

Obviamente, essa questão envolve a idéia de subsunção do fato à lei tributária e, portanto, à identidade entre o evento e a situação hipotetizada pelo legislador.

Ao ver da decisão "a quo", que esquadrinhou a lei estadual em busca dessa tipificação, o enquadramento da hipótese de cessão de direitos possessórios estaria localizado no inc. XIV do art. 1.º da Lei n. 9.591, de 30.12.66, que se refere a "todos os demais atos... translativos de imóveis por natureza ou acessão física e constitutivos de direitos reais sobre imóveis".

Parece-me evidente, "data maxima venia", o equívoco em que incorreram os ilustres julgadores da instância "a quo". Não só a cessão de direitos possessórios não está encartada no pre-citado dispositivo, o que tentaremos demonstrar em seguida, como também não é a lei tributária fonte de interpretação ou de conceituação de atos jurídicos que só à lei civil compete estatuir.

Com efeito, ao tratar de normas sobre a interpretação da legislação tributária, o Código Tributário Nacional é expresso no sentido de 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 (vide art. 110 do CTN).

Ora, ao delimitar o campo de incidência do ITBI, o legislador constitucional referiu-se, explicitamente, aos atos de "transmissão, a qualquer título, de bens imóveis, por natureza e acessão física, e de direitos reais sobre imóveis exceto os de garantia, bem como sobre a cessão de direitos à sua aquisição". (art. 23, inc. I).

Logo, a incidência do imposto fica condicionada à ocorrência de atos de transmissão de imóveis e de direitos reais a eles relativos, assim conceituados pelo direito privado, vedado ao legislador infraconstitucional e ao aplicador da lei tributária atribuir-lhes alcance e acepção diversa.

Sobre a matéria, e em percuente estudo da lavra do eminente Professor Alcides Jorge Costa, festejado ex-Juiz desta Casa e Professor de Direito Tributário da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, encontramos esta passagem, bastante apropriada, que tomamos a liberdade de transcrever:

"Nossa Constituição contém um sistema rígido de partilha de fontes de receita tributária entre a União, os Estados e os Municípios. Na formulação desta partilha, emprega conceitos estabelecidos pelo direito privado e que à luz deste devem ser entendi-

dos, sob pena de se tornarem destituídos de sentido. Por exemplo, o art. 23, I, dispõe que compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre a transmissão, a qualquer título, de bens imóveis por natureza e acessão física e de direitos reais sobre imóveis, exceto os de garantia, bem como sobre a cessão de direitos à sua aquisição. Se 'direitos reais sobre imóveis', 'cessão de direitos', etc. não fossem tomados na acepção que o direito privado lhes empresta, o texto constitucional ficaria inteiramente aberto à construção destes conceitos pelo legislador ordinário, pelo aplicador ou pelo intérprete da lei." ("Direito Tributário e Direito Privado", incluído na obra "Direito Tributário" — Estudos em Homenagem ao Prof. Ruy Barbosa Nogueira, Edit. Saraiva, São Paulo, 1984, págs. 220/237).

Evidencia-se, portanto, agora voltando ao exame do caso "sub judice", que a natureza dos atos de cessão de direitos possessórios e sua eventual identidade com atos de transmissão de imóveis ou de direitos a eles relativos, tem que ser investigada à luz das conceituações que o direito privado atribui a esses institutos, sem qualquer modificação ou ampliação pelo aplicador da lei tributária, sob pena de manifesta inconstitucionalidade.

Ora, a posse de imóvel, como se sabe, é o exercício de um poder de fato que corresponde apenas a uma das faculdades inerentes ao domínio, com este não se equiparando, ou se confundindo.

Isto significa que o possuidor não tem título ou força jurídica para transmitir o domínio do imóvel. A cessão de direitos possessórios não implica, portanto, transferência de domínio, nem transmissão ou cessão de direito real sobre coisa alheia.

Com efeito, ao arrolar os direitos reais que se podem constituir sobre coisas alheias, o Código Civil especifica, além da propriedade, as figuras enumeradas no art. 674, sem incluir dentre estas a posse.

Nesse sentido, a lição do insigne civilista de São Paulo, Prof. Silvio Rodrigues:

"... não se pode considerar a posse direito real, porque ela não figura na enumeração do art. 674 do Código Civil, e, como vimos, aquela regra é taxativa e não exemplificativa, tratando-se, ali de 'numerus clausus'..." ("Direito Civil", vol. V. Saraiva, 8.ª edição, São Paulo, 1978, pág. 22).

Em suma, a cessão de direitos possessórios não se constitui em ato de cessão

de direito real sobre imóvel e tampouco ato translativo de domínio.

Nessa conformidade, conclui-se que o ato de cessão de direitos de posse não se reveste das características dos atos típicos abrangidos no campo de incidência do ITBI, não se erigindo portanto, como evento impositivo ou suscetível da incidência pelo imposto estadual.

Por todo o exposto, patenteada a insubsistência da pretensão fiscal, dou provimento integral ao recurso.

Sala das Sessões, em 2 de dezembro de 1985.

a) **Paulo Celso Bergstrom Bonilha**, Relator.

VOTO EM SEPARADO

1. Pedi "vista" dos presentes autos a fim de que, com mais vagar, pudesse conhecer as jurídicas ponderações esposadas pelo i. Relator.

2. Do exame das peças que compõem o processo, convenço-me do acerto da colocação exposta no judicioso entendimento expresso no referido voto porque, realmente, não há na legislação do Imposto sobre Transmissão de Bens Imóveis, tributação específica que incida sobre a figura da cessão de direitos de posse.

3. Em linhas gerais concordo com as ponderações do ilustre chefe do PFC-162, quando obtempera que a legislação prescreve cobrança do tributo:

"sobre 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:"

3.1. E, sob tal enfoque, poder-se-ia buscar a caracterização do fato descrito nestes autos como inserto na base impositiva.

4. Mas, e nesse passo as lições do i. Dr. Paulo Celso Bergstrom Bonilha me parecem irresponsáveis, vez que foi bem destacada a posição de toda a legislação referente ao ITBI, que alcança todas e quaisquer transmissões que envolvam "direitos reais"; e, tal é o ponto essencial, destaca-se com muita propriedade que no caso "sub judice" o que se enfrenta é "direito pessoal", caracterizado pela posse de um imóvel à qual ainda não se outorgou um título que assegure também a propriedade. E, se a posse é um direito pessoal, diferentemente não se pode conceituar a transmissão da posse ou a cessão dos direitos da posse, hipótese essa ventilada no processo e que mereceu os estudos aqui desenvolvidos.

4.1. Para concluir, ainda buscando os subsídios da própria lei, verifica-se que