

PROPRIEDADE IMOBILIÁRIA, DIREITOS REAIS SOBRE IMÓVEIS, CESSÃO CONTRATUAL E A INCIDÊNCIA DO ITBI

09 Junho 2016

Fábio Machado Baldissera e Valter Tremarin Jr

SUMÁRIO: 1. Introdução. PRIMEIRA PARTE: Dos Aspectos Imobiliários. 2. Noção do Direito de Propriedade. 3. Da Propriedade de Bem Imóvel. 3.1. Breve noção dos Sistemas de Aquisição da Propriedade. 3.2. Da Aquisição da Propriedade de Bem Imóvel. 3.3. Da Aquisição por ato inter vivos da Propriedade de Bem Imóvel. 3.4. Da Cessão do Contrato. 4. Contrato Preliminar e principais modalidades positivadas de Compra e Venda de Bem Imóvel. 4.1. Do Compromisso de Compra e Venda de Imóvel e da sua Cessão. 4.2. Da Promessa de Compra e Venda de Unidades Autônomas e da sua Cessão. 4.3. Do Direito Real à Aquisição do Imóvel no Código Civil. 4.3.1. Dos Requisitos do Direito Real à Aquisição do Imóvel no Código Civil. SEGUNDA PARTE: Dos Aspectos Tributários. 5. A Legislação Brasileira sobre o ITBI. 6. Transferência da Propriedade Imobiliária x ITBI. 7. Promessa e Compromisso de Compra e Venda de Imóvel x ITBI. 8. Cessão da Promessa e do Compromisso de Compra e Venda de Imóvel x ITBI. 9. Conclusões. 10. Referências Bibliográficas.

RESUMO: O artigo faz uma breve análise e revisão doutrinária acerca da conceituação e dos efeitos jurídicos de relevantes transações imobiliárias recorrentes no mercado atual. Com base no entendimento dessas operações e de seus efeitos no universo jurídico, realiza-se uma análise crítica em relação a sua sujeição à incidência do ITBI, levando em consideração os limites estabelecidos pelas regras de competência tributária previstas na Constituição Federal.

Palavras Chaves: Aquisição da Propriedade de Imóvel - Promessa e Compromisso de Compra e Venda – Direito real à aquisição - Cessão Contratual – Incidência de ITBI

ABSTRACT: The article makes a brief analysis and doctrinal review regarding the concept of relevant real estate transactions in today's market and their legal effects. Based on the understanding of said deals and their effects in the legal sphere, a critical analysis is carried out in relation to the ITBI's applicability, taking into account the limits established by tax rules of the competent authorities specified in the Federal Constitution.

Key Words: Acquisition of Real Estate Ownership – Promise and Commitment of Purchase and Sale – In rem right to the acquisition – Contractual Assignment – Applicability of ITBI

1. INTRODUÇÃO.

Acredita-se existir bastante espaço para se evoluir no estudo em relação ao âmbito da incidência do Imposto sobre a Transmissão de Bens Imóveis ("ITBI"), sobretudo no tocante às relações que envolvam a transmissão ou cessão de direitos reais sobre imóveis. Para isso, é

fundamental ter presente os conceitos definidos na legislação civil, para que, a partir disso, possa-se aplicar corretamente a legislação tributária sobre o ITBI.

Em razão disso, este estudo foi dividido em duas partes.

Na primeira parte, tratar-se-á dos aspectos imobiliários, buscando-se, a partir da legislação civil, as definições de relevantes institutos jurídicos, tais como a transmissão onerosa por ato entre vivos da propriedade imobiliária, assim como a constituição e transmissão de direitos reais sobre bens imóveis. Parte-se do entendimento dessas definições, para posteriormente compreender a esfera dos negócios jurídicos imobiliários propriamente ditos como, por exemplo, a compra e venda, as modalidades positivadas de contratos de compromisso e de promessa de compra e venda de imóveis e as suas respectivas cessões.

Já na segunda parte, tratar-se-á dos aspectos tributários, fixando-se as hipóteses de incidência do ITBI, que deverão ser observadas pelos Municípios brasileiros quando da instituição desse imposto. Além disso, serão analisados casos específicos de compra e venda imobiliária, bem como de compromisso ou de promessa de compra e venda e suas cessões, a fim de identificar se há a incidência do ITBI sobre essas operações e, caso haja, em que momento ela ocorre.

Com essa análise, o presente estudo tem a pretensão de aportar entendimentos que sirvam de alicerce à jurisprudência e à doutrina no tocante à temática do ITBI e a sua incidência.

PRIMEIRA PARTE: DOS ASPECTOS IMOBILIÁRIOS

2. NOÇÃO DO DIREITO DE PROPRIEDADE

A propriedade[3] constitui-se no mais abrangente dentre os direitos reais elencados na legislação brasileira. Segundo o disposto no caput do artigo 1.228[4] da Lei nº 10.406/2002 ("Código Civil"), o proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, assim como o direito de reaver a coisa do poder daquele que de forma injusta a detenha ou mesmo a possua[5].

O Código Civil vigente é o arcabouço legal onde encontram-se positivadas as características deste instituto jurídico, sendo a propriedade, hodiernamente, não mais um direito irrestrito e absoluto. Pode-se afirmar que o direito de propriedade é absoluto apenas na sua relação direta entre o proprietário e a coisa, uma vez que, em princípio, o proprietário pode dispor da coisa como lhe convier.

Contudo, a citada máxima é apenas verdadeira, caso o proprietário venha a dispor da coisa em consonância com a função social da propriedade, prevista no artigo 5º, XXIII, da Constituição Federal[6], bem como no rol de premissas contidas nos parágrafos primeiro a quarto do artigo 1.228 do Código Civil, que dão efetividade ao citado preceito constitucional, em atenção às demais legislações específicas, tais como ambiental e urbanística[7]. No tocante aos imóveis urbanos, relevantes regramentos, sobretudo quanto a restrições, podem ser encontrados na Lei nº 10.257/2001 ("Estatuto das Cidades")[8].

O âmbito de aplicação do direito de propriedade encontra-se intimamente ligado à vinculação do proprietário com a coisa, seja ela móvel ou imóvel. Neste sentido, Hely Lopes Meirelles

explica que "(...) o direito de propriedade é real, no sentido de que incide imediatamente sobre a coisa (do latim res, rei) e a segue em todas as suas mutações, diversamente do direito pessoal, que vincula as pessoas entre si, para prestações individuais, que constituem as obrigações"[9].

A oponibilidade do direito de propriedade, como direito real que é, perante terceiros constitui-se num dos seus principais elementos. Dita característica confere ao proprietário da coisa efeitos erga omnes na sua relação com o bem, integrante de sua propriedade. Desse modo, ditos efeitos têm aplicação perante toda a coletividade, e não somente na relação inter partes. Como regra geral, todos aqueles que não são proprietários devem respeitar e se abster em relação a coisa de propriedade alheia.

A ideia de propriedade, que é anterior[10] ao próprio Direito, teve expressão desde a Idade Média e encontrou no Direito Romano um importante difusor do conceito de propriedade, como noção de uma faculdade legalmente protegida[11]. Nesse sentido, Hely Lopes Meirelles menciona, ao discorrer sobre a ideia dos elementos da propriedade no direito civil brasileiro, que o referido direito teve substancial influência da tradição romana, a qual entedia que o direito de propriedade conferia ao proprietário a potestade de usar, gozar e abusar da coisa sob o seu domínio. Na dicção em latim, respectivamente, jus utendi, fruendi, et abutendi re sua[12].

A propriedade constitui-se num direito historicamente consagrado pela normativa brasileira[13]. Existe uma nítida diferença da conceituação originalmente positivada desse instituto, em nosso sistema jurídico, em comparação com a sua noção atual[14]. É possível identificar a existência de uma oscilação no entendimento legal da propriedade, o qual foi ampliado e, com o tempo, tornado mais restrito[15] no tocante à disposição da propriedade.

3. DA PROPRIEDADE DE BEM IMÓVEL

Para fins do presente artigo, será abordada a transmissão da propriedade[16] por meio de ato inter vivos e a constituição, transferência e cessão dos direitos reais sobre imóveis. Dessa forma, mister faz-se compreender o entorno dos institutos jurídicos vinculados à propriedade de bens imóveis consoante a legislação pátria.

Para tanto, imperioso entender o conceito legal de bem imóvel. Segundo o previsto no artigo 79 do Código Civil, são considerados como bens imóveis o solo, assim como tudo aquilo quanto possa ser incorporado a ele de forma natural ou artificial. O referido arcabouço legislativo ainda inclui na definição de bens imóveis, conforme previsto nos dois incisos do seu artigo 80, aquelas espécies de bens imóveis assim considerados para efeitos legais, enquadrando-se nessas hipóteses: (i) os direitos reais sobre imóveis e as ações que os asseguram; e (ii) o direito à sucessão aberta.

Ainda no tocante à definição de bens imóveis pelo Código Civil, os dois incisos do artigo 81 estabelecem que não perdem a característica de bens imóveis: (i) as edificações que, separadas do solo, mas conservando a sua unidade, forem removidas para outro local; e (ii) os materiais provisoriamente separados de um prédio, para nele reempregarem-se.

3.1. BREVE NOÇÃO DOS SISTEMAS DE AQUISIÇÃO DA PROPRIEDADE

No tocante à aquisição da propriedade, em sentido amplo, destacam-se três diferentes sistemas jurídicos[17] que possuem diferentes critérios para legalmente se adquirir a propriedade. São eles os sistemas romano, francês e alemão.

Numa apertada síntese, pode-se afirmar que a propriedade no sistema romano só se adquire, conforme ensina Orlando Gomes, com a conjunção do título e da sua forma especificada em lei (modo), não sendo suficiente a mera existência do título, este representado pelo ato jurídico válido e que contenha a manifestação da vontade de adquirir um bem. Ou seja, para esse sistema, a propriedade só se adquire se o título observar a forma especificada em lei que se pauta na precedência de justa causa, não sendo suficiente, para tanto, a verificação da tradição para que o domínio possa ser transferido[18].

Diferentemente do sistema romano, para o sistema francês basta a existência do título para a transferência da propriedade, dispensando-se a exigência do modo. Dessa forma, o título possui um efeito translativo, sendo desnecessária a formalidade da tradição ou o requisito do modo de aquisição[19]. Neste sistema, o registro do título no Registro de Imóveis não possui um efeito constitutivo, senão de dar mera publicidade.

Já de acordo com o sistema alemão, o entendimento é de que o título (ato jurídico) que cria a obrigação de transferir a propriedade é independente do ato necessário à transferência da propriedade. Esse sistema, segundo Orlando Gomes, diferencia-se do sistema romano, na medida em que, no sistema alemão, existe a vinculação do modo ao título, de sorte que a causa não é abstraída e não se torna necessária a realização de outro negócio jurídico[20]. A particularidade mais acentuada do sistema alemão encontra-se no fato do registro ser desvinculado do título, possuindo uma presunção absoluta de veracidade, de forma que, uma vez registrado, desconecta-se do título que lhe deu origem.

Segundo o Direito brasileiro[21], a aquisição e a transferência da propriedade devem ser precedidas por um dos modos previstos em lei, processando-se pelo ato do adquirente ou fato jurídico estrito senso. Dessa forma, como condição à aquisição da propriedade imobiliária no Brasil se faz necessária a existência de um negócio causal. Como exemplo, pode-se citar a celebração de uma escritura pública de venda e compra. Nosso sistema registral imobiliário, conforme alude Orlando Gomes, seguiu o sistema romano no que tange às formas de aquisição de propriedade[22].

3.2. DA AQUISIÇÃO DA PROPRIEDADE DE BEM IMÓVEL

É possível afirmar que, na nossa legislação, a aquisição e a transferência da propriedade imobiliária, via de regra, constituem-se por meio de um procedimento complexo. Ademais, nesse procedimento é possível identificar diferentes etapas que levam uma pessoa física ou jurídica à obtenção da propriedade de um imóvel.

De acordo com a nossa legislação, identifica-se quatro diferentes formas de aquisição da propriedade de bens imóvel, sendo elas o registro (outrora transcrição)[23], a usucapião, a acessão e a sucessão hereditária. Para fins deste estudo, que analisa os negócios jurídicos usuais no mercado imobiliário e a sua relação com a incidência do ITBI, nos centraremos apenas

no registro que é um modo de aquisição peculiar aos bens imóveis e se constitui num modo de aquisição inter vivos.

3.3 DA AQUISIÇÃO POR ATO INTER VIVOS DA PROPRIEDADE DE BEM IMÓVEL

Em virtude da relevância econômica e social, o legislador brasileiro, assim como ocorre de forma similar em outros países[24], motivou-se a instituir um regime próprio à aquisição imobiliária. Esse regime, como estabeleceu a Lei nº 6.015/1973, permitiu individualizar e descrever detalhadamente cada imóvel numa só matrícula[25], bem como optou pela manutenção da instituição de um registro público apto a outorgar segurança ao proprietário e às transmissões de bens imóveis.

A aquisição de imóveis, por ato inter vivos, encontra-se regulada nos artigos 1.245 a 1.227 do Código Civil. Como premissa fundamental nos negócios jurídicos imobiliários entre vivos, a propriedade do bem imóvel, para ser legalmente transferida, deve contar com o registro do título translativo junto ao competente Registro de Imóveis.

Nessas hipóteses de ato inter vivos, o efeito do registro do título hábil é constitutivo[26], na medida em que o direito real de propriedade ou mesmo outros direitos reais sobre coisa alheia nascem somente após a consecução do registro do título perante o Registro de Imóveis competente. Desse modo, no que tange aos sistemas que atribuem à publicidade registral efeitos constitutivos, ensina Angel Cristóbal Montes que "[n]eles a constatação registral supõe um requisito necessário para a constituição e nascimento dos direitos reais, de maneira tal que nas formas de publicidade vão absorvidas as formas constitutivos das modificações reais nas aquisições por negócio jurídico"[27].

Sem prejuízo do efeito do registro, via de regra, ser constitutivo, nosso sistema de registro imobiliário constitui-se num sistema misto, pois, além das hipóteses constitutivas de direito verificadas nos negócios jurídicos, podem ser verificadas outras hipóteses em que os efeitos são declaratórios, como por exemplo, na usucapião, sucessão hereditária ou mesmo na desapropriação, entre outras hipóteses.

Ensina Afrânio de Carvalho que o efeito é constitutivo por fundamentar o direito real pelo qual o título se encaminha e, de outro lado, possui efeito declarativo por divulgar o direito fundado anteriormente em título[28]. De outro lado, sobre o efeito declaratório, Angel Cristóbal Montes sustentou que "[a] inscrição é declarativa quando se limita a compilar e publicar os elementos jurídicos que originam o nascimento do direito real, sem conferir-lhes nenhum valor especial por ela mesma, quer dizer, quando não constitui elemento essencial para o nascimento, transmissão, modificação ou extinção dos direitos reais sobre imóveis"[29].

É importante ressaltar que, no Direito brasileiro, como regra geral, não é conferida a eficácia translativa aos negócios jurídicos imobiliários, contendo os contratos apenas a obrigação do alienante de transferir o imóvel ao adquirente.

Dessa forma, na hipótese de o alienante, por exemplo, outorgar diferentes escrituras públicas de venda e compra ou mesmo de doação em pagamento ou permuta relativas a imóvel em favor de mais de um adquirente, será proprietário aquele que primeiro lograr êxito em registrá-la junto

ao Registro de Imóveis competente. Isso, porém, não impede os adquirentes lesados de buscarem a oportuna indenização e/ou penalidades contra o proprietário/vendedor, em virtude da relação obrigacional entre as partes oriunda do negócio jurídico.

Ademais, o surgimento dos direitos reais sobre imóveis, por atos entre vivos e a título derivado[30], só se perfectibilizam com o registro dos títulos pertinentes junto aos Registro de Imóveis competentes, nos termos do artigo 1.227[31] do Código Civil, ressalvadas exceções expressamente mencionadas no referido diploma civil.

Dentre essas exceções, pode-se mencionar a hipótese do casamento pelo regime da comunhão universal de bens, previsto no artigo 1.667[32] e seguintes do Código Civil, pelo qual como, regra geral[33], a comunicação de todos os bens presentes e futuros, incluindo os imóveis, ocorre de pleno direito com independência do registro.

3.4. DA CESSÃO DO CONTRATO

A cessão do contrato ou de posição contratual, em que pese não conter posituação na legislação pátria[34], possui alta relevância na esfera jurídica e negocial das transações imobiliárias. Isso deve-se, sobretudo, pelo fato de que as cessões dos contratos de promessa e de compromisso de compra e venda de imóvel são negócios jurídicos corriqueiros e indispensáveis à fluidez e ao dinamismo da circulação de riquezas[35] no mercado imobiliário.

A cessão, como ensina Orlando Gomes[36], é um negócio único e simples. Ela implica na transmissão da relação jurídica existente no contrato. Desse modo, o contrato cedido objeto de uma cessão de posição contratual, tem o condão de transmitir a legitimidade de uma das partes do contrato (cedente) ao terceiro (cessionário), até então estranho à relação contratual, contendo para tanto, o consentimento da outra parte do contrato (cedido) objeto da cessão.

Trata-se de uma relação plurilateral, sendo ela um mecanismo jurídico que tem por finalidade a circulação do contrato, ocorrendo uma alteração subjetiva na posição contratual. Cabe esclarecer que, no âmbito desse negócio, é imperiosa não somente a vontade do cedente e do cessionário, mas também o necessário consentimento do cedido em relação ao contrato objeto da cessão de posição contratual — sem prejuízo de que o consentimento seja dado anteriormente à celebração da cessão, quando do momento da celebração do contrato ou, até mesmo, em momento posterior à consecução do contrato.

Segundo Carlos Alberto da Mota Pinto, a cessão de contrato trata-se da, "(...) transferência ex negotio do conjunto de posição ativas e passivas criada por um contrato.[37]" No tocante aos efeitos, afirma o autor que, "[a] cessão de contrato produz a transmissão da relação contratual do cedente para o cessionário"[38].

Na legislação alienígena, pode-se citar como referência de posituação da cessão de contrato o Código Civil português. Diferentemente do diploma civil brasileiro, que apenas prevê de forma positivada a cessão de créditos e assunção de dívida que são institutos diferentes da cessão da posição contratual, o diploma civil luso deu relevante tratamento a este instituto jurídico.

A disciplina da cessão de contrato está positivada nos artigos 424 a 427[39] Código Civil português e encontra-se regulada de forma satisfatória ao nosso sentir. Esse negócio jurídico, em apertada síntese, consubstancia na legislação cível portuguesa a transmissão em favor de terceiro da posição contratual, desde que o cedido, antes ou depois da celebração do contrato, consinta na transmissão.

No nosso direito, a cessão de posição contratual, no silêncio das partes, implicará a substituição da figura do cedente pelo cessionário, permanecendo este na relação contratual em face do cedido e exonerando o cedente das obrigações perante o cedido, que deverão ser assumidas pelo cessionário desde a perfectibilização da cessão do contrato.

Isso pode ser diferente na hipótese em que o cedido anui com a cessão da posição contratual, mas não dispensa o cedente do cumprimento da obrigação contratual. Nessa hipótese, Orlando Gomes entende que a responsabilidade do cedente deve ser entendida como subsidiária, pelo fato de que, se fosse integral, o instituto estaria desnaturalizado. Complementa o autor sustentando que, na hipótese de não ocorrer a liberação, o cedido poderá agir contra o cedente somente se ocorrer descumprimento das obrigações que cessionário assumiu com a cessão do contrato[40].

De nossa parte, parece-nos que, via de regra[41], não é possível a cessão contratual, sem o consentimento do contratante cedido, pois haveria um desvirtuamento do instituto da cessão da posição contratual. Posição similar é de Tarciso Teixeira quando afirma, "[n]ão estando adimplida, estar-se-á diante de uma cessão de posição contratual, cujo ordenamento jurídico não tem um regime jurídico expresso, em que é necessário consentimento da parte contrária cedido[42]".

4. CONTRATO PRELIMINAR E PRINCIPAIS MODALIDADES POSITIVADAS DE COMPRA E VENDA DE BEM IMÓVEL

A prática contratual mostra que, invariavelmente, as partes contratantes acordam previamente o objeto do contrato e estabelecem múltiplas condições, mas a celebração do negócio jurídico em si fica postergada a um evento futuro. Isso deve-se, mormente, pela impossibilidade de que o negócio jurídico seja concluído na data de celebração do contrato preliminar. Dita impossibilidade momentânea pode girar desde uma dificuldade das contratantes para o preenchimento dos requisitos e condições formais do negócio, até motivos intrínsecos das partes ou mesmo em razão de conveniência de não concluir o negócio jurídico naquele determinado momento.

O legislador civilista atento a esta prática optou por positivar o contrato preliminar nos artigos 462 a 466 do Código Civil, positivação essa que não fora efetuada pelo Código Civil de 1916. Basicamente, o atual texto legal dispõe que dito negócio jurídico, com exceção da forma, deve conter os requisitos essenciais do contrato a ser celebrado.

Ademais, não existindo no negócio jurídico cláusula que preveja o arrependimento, qualquer das partes terá a faculdade de exigir da outra a celebração do contrato definitivo, assinalando prazo para que a outra parte o efetive. Dispõe o Código Civil que o contrato preliminar deve ser levado

ao registro compete, o qual no caso de contratos que visem bens imóveis se consubstancia pelo Registro de Imóveis.

O Código Civil, em seu artigo 464, trouxe notória efetividade ao contrato preliminar, estabelecendo, expressamente, que, uma vez esgotado o prazo requerido pelo solicitante a outra parte, ele poderá requerer, judicialmente, que seja suprida a vontade da parte inadimplente. Esse efeito trazido pelo Código Civil ao contrato preliminar constitui-se no tradicional remédio da execução específica prevista de longa data para o cumprimento de obrigações de fazer pelo Código de Processo Civil.

Dessa forma, tendo o negócio jurídico todos os requisitos legais, o juiz conferirá ao contrato preliminar o caráter de contrato definitivo, pelo qual a parte prejudicada poderá socorrer a sua pretensão por meio da antes referida tutela específica da obrigação de fazer, a fim de obter a sentença de adjudicação compulsória para tanto. Tal disposição, contudo, excetua-se caso a obrigação se opuser à natureza do contrato, como ocorre, por exemplo, nas hipóteses de obrigações intuitu personae, em que o devedor não pode ser constrangido a realizar a obrigação de fazer, ficando o juiz impossibilitado de suprir a sua omissão.

Adicionalmente, o artigo 465 do Código Civil prevê uma opção alternativa à tutela executiva ao estabelecer que, na hipótese de a parte estipulante não proceder à devida execução do contrato preliminar, será facultado à parte prejudicada considerar o contrato preliminar desfeito, podendo pleitear perdas e danos da parte inadimplente.

Para fins deste estudo, nos centraremos nas modalidades de contratos preliminares sob a ótica da positivação que repercute no Direito Imobiliário e voltada, especialmente, à compra e venda de bens imóveis[43]. Desse modo, verificaremos as modalidades de contratos preliminares positivadas no ordenamento que envolvam à aquisição de bens imóveis e as suas peculiaridades quanto ao direito à aquisição de imóvel.

4.1. DO COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL E DA SUA CESSÃO

A introdução do compromisso de compra e venda de imóveis no ordenamento jurídico pátrio deu-se inicialmente apenas em relação a imóvel loteado e vem de longa data. Com efeito, esse negócio jurídico foi positivado pelo Decreto-Lei nº 58/1937 ("DL 58/1937"), que regulou o loteamento e, sobretudo, a venda de terrenos com pagamento em prestações, aplicando-se, originalmente, de forma exclusiva aos compromissos de compra e venda de imóveis loteados.

O contexto do surgimento dessa normativa foi muito claro, uma vez que se pode verificar expressamente no introito da normativa que esse arcabouço jurídico surgiu em razão da expansão das atividades de loteamento de imóveis para a venda com pagamento em prestações. A referida legislação apresenta ainda como sua justificativa o fato de que ditas transações não tinham o condão de transferir o domínio ao adquirente, uma vez que o artigo 1.088[44] do Código Civil de 1916, vigente à época, permitia às partes arrepender-se antes de assinada a escritura de compra e venda. Desse modo, os adquirentes, invariavelmente, encontravam-se desassistidos no tocante à obtenção da propriedade dos imóveis loteados, dependendo apenas da boa-fé do promitente vendedor.

Considerando esse cenário, o DL 58/1937 introduziu a irrevogabilidade e irretratibilidade do compromisso de compra e venda, conferindo aos adquirentes de imóveis loteados maior segurança em relação à obtenção da propriedade desses imóveis.

Ademais, denota-se da análise do artigo 5º[45] do citado DL 58/1937, que foi outorgado ao compromissário comprador, mediante a averbação do instrumento de compromisso de venda no livro auxiliar dos cartórios do Registro Imobiliário, a aquisição do direito real oponível a terceiros no tocante à alienação ou oneração do imóvel comprometidos ao promitente adquirente.

Importante destacar que a inscrição do compromisso de compra e venda produz o efeito constitutivo de um direito real, no caso o direito real do promitente adquirente a ver o seu negócio efetivado perante quaisquer terceiros. De fato, a efetivação do ingresso do título, seja ele celebrado por instrumento público ou particular, no Registro de Imóveis competente constitui um direito real, uma vez que faz nascer, um direito que até então não existia. Nesse sentido, Angel Cristóbal Montes afirma que "[a] inscrição é constitutiva quando figura como requisito necessário para que um direito real nasça, modifique-se (...)"[46].

Diferente é a hipótese de transmissão de um direito real, pela qual se transfere um direito que já é preexistente. Como exemplo, pode-se mencionar a hipótese da cessão de um compromisso de compra e venda de imóvel loteado devidamente registrado no Registro de Imóveis competente.

Em dita cessão, transmite-se o direito real oponível perante terceiros do compromisso de compra e venda de imóvel. Contudo, não se pode considerar que está sendo constituído o direito real, senão transmitido, uma vez que o direito real do cessionário oponível a terceiros já era preexistente.

Essa diferenciação entre a constituição de um direito real não existente, bem como a transmissão de um direito real, este já existente e, portanto, passível de transferência, será de suma importância quando verificarmos as hipóteses de incidência do ITBI nas transações imobiliárias.

No que tange ao regramento pátrio sobre o universo dos direitos reais, é imperiosa a compreensão do artigo 1.227 do Código Civil. Da análise desse dispositivo verifica-se que o texto legal vai ao encontro da nossa afirmação, pois menciona que os direitos reais são adquiridos tanto pela constituição como pela transmissão por atos entre vivos. Este dispositivo legal condiciona a aquisição dessa transferência a um rito formal para a sua constituição, que vem a ser justamente o registro no Registro de Imóveis, excetuando-se hipóteses expressamente disciplinadas de forma diferente pelo Código Civil.

Portanto, na hipótese corriqueira da lavratura de uma escritura pública de compra e venda, quando do registro desta no Registro de Imóvel, estar-se-á transmitindo a propriedade de um imóvel do vendedor para o comprador. Assim, a aquisição do direito real de propriedade dá-se pela transmissão de um direito, uma vez que o direito de propriedade era detido pelo vendedor

que resolveu transmitir este direito, privando-se da propriedade preexistente, em troca do recebimento do preço.

De outro lado, na frequente hipótese da consecução do registro perante o Registro Imobiliário de um compromisso de compra e venda irrevogável, estaremos diante da constituição de um direito que ainda não existia. Direito este que será adquirido ou terá eficácia jurídica em favor do promitente comprador quando da consecução do registro do título. Nesta hipótese, de forma clara, não há a aquisição pela transmissão de um direito, senão a aquisição de um direito derivada da constituição desse direito, que até então não existia, como no exemplo da transmissão da propriedade mencionado acima, e que passa a existir.

Ademais, afigura-se que o DL 58/1937, em seu artigo 16[47], com alterações trazidas igualmente pela Lei nº 6.014/1973, introduziu a faculdade de os promitentes compradores que se antecipassem ou quitassem o compromisso de compra e venda proporem a ação de adjudicação compulsória para o cumprimento da obrigação por parte do promitente vendedor.

Assim, denota-se que tanto a possibilidade de outorga do direito real, quanto a faculdade da interposição da adjudicação compulsória se constituíram em duas relevantes inovações que foram consagradas ao longo dos anos pelo DL 58/1937.

Cabe ressaltar que ditas faculdades foram evoluções trazidas pelo legislador, na medida em que os operadores do direito se valiam até então apenas das usuais[48] promessas de compra e venda passíveis, via de regra, de direito de arrependimento[49]. Dessa forma, pode-se afirmar que, com a sensibilidade e adequação normativa carreada pelo legislador à época, foram mitigadas certas situações despropositadas que eram produzidas na esfera imobiliária, resultante da falta de efetividade das promessas de compra e venda. Tinha-se como regra a faculdade do arrependimento, não obstante substancial parte do negócio tivesse sido adimplida.

Não tardou muito para que o legislador pátrio, por meio da Lei nº 649/1949, regulasse a seara dos compromissos de compra e venda dos imóveis não loteados. Essa normativa, que modificou a redação original do artigo 22 do DL 58/1937[50], teve a virtude de estender a proteção trazida pelo "direito real oponível a terceiros" às modalidades de compromisso de compra e venda de imóveis não loteados. Consequentemente, o âmbito legal do direito real ampliou-se verticalmente na esfera do Direito Imobiliário pátrio.

O referido artigo 22 do DL 58/1937[51], que regulava os compromissos de compra e venda de imóveis não loteados, foi objeto de nova alteração trazida pela redação dada pela Lei nº 6.014/1973, a qual adaptou o mencionado artigo 22 às disposições do Código de Processo Civil de 1973. Esta nova modificação foi mais uma demonstração da intenção do legislador em solidificar a noção do direito real do promitente comprador de adquirir o imóvel compromissado, com a intenção de conferir efeitos erga omnes a esse direito. Dessa forma, para que seja alcançado o status de direito real, o artigo 22 do DL 58/1937 estatuiu que o negócio jurídico deverá ser inscrito junto ao Registro de Imóveis competente e não conter cláusula que faculte o arrependimento em relação ao negócio.

Atualmente, a Lei de Loteamento, reveste-se na normativa que regula o loteamento, desmembramento e os compromissos de compra e venda de imóveis loteados, originariamente regulados pelo DL 58/1937.

A Lei de Loteamento ratificou o status já consagrado ao compromisso de compra e venda de um negócio irretratável, que contém o direito a adjudicação compulsória e, quando registrado no Registro de Imóveis competente, conferindo ao compromisso de compra e venda o direito real oponível a terceiros. Essa regra foi esculpida por meio do artigo 25[52] da Lei de Loteamento, que atribuiu aos compromissos de compra e venda, cessões e promessas de cessão o referido direito real oponível a terceiros.

Adicionalmente, denota-se que a Lei de Loteamento deixou expresso que não somente o compromisso de compra e venda, mas também as suas cessões e as promessas de cessão estariam abarcadas na conceituação de negócios jurídico irretratáveis, desde que cumpridos os requisitos legais, tal como no caso do compromisso de compra e venda, caracterizando-se como um direito real com efeitos erga omnes.

Excetua-se da regra geral o disposto no § 6º do artigo 26 da Lei de Loteamento, introduzido pela Lei nº 9.785/1999, cujo propósito foi de resguardar os interesses dos adquirentes de imóveis loteados. De sorte que, nessa hipótese, o compromisso de compra e venda registrado conjuntamente com a apresentação ao Oficial Registrador pelo promitente comprador da quitação do compromisso e do imposto de transmissão, ensejará a transmissão da propriedade, conforme se verifica do referido dispositivo legal: "Os compromissos de compra e venda, as cessões e as promessas de cessão valerão como título para o registro da propriedade do lote adquirido, quando acompanhados da respectiva prova de quitação."

A identificação desses efeitos da cessão registrada é essencial, para fins de análise sobre a incidência do ITBI. Em razão disso, cumpre frisar que a cessão de um compromisso de compra e venda registrado configura transmissão de um direito real, uma vez que se transfere um direito já existente. Trata-se da transferência do direito real, de oponibilidade perante terceiros, do compromisso de compra e venda ou, como disciplina o Código Civil, da transferência do direito real do promitente comprador à aquisição do imóvel.

4.2. DA PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE UNIDADES AUTÔNOMAS E DA SUA CESSÃO

Tratamento similar ao do compromisso de compra e venda e de suas cessões de direitos foi o trazido pela Lei nº 4.591/1964 ("Lei de Incorporação"), que regula as incorporações imobiliárias e os direitos dos adquirentes de unidades autônomas.

Conforme a dicção do § 2º do artigo 32 da Lei de Incorporação, os contratos de compra e venda, promessa de venda, cessão ou promessa de cessão de unidades autônomas constituem-se negócio jurídico irretratável. Ademais, uma vez registrados, conferem direito real oponível a terceiros[53], bem como atribuem direito à adjudicação compulsória em face do incorporador, até mesmo na hipótese de eventual insolvência posterior ao término da obra.

Dessa forma, afigura-se que as promessas de compra e venda contratadas no âmbito da Lei de Incorporação possuem natureza irretratável e isso se entende ainda que tenha sido avençado

de forma diversa, por tratar de preceito de ordem pública. Adicionalmente, o legislador estipulou que esses contratos, uma vez registrados no competente Registro de Imóveis, conferem ao promitente comprador o direito real oponível a terceiros.

Como já mencionado quando tratado do compromisso de compra e venda, na hipótese de inscrição do título junto ao Registro de Imóveis, será conferido ao promitente comprador à aquisição mediante constituição (criação) do direito real oponível a terceiros. Adicionalmente, da mesma forma que ocorre na cessão do compromisso, na hipótese de cessão da promessa de unidades autônomas, o adquirente, após o devido registro junto ao Registro de Imóveis, terá adquirido o direito real perante terceiros, mediante a transmissão de dito direito real que já era preexistente.

4.3. DO DIREITO REAL À AQUISIÇÃO DO IMÓVEL NO CÓDIGO CIVIL

Atualmente, as promessas de compra e venda de bem imóvel, assim como os negócios denominados compromisso de compra e venda, de um modo geral, sujeitam-se à positivação do Código Civil. Ao nosso sentir, o diploma civil teve a intenção de conferir aos promitentes compradores, desde que preenchidos determinados requisitos legais que serão analisados, o importante direito real à aquisição do imóvel.

Desse modo, independentemente de o negócio jurídico entabulado ser regido sob a égide de leis especiais, tais como aquelas que regulam os imóveis provenientes de loteamentos ou incorporações imobiliárias, outras relações jurídicas podem conferir o direito real à aquisição aos promitentes compradores. Este é o exemplo dos negócios jurídicos imobiliários oriundos da contratação civil, entre particulares, os quais foram indiscutivelmente brindados com o direito real mediante o cumprimento de certos requisitos de forma.

Nesse sentido, o direito real à aquisição do imóvel ou frente a terceiros não é mais exclusivo daqueles negócios jurídicos imobiliários sujeitos ao âmbito do DL 58/1937, da Lei de Loteamento e da Lei de Incorporação. Desse modo, uma promessa de compra e venda celebrada por particulares ou mesmo por incorporador quando da aquisição de um imóvel que será destinado à incorporação, se preenchidos os requisitos previstos no Código Civil, terão o status de direito real à aquisição, bem como a ação de execução compulsória, que já era amplamente consagrada no universo imobiliário.

Dito regramento encontra-se esculpido nos artigos 1.417 e 1.418 do Código Civil. Esses dispositivos legais são responsáveis pela consagração do direito real à aquisição do imóvel ao promitente comprador, que será analisado no Item 4.3.1 abaixo. Ademais, o Código Civil teve o mérito de conferir ao promitente adquirente, subordinado ao cumprimento de certos requisitos, a roupagem de direito real, conforme elenca o artigo 1.225, inciso VII, do referido diploma legal.

De outro lado, ainda que, via de regra, possa se auferir da interpretação do artigo 1.417 do Código Civil que as promessas de compra e venda sejam irrevogáveis, nada impede que elas sejam celebradas com o elemento do direito de arrependimento, sendo, assim, revogáveis. Nesta hipótese, o promitente comprador não possuirá o direito real à aquisição, sem prejuízo de valer-se da execução específica.

4.3.1 DOS REQUISITOS DO DIREITO REAL À AQUISIÇÃO DO IMÓVEL NO CÓDIGO CIVIL

Os artigos 1.417 e 1.418 do Código Civil regulamentaram o direito real à aquisição de imóvel atribuído ao promitente comprador, subordinado ao atendimento de certos requisitos legais. Assim, o negócio jurídico que outrora, via de regra, gerava apenas um direito de crédito em favor do promitente comprador, passa a obter o status de direito real à aquisição, alcançando a oponibilidade erga omnes.

No tocante aos requisitos à obtenção do direito real à aquisição, excetuando-se aqueles aplicáveis aos negócios jurídicos, temos como primeiro deles, consoante o referido artigo 1.417 do Código Civil, que as partes não tenham estabelecido no negócio jurídico a possibilidade de arrependimento. Recorde-se que dita faculdade se encontrava, expressamente, contida no artigo 1.088[54] do revogado Código Civil de 1916. De outro lado, fixou o Código Civil, no mesmo artigo 1.417, a necessidade de o negócio jurídico, que pode ser celebrado por instrumento público ou particular, haver sido levado a registro junto ao Registro de Imóveis competente para tanto.

Adicionalmente, como explica Francisco Eduardo Loureiro, devem ser somados aos requisitos explicitados no artigo 1.417[55] e que cancelam o direito real à aquisição aqueles requisitos que compõem o contrato preliminar, dispostos nos artigos 462 e 463 do Código Civil, na medida em que os referidos dispositivos legais disciplinam o gênero do contrato preliminar, pelo qual se encontra inserido o compromisso de compra e venda que é espécie daquele[56].

Já o artigo 1.418[57] do Código Civil prevê o direito daquele promitente comprador que possui o direito real à aquisição do imóvel de poder exigir do proprietário e promitente vendedor a outorga da escritura pública definitiva de compra e venda, bem como o mesmo direito em favor do cessionário, caso a promessa de compra e venda tenha sido validamente cedida.

Dispõe, ainda, o referido artigo 1.418, que, havendo a recusa por parte do proprietário e promitente vendedor em lavrar a escritura pública, será facultado ao promitente comprador requerer ao juiz a adjudicação do imóvel.

Corroboramos com o entendimento de Francisco Eduardo Loureiro[58] no tocante à interpretação quanto à necessidade de registro para adjudicação do imóvel prevista no artigo 1.418 do Código Civil. Segundo o autor, dito registro é requisito dispensável para que o promitente comprador possa buscar a tutela jurisdicional da obrigação de fazer, de forma a obter a decisão que substituí os efeitos da escritura pública de compra e venda.

Desse modo, contrariamente ao previsto no referido disposto legal e nos termos da dicção da Súmula 239[59] do Superior Tribunal de Justiça ("STJ"), entendemos[60] que não haveria empecilhos, para que o promitente comprador, mesmo sem o contrato registrado no Registro de Imóveis, requeresse judicialmente a tutela da obrigação de fazer e de prestar declaração para concluir o contrato, nos termos do artigo do 497[61] da Lei nº 13.105/2015 ("NCPC"). Ademais, adefere-se que o resultado a ser obtido na sentença que busca a obrigação de fazer de contrato não registrado é análogo ao daquele promitente comprador que ingressou com a ação de adjudicação compulsória.

Contudo, ressalta-se que o registro do negócio jurídico perante o Registro de Imóveis é, sim, necessário à constituição do direito real à aquisição do imóvel pelo promitente comprador. Nesse mesmo sentido, Francisco Eduardo Loureiro ensina que a utilidade do registro é de que o negócio jurídico seja oponível perante terceiros[62].

Há de ressaltar-se, ainda, que, não obstante a ocorrência ou não do devido registro do negócio jurídico perante o Registro de Imóveis, poderá o promitente comprador optar, alternativamente à execução de fazer ou à adjudicação compulsória, pela resolução do negócio jurídico que visa à aquisição do imóvel cumulada com perdas e danos e eventuais penalidades contratuais.

De outro lado, importa ressaltar que o efeito constitutivo do registro da promessa junto ao Registro de Imóveis competente, o qual retroage à prenotação do título pelo Oficial do Registro de Imóveis conforme a dicção do artigo 1.246[63] do Código Civil, é de suma importância, mormente, para resguardar os direitos do promitente comprador. Tendo o promitente comprador logrado êxito em registrar o negócio jurídico no Registro de Imóveis, este registro produzirá efeitos erga omnes, impedindo, a título de exemplo, que o proprietário e promitente vendedor concretize eventual alienação ou oneração do imóvel a terceiros.

Constata-se, ademais, que, após o registro da promessa de compra e venda de imóvel junto ao Registro de Imóveis, os efeitos atribuíveis ao título retroagirão à data de sua prenotação, garantindo ao título devidamente protocolado o direito à prioridade na aquisição do direito real[64]. O que significa que quaisquer atos de disposição praticados pelo promitente vendedor, após a válida prenotação, serão ineficazes contra o promitente comprador[65]. Dessa forma, se o título não for indeferido pelo registrador, o título primeiramente prenotado prevalecerá em relação aos demais.

SEGUNDA PARTE: DOS ASPECTOS TRIBUTÁRIOS

5. A LEGISLAÇÃO BRASILEIRA SOBRE O ITBI

A Constituição Federal não institui tributos, mas outorga competência para que União, Estados, Distrito Federal e Municípios possam fazê-lo, predeterminando o conteúdo material para o exercício dessa competência e delimitando, conseqüentemente, o poder que cada um desses entes federados dispõe para tanto.

Ao assim estabelecer, a Constituição Federal não deixa liberdade para que o legislador altere os fatos que podem ou não ser objeto de tributação[66]. Ou seja, ao exercer a competência para a instituição de tributos, os entes políticos deverão observar os contornos fixados na Constituição, nunca podendo ultrapassá-los, sob pena de inconstitucionalidade.

Em razão dessas regras fixas e rígidas de competência tributária, os significados dos termos utilizados pela Constituição Federal não poderão ser alterados pela legislação infraconstitucional[67], a fim de legitimar a instituição de determinado tributo sobre fato gerador[68] que não esteja autorizado pelo texto constitucional. Trata-se de consentâneo lógico, na medida em que, caso o significado dos termos pudessem ser alterados, a própria distribuição de competência seria alterada[69].

Dessa forma, os entes federados, quando da instituição dos tributos para os quais a Constituição Federal lhes outorgou competência, estão vinculados às hipóteses de incidência tributária e aos conceitos estabelecidos no texto constitucional.

Nesse ponto, é oportuno referir que nem sempre os conceitos relacionados às hipóteses de incidência virão expressamente definidos no texto constitucional, devendo, nessas hipóteses, serem obtidos a partir do direito infraconstitucional pré-constitucional[70], pois é essa a acepção em que a expressão foi incorporada pela Carta Magna[71].

Não fosse assim, e pudesse o intérprete atribuir novas acepções às palavras ou expressões do texto constitucional, seria questionável a própria existência da Constituição Federal como fonte de norma superior, na medida em que de nada serviria seus comandos, os quais poderiam ser manejados de acordo com a vontade do legislador infraconstitucional. Em outras palavras, admitir que a legislação infraconstitucional pudesse alterar os conceitos utilizados pela Lei Maior seria negar a supremacia constitucional.

Além de tratar-se de conclusão que, em relação ao direito tributário, extrai-se da própria divisão de competências fixada pela Constituição Federal, o artigo 110 da Lei nº 5.172/1966 ("Código Tributário Nacional") – recepcionado com status de Lei Complementar pela atual Constituição[72] – prevê expressamente a impossibilidade de alterar-se os conceitos de direito privado incorporados ao texto constitucional para fins de instituição de tributo. Com efeito, o referido dispositivo determina 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".

Ademais, além da observância dos termos dispostos no texto constitucional, é necessário, para a instituição de tributos, também observar o que estiver disposto em lei complementar, conforme prevê o artigo 146 da Constituição Federal:

Art. 146. Cabe à lei complementar:

(...)

III - estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre:

a) definição de tributos e de suas espécies, bem como, em relação aos impostos discriminados nesta Constituição, a dos respectivos fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes;

(...)

Pois bem, verificadas em que acepção são fixadas a competência e as hipóteses de incidência tributárias pela Constituição Federal, cumpre verificar a matriz constitucional do ITBI.

A competência para instituição do ITBI encontra-se prevista no artigo 156, inciso II[73], da Constituição Federal, que dispõe que compete aos Municípios – e, observado o artigo 147[74]

da Constituição, também ao Distrito Federal[75] — a instituição de imposto sobre "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".

No que tange às previsões infraconstitucionais acerca do ITBI, o artigo 35 do Código Tributário Nacional, prevê que:

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.

Parágrafo único. Nas transmissões causa mortis, ocorrem tantos fatos geradores distintos quantos sejam os herdeiros ou legatários.

É importante ter em conta que o Código Tributário Nacional exerce, em relação a vários tributos, dentre os quais o ITBI, a competência prevista no artigo 146, inciso III, alínea "a"[76], da Constituição Federal referido linhas acima. Nesse sentido, o artigo 35 do Código Tributário Nacional define os fatos geradores do ITBI.

Cumpra observar, porém, que, embora o artigo 35 do Código Tributário Nacional refira-se à competência como sendo dos Estados para instituição do imposto em análise — na medida em que, quando editado o Código, a matriz Constitucional[77] previa essa competência —, o referido dispositivo foi recepcionado pelo artigo 156, inciso II, da Constituição atual, que, como visto, prevê que é dos Municípios a competência para a instituição do ITBI.

Anote-se, também, que o artigo 35 do Código Tributário Nacional se refere à transmissão, a qualquer título, sem delimitá-la apenas aos casos de serem por ato oneroso, como faz Constituição atual em relação à definição da competência para instituição do ITBI. Isso também decorre da matriz constitucional vigente à época[78] da edição do Código, que não distinguia as hipóteses de transmissão por ato oneroso e a título gratuito. A competência foi ampliada e dividida entre Estados e Municípios pela Constituição atual[79], competindo aos Municípios o ITBI (artigo 156, inciso II) e aos Estados o imposto sobre causa mortis e doação (art. 155, inciso I)[80].

Como já referido acima, a legislação infraconstitucional não pode alterar as competências tributárias definidas na Constituição Federal, de modo que o artigo 35 do Código Tributário Nacional deve ser lido em conformidade com a matriz constitucional vigente. É dizer, no lugar de "competência dos Estados", deve ser lido "competência dos Municípios", bem como as

hipóteses de incidência sobre a transmissão "inter vivos" de bens imóveis ou de direitos reais sobre imóveis devem ser limitadas apenas aos casos em que se derem a título oneroso.

Assim, por força do artigo 146, inciso III, alínea "a", da Constituição Federal, além de observar a competência tributária fixada no artigo 156, inciso II, da Carta Magna, os Municípios deverão[81] observar também o disposto no artigo 35 do Código Tributário Nacional, para fixação dos fatos geradores do ITBI, que, conforme dispõem os referidos dispositivos, são os seguintes[82]:

- i.) a transmissão "inter vivos", a qualquer título, por ato oneroso, de bens imóveis, por natureza ou acessão física;
- ii.) a transmissão "inter vivos", a qualquer título, por ato oneroso, de direitos reais sobre imóveis, exceto os de garantia; e
- iii.) a cessão de direitos referentes à aquisição de bens imóveis e à aquisição de direitos reais sobre imóveis.

Somente nos casos em que os fatos se enquadrarem dentro dessas hipóteses — devendo, como se viu, ser observados os conceitos fixados na Carta Magna, no direito infraconstitucional pré-constitucional e no direito privado, para a limitação da abrangência dessas hipóteses — é que estão os Municípios autorizados a instituir o ITBI. Ou seja, cada um dos mais de 5.500 Municípios brasileiros, ao exercer sua competência para instituição do ITBI por meio de lei própria — ressaltando-se que a competência é do Município da situação do bem, nos termos do artigo 156, § 2º, inciso II[83], da Constituição Federal —, deverão observar os limites estabelecidos pela Constituição Federal e o disposto no Código Tributário Nacional.

Não poderão os Municípios, por exemplo, instituir ITBI sobre a transmissão de bens imóveis a título gratuito, pois o dispositivo constitucional prevê que o ato precisa ser oneroso[84].

Os Municípios também não poderão instituir ITBI sobre a constituição ou a cessão dos créditos hipotecários[85], pois, apesar de a hipoteca tratar-se de um dos direitos reais positivados pelo Código Civil (artigo 1.225, inciso IX[86]), é um direito de garantia (artigo 1.419[87] do Código Civil), expressamente excluído da competência para instituição do referido imposto, conforme dispõe o artigo 156, inciso II da Carta Magna.

Da mesma forma, os Municípios não estão autorizados a instituir ITBI sobre a "constituição" de direitos reais, na medida em que o dispositivo constitucional delimita a competência para a instituição do imposto sobre a "transmissão" onerosa e por ato entre vivos de bens imóveis e de direitos reais, bem como sobre a "cessão" de direitos a sua aquisição. Esse ponto será mais detalhadamente explorado adiante, no item "7" do presente artigo, na medida em que se trata de tema controvertido.

O que se verifica na prática, porém, é que pairam muitas dúvidas sobre a real observância, por alguns Municípios, dos limites de sua competência para instituição do ITBI. Com efeito, não são raros os casos[88] em que se discute se os Municípios incluíram nas respectivas legislações locais hipóteses de incidência que não foram contempladas pela Constituição como passíveis de serem oneradas por esse imposto.

Dentre essas situações, pode-se citar a incidência do ITBI nos casos de celebração de promessa e compromisso de compra e venda de imóvel, bem como nos casos de cessão desses instrumentos; a incidência do ITBI nos casos de usucapião de imóveis; a incidência do ITBI nos casos de desigualdade na partilha de bens em inventários e divórcios; a extensão da imunidade tributária do ITBI nos casos de transmissão de bens ou direitos incorporados ao patrimônio de pessoa jurídica em realização de capital, dentre outros[89].

Como já afirmado anteriormente, a análise no presente artigo será concentrada sobre a incidência do ITBI nos casos de transmissão da propriedade imobiliária, de promessa e compromisso de compra e venda de imóvel, bem como nos casos de suas cessões, situações corriqueiras no mercado imobiliário brasileiro e, portanto, de grande importância de ordem prática, em relação às quais, pelo que se sabe, os conceitos e argumentos aqui inseridos não foram analisados com a devida profundidade.

6. TRANSFERÊNCIA DA PROPRIEDADE IMOBILIÁRIA x ITBI

A transferência da propriedade imobiliária só ocorre com o respectivo registro do título translativo no competente Registro de Imóveis, de acordo com o que prevê o artigo 1.245 do Código Civil e conforme detalhadamente explicado na primeira parte do presente estudo.

Considerando que o artigo 156, inciso II, da Constituição Federal e o artigo 35, inciso I, do Código Tributário Nacional preveem que o ITBI incidirá sobre a transmissão "inter vivos", a qualquer título, por ato oneroso, de bens imóveis, por natureza ou acessão física, verifica-se que, em relação a essa hipótese de incidência, somente quando ocorrer o registro do título translativo de propriedade no competente Registro de Imóveis é que poderá incidir o ITBI, pois somente por meio da consecução desse ato é que ocorre a transmissão do bem imóvel, possuindo tal registro efeitos constitutivos, conforme apregoa a legislação pátria.

O momento da ocorrência do fato gerador do ITBI no caso da transferência de bens imóveis já foi muito discutido, mas o entendimento acima exposto está praticamente pacificado na doutrina[90] e na jurisprudência dos nossos tribunais superiores[91] há bastante tempo.

Ainda assim, é possível identificar na legislação de alguns Municípios a previsão de que o ITBI, nos casos da transmissão de bem imóvel, seria devido em momento anterior àquele do registro do título translativo de propriedade no Registro de Imóveis.

Mais recentemente, alguns Municípios, como é o caso do Rio de Janeiro, procuraram sustentar que a cobrança do ITBI poderia ocorrer em momento anterior ao da ocorrência do fato gerador com base no artigo 150, § 7º, da Constituição Federal, incluído pela Emenda nº 3/1993.

O referido dispositivo prevê que a "lei poderá atribuir a 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".

O argumento consiste, basicamente, em dizer que, como a Constituição Federal autoriza a transferência da responsabilidade tributária em relação ao fato gerador que deva ocorrer

posteriormente, não haveria problema em a legislação do ITBI exigir a cobrança desse imposto em momento anterior à efetiva ocorrência do fato gerador.

No entanto, o referido artigo 150, § 7º, da Constituição Federal não autoriza tal conduta.

Com efeito, o que esse dispositivo constitucional autoriza é a chamada substituição tributária para frente ou progressiva. Basicamente, por meio dessa sistemática, atribui-se a um determinado sujeito passivo de obrigação tributária a responsabilidade pelo pagamento de tributo em relação a fato gerador que ocorrerá posteriormente, mas em relação ao qual esse responsável não teria obrigação de pagamento, por não integrar a relação jurídico tributária que virá a acontecer. Essa técnica é muito utilizada no caso do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS), em que se atribui a um determinado integrante da cadeia de fornecimento a responsabilidade pelo pagamento do ICMS que incidirá em toda a cadeia, futuramente.

Veja-se, portanto, que, na sistemática autorizada pelo artigo 150, § 7º, da Constituição Federal, um determinado sujeito passivo passa a ser responsável pelo pagamento de um tributo cujo o fato gerador irá ocorrer posteriormente e do qual não seria ele o devedor[92].

Não se pode, portanto, com base nesse dispositivo, pretender que o sujeito passivo realize o pagamento do tributo que será devido por ele mesmo antes da ocorrência do respectivo fato gerador.

Nesse sentido, o entendimento do Supremo Tribunal Federal, que já afastou a possibilidade de aplicação do artigo 150, § 7º, da Constituição Federal especificamente em casos nos quais se pretendia promover a cobrança antecipada do ITBI, em momento anterior à ocorrência do fato gerador[93].

Dessa forma, apesar da insistência e da inovação nos argumentos por alguns Municípios, o que se tem é que a cobrança do ITBI na hipótese de transmissão da propriedade de imóvel só pode ocorrer quando houver o registro do título translativo no Registro de Imóveis, pois esse é o momento em que efetivamente ocorre a transferência da propriedade imobiliária, hipótese de incidência autorizada pela Constituição Federal, conforme amplamente reconhecido pelos nossos tribunais superiores.

7. PROMESSA E COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL x ITBI

Conforme se viu na primeira parte do presente estudo, via de regra[94], a promessa e o compromisso de compra e venda de imóvel não são capazes, mesmo mediante seu respectivo registro junto ao Registro de Imóveis, de transmitir a propriedade do bem imóvel.

Com efeito, mesmo não havendo cláusula de arrependimento nas promessas ou compromissos de compra e venda e que esses pré-contratos estejam registrados perante o Registro de Imóveis, ainda não há a transferência da propriedade. De fato, há a necessidade de registrar o instrumento definitivo de compra e venda junto ao Registro de Imóveis, para que a propriedade do imóvel seja transmitida.

Em razão disso, verifica-se que o registro da promessa ou do compromisso de compra e venda de imóvel no Registro de Imóveis não pode ensejar a incidência do ITBI sob o argumento de que se trataria de uma transmissão de bens imóveis, hipótese prevista na primeira parte do artigo 156, inciso II, da Constituição Federal e no artigo 35, inciso I, do Código Tributário Nacional. Nesse sentido, a propósito, é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, já manifestado em diversas oportunidades[95].

Por outro lado, ainda de acordo com o exposto na primeira parte do presente trabalho, o registro da promessa ou do compromisso de compra e venda de imóvel junto ao Registro de Imóveis faz nascer para o promitente comprador o direito real à aquisição do imóvel, conforme prevê o artigo 1.225, inciso VII, e o artigo 1.417 do Código Civil.

Diante dessa constatação, a questão que surge é se os Municípios estão autorizados a exigir o ITBI em razão do registro da promessa ou do compromisso de compra e venda, sob o argumento de que tal situação estaria compreendida na segunda parte do artigo 156, inciso II, da Constituição Federal e no artigo 35, incisos II e III, do Código Tributário Nacional, que autorizam a instituição do tributo sobre a transmissão de direitos reais sobre imóveis e sobre a cessão de direitos à sua aquisição.

Verifica-se que parte da doutrina pátria entende que, sim, seria possível a exigência desse imposto nessa situação. É o que defende, por exemplo, José Jayme de Macêdo[96], Kiyoshi Harada[97] e José Osório de Azevedo Jr.[98].

Com o devido respeito aos referidos autores, não parece que seja assim.

As hipóteses previstas na segunda parte do artigo 156, inciso II, da Constituição Federal e no artigo 35, incisos II e III, do Código Tributário Nacional, sobre as quais são autorizadas a incidência do ITBI, referem-se à "transmissão" inter vivos de imóveis e de direitos reais sobre imóveis, bem como "cessão" de direitos a sua aquisição.

Ocorre que, com o registro de compromisso ou promessa de compra e venda de bens imóveis no Registro de Imóveis, tem-se a "constituição", e não a "transmissão" ou "cessão" do direito real, de modo que não pode haver incidência do ITBI.

Como lecionam Sacha Calmon, Misabel Derzi e Eduardo Coelho[99], "não é válida a exigência [do ITBI], pois a simples promessa de compra e venda não transmite a propriedade de um direito real preexistente, sendo admissível, no máximo, que ela crie, por ficção, um direito real de garantia à futura aquisição do imóvel". E prosseguem os referidos autores: "Poderá haver, enfim, dupla incidência do ITBI, na promessa e, de novo, no registro da escritura definitiva, com transmissão da propriedade? Resposta: não, pois a primeira não configura fato gerador do imposto, na medida em que cria (e não transmite) direito real, cuja característica no ramo das incorporações é de garantia de uma futura aquisição".

Oportuno destacar, nesse ponto, que o fato da transmissão ou cessão e da constituição de direito reais serem formas de aquisição desses direitos, como detalhado na primeira parte do presente artigo, não autoriza que se possa instituir o ITBI sobre a constituição de direitos reais sob o argumento de que se tratariam de situações equivalentes.

Ora, caso o constituinte desejasse incluir no campo de incidência do ITBI todas as formas de "aquisição" de direito real, para abarcar a constituição, a transmissão e a cessão desses direitos, o teria feito expressamente. No entanto, dentre essas formas de aquisição por ato entre vivos do direito real, autorizou que apenas a transmissão ou cessão de direitos reais pudessem se constituir em hipótese de incidência do ITBI, deixando de fora a hipótese de constituição desses direitos[100].

Além disso, os efeitos da transmissão e da cessão não são os mesmos da constituição de um direito real, para fins de ITBI.

Com efeito, a rigor, o ITBI é um imposto que visa a onerar a transmissão de bens imóveis, como inclusive já apontava Rubens Gomes de Souza no relatório aprovado pela Comissão Especial que elaborou o projeto do Código Tributário Nacional, ao afirmar que o dispositivo que trata do ITBI "considera a transmissão da propriedade como sendo pròpriamente a matéria tributável, conceituando como fato gerador do impôsto o ato que dá lugar àquela transmissão"[101].

A primeira hipótese de incidência sobre a qual ele pode incidir, conforme se extrai do artigo 156, inciso II, da Constituição Federal e do artigo 35, inciso I, do Código Tributário Nacional, é a efetiva transmissão da propriedade do bem imóvel.

As outras duas hipóteses de incidência autorizadas pelo referido dispositivo constitucional e pelo artigo 35, inciso II e III, do Código Tributário Nacional – transmissão de direitos reais sobre imóveis e cessão de direitos à sua aquisição –, equiparam-se a uma transmissão de bens imóveis[102], para fins de incidência do ITBI.

De fato, referem-se a situações nas quais estavam presentes a potencialidade para que a efetiva transmissão do bem imóvel ocorresse futuramente. Porém, ao invés de haver a efetiva transmissão da propriedade – o que se daria mediante registro do título translativo no Registro de Imóveis –, aquele que dispunha da potencialidade para adquirir a propriedade do imóvel transmitiu ou cedeu os direitos reais que possuía para outra pessoa. Esta última passou, então, a ter a potencialidade para a aquisição da propriedade imobiliária. Ou seja, apesar de não haver transmissão da propriedade, houve a mudança do direito à aquisição do imóvel de uma pessoa para outra. E é justamente sobre essa mudança, que se dá mediante a transmissão ou a cessão de direitos reais sobre imóveis, que o Constituinte autorizou a incidência do ITBI, dada finalidade de onerar a transmissão de bens imóveis por esse imposto[103].

O mesmo não ocorre no caso da constituição de um direito real à aquisição do bem imóvel, na medida em que isso nem mesmo equivale a uma mudança de titularidade do bem imóvel, o que só ocorrerá ou quando houver o registro do título translativo no Registro de Imóveis, transferindo a propriedade para aquele que possui o direito real, ou quando houver a transmissão ou a cessão dos direitos de aquisição, como acima exposto.

Frise-se que pretender ampliar as hipóteses de incidência para além daquelas autorizadas pela Constituição Federal, seja expressamente, seja por meio de atribuição de significados distintos daqueles que foram incorporados ao texto constitucional, abriria espaço para que se tributasse um sem números de situações que não foram contempladas na fixação da competência

tributária e faria ruir as próprias limitações das competências determinadas pelo texto constitucional.

Por fim, cumpre ressaltar que o Supremo Tribunal Federal já há muito tempo[104] entende que a lei que tenha o compromisso ou a promessa de compra e venda como fato gerador do ITBI é inconstitucional, justamente em razão de que tal instrumento não transmite direitos reais nem configura cessão de direitos à aquisição deles.

Portanto, não há incidência de ITBI sobre a celebração e o registro da promessa ou do compromisso de compra e venda de bens imóveis perante o Registro de Imóveis, seja em razão de não haver transferência da propriedade, seja em razão de não haver a transmissão ou a cessão de direitos. Aqui existe a constituição de um direito real à aquisição, caso haja a perfectibilização do registro e desde que não tenha sido previsto o direito de arrependimento.

8. CESSÃO DA PROMESSA E DO COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL x ITBI

O artigo 156, inciso II, da Constituição Federal, em sua parte final, autoriza a instituição do ITBI sobre a cessão de direitos à aquisição de bem imóvel e sobre a cessão de direitos à aquisição de direitos reais sobre imóveis.

No mesmo sentido, o artigo 35, inciso III, do Código Tributário Nacional, que prevê como fato gerador do ITBI a "cessão de direitos relativos às transmissões referidas nos incisos I e II", incisos esses que se referem, respectivamente, à transmissão da propriedade ou do domínio útil e à transmissão de direitos reais sobre imóveis.

Dado esse arcabouço legislativo, cumpre analisar se os Municípios estão autorizados a instituir ITBI sobre a cessão de promessa e de compromisso de compra e venda.

Inicialmente, cabe ressaltar que a promessa ou o compromisso de compra e venda de imóveis não registrados junto ao Registro de Imóveis conferem ao promitente comprador apenas um direito pessoal à aquisição, que pode ser arguido apenas na esfera obrigacional, ou seja, entre partes e, não, perante terceiros, como ocorre com os efeitos oriundos do direito real. De outro lado, o promitente comprador terá o direito real à aquisição do imóvel quando estiverem presentes, fora os elementos de validade dos negócios jurídicos, dois requisitos essenciais, representados, respectivamente, pelo caráter irrevogável do instrumento, sem a faculdade de arrependimento às partes, bem como quando o título, seja ele público ou particular, esteja devidamente inscrito junto ao Registro de Imóveis.

O compromisso ou a promessa de compra e venda de bem imóvel podem ser cedidos a terceiros. Nessa situação, não tendo o negócio jurídico previsto direito de arrependimento, estando dito contrato registrado no respectivo Registro de Imóveis e sendo o instrumento de cessão de direitos também levado a registro, haverá a cessão do direito real do promitente comprador à aquisição do imóvel.

Como leciona Aires Fernandino Barreto, ao tratar da cessão de direitos como hipótese de incidência do ITBI, "[f]icam submetidas ao imposto, por exemplo, as cessões de compromisso de compra e venda, uma vez que se trata de cessão irrevogável de direitos sobre a propriedade

imobiliária"[105]. Afirma, ainda, o referido autor, na mesma linha do que se sustenta no presente artigo, que "[e]ssas cessões, juridicamente, não configuram transmissão da propriedade", razão pela qual "foram destacadas pela Constituição como variável para a criação do ITBI", prevenindo "a possibilidade de sucessivas cessões de compromisso ficarem à ilharga do campo impositivo"[106].

Como se vê, portanto, os Municípios estão autorizados a, na hipótese narrada acima, instituir o ITBI sobre a cessão do compromisso ou da promessa de compra e venda.

Cumprе ressaltar que existem decisões dos tribunais pátrios no sentido de que não há incidência do ITBI nos casos de cessão de promessa ou compromisso de compra e venda. Porém, os argumentos utilizados nessas decisões para levar a tal conclusão não nos parecem ser os mais adequados.

Com efeito, a linha argumentativa que em regra se identifica nessas decisões[107] pode ser assim resumida: o ITBI incide somente sobre a transmissão da propriedade de bens imóveis; a cessão da promessa ou do compromisso de compra e venda não transmite a propriedade; logo, não há incidência do ITBI sobre a cessão da promessa ou do compromisso de compra e venda.

Veja-se que uma das premissas que se utiliza para afastar a incidência do ITBI na situação acima descrita é a de que esse imposto incide somente sobre a transmissão da propriedade de bens imóveis. Ocorre que esta não é a única hipótese de incidência autorizada pelo texto constitucional e pelo Código Tributário Nacional, como já visto exaustivamente acima, sendo que o referido imposto pode incidir também sobre a transmissão de direitos reais sobre imóveis, bem como sobre a cessão de direitos à aquisição de bem imóvel e sobre a cessão de direitos à aquisição de direitos reais sobre imóveis.

Dessa forma, ainda que, efetivamente, não haja a transmissão da propriedade de imóvel nos casos de cessão de promessa ou compromisso de compra e venda, é salutar que se considere se há ou não há a transmissão ou a cessão de direitos aquisitivos.

E, como se viu linhas acima, a cessão de compromisso ou promessa de compra e venda de imóveis transfere direitos reais, desde que tanto a promessa ou compromisso e o respectivo instrumento de cessão, pactuados sem a faculdade de arrependimento, sejam levados a registro no Registro de Imóveis.

Assim, o raciocínio que se deve aplicar é o seguinte: o ITBI incide também sobre a transmissão de direitos reais sobre imóveis e sobre a cessão de direitos à sua aquisição; a cessão de promessa ou compromisso de compra e venda de imóveis transmite direitos reais sobre imóveis, desde que tanto a promessa ou compromisso, sem previsão de arrependimento, quanto o respectivo instrumento de cessão, sejam levados a registro no Registro de Imóveis. Logo, há incidência do ITBI sobre a cessão de promessa ou compromisso de compra e venda, quando tanto a promessa ou o compromisso como o respectivo instrumento de cessão sejam levados a registro no Registro de Imóveis.

Veja-se que a premissa para que haja a incidência do ITBI na situação tratada indica a necessidade de que tanto a promessa ou o compromisso de compra e venda, quanto o

instrumento de cessão sejam levados a registro junto ao Registro de Imóveis. De fato, para que haja a possibilidade de ceder ou transmitir o direito real à aquisição da propriedade do promitente comprador do imóvel, primeiro é necessário que esse direito seja constituído. E, para que esse direito seja constituído, é necessário, dentre outros requisitos já analisados, que a promessa de compra e venda seja registrada no Registro de Imóveis, conforme prevê o artigo 1.417[108] do Código Civil.[109]

A cessão do direito à aquisição da propriedade, por sua vez, também deverá ocorrer mediante o registro no Registro de Imóveis. Com efeito, não se poderia admitir que, para a constituição do direito, fosse necessário o registro e que, para sua cessão, não. Além disso, como se trata de um direito real – portanto, com oponibilidade erga omnes –, é imprescindível o registro, para que seja possível a qualquer um identificar a existência desse direito[110].

Portanto, poderá haver a incidência de ITBI sobre a cessão de compromisso ou promessa de compra e venda. Porém, é condição necessária que tanto o compromisso ou a promessa de compra e venda, bem como o instrumento de cessão tenham sido registrados no Registro de Imóveis.

Por outro lado, como consequência lógica, se não houver esses registros, não haverá incidência do ITBI. Observa-se, nesse ponto, que a ausência dos registros pode significar uma redução de custos em razão da impossibilidade de exigência do ITBI e de emolumentos registraes, mas o promitente comprador não gozará do relevante direito real à aquisição do imóvel, reduzindo significativamente sua segurança em relação à futura concretização da transmissão da propriedade imobiliária.

9. CONCLUSÕES

Elencamos a seguir aquelas conclusões que ao nosso entender melhor refletem o conteúdo deste artigo e as nossas posições sobre o tema:

(i) Os direitos reais sobre imóveis, oriundos de ato inter vivos e de título que tenha os requisitos de validade dos negócios jurídicos, são constituídos (nascidos), quando o direito real não seja preexistente, originando-se dito direito real no momento da consecução do registro do título hábil junto ao Registro de Imóveis.

(ii) Os direitos reais sobre imóveis, por ato inter vivos e com os requisitos de validade dos negócios jurídicos, são transmitidos a terceiro(s), quando eles forem preexistentes, sendo transferidos pelo titular do direito, por meio do título hábil que ao ser registrado no Registro de Imóveis, originará o direito real à aquisição do imóvel em favor do cessionário. Dita transmissão, igualmente à constituição do direito real, possui efeitos constitutivos que somente nascem após a perfectibilização do registro.

(iii) Observados o artigo 156, inciso II, da Constituição Federal e o artigo 35 do Código Tributário Nacional, o ITBI pode incidir sobre: (a) a transmissão "inter vivos", a qualquer título, por ato oneroso, da propriedade de bens imóveis, por natureza ou acessão física; (b) a transmissão "inter vivos", a qualquer título, por ato oneroso, de direitos reais sobre imóveis, exceto os de garantia; e (c) a cessão de direitos referentes à aquisição de bens imóveis e à aquisição de

direitos reais sobre imóveis. Somente nos casos em que os fatos se enquadrarem dentro dessas hipóteses é que estão os Municípios autorizados a instituir o ITBI, devendo ser observados os conceitos fixados na Constituição Federal, no direito infraconstitucional pré-constitucional e no direito privado, para a limitação da abrangência dessas hipóteses.

(iv) A transmissão da propriedade imobiliária só ocorre com o respectivo registro do título translativo no competente Registro de Imóveis, de acordo com o que prevê o artigo 1.245 do Código Civil. Logo, em relação à transmissão da propriedade, somente poderá incidir o ITBI quando houver o registro do título translativo no Registro de Imóveis. O artigo 150, § 7º, da Constituição Federal não autoriza a cobrança do ITBI em momento anterior à efetiva ocorrência do fato gerador, conforme inclusive já reconheceu o Supremo Tribunal Federal em mais de uma oportunidade, na medida em que o referido dispositivo constitucional prevê hipótese na qual um determinado sujeito passivo passa a ser responsável pelo pagamento de um tributo cujo o fato gerador irá ocorrer posteriormente e do qual não seria ele o devedor (a chamada substituição tributária para frente ou progressiva).

(v) Não pode haver exigência de ITBI sobre a promessa ou o compromisso de compra e venda de imóvel, mesmo mediante seu respectivo registro junto ao Registro de Imóveis e mesmo não havendo cláusula de arrependimento. Isso porque não há transmissão da propriedade imobiliária, pois há a necessidade de registrar o instrumento definitivo de compra e venda junto ao Registro de Imóveis. Adicionalmente, não há incidência de ITBI, pois nessa hipótese não há transmissão ou cessão de direitos reais sobre imóveis: o que se verifica com o registro do compromisso ou promessa de compra e venda, sem direito de arrependimento, no Registro de Imóveis é a "constituição" do direito real à aquisição, hipótese sobre a qual a Constituição Federal e o Código Tributário Nacional não autorizam a incidência do ITBI. Somente se se tratasse de "cessão" ou de "transferência" desse direito real é que poderia haver a incidência do imposto.

(vi) Pode haver exigência de ITBI sobre a cessão do compromisso ou da promessa de compra e venda, desde que ditos contratos não prevejam direito de arrependimento e sejam, ele e o respectivo instrumento de cessão, registrados no Registro de Imóveis. Isso porque, atendidos esses requisitos, haverá a cessão ou transferência do direito real do promitente comprador à aquisição do imóvel, sobre a qual o artigo 156, inciso II, da Constituição Federal e o artigo 35 do Código Tributário Nacional autorizam a incidência do ITBI. Há decisões judiciais em sentido contrário, mas a premissa adotada nesses julgamentos – no sentido de que o ITBI incide somente sobre a transmissão da propriedade – não parece ser a mais adequada.

(vii) Não poderá haver exigência de ITBI sobre a cessão da promessa e do compromisso de compra e venda, caso esse contrato preveja cláusula de arrependimento, na medida em que nessa situação não haverá a constituição de direito real à aquisição do promitente comprador e, conseqüentemente, não haverá possibilidade de transferi-lo.

(viii) Da mesma forma, não haverá incidência do ITBI quando, mesmo não contendo cláusula de arrependimento, o compromisso ou a promessa de compra e venda e o instrumento de cessão não sejam levados a registro junto ao Registro de Imóveis competente. Com efeito, se o compromisso ou a promessa de compra e venda não estiverem registrados no Registro de

Imóveis, não haverá constituição de direito real à aquisição do promitente comprador, de modo que, como já afirmado, não haverá possibilidade de transferi-lo. Já no caso de o compromisso ou da promessa de compra e venda haverem sido registrados no Registro de Imóveis, mas o instrumento de cessão não vier a ser levado a registro, não haverá transmissão do direito real à aquisição do bem imóvel. Isso porque, assim como à constituição do direito real à aquisição é necessário a perfectibilização do registro, também para sua cessão ou transferência se faz necessária tal formalidade.

10. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARO, Luciano. Direito Tributário Brasileiro. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

ASSIS, Luiz Gustavo Bambini de. A evolução do direito de propriedade ao longo dos textos constitucionais. Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. [S.l.], v. 103, p. 781 - 791, jan. 2008.

ÁVILA, Humberto Bergmann. Imposto sobre prestação de serviços de qualquer natureza. Exportação de serviços: Lei Complementar nº 116/2003. Isenção: Requisitos e alcance. Conceitos de "desenvolvimento" de serviço e "verificação". Revista Dialética de Direito Tributário. São Paulo, n. 134: Novembro/2006.

_____. Sistema Constitucional Tributário. 5. ed. São Paulo. Saraiva, 2012.

AVVAD, Pedro Elias. Direito Imobiliário: teoria geral e negócios imobiliários. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

BALBINO FILHO, Nicolau. Registro de Imóveis: doutrina, prática, jurisprudência. 8 ed. São Paulo: Atlas, 1996.

BARRETO, Aires Fernandino. Curso de Direito Tributário Municipal. 2. ed. São Paulo. Saraiva, 2012.

_____. Imposto sobre a transmissão de bens imóveis – ITBI. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). Curso de direito tributário. 4. ed. Belém: CEJUP – Centro de Estudos de Extensão Universitária, 1995. v. 2. p. 331-343.

BECKER, Alfredo Augusto. Teoria Geral do Direito Tributário. 6. ed. São Paulo: Noeses, 2013.

CARVALHO, Afrânio de. Registro de Imóveis: comentários ao sistema de registro em face da Lei nº 6.015, de 1973, com as alterações da Lei nº 6.216, de 1975. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

CHALHUB, Melhim Namem. Da incorporação imobiliária. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

_____. Curso de direito civil: direitos reais. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002.

DE AZEVEDO JÚNIOR, José Osório. Compromisso de Compra e Venda. 5. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

GOMES, Orlando. Direitos Reais. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

HARADA, Kiyoshi. ITBI: doutrina e prática. São Paulo. Atlas, 2010.

JARDIM, Mónica. O sistema registral espanhol e os efeitos substantivos gerados pelo registro – A perspectiva de uma portuguesa, Revista de Direito Imobiliário. v. 75, p. 221-274, 2013.

_____. O Sistema Registral Germânico. Revista de Direito Imobiliário, v. 59, p. 213-238, 2005.

LOUREIRO, Francisco Eduardo. Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência: Lei n. 10.406, de 10.01.2002: contém o Código Civil de 1916, Cezar Peluso (coord.). 7. ed. Barueri: Manole, 2013.

LOUREIRO, Luiz Guilherme. Direito reais: à luz do Código Civil e do direito registral. São Paulo: Editora Método, 2004.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito de Construir. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

OLIVEIRA, José Jayme de Macêdo. Impostos municipais: ISS, ITBI, IPTU: comentários, doutrina, jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2009.

PAULSEN, Leandro. Direito Tributário: Constituição e Código Tributário à luz da doutrina e da jurisprudência. 17. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

PAULSEN, Leandro; DE MELO, José Eduardo Soares. Impostos federais, estaduais e municipais. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

PINTO, Carlos Alberto da Mota. Cessão de Contrato: contendo parte tratando a matéria conforme o direito brasileiro. São Paulo: Saraiva, 1985.

PINTO JUNIOR, Moacyr. O fato gerador do ITBI. In: Âmbito Jurídico. Rio Grande, X, n. 43, jul. 2007. Disponível em http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=4122. Acesso em: 11 de maio de 2016.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de Direito Privado. Parte Especial. Direito das coisas: Propriedade. Aquisição da propriedade imobiliária. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

Projeto de Código Tributário Nacional. In: BRASIL. Ministério da Fazenda. Trabalhos da Comissão Especial do Código Tributário Nacional. Rio de Janeiro: [s.n.], 1954. p. 79-262. cap. 3.

MONTES, Angel Cristóbal. Direito Imobiliário Registral. Trad. Francisco Tost. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005, t. XI.

RECH, Adir Ubaldo. Direito Urbanístico: fundamentos para construção de um plano direito sustentável na área urbana e rural. Caxias do Sul: Educs, 2010.

RIZZARDO, Arnaldo. Contratos. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

SERPA LOPES, Miguel Maria. Curso de Direito Civil (Direito das Coisas: Princípios gerais, posse, domínio e propriedade imóvel). v. VI. 2. ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1962.

SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. Direito Imobiliário – Teoria e Prática. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

SOUZA JUNIOR, Paulo Roberto de. Estatuto da cidade e o plano diretor: instrumentos para o cumprimento da função social da propriedade. Revista Brasileira de Direito Público - RBDP, Belo Horizonte, ano 5, n. 19, p. 97-106, out/dez. 2007.

TEIXEIRA, Tarcisio. Compromisso e promessa de compra e venda: distinções e novas aplicações dos contratos preliminares. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

VANZELLA, Rafael Domingos Faiardo. O Contrato e os Direitos Reais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

[1] Doutor em Direito Público pela Universidad de Burgos – Espanha. Especialista em Direito Imobiliário (FADISP). Professor convidado em Cursos de Especialização. Autor de artigos sobre temática de Direito Imobiliário. Membro da Direção da AGADIE. Advogado. E-mail: fabio.baldissera@soutocorrea.com.br

[2] Especialista em Direito Tributário (IBET). Autor de artigos sobre Direito Tributário e Aduaneiro. Advogado. E-mail: valter.tremarin@soutocorrea.com.br

[3] Sobre o direito de propriedade, oportuno são os ensinamentos de Miguel Maria de Serpa Lopes: "Ao construirmos a classificação dos Direitos Reais, situamos a propriedade na posição de centro de irradiação de todos os demais direitos reais (cfr. N. 19 supra). Efetivamente, o Direito de Propriedade congrega em torno de si todas as demais categorias de Direitos Reais limitados ou Direitos Reais sobre a Coisa Alheia, os quais giram em seu redor, atento representar o centro do sistema jurídico a que cada um deles pertence. A propriedade, por conseguinte, surge como uma relação fundamental do Direito das Coisas." SERPA LOPES, Miguel Maria. Curso de Direito Civil (DIREITO DAS COISAS: Princípios gerais, posse, domínio e propriedade imóvel). v. VI. 2. ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1962, p. 225-226.

[4] Art. 1.228 do Código Civil: "O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha."

[5] Explica o autor Luiz Antonio Scavone Junior que: "O Código Civil não define a propriedade, mas o proprietário, o que faz a partir dos atributos da propriedade." SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. Direito Imobiliário – Teoria e Prática. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 7.

[6] No que tange à função social da propriedade, recomenda-se a oportuna leitura de: CHALHUB, Melhim Namem. Curso de direito civil: direitos reais. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002, p. 51-64.

[7] Sobre o apanhado histórico do Direito Urbanístico, vide: RECH, Adir Ubaldó. Direito Urbanístico: fundamentos para construção de um plano direito sustentável na área urbana e rural. Caxias do Sul: EducS, 2010, p. 15-33.

[8] Sobre o Estatuto da Cidade, recomenda-se a leitura de: SOUZA JUNIOR, Paulo Roberto de. Estatuto da cidade e o plano diretor: instrumentos para o cumprimento da função social da propriedade. Revista Brasileira de Direito Público - RBDP. Belo Horizonte, ano 5, n. 19, p. 97-106, out/dez. 2007, p. 100 e ss.

[9] MEIRELLES, Hely Lopes. Direito de Construir. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 19.

[10] Neste mesmo sentido: CHALHUB, Melhim Namem. Curso de direito..., p. 41 e 42.

[11] AVVAD, Pedro Elias. Direito Imobiliário: teoria geral e negócios imobiliários. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 66-70.

[12] MEIRELLES, Hely Lopes. Direito de Construir..., p. 19.

[13] Sobre os antecedentes históricos do direito de propriedade nas Constituições brasileira, vide: ASSIS, Luiz Gustavo Bambini de. A evolução do direito de propriedade ao longo dos textos constitucionais. Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, [S.l.], v. 103, p. 781-791, jan. 2008, em especial, p. 782 e ss. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67828>>. Acesso em: 12 mar. 2016.

[14] AVVAD, Pedro Elias. Direito Imobiliário..., p. 70-74. Vide ainda, a oportuna lição de Gilmar Ferreira Mendes acerca da evolução do conceito de propriedade: MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 322-324.

[15] Sobre as limitações ao direito de propriedade, recomenda-se a leitura de: GOMES, Orlando. Direitos Reais. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 135-150.

[16] Segundo a lição de Pontes de Miranda, este direito não é ilimitado: "a) O titular do direito pode, em princípio, utilizar a coisa ou destruí-la, aliená-la, gravá-la ou praticar outros atos de disposição. Não ilimitadamente: pode o Estado considerar certos móveis, ou imóveis, de valor histórico ou artístico, sob a tutela do Estado (Constituição de 1946, art. 175); há leis de desapropriação e as leis que impõem deveres e obrigações aos titulares do direito de propriedade (senso largo). b) O proprietário, em sentido largo, pode excluir as outras pessoas de qualquer intromissão, salvo onde a lei a permita (e. g., posturas municipais e art. 519-561, 587 e 588, §1º). c) O exercício do direito de propriedade há de ser regular (art. 160, I, 2ª parte). Às vezes, o sistema jurídico limita o conteúdo de propriedade, mas dá ao titular, cuja esfera jurídica a priori foi invadida, direito de indenização (e. g., arts. 560 e 567), porém, de iure condendo, tal indenização não é essencial à limitação do conteúdo da propriedade (e. g., art. 565). Se há direito

à indenização, o conteúdo do direito de propriedade é expresso por: "conteúdo a posteriori – incursão no conteúdo o priori + indenização = conteúdo a posteriori". Os impostos e taxas são deveres e obrigações de direito público, porém não atingem o conteúdo do direito de propriedade. Os direitos à indenização e as pretensões respectivas ora são de direito privado, ora de direito público (e. g., Constituição de 1946, art. 141, § 16, 2ª parte, in fine). Todos eles pertencem ao conteúdo da propriedade; por isso mesmo não são direitos independentes, que acompanham a propriedade, como o direito ao grau, no caso de reserva de grau". PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de Direito Privado. Parte Especial: Direito das coisas: Propriedade. Aquisição da propriedade imobiliária. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 70-71, t. XI.

[17] Afrânio de Carvalho refere-se aos três sistemas de registro, denominando o sistema francês como consensual ou privatista, o sistema alemão como publicista e o sistema romano como eclético: CARVALHO, Afrânio de. Registro de Imóveis: comentários ao sistema de registro em face da Lei nº 6.015, de 1973, com as alterações da Lei nº 6.216, de 1975. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1982, p. 18-19.

[18] GOMES, Orlando. Direitos Reais. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 151.

[19] Ibidem, p. 152.

[20] Ibidem, p. 152.

[21] Sobre as nuances entre o sistema brasileiro e alemão em relação à transmissão da propriedade, o autor Orlando Gomes dispõe que: "O direito brasileiro, ainda que se aproxime do sistema alemão de transmissão de propriedade, com ele não se confunde. No direito alemão vigora o princípio da separação absoluta entre os planos obrigacional e real, vez que há abstratidade entre o negócio jurídico obrigacional e o ato jurídico que, efetivamente, mostra-se hábil a transferir a propriedade. Em razão desta separação absoluta, vicissitudes que afetem o plano da validade ou o plano da eficácia do negócio jurídico obrigacional não atingirão a transferência da propriedade justamente pela abstratidade entre o ato de se obrigar e o ato de transferir. No direito brasileiro há separação relativa entre os planos obrigacional e real, bem representada na presunção relativa que o registro estabelece quanto à aquisição da propriedade." Ibidem, p. 152.

[22] Ibidem, p. 152.

[23] No que tange à transcrição, ela é uma expressão anterior à Lei nº 6.015/1973 ("LRP") e utilizada pelo revogado Código Civil de 1916. Dita expressão teve sua utilização difundida na medida em que os títulos translativos deixaram de ser integralmente transcritos pelo Registro de Imóveis, com a entrada em vigor da LRP, passando a serem transcritos na matrícula do imóvel apenas os dados essenciais concernentes à transmissão. A nomenclatura corretamente a ser utilizada após a entrada em vigor da LRP e confirmada pelo Código Civil vigente é registro.

[24] A presença tradicional e eficiente dos Registro de Imóveis pode ser constatada em países como Alemanha, Portugal e Espanha, sendo que este último com um sistema registral imobiliário que não apresenta diferença antagônicas ao nosso sistema e que tem servido de

inspiração ao aperfeiçoamento do nosso Registro de Imóveis. Para um maior aprofundamento sobre o Registro de Imóveis na Espanha, recomenda-se a leitura de: JARDIM, Mónica. O sistema registral espanhol e os efeitos substantivos gerados pelo registro – A perspectiva de uma portuguesa, *Revista de Direito Imobiliário*, v. 75, p. 221-274, 2013, p. 221 e ss. Ademais, no tocante ao Registro de Imóveis na Alemanha sugere-se a análise de: JARDIM, Mónica. O Sistema Registral Germânico. *Revista de Direito Imobiliário*, v. 59, p. 213-238, 2005, p. 213 e ss.

[25] Com relação à matrícula, trazemos os ensinamentos de Nicolau Balbino Filho: "Matrícula é a abertura de um fólio real, ou o ingresso de um imóvel na vida tabular do Registro. A palavra matrícula é utilizada por nossa legislação registral vigente, para designar o acesso da entidade registral no fólio real. (...) Não se deve confundir matrícula com registro. Matrícula é, portanto, a especialização, a individualização definitiva que se pretende assegurar ao imóvel. Registro é o assentamento de toda a transmutação havida no imóvel; averbações são anotações de todas as ocorrências que, por qualquer modo alterem o registro." BALBINO FILHO, Nicolau. *Registro de Imóveis: doutrina, prática, jurisprudência*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 1996, p. 91.

[26] Nesse mesmo sentido, no tocante ao efeito constitutivo do registro, Francisco José Rezende dos Santos, dispõe: "Tecnicamente, o ato registrário de transmissão da propriedade imobiliário é o registro. Só o registro é ato de efeito constitutivo do direito real e que no nosso direito representa a aquisição e transferência efetiva da propriedade imobiliária." p. 85-86. SANTOS, Francisco José Rezende. *A transmissão dos imóveis nas incorporações de sociedades anônimas*. S237t, Dissertação (Mestrado em Direito), Dissertação para obtenção do título de Mestre, área de concentração Direito empresarial, Faculdade de Direito Milton Campos, Nova Lima, 2008.

[27] MONTES, Angel Cristóbal. *Direito Imobiliário Registral*. Trad. Francisco Tost. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005, p. 220.

[28] CARVALHO, Afrânio de. *Registro de Imóveis...*, p. 28.

[29] MONTES, Angel Cristóbal. *Direito Imobiliário...*, p. 250.

[30] Sobre os modos de aquisição Pedro Elias Avvad ensina: "A aquisição originária ocorre quando o bem adquirido nunca esteve sob o domínio de outra pessoa, isto é, alguém se faz dono de um determinado bem, sem que haja transmissão por outra pessoa. (...) A aquisição derivada ocorre quando o bem adquirido teve um dono anterior. O que se dá na aquisição derivada é a transmissão, isto é, um ato pelo qual um bem se transfere do patrimônio de uma pessoa para o de outra." AVVAD, Pedro Elias. *Direito Imobiliário...*, p. 83.

[31] Art. 1.227 do Código Civil: "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."

[32] Art. 1.667. O regime de comunhão universal importa a comunicação de todos os bens presentes e futuros dos cônjuges e suas dívidas passivas, com as exceções do artigo seguinte.

[33] Dentre as exceções expressamente estabelecidas no Código Civil encontra-se: Art. 1.668. São excluídos da comunhão: I - os bens doados ou herdados com a cláusula de incomunicabilidade e os sub-rogados em seu lugar; II - os bens gravados de fideicomisso e o direito do herdeiro fideicomissário, antes de realizada a condição suspensiva; III - as dívidas anteriores ao casamento, salvo se provierem de despesas com seus aprestos, ou reverterem em proveito comum; IV - as doações antenupciais feitas por um dos cônjuges ao outro com a cláusula de incomunicabilidade; V - Os bens referidos nos incisos V a VII do art. 1.659.

[34] Neste mesmo sentido, Carlos Alberto da Mota Pinto: "A cessão de contrato, isto é, a transferência ex contractu da posição contratual de uma das partes para terceiro com o consentimento do outro contraente, é possível no direito brasileiro, se bem que não seja objeto de uma expressa regulamentação geral." PINTO, Carlos Alberto da Mota. Cessão de Contrato: contendo parte tratando a matéria conforme o direito brasileiro. São Paulo: Saraiva, 1985, p. 431.

[35] Nesse mesmo sentido, Orlando Gomes dispôs, "A cessão é operação inspirada na ideia de que o contrato, sendo valor econômico, pode ser transferido como uma coisa. Fala-se em circulação do contrato." GOMES, Orlando. Contratos. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 175.

[36] GOMES, Orlando. Contratos..., p. 176.

[37] PINTO, Carlos Alberto da Mota. Cessão de Contrato..., p. 432.

[38] Ibidem, p. 444.

[39] Art. 424 do Código Civil português: "1. No contrato com prestações recíprocas, qualquer das partes tem a faculdade de transmitir a terceiro a sua posição contratual, desde que o outro contraente, antes ou depois da celebração do contrato, consinta na transmissão. 2. Se o consentimento do outro contraente for anterior à cessão, esta só produz efeitos a partir da sua notificação ou reconhecimento." Art. 425 do Código Civil português: "A forma da transmissão, a capacidade de dispor e de receber, a falta e vícios da vontade e as relações entre as partes definem-se em função do tipo de negócio que serve de base à cessão." Art. 426 do Código Civil português: "1. O cedente garante ao cessionário, no momento da cessão, a existência da posição contratual transmitida, nos termos aplicáveis ao negócio, gratuito ou oneroso, em que a cessão se integra. 2. A garantia do cumprimento das obrigações só existe se for convencionada nos termos gerais." Art. 424 do Código Civil português: "A outra parte no contrato tem o direito de opor ao cessionário os meios de defesa provenientes desse contrato, mas não os que provenham de outras relações com o cedente, a não ser que os tenha reservado ao consentir na cessão."

[40] GOMES, Orlando. Contratos..., p. 178.

[41] Pode haver a transferência de posição contratual de compromisso de compra e venda de imóveis loteados, sem que haja o prévio consentimento do loteador, conforme a dicção do artigo 31 e seus § 1º e § 2º a Lei nº 6.766, de 19 de dezembro de 1979 ("Lei de Loteamento"): "Art. 31. O contrato particular pode ser transferido por simples trespasse, lançado no verso das vias em poder das partes, ou por instrumento em separado, declarando-se o número do registro do

loteamento, o valor da cessão e a qualificação do cessionário, para o devido registro. § 1º A cessão independe da anuência do loteador mas, em relação a este, seus efeitos só se produzem depois de cientificado, por escrito, pelas partes ou quando registrada a cessão. § 2º - Uma vez registrada a cessão, feita sem anuência do loteador, o Oficial do Registro dar-lhe-á ciência, por escrito, dentro de 10 (dez) dias."

[42] TEIXEIRA, Tarcisio. Compromisso e promessa de compra e venda: distinções e novas aplicações dos contratos preliminares. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 89.

[43] Em que pese existirem vozes relevantes contrárias e o fato de não adentrarmos nessa seara no presente estudo, ressalta-se que Tarcisio Teixeira sustenta tratarem-se de contratos preliminares, regidos sob à égide do Código Civil, tanto a promessa como o compromisso de compra e venda de imóveis. TEIXEIRA, Tarcisio. Compromisso e promessa..., p. 35.

[44] Art. 1.088 do Código Civil: "Quando o instrumento público for exigido como prova do contrato, qualquer das partes pode arrepender-se, antes de o assinar, ressarcindo à outra as perdas e danos resultantes do arrependimento, sem prejuízo do estatuído nos arts. 1.095 a 1.097."

[45] Dispõe o artigo 5º do DL 58/1937: "A averbação atribue ao compromissário direito real aponível a terceiros, quanto à alienação ou oneração posterior, e far-se-á à vista do instrumento de compromisso de venda, em que o oficial lançará a nota indicativa do livro, página e data do assentamento."

[46] MONTES, Angel Cristóbal. Direito Imobiliário..., p. 249.

[47] Dispõe o artigo 16 do DL 58/1937: "Art. 16. Recusando-se os compromitentes a outorgar a escritura definitiva no caso do artigo 15, o compromissário poderá propor, para o cumprimento da obrigação, ação de adjudicação compulsória, que tomará o rito sumaríssimo. § 1º A ação não será acolhida se a parte, que a intentou, não cumprir a sua prestação nem a oferecer nos casos e formas legais. § 2º Julgada procedente a ação a sentença, uma vez transitada em julgado, adjudicará o imóvel ao compromissário, valendo como título para a transcrição. § 3º Das sentenças proferidas nos casos deste artigo, caberá apelação. § 4º Das sentenças proferidas nos casos dêste artigo caberá o recurso de agravo de petição. § 5º Estando a propriedade hipotecada, cumprido o dispositivo do § 3º, do art. 1º, será o credor citado para, no caso dêste artigo, autorizar o cancelamento parcial da inscrição, quanto aos lotes comprometidos."

[48] Neste sentido, Orlando Gomes refere: "O chamado compromisso de compra e venda foi introduzido no sistema jurídico do país, há quase 50 anos, pela necessidade de proteger os interesses de pessoas de poucos recursos que adquiriam à prestação um terreno loteado. O instrumento jurídico empregado na realização dessa operação era a promessa de compra e venda. (...) Veio a solução legal através do acolhimento de uma figura jurídica, inspirada na promessa de alienação do direito uruguaio, que por suas singularidades, atendia ao propósito de defender os comprovadores de lotes." GOMES, Orlando. Direitos Reais..., p. 332.

[49] Vide: RIZZARDO, Arnaldo. Contratos. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 122-124.

[50] A Lei nº 649/1949 deu a seguinte redação ao artigo 22 do DL 58/1937: "Os contratos, sem cláusula de arrependimento, de compromisso de compra e venda de imóveis não loteados, cujo preço tenha sido pago no ato da sua constituição ou deva sê-lo em uma ou mais prestações desde que inscritos em qualquer tempo, atribuem aos compromissários direito real oponível a terceiros e lhes confere o direito de adjudicação compulsória, nos termos dos artigos 16 desta lei e 346 do Código do Processo Civil."

[51] A Lei nº 6.014/1973 conferiu a seguinte redação ao artigo 22 do DL 58/1937: "Os contratos, sem cláusula de arrependimento, de compromisso de compra e venda e cessão de direitos de imóveis não loteados, cujo preço tenha sido pago no ato de sua constituição ou deva sê-lo em uma, ou mais prestações, desde que, inscritos a qualquer tempo, atribuem aos compromissos direito real oponível a terceiros, e lhes conferem o direito de adjudicação compulsória nos termos dos artigos 16 desta lei, 640 e 641 do Código de Processo Civil."

[52] Art. 25 da Lei de Loteamento: "São irrevocáveis os compromissos de compra e venda, cessões e promessas de cessão, os que atribuam direito a adjudicação compulsória e, estando registrados, confirmam direito real oponível a terceiros."

[53] Melhim Namem Chalhub explica que o registro do contrato perante o Registro de Imóveis é condição para que seja atribuída a dito instrumento a eficácia real oponível a terceiros e com o respectivo direito à obtenção compulsória do contrato correspondente, podendo esta eficácia ser atribuída a outros contratos, mesmo diferentes da promessa de compra e venda, conforme segue: "O contrato, qualquer que seja a forma em que estiver expresso (até mesmo o ajuste preliminar celebrado por instrumento particular – art. 35, § 4º), é registrável no Registro de Imóveis e seu registro é indispensável, pois na sua falta o direito de aquisição não terá eficácia real sobre terceiros." CHALHUB, Melhim Namem. Da incorporação imobiliária. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 156.

[54] Art. 1.088. Quando o instrumento público for exigido como prova do contrato, qualquer das partes pode arrepender-se, antes de o assinar, ressarcindo à outra as perdas e danos resultantes do arrependimento, sem prejuízo do estatuído nos arts. 1.095 a 1.097.

[55] Art. 1.417 do Código Civil: "Mediante promessa de compra e venda, em que se não pactuou arrependimento, celebrada por instrumento público ou particular, e registrada no Cartório de Registro de Imóveis, adquire o promitente comprador direito real à aquisição do imóvel."

[56] LOUREIRO, Francisco Eduardo. Código Civil comentado..., p. 1.490.

[57] Art. 1.418 do Código Civil: "O promitente comprador, titular de direito real, pode exigir do promitente vendedor, ou de terceiros, a quem os direitos deste forem cedidos, a outorga da escritura definitiva de compra e venda, conforme o disposto no instrumento preliminar; e, se houver recusa, requerer ao juiz a adjudicação do imóvel."

[58] LOUREIRO, Francisco Eduardo. Código Civil comentado..., p. 1.503-1.505.

[59] Por meio de uma interpretação sistemática do Direito e com base na doutrina e na jurisprudência consolidada, respeitando vozes diversas, nossa posição é de que continua válida

a Súmula nº 239 do Superior Tribunal de Justiça (Segunda Seção, datada de 28.06.2000, DJ 30.08.2000, p. 118), no sentido de que "O direito à adjudicação compulsória não se condiciona ao registro do compromisso de compra e venda no cartório de imóveis", em que pese o fato de dita súmula ter sido elaborada e publicada anteriormente a entrada em vigor do atual Código Civil.

[60] Nesse mesmo sentido, vide as seguintes decisões do STJ: "2. Nos termos do enunciado da Súmula 239 desta Corte, o direito à adjudicação compulsória não se condiciona ao registro do compromisso de compra e venda no cartório de imóveis." (STJ, AgRg no REsp 1134942-MG, Rel. Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, j. em 17.12.2013); "Civil e Processual Civil. Ação de Adjudicação. Registro do compromisso de compra e venda. Súmula 239/STJ. Financiamento de Imóvel. Hipoteca posterior. Ineficácia. I – Em consonância com o enunciado 239 da Súmula desta Corte, o direito à adjudicação compulsória não se condiciona ao registro do compromisso de compra e venda no cartório de imóveis." (STJ, AgRg no Ag nº 575115 / SP, Rel. Ministro Castro Filho, Terceira Turma, j. em 28.10.2004).

[61] Art. 497 do Código de Processo Civil: "Na ação que tenha por objeto a prestação de fazer ou de não fazer, o juiz, se procedente o pedido, concederá a tutela específica ou determinará providências que assegurem a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente. Parágrafo único. Para a concessão da tutela específica destinada a inibir a prática, a reiteração ou a continuação de um ilícito, ou a sua remoção, é irrelevante a demonstração da ocorrência de dano ou da existência de culpa ou dolo."

[62] LOUREIRO, Francisco Eduardo. Código Civil comentado..., p. 1.504.

[63] Art. 1.246 do Código Civil: "O registro é eficaz desde o momento em que se apresentar o título ao oficial do registro, e este o prenotar no protocolo."

[64] "O protocolo do título tem efeito importante: proclama oficialmente o momento em que o documento acede ao Registro, garantindo o direito à prioridade na aquisição do direito real. Na hipótese de dois títulos antagônicos, será registrado primeiro o que foi anteriormente protocolado (prior in tempore, potior in jure). A partir do protocolo, o título deve ser registrado no prazo de 30 dias." LOUREIRO, Luiz Guilherme. Direito reais: à luz do Código Civil e do direito registral. São Paulo: Editora Método, 2004, p. 253.

[65] LOUREIRO, Francisco Eduardo. Art. 1.417. In: Cezar Peluso (coord.). Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência: Lei n. 10.406, de 10.01.2002: contém o Código Civil de 1916. Cezar Peluso (coord.). 7. ed. Barueri: Manole, 2013, p. 1.491.

[66] ÁVILA, Humberto. Sistema Constitucional Tributário. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 218.

[67] Como leciona Humberto Ávila, o "Sistema Tributário Nacional, do artigo 145 ao artigo 162, estabelece regras que delimitam constitucionalmente o poder que cada ente político possui, não deixando, como sói acontecer em outros sistemas jurídicos, liberdade ao legislador para alterar os fatos que podem ou que não podem ser objeto de tributação" ÁVILA, Humberto. Sistema Constitucional Tributário. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 218.

[68] Conforme dispõe o artigo 114 do Código Tributário Nacional, "[f]ato gerador da obrigação principal é a situação definida em lei como necessária e suficiente à sua ocorrência".

[69] ÁVILA, Humberto Bergmann. Sistema Constitucional Tributário. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 318.

[70] ÁVILA, Humberto Bergmann. Imposto sobre prestação de serviços de qualquer natureza. Exportação de serviços: Lei Complementar nº 116/2003. Isenção: Requisitos e alcance. Conceitos de "desenvolvimento" de serviço e "verificação". Revista Dialética de Direito Tributário. São Paulo, n. 134: Novembro/2006, p. 105.

[71] BECKER, Alfredo Augusto. Teoria Geral do Direito Tributário. 6. ed. São Paulo: Noeses, 2013, p. 130 e 132.

[72] Vide, por exemplo: AMARO, Luciano. Direito Tributário Brasileiro. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 194-196.

[73] Art. 156 da Constituição Federal: "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;"

[74] Art. 147 da Constituição Federal: "Competem à União, em Território Federal, os impostos estaduais e, se o Território não for dividido em Municípios, cumulativamente, os impostos municipais; ao Distrito Federal cabem os impostos municipais."

[75] Tendo em vista que o que dispõe o artigo 147 da Constituição Federal, tudo que se disser no presente artigo em relação à instituição do ITBI pelos Municípios aplica-se também para o Distrito Federal.

[76] Art. 146 da Constituição Federal "Cabe à lei complementar: (...) III - estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre: a) definição de tributos e de suas espécies, bem como, em relação aos impostos discriminados nesta Constituição, a dos respectivos fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes; (...)"

[77] Art. 9º, caput, da Emenda nº 18/1965 à Constituição Federal de 1946.

[78] Art. 9º, caput, da Emenda nº 18/1965 à Constituição Federal de 1946.

[79] PAULSEN, Leandro. Direito Tributário: Constituição e Código Tributário à luz da doutrina e da jurisprudência. 17. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 713.

[80] Art. 155 da Constituição Federal: "Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre: I - transmissão causa mortis e doação, de quaisquer bens ou direitos;"

[81] Como afirma Aires Fernandino Barreto, "[a]lém dela [Constituição], têm os Municípios de obedecer ao disposto em leis complementares, que são leis nacionais e não federais" BARRETO, Aires Fernandino. Curso de Direito Tributário Municipal. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 113.

Ainda, conforme leciona Luciano Amaro, "a lei complementar adensa os traços gerais dos tributos, preparando o esboço que, finalmente, será utilizado pela lei ordinária, à qual compete instituir o tributo". AMARO, Luciano. Direito Tributário Brasileiro. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 193.

[82] Vide, também, PAULSEN, Leandro; DE MELO, José Eduardo Soares. Impostos federais, estaduais e municipais. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 286, e OLIVEIRA, José Jayme de Macêdo. Impostos municipais: ISS, ITBI, IPTU: comentários, doutrina, jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 223.

[83] Art. 156 da Constituição Federal: "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: (...) II - compete ao Município da situação do bem."

[84] A propósito, a competência para instituição de imposto sobre a transmissão a título gratuito é dos Estados, conforme prevê o artigo 155, inciso I, da Constituição Federal, o que representa um perfeito exemplo de invasão da competência tributária de outro ente federado, caso se autorizasse que a instituição de tributo pudesse se dar em situações distintas daquelas que foram fixadas pela Constituição Federal em relação à competência de determinado ente tributante.

[85] Da mesma forma e apenas para citar mais um exemplo, não poderá ser instituído ITBI sobre a constituição de alienação fiduciária de bens imóveis, na medida em que se trata de um direito real de garantia regulado pela Lei 9.514/1997, ou mesmo sobre a cessão dos créditos pelo credor fiduciário oriundos desse instituto jurídico.

[86] Art. 1.225 do Código Civil: "São direitos reais: (...) IX - a hipoteca; (...)"

[87] Art. 1.419 do Código Civil: "Nas dívidas garantidas por penhor, anticrese ou hipoteca, o bem dado em garantia fica sujeito, por vínculo real, ao cumprimento da obrigação."

[88] A quantidade de precedentes que se encontra nas pesquisas de jurisprudência dos tribunais estaduais e dos tribunais superiores bem demonstra isso, sendo que os questionamentos se referem às legislações de diversos municípios. Apenas para citar alguns exemplos, pode-se indicar a decisão proferida pelo Tribunal de Justiça de São Paulo na Apelação Cível nº 1002630-12.2014.8.26.0587, no qual se discutia a incidência do ITBI sobre a cessão da promessa de compra e venda de imóvel prevista na legislação do Município de São Sebastião/SP; a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no Agravo em Recurso Extraordinário nº 887.562/RJ, no qual se discutia a incidência do ITBI sobre promessa de compra e venda de imóvel prevista na legislação do Município do Rio de Janeiro/RJ; ou ainda a decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça no Agravo Regimental nos Embargos de Declaração no Agravo de Instrumento nº 717.187/DF, no qual se discutia a incidência do ITBI sobre promessa de compra e venda de imóvel e nos mandatos em causa própria prevista na legislação do Distrito Federal.

[89] Sobre o exame de alguns casos controvertidos, vide HARADA, Kiyoshi. ITBI: doutrina e prática. São Paulo: Atlas, 2010, p. 163 e ss.

[90] BARRETO, Aires Fernandino. Imposto sobre a transmissão de bens imóveis – ITBI. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). Curso de direito tributário. 4. ed. Belém: CEJUP – Centro de Estudos de Extensão Universitária, 1995. v. 2. p. 339; OLIVEIRA, José Jayme de Macêdo. Impostos municipais: ISS, ITBI, IPTU: comentários, doutrina, jurisprudência. São Paulo. Saraiva, 2009, p. 223; HARADA, Kiyoshi. ITBI: doutrina..., p. 165.

[91] STF: Representação de Inconstitucionalidade nº 1.121/GO; Representação nº 1.211/RJ; ARE 798.004-AgR, Rel. Min. Teori Zavascki, Segunda Turma, DJe de 07/05/2014; ARE 839.630-AgR, Rel. Min. Rosa Weber, 1ª Turma, DJe de 17/12/2014; ARE 805.859-AgR, Rel. Min. Roberto Barroso, 1ª Turma, DJe de 09/03/2015; ARE 813.943-AgR, Rel. Min. Dias Toffoli, 2ª Turma, DJe de 23/6/2015 STJ: AgRg no REsp 1309667/RJ, STJ, 2ª Turma, Rel. Des. Diva Malerbi (Desembargadora Convocada TRF 3ª REGIÃO), DJe 13/04/2016; REsp 771781/SP, STJ, 2ª Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ 29/06/2007; RMS nº 10.650/DF, STJ, 2ª Turma, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, DJ 04/09/2000, dentre tantos outros.

[92] SANTIAGO, Igor Maules. A malversação do fato gerador e da base de cálculo do ICMS por alguns Estados da Federação apud em PAULSEN, Leandro. Direito tributário..., p. 277.

[93] AgReg no ARE nº 805.859-RJ, STF, Primeira Turma, Rel. Min. Roberto Barroso, DJe. 06/03/2015; AgReg no ARE nº 646.482-RJ, STF, Segunda Turma, Rel. Min. Teori Zavascki, DJe. 14/03/2016. Do voto proferido pelo Min. Roberto Barroso no AgReg no ARE nº 805.859-RJ, extrai-se, por pertinente, os seguintes trechos: "10. Por fim, ressalte-se que não deve ser aplicada ao caso dos autos a previsão contida no art. 150, § 7º, da Constituição Federal. Isso porque mencionada disposição constitucional versa, na realidade, sobre a criação de fato gerador presumido, em razão da existência de substituição tributária progressiva. 11. Trata-se de técnica na qual o contribuinte situado em etapa antecedente da cadeia econômica se torna responsável pelo recolhimento antecipado do tributo que seria devido em operação futura, apurando-o com base em valor estimado. 12. Ocorre que, no presente recurso extraordinário, não há substituição tributária progressiva, mas simples antecipação do pagamento do imposto por parte daquele que, posteriormente, seria também compelido a recolhê-lo. Nessas circunstâncias, o que se verifica, na realidade, é a modificação do momento de ocorrência do fato gerador, providência que não pode ser executada pela legislação municipal em questão."

[94] Como já referido no apartado 4.1, a exceção à regra constitui-se na hipótese prevista no § 6º do artigo 26 da Lei de Loteamentos, segundo a qual o compromisso de compra e venda registrado e quitado valerá como título para o registro da propriedade do lote adquirido.

[95] AgRg no AREsp 813620/BA, Rel. Min. Humberto Martins, 2ª Turma, DJe 05/02/2016; AgRg no AREsp 659008/RJ, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, 2ª Turma, DJe 14/04/2015; REsp 57641/PE, Rel. Min. Eliana Calmon, 2ª Turma, DJ 22/05/2000.

[96] "[n]o que se refere à promessa de compra e venda irrevogável e irretroatável, devidamente inscrita no Registro de Imóveis (C.C., art. 1.227) e provado o seu pagamento, dá para visualizar

a transmissão do bem (por caracterizar negócio real), haja vista que o direito brasileiro confere ao promissário-comprador prerrogativas que são próprias do proprietário (direito de sequela, utilização de interdito possessório etc.). Aliás, ex vi do Código Civil (art. 1.225, VI), é real o direito do promitente-comprador de imóvel e, daí, sua transmissão sujeita-se ao ITBI." OLIVEIRA, José Jayme de Macêdo. Impostos municipais: ISS, ITBI, IPTU: comentários, doutrina, jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 263.

[97] "[c]om o registro do compromisso de compra, ocorre, sem dúvida, o fato gerador do ITBI à luz do inciso II do art. 35 do CTN." HARADA, Kiyoshi. ITBI: doutrina..., p. 138 e 139.

[98] "[i]ncidência da tributação sobre as transmissões por compromisso e sua cessão se faz necessária para coibir a evasão de arrecadação (...) hoje, portanto, todos esses atos poderiam, em princípio, sofrer a incidência do imposto de transmissão inter vivos". DE AZEVEDO JÚNIOR, José Osório. Compromisso de Compra e Venda. 5. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 9.

[99] COELHO, Sacha Calmon Navarro; DERZI, Misabel Abreu Machado; COELHO, Eduardo Junqueira. Atividade de incorporação imobiliária. ITBI e ISS: análise da incidência sobre contratos de promessa de compra e venda, contrato de permuta e aquisição do terreno com projeto de construção aprovado. A base de cálculo do ITBI no contrato de incorporação a preço de custo. apud em PAULSEN, Leandro. Direito tributário..., p. 412-413.

[100] Como aponta Alfredo Augusto Becker, citando Luigi Vittorio Berliri (L'Imposta di Ricchezza Mobile, Milano, 1949, p. 326), "(...) dizer a priori e como regra geral, que — só porque a justificação do imposto é a existência de uma determinada capacidade contributiva — uma empreitada que produza efeitos econômicos análogos aos da venda deve, só por tal circunstância, ser tributada como venda porque demonstra uma igual capacidade contributiva, seria quase como dizer que um gato soriano deve ser considerado como um cão, unicamente porque o imposto sobre cães é um imposto direto que percute a capacidade contributiva, e a posse de um gato soriano demonstra uma capacidade contributiva não menor que a demonstrada pela posse de um cão felpudo. É claro que um tal esquema lógico de raciocínio pode ser autorizado e concludente no plano econômico-financeiro, contudo é inadmissível no plano jurídico." BECKER, Alfredo Augusto. Teoria Geral do..., p. 131.

[101] SOUSA, Rubens Gomes. Relatório apresentado pelo Prof. Rubens Gomes de Sousa, relator geral, e aprovado pela Comissão Especial nomeada pelo Ministro da Fazenda para elaborar o Projeto de Código Tributário Nacional. In: BRASIL. Ministério da Fazenda. Trabalhos da Comissão Especial do Código Tributário Nacional. Rio de Janeiro: [s.n.], 1954. p. 79-262. cap. 3. Trecho também referido no Relatório do Acórdão proferido na Representação de Inconstitucionalidade nº 1.121/GO, Rel. Min. Moreira Alves, STF.

[102] Cumpre destacar que não se está defendendo aqui que situações equivalentes à ocorrência de determinado fato gerador possam, simplesmente por isso, ser oneradas pelo respectivo tributo. O que se está afirmando é que, no caso do ITBI, o próprio texto constitucional autorizou que a transmissão de direitos reais sobre imóveis e a cessão de direitos à sua aquisição, por serem situações equivalentes à transmissão da propriedade de bem imóvel, fossem — somente elas — oneradas por esse imposto. Qualquer outra situação não poderá ser

onerada pelo ITBI, por mais que se possa sustentar que guarde relação de equivalência com a transmissão da propriedade.

[103] Como leciona Fernando Aires Barreto, a "(...) abrangência constitucionalmente prevista teve em mira evitar que sucessivas cessões pudessem ficar sem tributação, incitando à fraude e à evasão. Previne, assim, a Magna Carta a possibilidade de sucessivas cessões de compromisso, por exemplo, ficarem fora do campo impositivo." BARRETO, Aires Fernandino. Curso de Direito..., p. 309. Também Kiyoshi Harada afirma que o "legislador equiparou a cessão de direitos imobiliários à transmissão de propriedade atento à realidade de nossos dias em que as cessões de direitos configuram instrumentos de transmissão econômica de bens imóveis." HARADA, Kiyoshi. ITBI: doutrina..., p. 125.

[104] O principal precedente do Supremo Tribunal Federal nesse sentido é o julgamento da Representação de Inconstitucionalidade nº 1.121/GO, proferido em 09 de novembro de 1983, que teve como relator o Min. Moreira Alves. Vários julgados posteriores, inclusive alguns bem atuais, citam o referido precedente.

[105] BARRETO, Aires Fernandino. Curso de Direito..., p. 337.

[106] BARRETO, Aires Fernandino. Curso de Direito..., p. 337.

[107] Vide, por exemplo: Apelação Cível nº 1002630-12.2014.8.26.0587, TJSP, Conselho Superior de Magistratura, Rel. Xavier de Aquino, DJe 17/03/2016; Apelação Cível nº 0000908-78.2012.8.26.00053, TJSP, 14ª Câmara de Direito Público, Rel. Geraldo Xavier, DJe 07/04/2016; Apelação Cível nº 1023050-54.2015.8.26.0053, TJSP, 15ª Câmara de Direito Público, Rel. Eurípedes Faim, DJe 04/12/2015; Apelação nº 1013382-59.2015.8.26.0053, TJSP, 15ª Câmara de Direito Público, Rel. Rodrigues de Aguiar, DJe 04/03/2016.

[108] Art. 1.417 do Código Civil: "Mediante promessa de compra e venda, em que se não pactuou arrependimento, celebrada por instrumento público ou particular, e registrada no Cartório de Registro de Imóveis, adquire o promitente comprador direito real à aquisição do imóvel."

[109] Ademais, sabe-se que, na prática, os Registros de Imóveis não promovem o registro da cessão de uma promessa ou compromisso de compra e venda se próprio instrumento não houver sido registrado anteriormente. Em situações como essa, o Oficial Registrador primeiro fará o registro da promessa de compra e venda, para só depois realizar o registro da respectiva cessão.

[110] Moacyr Pinto Junior afirma que, no "Brasil a transmissão da propriedade de bens imóveis, de direitos reais sobre imóveis e de cessão de direitos sobre tais transmissões ocorre mediante o registro do título no registro de imóveis. É isso o que dispõe o artigo 1.245 do Código Civil" PINTO JUNIOR, Moacyr. O fato gerador do ITBI. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, X, n. 43, jul. 2007. Disponível em http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=4122. Acesso em: 11 de maio de 2016.

Fábio Machado Baldissera[1] e Valter Tremarin Jr.[2]