos.

WANDERLEY JOSÉ FEDERIGHI

Relator.