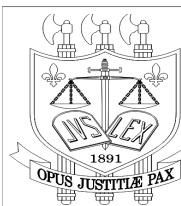


Processo nº. 0019996-16.2014.815.2001



ESTADO DA PARAÍBA
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
Gabinete do Desembargador
Marcos Cavalcanti de Albuquerque

Acórdão

Apelação Cível nº. 0019996-16.2014.815.2001

Relator: Ricardo Vital de Almeida – Juiz Convocado

Apelante: Município de João Pessoa, representado por seu procurador Geral.

Apelado: Francisco de Assis Figueiredo Lacerda – Adv.: Astrid de Lima Bezerra (OAB-PB 21.787).

EMENTA: TRIBUTÁRIO. APELAÇÃO CÍVEL. SENTENÇA QUE CONSIDEROU ILEGAL A COBRANÇA DE ITBI PELA INCIDÊNCIA DE CONTRATO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA E DETERMINOU A DEVOLUÇÃO DO VALOR COBRADO. IRRESIGNAÇÃO DO MUNICÍPIO. APELAÇÃO CÍVEL. COBRANÇA DE ITBI PELA OCORRÊNCIA DE CESSÃO DE DIREITOS EM VIRTUDE DE CONTRATO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA. ITBI. FATO GERADOR. REGISTRO DO TÍTULO TRANSLATIVO NO REGISTRO DE IMÓVEIS. INTELIGÊNCIA DO ART. 1.245 DO CC/2002. INOCORRÊNCIA DA TRANSMISSÃO DA PROPRIEDADE. FATO GERADOR DO ITBI NÃO CARACTERIZADO. PRECEDENTES DOS TRIBUNAIS SUPERIORES. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA E DESPROVIMENTO DO APELO.

- O art. 110 do CTN estipula que a lei tributária não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, **conceitos e formas de direito privado, utilizados, expressa ou implicitamente, pela Constituição Federal, pelas Constituições dos Estados, ou pelas Leis Orgânicas do Distrito Federal ou dos**

Municípios, para definir ou limitar competências tributárias.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos acima identificados.

Acordam os desembargadores da Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça, por unanimidade, em negar provimento ao apelo.

RELATÓRIO

Trata-se de **Apelação Cível** interposta pelo **Município de João Pessoa** (fls.63/67v), hostilizando a sentença do Juízo de Direito da 1ª Vara da Fazenda Pública da Comarca da Capital-PB (fls.58/59v), nos autos da Ação Ordinária de Obrigação de Fazer e Repetição de Indébito, proposta por **Francisco de Assis Figueiredo Lacerda**, ora Apelado.

O juízo de primeiro grau julgou procedente o pedido para que o Município/Apelante devolvesse a quantia de R\$ 6.750,00 (seis mil setecentos e cinquenta reais) referente ao recolhimento indevido de ITBI cobrado ao Apelado sobre contrato de promessa de compra e venda celebrado para aquisição de bem imóvel.

Inconformado, o Apelante sustenta a legalidade da cobrança do ITBI, fundamentando que a cessão de direito é hipótese de incidência do ITBI, tal qual previsto no art. 156,II, da CF/88 e instituído pelo art. 199 do CTM, sendo portanto fato jurídico tributável por ser cessão de direito real previsto no art. 1.417 do CC.

Aduz ainda que a cessão de direito (o repasse que costumeiramente se faz no mercado imobiliário é senão contratos de cessão), na forma prevista na legislação acima exposta.

Por fim, assevera que a sentença trilhou em premissa equivocada ao crer que a tributação ocorrerá sobre o contrato de compromisso de compra e venda, violando assim o art. 156, II, da CF, como art. 35, II, do CTN, pugnando ação pela reforma da sentença para total improcedência.

Contrarrazões fls. 71/79.

Instada a se pronunciar, a Procuradoria-Geral de Justiça ofertou parecer, contudo sem opinar sobre o feito, por entender ausente o interesse público que legitime sua intervenção (fls.86/86v).

É o relatório.

VOTO

Conheço do apelo e passo a examiná-lo.

A controvérsia cinge-se em se saber se o contrato de Promessa de Compra e Venda é fato gerador de ITBI.

Entendo que a sentença não merece reforma.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, derogou a competência para os Municípios instituírem o ITBI, contudo tal competência é limitada através da descrição de uma regra matriz. Pois, o exercício da referida competência, isto é, a instituição do tributo através de atividade legislativa, é limitada pela regra matriz estipulada pela Constituição.

A regra matriz do ITBI está formulada no artigo 156 da Constituição. O referido dispositivo constitucional outorga competência para os municípios instituírem imposto sobre transmissão de bens imóveis. Tendo em vista o que dispõe o artigo 150 da Constituição –... é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:... **exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça**; – o exercício da referida competência exige lei municipal cuja amplitude não poderá exceder a regra matriz constitucionalmente formulada.

Dessa forma, a Constituição Federal, o CTN, além das hipóteses previstas no Código Civil de 2002, obriga a incidência somente quando houver registro do imóvel, o que não ocorre por mera concessão de procuração ou contrato de promessa de compra e venda.

Na mesma esteira, conseqüentemente, além de observar a regra matriz formulada pela Constituição, os Municípios e o Distrito Federal, para o exercício de sua competência tributária, estão

limitados também às normas gerais e definições estabelecidas pelo CTN, que dispõe sobre o ITBI nos artigos 35 até 38 e no artigo 42.

Dessa forma, deve-se levar ainda em conta que o CTN impõe uma outra limitação para o exercício de competências tributárias. É a prescrita no seu artigo 110: A lei tributária **não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado**, utilizados, expressa ou implicitamente, pela Constituição Federal, pelas Constituições dos Estados, ou pelas Leis Orgânicas do Distrito Federal ou dos Municípios, para definir ou limitar competências tributárias.

Nesse norte, o próprio Código Tributário Nacional remete expressamente à lei civil para a definição de bens imóveis tornando o seu conceito indubitável. Mas, ele remete apenas in tesa à lei civil para a definição de transmissão de propriedade de bens imóveis, de direitos reais sobre imóveis e de cessão de direitos sobre tais transmissões, veja-se:

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**;

II - a transmissão, a qualquer título, de direitos reais sobre imóveis, exceto os direitos reais de garantia;

III - a cessão de direitos relativos às transmissões referidas nos incisos I e II

Uma vez compreendidos exatamente a definição, conceito e alcance contidos nas palavras transmissão de propriedade de bens imóveis, de direitos reais sobre imóveis e de cessão de direitos sobre tais transmissões, dissipadas estarão a maioria, senão todas, as controvérsias a respeito do ITBI.

De fato, transmissão de propriedade de bens imóveis, de direitos reais sobre imóveis e de cessão de direitos sobre tais transmissões não pode ser entendido senão conforme a lei civil. Isso por expressa determinação do CTN. Leia-se, a propósito, o seu artigo 109: " ***Os princípios gerais de direito privado utilizam-se para pesquisa da definição,***

do conteúdo e do alcance de seus institutos, conceitos e formas, mas não para definição dos respectivos efeitos tributários”.

Dessa forma, Contratos de Promessa de Compra e venda ou outro instrumento equivalente que implique em cessão de direitos, encontra um óbice nos arts. 35, I; 109 e no art. 110 do CTN e na própria lei civil, no art. 1.245, veja-se:

Art. 110. A lei tributária não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado, utilizados, expressa ou implicitamente, pela Constituição Federal, pelas Constituições dos Estados, ou pelas Leis Orgânicas do Distrito Federal ou dos Municípios, para definir ou limitar competências tributárias.

Código Civil de 2002:

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.

Como a Lei Complementar Municipal 53/2008, Código Tributário Municipal, em seu artigo 147 e 199, preceitua a hipótese de incidência de forma genérica, note-se:

Art. 147 - Ficam instituídos, no âmbito do Município de João Pessoa, os seguintes tributos:

I - IMPOSTOS:

c) sobre a Transmissão Inter Vivos, a qualquer título, por ato oneroso, de bens imóveis, por natureza ou acessão física, e direitos reais sobre imóveis, exceto os de garantia, bem como cessão de direitos à sua aquisição - ITBI;

Art. 199. O ITBI e direitos a eles relativos tem como fato gerador:

I – a transmissão inter vivos, a qualquer título, por ato oneroso, de direitos reais sobre bens imóveis por natureza ou cessão física, exceto os de garantia, **como definidos na Lei Civil;**

II – a cessão inter vivos, a qualquer título, por ato oneroso, de direitos relativos às transmissões descritas no inciso anterior.

Não se pode cobrar o ITBI pelo fato dos contratos de Promessa de Compra e Venda, nem pela Procuração e Substabelecimento Público, mesmo com cláusula de irrevogabilidade, irretratabilidade e desnecessidade de prestação de contas, pois, para fins tributários, não houve a cessão de direitos de propriedade, haja vista que não houve o registro do título no cartório, embora possa ter havido para fins civis, o que não interessa para o caso em apreço.

Se não existe dúvida de que a transmissão de propriedade de bens imóveis, de direitos reais sobre imóveis e de cessão de direitos sobre tais transmissões somente ocorre mediante o registro do título no registro imobiliário, pode-se afirmar que o fato gerador do ITBI, que é a transmissão de propriedade, somente ocorre mediante o registro do título no registro imobiliário. É que, até que se proceda ao registro não ocorreu ainda a transmissão de propriedade e, conseqüentemente, não ocorreu ainda o fato gerador do ITBI.

É isso o que determina a legislação complementar, conforme já foi explicitado: Consideram-se ocorrido o fato gerador e existente os seus efeitos, tratando-se de situação de fato, desde o momento em que se verifiquem as circunstâncias materiais necessárias para que produza os efeitos que, normalmente, lhe são próprios, e tratando-se de situação jurídica, desde o momento em que ela esteja definitivamente constituída, nos termos do direito a ela aplicável (CTN, art. 116).

Nesse contexto, a jurisprudência dos Tribunais Superiores trilham seu entendimento nos seguintes termos:

Pelo **Supremo Tribunal Federal**:

Ementa: PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. PRELIMINAR DE REPERCUSSÃO GERAL. FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. ÔNUS DO RECORRENTE. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282 E 356 DO STF. **TRIBUTÁRIO. ITBI. CONTRATOS DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA. COBRANÇA INDEVIDA.** PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

(ARE 798004 AgR, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma, julgado em 22/04/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-085 DIVULG 06-05-2014 PUBLIC 07-05-2014).

No mesmo sentido:

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. **IMPOSTO SOBRE A TRANSMISSÃO DE BENS IMÓVEIS – ITBI. FATO GERADOR: REGISTRO DA TRANSFERÊNCIA EFETIVA DA PROPRIEDADE.** PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.

ARE 798241 AgR / RJ - RIO DE JANEIRO AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA Julgamento: 01/04/2014 Órgão Julgador: Segunda Turma.

O **Superior Tribunal de Justiça** assim preceitua:

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. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/10/2012, DJe 15/10/2012).

Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO AO APELO**, mantendo-se integralmente a sentença.

É como voto.

Presidiu a sessão o Excelentíssimo Senhor Desembargador Saulo Henriques de Sá e Benevides. Participaram do julgamento os Excelentíssimos Senhores Desembargadores Saulo Henriques de Sá e Benevides, Ricardo Vital de Almeida (Relator) – (Juiz convocado para substituir o Excelentíssimo Senhor Desembargador Marcos Cavalcanti de Albuquerque) e Eduardo José de Carvalho Soares (Juiz convocado para substituir a Excelentíssima Senhora Desembargadora Maria das Graças Morais Guedes).

Presente ao julgamento o Excelentíssimo Senhor Doutor Rodrigo Marques da Nóbrega – Promotor de Justiça Convocado.

Sala de sessões da Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba, em João Pessoa, 10 de abril de 2018.

Ricardo Vital de Almeida

Juiz Convocado