IMPÔSTO DE CESSÃO DE PROMESSA DE VENDA DE IMÓVEL — CONSTITUCIONALIDADE

— É constitucional e legal o impôsto sôbre a cessão de promessa de venda de imóvel do Distrito Federal.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL

Prefeitura do Distrito Federal *versus* João Fernandes Nascimento
Apelação cível nº 30.034 — Relator: Sr. Desembargador

SABÓIA LIMA

ACÓRDÃO

Vistos, e examinados êstes autos de ação ordinária, Apelação Cível nº 30.034, em que são apelantes — 1º o Juízo da 2ª Vara da Fazenda Pública, e 2º Prefeitura do Distrito Federal, e apelado João Fernandes Nascimento.

Acordam os Juízes da 3ª Câmara Cível, por maioria, em dar provimento ao recurso para julgar improcedente a ação, vencido o Des. Oscar Tenório.

Fundou-se a V. decisão recorrida no argumento de que a cessão de promessa de venda não constitui transferência de domicílio.

Não há dúvida que, formalmente encarado, o ato da cessão não constitui transferência do domínio.

O que se alegou foi que econômicamente a cessão de promessa de venda equivale à transferência da propriedade, pois que tanto o promitente comprador, garantido com promessa irretratável, como o seu cessionário, têm, como titular da promessa de venda, o direito de usar, gozar e dispor da coisa, da mesma forma que um proprietário.

Assim sendo, há equivalência de razões de tributar, nos dois casos; cessão de promessa de venda e transmissão da propriedade leva à conclusão de que as duas hipóteses devem ter tratamento idêntico, pena de, não sendo assim, estabelecer-se um sistema que leva à evasão tributária, que certamente não poderia ter sido desejada pelo legislador constitucional.

Implicando o poder de tributar no de evitar a evasão, é evidente que se inclui na competência dos Estados e, também, na do Distrito Federal, a de tributar as cessões de promessas de venda de imóveis.

Deixou no entanto a V. sentença apelada de atender a êsse argumento pela razão de que não se pode presumir a burla, a fraude, que deve ser provada em cada caso.

A fraude fiscal consiste no artifício doloso para mascarar o verdadeiro ato dando-lhe um aspecto diverso da realidade : assim se se fizesse uma doação, mas para evitar as tarifas elevadas dessa forma de transmissão se declarasse consistir o ato numa compra e venda.

O verdadeiro fato gerador de crédito fiscal estaria maliciosamente encoberto pela falsa forma adotada.

Evidentemente nesse caso a fraude teria de ser provada, a fim de que a tributação pudesse recair sôbre o ato real e não sôbre o ato aparente.

Não é porém essa a hipótese dos autos.

Não se alega que por direito civil exista uma compra e venda, cuja existência deva ser provada; o que se diz é que a cessão embora seja o verdadeiro ato civil, atinge a mesma finalidade que a transmissão da propriedade.

Não existe fraude fiscal, no sentido de mentira formal para esconder uma realidade diversa; existe sim uma

maneira indireta, embora verdadeira, de elidir o pagamento do tributo; a exigência legal não é atingida frontalmente, mas contornada, atingindo-se a mesma finalidade econômicamente.

Se o fisco local não pudesse tributar essa forma indireta de transmitir os atributos da propriedade, ilusória seria a sua competência privativa, pois, que ficaria ao critério do contribuinte usar uma ou outra forma para atingir o mesmo fim, pagando ou não o impôsto, como quisesse.

Não se trata pois de uma fraude fiscal que dependa de prova, mas de aceitar ou não como incluída na competência local essa forma de tributação.

Quanto ao cabimento da prioridade da tributação do ato à União, é conseqüência da premissa posta acima.

Se se reconhecer que o impôsto sôbre a cessão de promessa de venda deve ser o de transmissão, então não pode ser cobrado o de sêlo.

A doutrina mais avançada, no direito fiscal, é aquela que, defendendo a autonomia dêste, em relação ao direito privado, considera que a tributação atinge diretamente o fenômeno econômico subjacente na forma jurídica.

Assim, embora esta seja regulada pelo direito privado, não fica o direito fiscal prêso a essas formas, mas vai atingir a verdadeira transação econômica que se subsume na forma legal escolhida.

A jurisprudência, embora longe de ser pacífica, tem aceitado essa tese, em vários casos. Veja-se, por exemplo, *in* Revista de Direito Administrativo, Vol. VII, pág. 141; Vol. 23, págs. 67 e 71; Diário da Justiça, de 28-7-52; Diário da Justiça de 20-11-52; Diário da Justiça de 12-3-53; Revista de Direito Administrativo, col. II, página 596.

Ora, o promitente comprador entrou logo na posse do imóvel, como se vê da referida escritura, pagou a totalidade do prêço, e se obrigou por todos os ônus futuros relativos ao imóvel, como se proprietário fôra.

Passou êle portanto a ter não só direito de uso e gôzo que tem o proprietário, como também o direito de dispôr.

De fato, de acôrdo com a nova redação do art. 22 do Decreto-lei nº 58, de 10-12-37, dada pela Lei nº 649 de 11-3-949, passou aquele diploma legal a se aplicar a tôdas as promessas de venda irretratáveis.

Ora, no art. 13 do Decreto-lei nº 58 está claramente estatuído o direito de cessão da promessa, e portanto os direitos relativos ao imóvel sem anuência do promitente vendedor.

Além disso tem o promitente comprador o direito de retomada como se proprietário fôsse (art. 15, IX, da Lei nº 1.300, de 28-12-52) desde que emitido na posse do imóvel por aquêle.

Ora que posse é essa que se transmite ?

Não é a posse direta, pois que esta se acha com o locatário.

Só pode ser pois a posse indireta, emanação de direito da propriedade (art. 485 do Código Civil).

Em outros têrmos, o proprietário não podia transferir ao promitente comprador a posse direta que, por contrato, tinha transferido ao locatário, não lhe podia transferir a apreensão da cousa (art. 403, I do Código Civil), logo transferiu-lhe o direito de dispôr da coisa, isto é, o direito de agir como proprietário.

Essa é a realidade dos fatos que se vem impondo ao nosso direito privado.

A concepção formalista de propriedade que nos veio do direito romano, vai-se enfraquecendo; senão no ataque direto a êsse formalismo, pelo me-

nos com a criação de outras formas jurídicas que têm o mesmo valor e os mesmos efeitos da propriedade.

Pode-se pois afirmar que mesmo de acôrdo com o nosso direito civil a cessão de promessa de venda funciona como uma transmissão de propriedade, tanto mais quanto, pelos dispositivos de lei citados, a promessa de venda, sendo um direito real sôbre imóvel, para efeitos de direito civil (art. 44, I, do Código Civil).

Foi certamente reconhecendo tudo isso que a União Federal, em cumprimento ao disposto no § 5º do art. 15 da Constituição federal, já deixou de tributar as translações de imóveis, ao suprimir a imposição sôbre as mesmas, na nova redação que deu ao art. 38 da Tabela da Lei de Sêlo, pela Lei número 1.747 de 28-11-952 (ver também Circular nº 96 da Diretoria da Rendas Internas, in. D.O. I, de 30-12-52).

E, na mesma linha de obediência ao preceito constitucional, equiparou as promessas de venda irrevogáveis às compras e vendas, deixando de tributá-las (art. 94, nota 8ª da Tabela — Redação da Lei nº 1.747), embora limitando, sem motivo, essa exoneração aos casos de promessas quitadas.

E, na letra "g" da portaria 96 supra citada, foi bem clara ao excluir do impôsto de sêlo as cessões de promessa que tivessem pago impostos de transmissão, reconhecendo assim a competência privativa dos poderes locais para tributar essa operação econômica.

E nem se diga que o sistema instituído pela lei nº 1.747 de novembro de 1952 não se aplica ao caso presente em virtude da escritura de cessão ser de princípios de 1952, porquanto, de acôrdo com o disposto no § nº 11, do art. 13 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, em 31 de dezembro de 1951, terminou a competência da União para cobrar o impôsto de sêlo nas transações imobiliárias, passando daí em diante, a ser devido sòmente o imposto de transmissão.

Mas se se quiser admitir que a competência da União só terminou a 31 de dezembro de 1952, então devemos admitir que, até essa data, vigorou o sistema da Constituição antiga e podiam coexistir o impôsto da União sôbre a forma jurídica e o impôsto local sôbre o fenômeno econômico.

Assim, não é só doutrinàriamente, mas também de acôrdo com os próprios textos legais, adotados pela União para a efetivação dos dispositivos constitucionais, que se chega à conclusão da não existência da bitributação incriminada pelo A., cobrando o Distrito Federal o impôsto de cessão no legítimo exercício dos seus poderes privativos da imposição.

Os acórdãos publicados, abaixo, são no mesmo sentido : Revista de Direito Administrativo, vol. 2, pág. 590; Diária da Justiça de 22-11-949; D. J. de 18-3-952; D. J. de 20-3-952; D. J. de 14-4-952.

O Procurador Geral declara : "Quando o proprietário transfere o *jus fruendi* mediante constituição de usufruto, ninguém contesta que a Prefeitura pode cobrar o impôsto de transmissão.

Logo, quando o dono transfere o "*jus abutendi*", o direito de dispôr, por igual inerente ao domínio, não há que estranhar cobre a Fazenda impôsto de transmissão" (D. J. de 7-8-946).

Os Juizes das Varas assim têm decidido (D.J. de 20-3-946; D. J. de 4-11-947; D. J. de 24-11-950; D. J. de 13-5-953, D. J. de 20-3-952).

Face ao exposto, impõe-se a conclusão de que a Fazenda do Distrito Federal se baseou na melhor doutrina ao criar o impôsto de cessão, e de que o sistema da Constituição federal apoia plenamente essa tributação; por outro lado a jurisprudência tem largamente aceito a justeza dêsse impôsto.

Por êstes fundamentos, é dado provimento ao recurso para julgar improcedente a ação.

Rio de Janeiro, em 22 de outubro de 1954. — *A. Saboia Lima*, Presidente e Relator. — *Oscar Tenório*, vencido coerente com os meus votos anteriores. Entende que o impôsto de cessão é indevido, no transgredir o preceito fundamental da Constituição federal na partilha tributária da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. — *Sadi Cardoso de Gusmão.*