IMPÔSTO DE CESSÃO DE PROMESSA DE VENDA DE IMÓVEL — PERMUTA

— A promessa de permuta de imóveis não constitui transmissão; não incide no impôsto de cessão em face dos dispositivos constitucionais.

— Interpretação do art. 19, n.º III, da Constituição.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL

Prefeitura do Distrito Federal *versus* Zacarias Ganen e outros
Agravo de petição n.º 5.705 — Relator: Sr. Desembargador SADI CARDOSO DE GUSMÃO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de agravo de petição n.º 5.705, agravantes: O Juízo da Quarta Vara da Fazenda Pública e a Prefeitura do Distrito Federal; agravados: Zacarias Ganen e outros:

A agravante pretendeu cobrar impôsto de cessão, por compra e venda, com fundamento no Decreto-lei n.º 9.626, de 1946, art. 1.º, parágrafo único, n.º XI, em relação a promessa de permuta de imóveis, entre os agravados ajustada e daí o presente mandado de segurança.

Ora, a promessa de permuta não constitui transmissão ou alienação, não cabendo, assim, nem mesmo na lei referida, a qual, no inciso citado, se refere a promessa de venda, e não a outros, não cabendo, assim, a invocação do preceito citado, por analogia, mormente em se sabendo que a jurisprudência o considera insubsistente em relação mesmo à promessa de venda, em face dos têrmos do art. 19, III, da Constiuição e do art. 2.º, VII, § 2.º da Lei Orgânica do Distrito Federal, donde lhe ter sido desfavorável a decisão recorrida.

Isto pôsto:

Acordam os Juízes da Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, por maioria de votos, contra o voto do Relator, em negar provimento aos recursos, confirmando, assim, a sentença recorrida.

Custas *ex-lege*.

Rio, 17 de dezembro de 1954. — *A. Sabóia Lima*, Presidente, com voto vencido em separado. — *Sadi Cardoso de Gusmão*, Relator designado para o acórdão. — *A. Sabóia Lima*, vencido.

Dava provimento ao recurso para denegar a segurança, pois considero constitucional e legal o denominado impôsto de cessão.

De fato, adotando razões do eminente jurista Dr. Barbosa Lima Sobrinho e outros juristas, que tanto se bateram pelo advento do mandado de segurança, para a proteção de direitos inconstestáveis, ameaçados, ou violados, não podiam prever que surgisse, também, o desejo de convertê-lo em panacéia, para sucedâneo de todos os demais recursos previstos, regulados e protegidos na legislação ordinária. E' o que ocorre no caso presente: invoca-se o mandado de segurança para invalidar leis, como se o ato do Poder Público, executado dentro dos estritos têrmos da lei, já se houvesse tornado abuso de poder! A própria Constituição federal, ao estabelecer os requisitos, que apóiam e autorizam a invocação do mandado de segurança, exige que se trate, não apenas de direito líquido e certo, como de ato inquinado de *"ilegalidade ou abuso de poder"*. Mas onde a ilegalidade da autoridade que cumpre a lei? Onde o abuso de poder de quem obedece a lei? E não é a lei que a Prefeitura está executando, quando exige o impôsto de cessão?

Refere-se o impetrante a uma das leis em que se apóia a Prefeitura: o Decreto-lei n.º 9.626, de 1946, o qual, no seu artigo 1.º, inciso XI, declara devido o impôsto de transmissão sôbre a: "Cessão de contrato de promessa de compra e venda, contenha êste, ou não, autorização para que o promissário indique terceiro, que não o normalmente indicado no mesmo, para receber a escritura definitiva".

A tese dos que invocam a revogação dessa lei pela Constituição de 1946, cai por terra, fragorosamente, quando se verifica que outra lei *federal, aprovada pela Câmara e pelo Senado da União*, já depois da Constituição de 1946, incluiu na competência tributária do Distrito Federal a faculdade de decretar impostos sôbre a cessão de direitos, quando constituída em forma de transmissão. E' o que se lê no art. 1.º, VII, § 2.º, da Lei n.º 217, de 15 de janeiro de 1948: "O impôsto de transmissão de propriedade *inter-vivos*, bem como da sua incorporação ao capital da sociedade, incidirá sôbre tôdas as formas legais de transmissão, inclusive a cessão de direitos, a arrecadação ou adjudicação". Leia-se bem: *inclusive a cessão de direitos*. Se a Constituição de 1946 revogou o Decreto-lei n.º 9.626, qual foi o texto legal que revogou a Lei n.º 217, de 1948? E como pode a Prefeitura, diante dêsse texto, que é o da sua Lei Orgânica, deixar de cumprir a lei?

Pois bem. Êsse ato de simples obediência à lei já se converte, no entendimento dos impetrantes, em abuso de poder, ou em ato ilegal. Subvertem-se os têrmos e se pleiteia a medida de segurança contra a própria lei?

Alegou-se que o Decreto-lei n.º 9.626 estaria revogado pela Constituição de 1946. Vimos a inanidade da argüição, pois o que o Decreto-lei n.º 9.626 estabelece está repetido na Lei Orgânica do Distrito Federal, *promulgada depois da Constituição de* 1946. Que se há de alegar contra a Lei Orgânica? Que ela fere ou desrespeita a Constituição federal?

A argüição da inconstitucionalidade não é dessas que possam ser feitas num exame apressado da matéria. Exige, pela importância dos interêsses que envolve uma apreciação demorada e só se justifica quando não possa haver nenhuma dúvida, nenhuma hesitação na interpretação do texto. Assim tem opinado diversas vêzes o Supremo Tribunal, invariável na defesa da melhor exegese. aquela que vem dos mestres americanos, e segundo a qual "tôda presunção é pela constitucionalidade da lei e qualquer dúvida razoável deve-se resolver em seu favor e não contra ela. E os tribunais não julgarão inválido o ato, a menos que a violação das normas constitucionais seja, em seu julgamento, clara,

completa e inequívoca" (Lúcio Bittencourt, *O Contrôle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis*, pág. 92).

Qual o argumento que se invoca, para se considerar inconstitucional o preceito da Lei Orgânica, admitindo o impôsto de cessão? *Os impetrantes nem se referem à Lei Orgânica!*

Mas contra o Decreto-lei n.º 9.626 é que êle invadiu esfera de competência tributária reservada à União, quanto aos "atos e instrumentos regulados por lei federal" (art. 15, VI); omite-se, porém, que a Lei Orgânica atribuiu ao Distrito Federal a faculdade de tributar a "cessão de direitos", considerando-a como uma forma legal de transmissão, o que vale por uma revogação de textos de leis ordinárias, que hajam firmado doutrina diferente. Uma lei federal considerou a cessão de direitos forma legal de transmissão. Sempre, aliás, no direito civil, a cessão se confundiu com a transmissão. Já o dizia o nosso eminente civilista Carvalho de Mendonça (M. J.) "Na cessão, há transmissão" (*Obrigações*, n.º 411).

Essa cessão, quando de direitos pessoais está incluída na competência tributária privativa da União; mas quando envolve direitos imobiliários, incorre na competência tributária privativa dos Estados. Êste o sentido da Lei n.º 217, mesmo porque, no caso de conflito entre as duas competências, sempre que se tratasse de transmissão de direitos imobiliários, *prevaleceria a competência do Estado.* E' o que determina, expressamente, o art. 15, n.º VI, da Constituição de 1946, *firmando uma norma constitucional* que não existiu nos textos constitucionais anteriores. Diz êsse preceito: "Não se compreendem nas disposições do n.º VI os atos jurídicos ou os seus instrumentos, quando forem partes a União, os Estados, ou os Municípios, ou quando *incluídos na competência tributária estabelecida nos artigos* 19 e 29".

No conflito tributário prevalece, pois, o impôsto estadual, quando se trate de transmissão de propriedade imobiliária. E a Lei n.º 217 vem dizer que há transmissão de propriedade imobiliária no caso de cessão, equiparada, por isso, à arrecadação e à adjudicação, como uma das formas legais de transmissão.

Onde, pois, a inconstitucionalidade da Lei n.º 217, se assim robustecida pelo texto explícito da Carta de 1946?

Bastaria, aliás, a complexidade da matéria, o mundo de controvérsias que ela sugere, para que se comprovasse o descabimento da medida de segurança. E' assunto, sim, para uma ação declaratória, em que as duas partes tenham oportunidade para o amplo debate de tôda a matéria constitucional e de sua repercussão no Direito Fiscal e no Direito Civil.

Não parece, aliás, que seja suficiente alegar que se trata de impôsto de cessão, para que se defina, ou se constitua direito líquido e certo. Há que examinar cada caso, para saber o que existe no bôjo da alegada cessão. O próprio Tribunal de Justiça do Distrito Federal já se declarou num de seus mais lúcidos acórdãos: "Tratando-se de promessa de venda, sob o disfarce de cessão, torna-se exigível o pagamento do impôsto de transmissão" (apelação cível n.º 5.035, 5.ª Câmara, *Revista de Direito Administrativo*, vol. II, pág. 590).

E Carlos da Rocha Guimarães comentava excelentemente: "Não existisse o impôsto de cessão e as transações imobiliárias deixariam, em grande parte, de ser tributadas pelo Distrito Federal." (Id. pág. 593).

O chamado "outorgante promissário cessionário" já revela, na denominação que lhe atribuirem, e que êle subscreveu, que não é apenas cessionário, mas também promissário o que altera os têrmos da questão proposta. Pertence-lhe imóvel que se transfere ao chamado "outorgado promissário cessionário" por meio de um contrato que tem o caráter de "irrevogável e irretratável por vontade de ambas as partes contratantes, não dando direito de arrependimento".

Dir-se-ia que há rescindibilidade de contrato, mas todos sabem que não há confundir rescindibilidade e irretratabilidade e que mesmo os contratos de-

finitivos de compra e venda podem ser rescindíveis, por inexecução de suas cláusulas.

Que é que se transfere? Todo o domínio útil de imóvel, com os direitos que o integram, o de usar, gozar e dispor dêsse domínio útil.

Não se trata, pois, de cessão de direitos pessoais, mas de cessão de direitos reais, e cessão de direitos reais é transmissão, sob pena de deixar de haver transmissão, a prevalecer a exegese pretendida pelo impetrante.

Como se vê, a interposição, que vem sendo pleiteada, corta na carne da competência tributária dos Estados, desnatura os velhos contratos de direito civil, arquiva, para as escassas oportunidades de heranças, a escritura definitiva. Tudo isso com que resultado, e para que efeito, senão o de evitar o pagamento do impôsto de transmissão, sem deixar de tornar realidade a transmissão?

Em suma: 1) Que o direito alegado não é líquido e certo, pois que, em face dos documentos apresentados, não está fora de dúvidas que se trate de cessão. O nome dado ao contrato não pode prevalecer sôbre o sentido e o alcance de suas cláusulas, que são antes de uma transmissão de direito imobiliários, como se poderia demonstrar, por meio de um exame detido de provas, inclusíve a testemunhável, ouvidos outorgantes e outorgados, o que o rito do mandado de segurança não permite. Daí a impropriedade da medida invocada, com a evidência, assim, de que o caso presente não é caso de mandado de segurança. 2) Não houve abuso de poder. nem ato ilegal do Poder Público. Ao contrário, limitou-se a Prefeitura a cumprir leis — Decreto-lei n.º 9.626 e Lei n.º 217, de 1948 — que ela não teria faculdade de deixar de cumprir sem uma declaração expressa do Poder Judiciário, não em casos concretos, mas em geral, numa ação declaratória em que o tema exclusivo seja o da própria constitucionalidade ou inconstitucionalidade da lei. Enquanto não houver essa declaração, pelo Poder Judiciário, na ação própria, em que a tese possa ser amplamente discutida e comprovada; enquanto não forem revogadas as leis em causa por meio de outra lei Municipal, num caso e no outro, federal, em relação à lei Orgânica não pode a Prefeitura deixar de cumprir as leis impugnadas. E se isso constitui, para ela, uma obrigação legal, não há como inquinar de ilegal, ou de abuso de poder, o que resulta da própria lei e se expressa num dever iniludível. 3) O que se argui é a inconstitucionalidade de duas leis, o Decreto-lei n.º ... 9.626, de 1946 e a Lei n.º 217, de 1948, embora o impetrante não chegue, sequer, a mencionar êsse texto legal, que considera inexistente, ou que de sua própria iniciativa resolveu eliminar da coleção de nossas leis, esquecendo, inclusive, que a Lei n.º 217 foi elaborada pelos mesmos legisladores que haviam composto a Assembléia Constituinte de 1946. Não há como admitir a manifesta inconstitucionalidade dessas Leis, pois que elas pressupõem uma cessão que transmite direitos reais, capazes de configurarem a noção ou o instituto de domínio. Não cabe, pois, o mandado de segurança, como parece ser a tendência do Supremo Tribunal Federal, cada vez mais cioso do exercício de prerrogativa, que interfere com as faculdades essenciais dos poderes constituídos. 4) Não se pode alegar o fato de se intitular o contrato de *cessão*, pois que não sòmente o nome do contrato não se substitui à sua essência, nem lhe altera a estrutura, como há que considerar que a cessão de direitos hereditários está sujeita ao impôsto *inter-vivos*, sem que a respeito surja qualquer dúvida, ou hesitação na jurisprudência. Ora, a cessão de direitos hereditários nem sempre envolve apenas direitos imobiliários, pois que pode incluir também direitos pessoais e o fato de ser a herança considerada imóvel por lei não a torna mais imóvel que aquelas cousas que o são por sua própria natureza, como as propriedades transferidas nesses contratos, intitulados de cessão.

Em conseqüência, no caso presente, nem o direito invocado é líquido e certo,

nem há abuso de poder, nem o remédio invocado é o mandado de segurança, quando se impõe o exame detido do contrato, para verificar, inclusive, por meio de provas, se o título adotado corresponde à sua natureza real. Se bastasse adotar o nome de *cessão*, para fugir ao impôsto de cessão, não haveria mais impôsto de transmissão, isto é, estaria pràticamente anulada a faculdade tributária concedida aos Estados, pois que a compra passaria, òbviamente, a chamar-se cessão. E para dizer, fora de tôda a dúvida, se a natureza do contrato é realmente a de uma cessão de direitos pessoais, ou a de uma transmissão de direitos reais, que integram o domínio, há que recorrer a provas, que não cabem no rito do mandado de segurança.

Com apoio na mesma tese são os V. acórdãos e publicações constantes da *Revista de Direito Administrativo*, vol. 2, pg. 590; vol. 23, pgs. 67 e 71; vol. 24, pgs. 47-52, e *Revista Forense*, vol. 138, pg. 155, *Diário da Justiça*, Suplemento de 29-11-949; *Diário da Justiça* de 1-3-952; de 18-3-52; de 14-4-953; de 26-2-951; e decisões dos juízes da Vara da Fazenda, in *Diário da Justiça* de 20-3-946; 4 de novembro de 1947; 29-11-950; 13 de maio de 1952; e 29-9-953; e parecer do Procurador Geral no *D. Justiça* de 7-8-946.

Em face do exposto e baseado na jurisprudência é que dava provimento ao recurso para denegar a segurança.

A. Sabóia Lima, Presidente. — *Sadi Cardoso de Gusmão*, Relator. — *Oscar Tenório*.