



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Registro: 2017.0000118674

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0002164-51.2015.8.26.0247, da Comarca de Ilhabela, em que é apelante PREFEITURA MUNICIPAL DA ESTANCIA BALNEARIA DE ILHABELA, é apelado PEDRO LUIZ VILATORO.

ACORDAM, em 18ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao reexame necessário, considerado interposto, e ao recurso voluntário. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores BEATRIZ BRAGA (Presidente) e ROBERTO MARTINS DE SOUZA.

São Paulo, 16 de fevereiro de 2017.

FRANCISCO OLAVO
RELATOR
Assinatura Eletrônica



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Órgão Julgador: 18ª Câmara de Direito Público

Apelação nº 0002164-51.2015.8.26.0247

Comarca : SÃO SEBASTIÃO/FORO DE ILHABELA – VARA ÚNICA (Proc. 0002164-51.2015.8.26.0247)

Apelante : PREFEITURA MUNICIPAL DA ESTÂNCIA BALNEÁRIA DE ILHABELA

Apelado : PEDRO LUIZ VILATORO

Interessado : SECRETÁRIO MUNICIPAL DE FINANÇAS DO MUNICÍPIO DE ILHABELA

Voto nº 13004

MANDADO DE SEGURANÇA - ITBI – FATO GERADOR – EFETIVA TRANSFERÊNCIA DA PROPRIEDADE IMOBILIÁRIA - OCORRÊNCIA COM O REGISTRO NO CARTÓRIO DE IMÓVEIS – PRECEDENTES - CESSÃO DE DIREITOS POSSESSÓRIOS - NÃO INCIDÊNCIA - SENTENÇA MANTIDA.

Reexame necessário, considerado interposto, e recurso voluntário improvidos.

Trata-se de mandado de segurança, impetrado por Pedro Luiz Vilatoro, contra ato do Secretário Municipal de Finanças do Município de Ilhabela.

Liminar concedida para suspender o lançamento, bem como a exigibilidade do ITBI, devendo a autoridade coatora inscrever o



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

nome de Ana Maria Vilatoro e Aparecida Santana Vilatoro na fração ideal de 1/3 cada, como também titulares do imóvel objeto da impetração (fls. 40/41).

Foram prestadas informações (fls. 60/72), seguidas de réplica (fls. 87/91).

O Ministério Público se absteve de opinar no feito (fls. 94/95).

Sobreveio a r. sentença (fls. 97/99), que concedeu a segurança para afastar a exigibilidade do ITBI sobre a transferência de direitos possessórios sobre o imóvel objeto da impetração, bem como para reconhecer a nulidade dos lançamentos consubstanciados nas guias 3469 e 3470.

Apela a Municipalidade (fls. 104/113), arguindo preliminar de carência da ação, por impossibilidade jurídica do pedido. No mérito, argumenta que na cessão de direitos possessórios é patente a incidência de ITBI, nos termos dos arts. 156, II, da CF e 11, I, “c”, 122, III, e 123, XXII e XXVIII, todos da Lei Municipal 156/2002.

Foram ofertadas contrarrazões (fls. 118/126).

É o relatório do essencial.

Inicialmente, considero interposto o recurso oficial, nos



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

termos do art. 14, § 1º, da Lei 12.016/2009.

A seguir, afasta-se a preliminar de não conhecimento da impetração, arguida no apelo, uma vez que a existência ou não de direito líquido e certo se confunde com o mérito e com ele será analisada.

No mérito, os recursos não comportam provimento.

O Imposto sobre a Transmissão de Bens Imóveis – ITBI tem como fato gerador 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 à sua aquisição (art. 156, II, da CF e art. 35, I, do CTN).

A respeito do tema, vale transcrever o comentário de LEANDRO PAULSEN ao inciso I do art. 35 do CTN, inserido na obra “Direito Tributário Constituição e Código Tributário à Luz da Doutrina e da Jurisprudência”, ed. Livraria do Advogado, 16ª ed., 2014, p. 809:

- Transmissão da propriedade imobiliária. No novo Código Civil (Lei 10.406/02), continua-se tendo a transferência da propriedade imobiliária pelo registro do título no Registro de Imóveis. Senão vejamos:

“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 da invalidade do registro, e o respectivo cancelamento, o adquirente continua a ser havido como dono do imóvel.”

- O Código Civil de 1916 já dizia da aquisição da propriedade imóvel pela transcrição do título de transferência no registro do imóvel, ressaltando que os atos sujeitos à transcrição não transferiam o domínio antes de tal transcrição.

Diante disso, resta claro que o fato gerador do ITBI, consistente na transmissão da propriedade imobiliária, somente se concretiza com o registro no Cartório de Imóveis, surgindo a partir de então a obrigação tributária.

Ressalta-se que lei municipal não pode fixar fato gerador diverso do constante na Constituição Federal, sob pena de afronta aos princípios constitucionais tributários e ao ordenamento jurídico vigente.

Por conseguinte, a exigência de recolhimento do ITBI, em virtude da cessão de direitos possessórios, não pode subsistir, uma vez que tal não constitui fato gerador do tributo questionado.

Nesse sentido, a lição de Alexandre Tadeu Navarro Pereira Gonçalves, comentando a legislação do Município de São Paulo:

Embora haja previsão de incidência nas cessões e compromissos de venda e compra de imóveis, é absolutamente pacífica a jurisprudência no Superior Tribunal de Justiça no sentido de que o ITBI somente é devido no momento da efetiva transferência do bem imóvel, ou seja, por



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

ocasião do registro imobiliário perante o respectivo cartório de Registro de Imóveis. A transmissão da propriedade é ato complexo que não se esgota na outorga da escritura - ou ato equivalente -, sendo que seu aperfeiçoamento e completamento somente ocorrem perante o Registro de Imóveis, sendo indevida a exigência que usualmente é feita, especialmente nas cessões de direitos. Apesar de tal circunstância, por razões de estrita facilidade de controle burocrático, a esmagadora maioria dos Municípios, inclusive o de São Paulo, exigem o recolhimento do ITBI no momento da outorga da escritura de venda e compra, assim como exigem, aí sim de modo totalmente indevido, sobre as cessões intermediárias e particulares dos direitos aquisitivos. O remédio, infelizmente, é somente pela via da discussão judicial (in Tributação das Operações Imobiliárias, 2007, Editora Quartier Latin do Brasil, p. 107).

Em casos semelhantes ao vertente, envolvendo a mesma Municipalidade, já decidiu este E. Tribunal:

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.

(Apel. 0003328-85.2014.8.26.0247, 18ª Câmara de Direito Público, Relator Des. Wanderley José Federighi, v.u., em 28.4.2016)

TRIBUTÁRIO – APELAÇÃO E REEXAME NECESSÁRIO – MANDADO DE SEGURANÇA - MUNICÍPIO DE ILHABELA – ITBI - 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



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

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 – Recurso desprovido.
(Apel. 0005127-32.2015.8.26.0247, 15ª Câmara de Direito Público, Relator Des. Eurípedes Faim, v.u., em 1.12.2016)

De rigor, portanto, a manutenção da r. sentença de fls. 97/99.

Para fins de acesso aos Tribunais Superiores, consideram-se expressamente prequestionados todos os dispositivos legais e constitucionais mencionados pelos litigantes.

Isto posto nego provimento aos recursos.

FRANCISCO OLAVO
Relator