CÓDIGO TRIBUTÁRIO ESTADUAL — INCONSTITUCIONALIDADE — IMPOSTO DE TRANSMISSÃO

— Inconstitucionalidade do art. 72, XIII, do Decreto-lei n.º 5, de 1975, que inclui entre os fatos geradores do imposto de transmissão a aquisição de imóvel por usucapião, por inexistir transferência ou sucessão de domínio.

Usucapião é forma originária de adquirir.

Nem a sentença, que é declaratória, nem o registro atribuem direito ao usucapiente, cujo domínio preexiste a uma e a outro.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

Argüição de Inconstitucionalidade nº 6/87 no Agravo de Instrumento nº 895/86
Argüente: Quinta Câmara Cível
Relator: Sr. Desembargador J. C. BARBOSA MOREIRA

RELATÓRIO

O *Sr. Desembargador J. C. Barbosa Moreira:* 1. Passada em julgado sentença que acolhera o pedido em ação de usucapião, requereram os autores a expedição de mandado para o registro imobiliário, independentemente do pagamento de imposto de

transmissão da propriedade. O MM. Dr. Juiz deferiu o requerimento, mas o Estado recorreu dessa decisão, invocando o art. 71, inciso XIII, do Código Tributário Estadual, que prevê a hipótese entre as de incidência daquele tributo.

2. No julgamento do agravo, a egrégia Quinta Câmara Cível, por unanimidade, decidiu submeter ao egrégio Órgão Especial a argüição de inconstitucionalidade daquele dispositivo, por entendê-lo incompatível com a norma do art. 23, I, da Constituição da República, que outorga competência aos Estados e ao Distrito Federal para instituir, entre outros, impostos sobre "transmissão, a qualquer título, de bens imóveis por natureza e a cessão física e de direitos reais sobre imóveis, exceto os de garantia, bem como sobre a cessão de direitos à sua aquisição". Nos termos do venerando acórdão (fls. 90-1), inexistindo *transmissão* da propriedade na aquisição por usucapião, o Estado ultrapassou os limites de sua competência tributária, quando incluiu entre os fatos geradores do imposto um que não se encaixa na moldura constitucional.

3. Remetidos os autos ao egrégio Órgão Especial, abriu-se vista deles à douta Procuradoria-Geral da Justiça, que opinou pela declaração da inconstitucionalidade do dispositivo em foco (parecer das fls. 95-7).

VOTO

Os Srs. Desembargadores Cláudio Vianna de Lima (Presidente) e *J. C. Barbosa Moreira* (Relator): 1. O art. 23, I, da Constituição da República outorga competência aos Estados e ao Distrito Federal para instituir, entre outros, imposto sobre "transmissão, a qualquer título de bens imóveis, exceto os de garantia, bem como sobre a cessão de direitos à sua aquisição". *Transmissão* significa transferência, passagem de um titular a outro, sucessão. Só é legitimamente tributável, portanto, à luz da Carta Federal, ato em que o bem ou o direito se transfira, em que o novo titular suceda ao anterior.

2. O art. 72, XIII, do Decreto-lei nº 5, de 15 de março de 1975 (Código Tributário Estadual), inclui entre os fatos geradores do imposto de transmissão a aquisição de imóvel por usucapião. Mas nesse tipo de aquisição não ocorre transferência, sucessão, passagem do domínio de um a outro titular. O usucapiente não sucede ao proprietário anterior, nem este transfere àquele o seu direito. Inexiste, entre ambos, qualquer vínculo. Conforme expressivamente dizia Pontes de Miranda (*Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro, 1971. t. 11, p. 117), "não se adquire, pela usucapião, *de alguém*" — lição reiterada, em data mais recente, por Adroaldo Furtado Fabrício (Comentários ao Código de Processo Civil. 2. ed., Rio de Janeiro, 1984, v. 8, t. 3, p. 503-4), *verbis:*

"A usucapião é forma *originária* de adquirir: o usucapiente não adquire a alguém; adquire, simplesmente. Se propriedade anterior existiu sobre o bem, é direito que morreu, suplantado pelo do usucapiente, sem transmitir ao direito novo qualquer de seus caracteres, vícios ou limitações. Aliás, é de todo irrelevante, do ponto de vista da prescrição aquisitiva, a existência ou não daquele direito anterior."

3. Não vale objetar que a aquisição por usucapião pode ser objeto de sentença, em ação própria, com subseqüente registro no ofício competente do Registro Geral de Imóveis (Código de Processo Civil, art. 945; Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, art. 167, I, 28). Nem à sentença, que é essencialmente declaratória — consoante, aliás, está dito no próprio texto do segundo dispositivo citado, e é pacífico em doutrina (cf., por exemplo, Pontes de Miranda, *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro, 1977. t. 13, p. 351; Couto e Silva, Clóvis do. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo, 1977, v. 11, t. 1, p. 187; Adroaldo Furtado Fabrício. op. v. e t. cit., p. 548) — nem tampouco ao registro, cabe atribuir o efeito de criar o direito do usucapiente: seu domínio preexiste a um e a outra, adquirido que está desde o momento

em que se perfizeram os pressupostos legais (*res habilis*, posse por determinado tempo e, na modalidade ordinária de usucapião, justo título e boa-fé). Tanto assim, que pacificamente se admite a possibilidade de, mesmo sem prévia declaração por sentença, alegar o usucapiente, *em defesa* (*v.g.*, para impugnar pretensão à reivindicação), que *adquiriu* o bem por tal forma: é tese consagrada inclusive na Súmula da Jurisprudência Predominante nº 237 do egrégio Supremo Tribunal Federal.

4. O Estado, portanto, extravasou dos limites de sua competência tributária, quando incluiu, entre os fatos geradores do imposto em foco, um que não se encaixa na moldura constitucional. Onde não há transmissão, não pode haver — é óbvio — "imposto sobre transmissão". Nem se argumente em contrário com os dizeres do art. 945, *fine*, do estatuto processual, *verbis* "satisfeitas as obrigações fiscais": a cláusula deve ser entendida como relativa aos tributos legitimamente exigíveis de acordo com a sistemática constitucional em vigor, de modo que, se algum se mostra com esta incompatível — como é o caso do imposto de transmissão — não será o texto do Código de Processo Civil que lhe imprimirá legitimidade (cf., ainda, a propósito, Fabrício, Adroaldo Furtado. op., v. e t. cit. p. 549-50).

5. Não é nova, sequer, a matéria. O colendo Supremo Tribunal Federal já se pronunciou no sentido da inconstitucionalidade de dispositivos análogos ao agora sob exame, e inseridos em leis estaduais do Rio Grande do Sul e de Minas Gerais: vejam-se os venerandos acórdãos de 30.8.84, no RE nº 94.580 (do qual há cópia nos autos, fls. 26 e segs.), e de 24.10.85, no RE nº 103.434, *Diário da Justiça*, 14-fev.-1986 (fl. 72 dos autos). Na esteira dessa jurisprudência, que é correta, declara-se agora inconstitucional, pelos fundamentos antes expostos, o art. 72, XIII, do Decreto-lei nº 5, de 15 de março de 1975, devendo os autos retornar oportunamente à egrégia Quinta Câmara Cível, para completar o julgamento do Agravo de Instrumento nº 895/86.

VOTO VENCIDO

O Sr. Desembargador Hermano Duncan Ferreira Pinto: Ouso divergir da douta maioria, visto como entendo que exista transmissão que justifique a cobrança de imposto em caso de usucapião.

Não considero a sentença que reconhece o usucapião, data vênia, como puramente declarativa, porque, ao entender que o ocupante do imóvel satisfez os requisitos legais para adquirir o domínio, ela, ao mesmo tempo, faz com que a pessoa em nome de quem se encontrava o imóvel perca a condição de dono.

Assim, ela retira o domínio de um e o atribui a outro, devendo-se convir, além do mais, que muita vez pode o detentor da posse preencher as condições legais para adquirir o domínio, e não conseguir fazer uma prova a esse respeito suficientemente forte para ver seus direitos reconhecidos.

No caso, inexiste transmissão voluntária de domínio de antigo dono para o novo e, sim, a intervenção do Estado que, ao reconhecer a usucapião, retira o domínio de um e o transmite ao outro, o que também acontece nas arrematações de imóveis levados à praça.

Sem essa intervenção do Estado transmitindo domínio, existe tão-somente por parte do possuidor uma expectativa de direito, que pode ou não se consumar, razão por que vejo na sentença que reconhece a usucapião uma decisão que não apenas declara um direito, mas que faz cessar o direito de uns para atribuí-lo a outros.

São essas as razões por que não acompanho a douta maioria, rejeitando, com a devida vênia, a argüição de inconstitucionalidade do dispositivo legal que prevê a cobrança do imposto de transmissão nas aquisições por usucapião.

VOTO VENCIDO

A Sra. Desembargadora Áurea Pimentel Pereira: Data venia da douta maioria, rejeitava a argüição.

O art. 23, I, da Lei Maior, outorga aos estados e ao Distrito Federal competência para instituir imposto sobre transmissão de bens imóveis, a qualquer título.

Na hipótese de usucapião consumada, a sentença que reconhece tal consumação, depois de transcrita, transfere ao possuidor a propriedade do imóvel.

Através da referida transcrição, portanto, o que se opera — como observa Carvalho Santos — é a verdadeira "transmissão da propriedade". (*Código Civil Brasileiro interpretado.* 6. ed. v. 7, p. 431).

Se assim é, se existe transferência ou transmissão da propriedade, embora o ato de transferência esteja sendo feito por ato judicial, o imposto incide, não havendo inconstitucionalidade no art. 72, XIII, do Código Tributário Estadual que tal incidência prevê.

EXTRATO DA ATA

Decidiu-se, em sessão de 11.2.88, por maioria qualificada (14 votos), declarar a inconstitucionalidade do art. 72, XIII, do Decreto-lei nº 5, de 15 de março de 1975 (Código Tributário Estadual), contra os votos dos Desembargadores Ferreira Pinto e Áurea Pimentel Pereira, que rejeitaram a argüição, devendo os autos retornar oportunamente à egrégia Quinta Câmara Cível, para completar o julgamento do AG nº 895/86.