IMPÔSTO DE TRANSMISSÃO — RESTITUIÇÃO

— Quando o ato, ou contrato, deixa de surtir o efeito próprio, que é a transmissão da propriedade, o impôsto deve ser restituído.

TRIBUNAL DE ALÇADA DE SÃO PAULO

Estado de São Paulo *versus* Vicência Arienza Trevisan Leme e outros
Apelação *ex officio* n.º 35.982 — Relator: Sr. Desembargador
DIMAS R. DE ALMEIDA

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação *ex officio* n.º 35.982 de São Paulo, em que é apelante o Juízo *ex officio*, sendo apelados Vicência Arienza Trevisan Leme e outros: Acordam, por maioria de votos, os Juízes da Primeira Câmara Civil do Tribunal de Alçada, em negar provimento ao recurso, a fim de manter a respeitável decisão apelada.

Custas como de direito.

Não chegou a ser transcrita a doação feita mediante escritura pública, de 15 de março de 1955, por D. Vicência Arienza Trevisan Leme e seu marido Irineu Soares de Toledo Leme, ao filho de seu casal, de nome Dino de Toledo Leme, maior de idade, solteiro e negociante (v. escritura a fls., e certidão do Registro de Imóveis da 10.ª Circunscrição, a fls.).

Deliberaram então as partes rescindir aquêle ato, e assim o fizeram por escritura pública de 30 de outubro de 1957, junta a fls. Tiveram, porém, a fim de proceder a essa rescisão, de recolher sisa, nos têrmos do Livro IV, art. 3.º, do Código de Impostos e Taxas. E agora, pela presente ação ordinária, querem reaver da Fazenda do Estado o pagamento efetuado, no importe de Cr$ 13.650,00. A respeitável sentença de fls. deu pela procedência do pedido, recorrendo o MM. Juiz de ofício.

Merece confirmada a veneranda decisão em aprêço. O impôsto de transmissão *inter vivos* que aos Estados compete cobrar, em conformidade com o art. 19 n.º III, da Constituição federal, recai, efetivamente, sôbre a transmissão, e é recolhido antes que esta se perfaça, pela transcrição (Código Civil, art. 530, n.º I), apenas por facilidade na operação tributária. Tem o impôsto, como seu fato gerador, a transferência de bens, com a concomitante aquisição do domínio, sem o que a transmissão não estará efetuada. Preciso é que se diga, novamente, que o tributo não recai sôbre o contrato de compra-e-venda. Indispensável é a transferência da propriedade, para que êle incida. Acentuou a propósito o Min. Castro Nunes: "o impôsto de transmissão supõe, de seu natural, um direito de propriedade, que se transfere de uma para

outra pessoa e, aliás, a própria denominação o indica na locução *inter vivos* — vale dizer, uma que aliena e outra que adquire", (v. "Problemas da Partilha Tributária", na *Revista de Direito Administrativo,* vol. I/10).

Por outro lado, em voto no egrégio Supremo Tribunal, disse o Min. Hahnemann Guimarães: "a Constituição declara, em têrmos de absoluta clareza, que não permitem dúvida, que o impôsto é cobrado sôbre o ato translativo da propriedade, sôbre a transmissão da propriedade. É, assim, sôbre o ato translativo; não é, nem mesmo, sôbre o próprio contrato de compra-e-venda; não é sôbre a causa da transferência da propriedade que incide o impôsto, mas sôbre o ato translativo, que se segue ao título da transferência" (v. *Revista Forense,* vol. 126/108, no julgamento do recurso extraordinário n.º 11.534, do Estado do Rio, versando sôbre a inconstitucionalidade do impôsto de transmissão *inter vivos* sôbre a promessa de compra-e-venda de imóveis).

Quando, pois, não se realize o ato ou contrato por fôrça do qual se expediu guia e se pagou o impôsto, ou ainda, em todos os casos enumerados no art. 68 do Livro IV do Código de Impostos e Taxas, e de modo geral, quando se torne impossível a transmissão da propriedade, o impôsto legalmente cobrado deve ser restituído.

Não é, portanto, por outro motivo, senão na perspectiva da transmissão a realizar-se, que o impôsto é recolhido. Quando o ato, ou contrato, por alguma das causas referidas na lei fiscal, deixe de surtir o efeito próprio, que é a transmissão da propriedade, o impôsto deve ser restituído.

Assim, quando revogada a doação, com fundamento no Direito Civil, há também restituição (Livro IV, art. 63, n.º 7, do Código de Impostos e Taxas).

Surge a dúvida quando a doação se desfaz pela retratação das partes. Resolve-se o problema, pela restituição, se a escritura não chegou a ser transcrita. Se não houve transmissão, o contrato — que era distratável, pelo mútuo consenso das partes, como outro qualquer (Carvalho Santos, *Código Civil Interpretado,* vol. XVI, pág. 431), contanto que o fôsse pela mesma forma porque instituído — não transmitiu a propriedade. Decidiu-se no egrégio Tribunal de Justiça: "se as mesmas partes que avençaram a doação continuam na mesma situação jurídica anterior, nada impediria... que desfizessem, ou modificassem a liberalidade, estabelecendo novas condições" (v. *Revista dos Tribunais,* vol. 203/163).

O impôsto recolhido não desempenhou a sua função, de permitir a realização do ato objetivado. Êste não se consumou. Transmissão não houve. Deve, portanto, ser restituído.

E assim sendo, muito menos era devido o impôsto *inter vivos,* para que a retratação se perfizesse, entre as partes.

Decidiu-se, em caso semelhante, no egrégio Tribunal de Justiça, embora contra o preclaro voto vencido, que "o donatário que não chega a adquirir o domínio do imóvel pela transcrição do título, não o retransmite ao doador, se desfaz ou desiste da liberalidade. Noutras palavras: se a retratação ocorre antes da transcrição do título, não há cogitar de nôvo impôsto de transmissão imobiliária, precisamente porque o donatário não chegou a adquirir o domínio para que pudesse retransmitir ao doador". E adiante: "...na hipótese de retratação anterior à transcrição do título, o donatário nada retransmite ou restitui, porque não chegou a adquirir vàlidamente.

"Nestas condições, o art. 3.º, capitulo I, do Livro IV, do Código de Impostos e Taxas, há de ser entendido nos seus devidos têrmos: sòmente quando a retratação ou o distrato implica em nova retransmissão ou retransmissão do comprador ao mesmo vendedor, é que nova sisa deverá ser paga.

"Não se contesta que o contrato de doação, na espécie, se aperfeiçoou, mas sim que tenha havido nova transmissão, retransmissão ao próprio doador. E, se não houve retransmissão, não há cogitar de nova sisa, por ausência do fato gerador do tributo" (v. *Revista dos Tribunais,* vol. 269/412).

Da mesma forma resolveu-se neste Colégio Judiciário, por sua egrégia Seção Civil, no julgamento do recurso de revista n.º 25.290, de São João da Boa Vista, em sessão de 3 de maio, corrente, apenas contra 3 votos.

Não há, portanto, como alterar-se o disposto na respeitável decisão ora recorrida.

São Paulo, 19 de maio de 1960 — *Dimas R. de Almeida* Presidente e Relator vencido, pelos fundamentos constantes do voto vencido, *in Revista dos Tribunais,* vol. 269/412 — *Adriano Marrey,* Relator designado — *Barbosa Pereira.*