IMPÔSTO DE TRANSMISSÃO DE PROPRIEDADE — CESSÃO E TRANSFERÊNCIA DE COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA — DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE

— O conceito de bem imóvel, para todos os efeitos, é de direito privado e sôbre êle só a União pode legislar.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

Gabriel Alexandre Peixoto da Silva *versus* Estado de São Paulo
Apelação cível n.º 54.049 — Relator: Sr. Desembargador
FREDERICO ROBERTO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação n.º 54.049, desta Capital, em que é apelante Gabriel Alexandre Peixoto da Silva e apelada a Fazenda do Estado: Acordam, em Segunda Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, por maioria de votos, adotados os relatórios de fls. como integrantes dêste, em dar provimento, em parte, ao recurso interposto, para o efeito de julgar procedente a ação proposta, salvo quanto à verba para honorários de advogado, que não é devida, como abaixo se declara, pagas as custas como de direito.

Reclama o autor, por via da presente ação, a devolução das quantias que teve de pagar, a título de impôsto de transmissão *inter-vivos*, pela cessão e transferência de dois compromissos de compra e venda de imóveis.

Arguiu a inconstitucionalidade do art. 23 da lei n. 185, de 13-11-48, que teria instituído êsse tributo, porque o compromisso de venda e compra não importa transmissão de propriedade imobiliária a que alude o art. 19, III, da Constituição federal.

A defesa da ré cingiu-se ao seguinte:

a) que a lei civil considera imóveis os direitos reais sôbre imóveis e ações que os asseguram — art. 44, I, do Código Civil;

b) que o compromisso averbado é direito real — art. 5.º da lei n. 58, de 1937; cedendo-o, cede o promitente comprador um direito considerado imóvel, donde a legitimidade da tributação;

c) que há, na cessão de compromisso, uma cessão de direito à ação de que

tratam os arts. 16 da lei n. 58 e 346 do Código de Processo, ação considerada imóvel para os efeitos legais;

d) ainda que não fôsse autorizada a cobrança do tributo com base no art. 19, III, da Constituição federal, sê-lo-ia com fundamento no art. 21 da mesma Carta.

Como se vê, o principal fundamento do pedido do autor é a inconstitucionalidade do art. 23 da lei n. 185, de 13 de novembro de 1948.

Mas, como tem julgado êste e o Supremo Tribunal Federal, e é opinião dos constitucionalistas, sempre que o litígio possa ser resolvido sem a declaração da inconstitucionalidade da lei cumpre ao juiz optar por esa solução (Cf. Amaro Cavalcânti, "Regime Federativo" pág. 234; J. Barbalho, com ao art. 55; Rui Barbosa, vol. 4-126; Araujo Castro, "Constituição de 1937", pág. 223, C. Manso, *in* "Rev. dos Tribs." 119-302, "R. do Supremo", 20-271).

Ora, o art. 23 da lei n. 185 citada não criou, não instituiu o impôsto de transmissão "inter-vivos" pela cessão e transferência de compromissos de compra e venda de imóveis. Estabeleceu, apenas, a taxa pela qual seria cobrado tal impôsto, relativamente a "cessão de direitos e ações que tenham por objeto bens imóveis", já instituído pelo Código de Impostos e Taxas, Livro 5.º, artigo 2.º, n. 4 — decreto n. 8.255, de 23-4-1937.

Conseguintemente, e de acôrdo com a orientação dêste Tribunal manifestada em casos semelhantes — "R.T., 179-922 188-853 — não ocorre, no caso, inconstitucionalidade de lei, em sentido técnico, porque se cuida de apreciar texto legal anterior à Constituição; cogita-se, então, de saber se o primeiro subsiste em face da segunda, ou se foi por esta revogado.

Ora, não se pode negar a incompatibilidade daquele inciso do Código de Impôsto e Taxas com o art. 19, III, da Constituição federal, que autoriza os Estados à decretação de impostos sôbre transmissão de propriedade imobiliária "inter-vivos" e sua incorporação ao capital de sociedades".

Evidentemente, o conceito de bem imóvel, para todos os efeitos, é o do direito privado, e sôbre êle o Estado não pode legislar.

Bens imóveis são os relacionados nos arts. 43 e 44 do Código Civil. No exercício de sua atividade tributal cinge-se o Estado rigorosamente, aos preceitos da Constituição.

Não altera a solução do caso o preceito do art. 5.º da lei n. 58, de 1937, e da lei n. 649, de 11-3-49, onde não instituiu um direito real sôbre imóveis, que se acrescesse àqueles mencionados no Código Civil. Ali criou a lei um direito real "sui generis", condicional, dependente do adimplemento do contrato; antes dêsse adimplemento e da transferência da propriedade não há que falar em direito sôbre imóvel. Cogita-se apenas, de um direito pessoal relativo ao cumprimento do contrato de compromisso. Êste é, apenas, um contrato preliminar que objetiva a obtenção da outorga da escritura definitiva de compra e venda. Outorga, quando inscrito ùnicamente um direito pessoal ao promitente comprador, de exigir compulsòriamente, a escritura definitiva, e nada mais.

Por êsses fundamentos é provido, em parte, o recurso interposto, para se julgar procedente a ação, salvo quanto à verba de honorários, que não é devida.

São Paulo, 5 de junho de 1951 — *Frederico Roberto*, presidente e relator. — *Percival de Oliveira* — *A. de Oliveira Lima*, vencido. Confirmei a sentença.