



Escola da Magistratura do Rio de Janeiro

A Não Incidência do ITBI nas Aquisições de Imóveis em Arrematação Judicial

Aline Abreu Pessanha

Rio de Janeiro
2009

ALINE ABREU PESSANHA

A Não Incidência do ITBI nas Aquisições de Imóveis em Arrematação Judicial

Artigo Científico apresentado à Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, como exigência para obtenção do título de Pós-Graduação.

Orientadores: Prof^a. Néli Fetzner
Prof. Nelson Tavares
Prof^a Mônica Areal

Rio de Janeiro
2009

A NÃO INCIDÊNCIA DO ITBI NAS AQUISIÇÕES DE IMÓVEIS EM ARREMATACÃO JUDICIAL

Aline Abreu Pessanha

Graduada pela Faculdade de Direito de Nova Iguaçu. Advogada. Assessora de Órgão Julgador. Pós-graduada em Direito Imobiliário pela Escola da Magistratura do Rio de Janeiro – Universidade Estácio de Sá.

Resumo: A Constituição de 1988, em seu artigo 156, inciso II, atribuiu competência aos Municípios para instituírem imposto sobre a transmissão, por ato oneroso, *inter vivos* de bens imóveis e de direitos reais, salvo os de garantia. Verifica-se, assim, que somente ocorrerá o fato gerador do imposto em tela, quando houver transmissão voluntária do bem (tal como definido no Código Civil), o que ocorre tão-somente na aquisição derivada da propriedade, por exemplo, na compra e venda. A aquisição da propriedade, por meio da arrematação judicial de imóvel, por não ter natureza negocial, é considerada, para alguns, forma originária de aquisição da propriedade. Portanto, não havendo a transmissão da titularidade do bem, não há qualquer fundamento jurídico que autorize a exigência do ITBI. O mencionado entendimento já é difundido em relação à usucapião. Este trabalho tem por objetivo analisar, em linhas gerais, a não-incidência do ITBI na aquisição da propriedade imobiliária por meio da arrematação judicial.

Palavras-chaves: Tributário, ITBI, Arrematação judicial de imóvel, Fato gerador, Não incidência.

Sumário: Introdução; 1.O ITBI no Ordenamento Jurídico Brasileiro; 2. A Arrematação Judicial de Bens Imóveis; 2.1. Conceito e Natureza Jurídica; 2.2. A Arrematação como Forma de Aquisição Originária da Propriedade; 2.3. Arrematação e a Incidência Tributária do ITBI; 3. A Não Incidência do ITBI em Outros Institutos; 3.1. Na Desapropriação; 3.2. Na Usucapião; Conclusão; Referências.

INTRODUÇÃO

Objetiva-se, com esse trabalho, demonstrar a ilegalidade das leis municipais que instituem a incidência do ITBI na aquisição da propriedade imobiliária por meio da arrematação judicial. Sabe-se que o tema proposto se afasta, e muito, do que é praticado no dia-a-dia. Por essa razão, a posição aqui defendida deve ser considerada um embrião do assunto.

Em um Estado Democrático de Direito há a necessidade de os entes políticos que o formam serem providos de recursos, a fim de que cada um possa atender às suas próprias despesas, viabilizando a manutenção da estrutura político-administrativa desse Estado e de suas ações de governo. Para tanto, são criadas fontes de receitas, dentre as quais está a receita de natureza tributária.

A Constituição Federal, para o ingresso de receita tributária, criou um sistema misto de partilha de competência, em que o poder de criar tributos é repartido entre os vários entes da federação – União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios. Todos eles têm competência para criar determinados tributos. Contudo, o ente político, ao exercer sua competência tributária, está submetido a vários balizamentos definidos na Constituição e demais normas infraconstitucionais, dentre os quais está o campo de incidência do tributo e, conseqüentemente, de não-incidência (imunidade). Na hipótese desses limites serem ultrapassados, o ente exercerá competência que não lhe foi autorizada.

Este trabalho pretende demonstrar que o legislador municipal, tal como ocorre no Município do Rio de Janeiro, ao instituir o ITBI para as arrematações judiciais, ultrapassou essas fronteiras.

A Constituição Federal de 1988 (artigo 156, II) estatui que os Municípios podem instituir imposto sobre transmissão a qualquer título, onerosa e *inter vivos* de bens imóveis e de

direitos reais sobre imóveis. Pela leitura do texto citado, verifica-se que a competência outorgada aos municípios possui uma série de limitações impostas ao legislador municipal. Dentre elas, a impossibilidade de o tributo municipal abranger hipóteses em que não há transmissão voluntária de bens. Isto significa que o Município não tem competência para tributar as formas originárias de aquisição da propriedade imobiliária, tal como ocorre na usucapião ou na retrocessão na desapropriação.

A transmissão imobiliária pressupõe a manifestação de vontade, que é materializada por meio da efetivação de um negócio jurídico hábil a gerar obrigações entre as partes. O que não ocorre na arrematação judicial. Nesta há verdadeira expropriação do patrimônio do devedor, sendo o bem entregue a terceiro – arrematante - sem qualquer consentimento do executado. Há muito já se defende a desconstrução da arrematação judicial, pois não há negócio celebrado entre o arrematante e o executado, não há voluntariedade – requisito necessário dos contratos.

O artigo 156, inciso II, da CF ao empregar conceitos fornecidos pelo Código Civil, tais como: transmissão da propriedade, bem imóvel ou acessão física, os está constitucionalizando. E, nos termos do artigo 110 do CTN, a lei tributária não poderá alterar tais conceitos, para estender a incidência do imposto.

1. O ITBI NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

No direito brasileiro, o ITBI, tributo denominado *sis*a, surgiu por meio do Alvará nº 03 de junho de 1809.

A Carta de 1891, art 9º, III, inaugura a primeira previsão constitucional do tributo, classificando-o como imposto sobre a transmissão da propriedade. Neste momento, a competência tributária cabia aos estados-membros.

A Constituição de 1934 (artigo 8º, inciso I, alíneas 'b' e 'c') criou, da cisão do antigo imposto sobre transmissão de propriedade, dois impostos: **(a)** o imposto sobre a transmissão da propriedade *causa mortis* e **(b)** o imposto sobre a transmissão da propriedade imobiliária *inter vivos*. A competência tributária foi mantida com os estados-membros. Esse conceito foi repetido nas Constituições de 1937 (art. 23, I, alíneas b e c) e 1946 (art. 19, II e III).

Em 1961, por meio da Emenda Constitucional nº 5, a competência tributária do imposto sobre a transmissão da propriedade imobiliária *inter vivos* passou para os Municípios (art.29, III), restando aos Estados o imposto de transmissão *causa mortis* (art. 19, I e §§1º e 2º).

Em 1965, por meio da Emenda Constitucional nº 18, os impostos citados foram novamente unificados, retornando a competência para os Estados. Oportuno destacar que, nesta época, em 25 de outubro de 1966, foi editado o Código Tributário Nacional - CTN (Lei nº 5.172/66).

Ressalvadas pequenas alterações, esse conceito foi reiterado na Constituição de 1967 (art. 24, I e § 2º), no Ato Complementar 40 de 1968 e na Emenda Constitucional n.º 1 de 1969 (artigo 24).

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 156, inciso II, atribui aos Municípios competência exclusiva para instituir o ITBI sobre “transmissão *inter vivos*, a qualquer título, por ato oneroso, de bens imóveis, por natureza ou acessão física, e de direitos reais sobre imóveis exceto os de garantia, bem como cessão de direitos a sua aquisição”, e, no artigo 155, I, atribuiu os impostos *causa mortis* e *causa doação* aos Estados e Distrito Federal.

O Código Tributário Nacional trata do ITBI em seus artigos 35 a 42. Todavia, verifica-se que a mencionada norma não faz distinção entre imposto de transmissão *causa mortis e inter vivos*, tal como a Constituição Federal de 1988. Isso se dá em razão do CTN ter sido editado com base na Emenda 18 de 1965 à Constituição de 1946. Assim, suas normas devem ser interpretadas à luz da Constituição de 1988.

No Município do Rio de Janeiro, o imposto de transmissão *inter vivos* é regulamentado pela Lei Municipal 1364, de 19 de dezembro de 1988.

2. ARREMATAÇÃO JUDICIAL DE BENS IMÓVEIS

2.1. CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA

Segundo DE PLÁCIDO E SILVA (1990), arrematação vem de “remate”, que significa final, conclusão, resultado do leilão ou hasta pública. É a venda “almoeda”, ou seja, a quem mais der. É o ato de alienação de bens penhorados, em que um leiloeiro apregoa e um dos licitantes os adquire pelo maior lance.

Essa idéia de a arrematação ser o ato pelo qual um terceiro pretende adquirir um bem penhorado está reforçada pela atual redação dos CPC. Isso porque, pelo sistema anterior, a expressão “arrematação” era utilizada para designar todos os atos da alienação do bem judicialmente.

Atualmente, o CPC utiliza a expressão “Da alienação em hasta pública” para tratar do procedimento voltado à expropriação dos bens penhorados, reservando à arrematação apenas o

ato pelo qual o “Estado, no exercício de sua soberania, transfere, ao licitante vencedor, o domínio da coisa penhorada, mediante pagamento do preço” DIDIER JR., (2009).

O bem penhorado, que não tenha sido adjudicado ou alienado por iniciativa particular, será levado à hasta pública. Isso nada mais é do que uma licitação, em que o bem expropriado do patrimônio do devedor será oferecido por um leiloeiro (também chamado de pregoeiro) e o licitante, que o adquire pelo maior lance, denomina-se de arrematante. Logo, pode-se concluir que a arrematação é um instrumento jurídico colocado à disposição do credor para satisfazer seu crédito, o que, para tanto, pressupõe intervenção de terceiro que adquire o bem em hasta pública (o arrematante).

O professor SCARPINELLA BUENO (2008) define a arrematação com sendo um dos atos finais do procedimento de alienação judicial do bem. DIDIER JR. (2009) completa essa idéia, afirmando que a arrematação, embora seja o último ato da hasta pública, não é o último ato da expropriação forçada do patrimônio do executado, há ainda a expedição da carta de arrematação (título a ser levado ao Registro de Imóveis pelo arrematante).

Nesse momento, cabe analisar a natureza jurídica da arrematação em hasta pública, tema este que causa controvérsia na doutrina.

TAVARES (2008), em seu trabalho intitulado “Aquisição de bem imóvel mediante arrematação judicial em hasta pública: um fato jurídico não subsumível ao arquétipo constitucional de incidência do ITBI”, esclarece os diversos entendimentos existentes sobre o tema.

Primeiramente, era sustentado que a alienação judicial equiparava-se a uma compra e venda. MARTINS (2006), estabelecendo a distinção entre a venda e a arrematação, ensina que a arrematação não corresponde à venda, porque nesta há um contrato entre as partes, enquanto naquela há uma ordem pública para satisfação do direito do credor.

O mencionado professor paulista acrescenta que na venda há livre convencimento do devedor para ceder o bem, enquanto na arrematação o devedor não quer vender o bem, a expropriação é feita em decorrência do poder jurisdicional, conferido ao juiz pelo Estado, de transferir a posse do bem para terceiro, visando satisfazer o direito do credor.

Superado esse entendimento, passou-se a defender o caráter público da arrematação, embora ainda se apegava ao caráter de compra e venda.

Posteriormente, surgiu um terceiro entendimento, que hoje prevalece, no sentido de a arrematação ser um ato de império do Estado, com natureza jurisdicional executiva. Atualmente, a arrematação é vista como um ato processual, em que o órgão jurisdicional transfere os bens do executado diretamente ao arrematante, com objetivo de satisfazer o direito do exequente. O Estado intervém na relação privada para retirar o bem do devedor, levá-lo à hasta pública e entregar o produto da arrematação ao credor, dando uma solução forçada à dívida.

A arrematação se destaca por não depender da aquiescência do devedor-proprietário, é o Estado quem transfere o domínio do bem penhorado ao arrematante. A atuação do poder estatal beneficia o credor em detrimento do devedor.

CÂMARA (2008) entende que “a expropriação do bem penhorado (...) não se confunde com uma compra e venda. Não se pode considerar que o executado está vendendo o bem que lhe pertence, pois não há aqui qualquer relevância de sua vontade, sendo a expropriação feita mesmo contra ela.”

Segue o referido autor, entendendo que, como consequência de não haver manifestação de vontade do executado na alienação de seu bem, não é possível considerar a existência de um contrato na arrematação judicial.

A importância em identificar a natureza da natureza da arrematação judicial está na busca por soluções que envolvem esse instituto, como, por exemplo, se há na arrematação

garantia dos vícios redibitórios (o que não é objeto desse trabalho) ou se há incidência do ITBI na hipótese de arrematação judicial de imóvel.

Quanto à primeira indagação, o STJ, no REsp. 625.322/SP (DJU 14/06/2004, p. 184), entendeu que, em razão da falta de natureza negocial da arrematação, o arrematante não adquire nenhuma ação de garantia, sendo inaplicáveis as garantias da evicção e dos vícios redibitórios aos bens adquiridos através da expropriação judicial.

Já em relação à segunda indagação, o STJ não se manifestou sobre o tema, apesar de ter tido a oportunidade para tanto. Nos autos do REsp. 1.043.417 (DJ 02/06/2008), o citado Tribunal optou por afirmar que é inadmissível Recurso Especial quando a matéria de fundo trata de questão constitucional, *in casu*, delimitação constitucional da competência tributária. A parte interessada daquele Recurso Especial interpôs, também, Recurso Extraordinário (RE 590.122), que está concluso à Ministra Carmen Lúcia desde julho de 2008.

2.2. A ARREMATAÇÃO COMO FORMA DE AQUISIÇÃO ORIGINÁRIA DA PROPRIEDADE

Neste momento, imperioso é abordar as formas de aquisição da propriedade imobiliária, tão-somente, quanto à sua origem. Não se pretende aprofundar nos modos de aquisição da propriedade imobiliária, interessa, apenas, conhecer, superficialmente, as formas para sua aquisição originária e derivada da propriedade imobiliária.

Adquire-se a propriedade por modo originário quando não há relação entre o proprietário precedente e o adquirente, este recebe o título de forma direta e independente da

vontade do antigo proprietário. São modos originários de aquisição da propriedade: a usucapião (arts.1.238 e 1.260), a ocupação (art.1.263), a acessão imobiliária (art.1.248).

Já na aquisição derivada, há a transferência do direito de propriedade pelo dono ao adquirente, há, nesse caso, um ato ou negócio jurídico de transferência da propriedade. O direito do adquirente se condiciona ao direito do antecessor.

Com escopo de diferenciar essas formas de aquisição, VENOSA (2003) ensina que, na aquisição originária, o adquirente não guarda qualquer relação com os titulares precedentes, ainda que estes possam ter efetivamente existido. Diferentemente, da aquisição derivada, em que há essa relação com o antecessor, por haver transmissão da propriedade de um sujeito para outro.

É certo que a arrematação judicial é forma de aquisição da propriedade pelo arrematante (inciso I do artigo 647 do CPC). Entretanto, sérias dúvidas persistem sobre a natureza de tal aquisição: se originária ou derivada.

Com base na natureza jurídica da arrematação judicial, pode-se concluir que a arrematação é forma originária de aquisição da propriedade. Vejam-se as razões que levam a esse posicionamento.

LIEBMAN (1980) defende que a aquisição da propriedade, na alienação judicial, pertencente à modalidade originária. Isso porque a arrematação é ato unilateral do órgão judicial (ato processual executório) que efetua a transferência coativa do direito do executado para outrem.

Por outro lado, não há relação jurídica do arrematante em hasta pública com o devedor-proprietário, há, tão-somente, intervenção estatal, logo, trata-se de um direito novo. Desse modo, não há sustentabilidade em classificar a arrematação como forma derivada de aquisição da propriedade.

Outra pilastra que pode ser firmada é que, com a arrematação judicial, o adquirente recebe o domínio do bem sem o gravame de quaisquer ônus porventura existentes, seja de que natureza for, inclusive os de natureza tributária. Os direitos reais de garantia também se extinguem com a arrematação, é o que se extrai dos dispositivos do CCB (artigo 1.499, inciso VI) e do CTN (artigo 130).

A jurisprudência do STJ é pacífica no sentido de que os débitos tributários pendentes sobre o imóvel arrematado, nos termos do art. 130, parágrafo único, do CTN, fazem persistir a obrigação do executado perante o Fisco. Entendo ser impossível a transferência do encargo para o arrematante, uma vez que inexistente vínculo jurídico com os fatos jurídicos tributários específicos, ou com o sujeito tributário. Nesse sentido o REsp. 1.059.102/RS (DJe 07/10/2009).

Desse modo, a arrematação em hasta pública tem o efeito de retirar qualquer ônus obrigacional que recaia sobre o imóvel, sendo o bem transferido livremente de qualquer encargo ou responsabilidade tributária ao arrematante.

Em outras decisões, é possível verificar que a arrematação de bens em hasta pública trata-se de aquisição originária da propriedade e, por isso, apaga qualquer gravame ou ônus anteriormente existente em relação ao bem arrematado. A ementa do REsp. 40.191-SP (DJ 21/03/1994, p.549) é esclarecedora: “A arrematação extingue a hipoteca, tanto que o credor hipotecário tenha sido intimado da realização da praça, posto que tem conteúdo de aquisição originária livre dos ônus que anteriormente gravavam o bem por esse meio adquirido.”

Também considerando que a arrematação de bem em hasta pública é aquisição originária, bem como inexistente relação jurídica entre o arrematante e o anterior proprietário do bem, confirmam-se as seguintes decisões do STJ: EDcl nos EDcl no AgRg no REsp 1.075.591-RS (DJe 19/11/2009), REsp 1.038.800-RJ (DJe 27/08/2009), REsp 807.455-RS (DJe 21/11/2008).

Verifica, assim, que o legislador e a jurisprudência estão dizendo que a aquisição da propriedade por meio da arrematação judicial é originária, porque, se assim não fosse, todos os ônus que incidissem naquele bem iriam acompanhar o objeto de arrematação. O que não ocorre.

Entretanto, no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, as poucas decisões sobre o tema são divergentes. Confirmam-se:

O Desembargador Mario Guimarães Neto, nos autos da apelação cível n.º 2007.001.12869, entendeu que a arrematação trata-se de modo de aquisição derivada, apesar de admitir que a doutrina alienígena diverge sobre o tema, citando Arthut Anselmo de Castro e Zanzucchi como adeptos da teoria publicista, em que o Estado substitui o proprietário, sendo, portanto, aquisição originária.

Adotando a tese do STJ, o Desembargador Nagib Salib Filho, nos autos da apelação cível n.º 2008.001.47357, entendeu não ser possível imputar ao arrematante débitos de IPTU anteriores à arrematação, uma vez que esta se trata de modo originário de aquisição da propriedade.

Por outro lado, na doutrina, o professor THEODORO JUNIOR (1998) defendendo que a arrematação em hasta pública a classificação como forma originária de aquisição da propriedade, já que não existe qualquer contrato entre o dono do imóvel e o arrematante do bem.

Também, no mesmo sentido, MACHADO (2005) elucida que o arrematante não é responsável tributário (CTN, art. 130, parágrafo único), o que se justificaria pelo fato de entre o arrematante e o anterior proprietário do bem não se estabelecer qualquer relação jurídica, pois a propriedade é adquirida por meio de ato judicial e não negocial privado.

Por fim, cabe afirmar que não tem qualquer relevância, para a classificação da forma de aquisição da propriedade, o fato de o bem ter tido dono anterior, bem como a carta de arrematação ser passível de registro no cartório imobiliário. Isso porque tais fatos não

transformam a aquisição em derivada. A arrematação é forma originária da aquisição da propriedade, tal como a usucapião ou a desapropriação, como será enfrentado mais adiante deste trabalho.

2.3. ARREMATAÇÃO E A INCIDÊNCIA TRIBUTÁRIA DO ITBI

Como já mencionado, a Constituição Federal não cria tributos, ela apenas outorga competências tributárias aos entes políticos que estes a exerçam, mas para fazê-lo, a regra matriz da norma tributária deve estar prevista no texto constitucional. No caso do ITBI, o campo de incidência está restrito à hipótese de transmissão *inter vivos*, a qualquer título, por ato oneroso, de bens imóveis, por natureza ou acessão física.

Nesse ponto, revela-se importante tecer algumas considerações sobre a citada hipótese de incidência. A primeira observação a ser feita é quanto à expressa referência a “transmissão *inter vivos*”, ela afasta a hipótese de sucessão *causa mortis*, cuja tributação é da competência dos Estados, nos termos do artigo 155, I, da CF. Tal como, ao mencionar “ato oneroso”, fica afasta a transmissão a título gratuito, cuja competência tributária também pertence aos Estados e Distrito Federal. A segunda observação refere-se ao termo “bens imóveis, por natureza ou acessão física”, cuja definição está no artigo 79 do Código Civil de 2002. Este conceitua bens imóveis como sendo “o solo e tudo quanto se lhe incorporar natural ou artificialmente”.

Finalmente, a terceira e última observação a ser feita, refere-se ao fato de a “transmissão” da propriedade imobiliária apenas ocorrer após o registro do título no Registro de Imóveis (é o que estipula o artigo 1245 do novo Código Civil). O Código Civil de 1916 já dizia

que a aquisição da propriedade imobiliária se dava pela transcrição do título de transferência no registro de imóveis. O Superior Tribunal de Justiça também entende no mesmo sentido. Devem ser conferidos os seguintes julgados: REsp 253.364-DF (DJU 16/04/2001, p. 104), AgRg no Ag 448.245-DF (DJU 09/12/2002, p. 309) e AgRg nos EDcl no Ag 717187 / DF (DJU 23/03/2006, p. 157).

Então, qual é a transmissão da propriedade que caracteriza a hipótese de incidência da obrigação tributária?

Para DE PLÁCIDO E SILVA (1990), transmissão da propriedade significa transferir a propriedade fundada em ato jurídico, que, por sua vez, é o ato humano lícito, que cria, modifica, conserva ou extingue direitos (definição dada pelo artigo 81 do Código Civil de 1916), podendo ser dividido em ato jurídico em sentido estrito e negócio jurídico.

Já PEREIRA (2001) distinguiu essas duas espécies do gênero ato jurídico, afirmando que os negócios jurídicos são declarações de vontade, nas quais os efeitos são os queridos pelo agente, diferentemente do que ocorre nos atos jurídicos em sentido estrito, pois nestes os efeitos são os determinados pela lei e que não podem ser escolhidos.

A transmissão pressupõe a vinculação, decorrente da vontade ou da lei, entre o titular anterior (promitente) e o novo titular (adquirente). Por isso surgiu a distinção entre a aquisição originária e a aquisição derivada, conforme haja ou não uma transmissão ou sucessão. Já que na aquisição originária, como dito, não há essa vinculação.

Como visto, a arrematação gera forma originária de aquisição da propriedade imobiliária, uma vez que não há transmissão da titularidade do bem, o executado não transmite seus direitos ao arrematante.

Apesar disso, a Lei do Município do Rio de Janeiro n.º 1.364, de 19 de dezembro de 1988, prevê, em seu artigo 5º, inciso VII, que a arrematação ou adjudicação em leilão, hasta

pública ou praça, bem como as respectivas cessões de direitos estão compreendidas na definição do fato gerador para o ITBI.

Entretanto, a citada Lei Municipal, foi além do definido no texto constitucional. Esta prática é uma verdadeira afronta ao princípio da legalidade tributária. Vejam-se as razões: a relação jurídica obrigacional tributária deve obedecer ao princípio da estrita reserva legal e a interpretação do direito tributário deve ser feita de forma restritiva. Para que nasça a obrigação tributária, é necessária a subsunção do fato concreto com a hipótese de incidência legal prevista.

O princípio da legalidade surgiu para combater o absolutismo, pois, ao contrário das relações privadas, em que prevalece a autonomia da vontade, ao Estado cumpre atuar apenas em conformidade com a lei. Esse princípio encontra previsão no art. 5º, II, da CF/88 e, para o direito tributário, encontra amparo no artigo 150, I, da CF/88.

Não é a realização de qualquer fato ou ato que faz nascer a obrigação tributária, mas apenas aqueles que foram eleitos como necessários à ocorrência do fato gerador. É que o legislador garimpou, dentre os inúmeros acontecimentos, aqueles que têm relevância econômica, para, então, tipificá-los na norma jurídica tributária como hipótese de incidência de determinado tributo. Entretanto, não pode o legislador ordinário eleger fatos diferentes da norma padrão de incidência previamente estabelecida na Constituição. Isso porque as normas que integram a ordem jurídica nacional só serão válidas se conformarem com as normas da Constituição Federal.

Por tudo isso é que a administração só pode fazer o que a lei autoriza, havendo uma clara hierarquia entre a Constituição, a lei ordinária e os atos da administração pública. Entendimento esse ratificado pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, ao julgar a apelação cível nº 20070/001, acerca da incidência do ISS sobre cessão de licenciamento de uso de marca, afirmou que na hipótese de o direito privado fornecer conceitos de institutos expressamente utilizados pela Constituição Federal, não cabe à legislação tributária defini-los de forma

diferente, tampouco alterar o seu conteúdo e alcance, para fins de fixação de competência tributária, tal como se extrai do art. 110, do CTN.

Desse modo, no exercício da competência tributária, conferido pela regra do art. 30, III, da CF, não poderá o ente público se descuidar de observar as normas do CTN. Não compete à legislação tributária alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos de direito privado para definir competências tributárias.

O imposto sobre a transmissão imobiliária *inter vivos* será devido quando ocorrer transmissão de domínio sobre imóveis, conforme preceitua o artigo 35 do CTN ao dispor que incide o referido imposto “sobre a transmissão de bens imóveis e de direitos a eles relativos tem como fato gerador”.

Como nas formas originárias de aquisição da propriedade não há a transmissão da propriedade, não é devido ITBI. Nesse sentido, já tem se manifestado a jurisprudência: “Na usucapião não há transmissão de bens, e sim aquisição originária, em correspondência com o direito que se perde. Indevido, portanto, o ITBI” (TJMG – AI 17.162 – 1ª C. – rel. Des. Paulo Tinoco, in RJ 110/104).

Também há doutrina nessa linha, confira-se PAULSEN (2007, p. 698) que, ao comentar o artigo 35 do CTN, afirma que “o imposto em questão não incide nos casos de aquisição originária da propriedade, como na usucapião e na desapropriação. Isso porque, nesses casos, incorre ‘transmissão’”.

Desse modo, tendo as normas de direito privado definido o conceito de transmissão da propriedade e a arrematação não se enquadrando nesse conceito, uma vez que, por se tratar de aquisição originária da propriedade, não há qualquer vinculação entre o proprietário-executado e o adquirente-arrematante, não existe, portanto, fato gerador do imposto de transmissão nas arrematações em hasta pública.

3. A NÃO INCIDÊNCIA DO ITBI EM OUTROS INSTITUTOS

3.1. NA DESAPROPRIAÇÃO

A desapropriação é modalidade de intervenção do Estado na propriedade privada, pelo qual o Poder Público transfere para si a propriedade de terceiro, em regra, mediante o pagamento da indenização. Aqui a vontade do Estado é suficientemente para transferir a propriedade. Tanto é assim que o Decreto-Lei 3365, que regula os casos de ação de desapropriação, no seu artigo 20 dispõe sobre a "*contestação só poderá versar sobre vício do processo judicial ou impugnação do preço; qualquer outras questão deverá ser decidida por ação direta.*" Não há qualquer vinculação com o proprietário do bem, o que é uma característica da aquisição originária da propriedade.

O entendimento doutrinário majoritário é no sentido de que qualquer das espécies de desapropriação será sempre modo de aquisição originário, isso significa que o título do domínio do expropriante não deriva de um título anterior. Não há a transferência da propriedade do expropriado para o Poder Público. Não há relação entre adquirente-proprietário-bem.

Oportuno citar, na mesma linha, o posicionamento de alguns renomados doutrinadores. Vejam-se:

CARVALHO FILHO (2007) advoga que a desapropriação gera aquisição originária da propriedade. Isso porque, para ele, a aquisição derivada depende de participação volitiva de outra

pessoa, sendo imprescindíveis as figuras do transmitente e do adquirente. O que não ocorre na desapropriação.

GASPARINI (2008) defende que a aquisição da propriedade pela desapropriação é originária, uma vez que não há quem transmita a propriedade para o Estado, que a adquire independente de qualquer vinculação com o título jurídico do então proprietário.

Por fim, o ilustre Desembargador Marco Aurélio Bezerra de Melo (2008) defende que a desapropriação é forma originária de aquisição, o que se justificaria pelo fato da perda da propriedade ocorrer com mero pagamento do preço por parte do poder expropriante.

A arrematação não é uma forma de desapropriação. Mas se assemelha com este instituto na medida em que em ambos os casos o bem de um particular é expropriado por um ato de soberania do Estado. A diferença está no fato de na desapropriação o bem ficar na posse do Estado. Já na arrematação, o Estado intervém na propriedade privada e transfere o bem ao arrematante.

Outra importante semelhança entre esses institutos está no fato do então proprietário do imóvel não poder se opor à expropriação, tanto da desapropriação como da arrematação, exceto, é claro, que o ato esteja viciado. Portanto, estando íntegros os atos que conduzirão à desapropriação ou arrematação, nada resta ao proprietário expropriado-executado fazer, a não ser discutir o valor da verba indenizatória ou levantar seu “troco” (eventual saldo positivo apurado da subtração do valor da arrematação e das dívidas), conforme o caso.

Para a desapropriação a idéia de não incidir ITBI já está mais que sedimentada. Por que, então, não aplicar esse mesmo entendimento para a arrematação judicial?

3.2. NA USUCAPIÃO

Outro instituto que a doutrina e jurisprudência aceitam que não há incidência do ITBI, por falta de ‘transmissão’, é a usucapião. Vejam-se os motivos:

Esse instituto significa a captura pelo uso, é um dos meios de aquisição da propriedade imobiliária, ou outro direito real, por meio da posse continuada e qualificada (CASTRO, 2007).

Apesar de haver ainda quem entenda em sentido contrário, prevalece que a usucapião é modalidade de aquisição originária da propriedade, em razão da falta de transmissão da propriedade de uma pessoa para outra.

TAVARES (1999), abordando a questão da inexigibilidade tributária para a usucapião, dispõe não ser fato gerador do Imposto de Transmissão sobre Bens Imóveis - ITBI as formas originárias de aquisição da propriedade.

O citado autor afirma não ter qualquer fundamento jurídico para a exigência de pagamento do ITBI no caso da usucapião, entendimento contrário, para ele, contrariaria todo o sistema do Direito Positivo brasileiro, desde o privado até o Público (Direito tributário e ainda o Direito Constitucional).

Segue o autor no sentido de que qualquer tributo só será devido em face do fato gerador previsto na Carta Magna, o que não ocorre na prescrição aquisitiva por não acontecer o fenômeno da transmissão do bem usucapiendo. Diz que na hipótese da usucapião o domínio não é transferido do proprietário ‘A’ para o proprietário ‘B’, o que ocorre é a extinção do poder jurídico de proprietário pela inércia do seu titular, ou seja, o vazio dá lugar a uma nova realidade, desvinculada do anterior, em que um terceiro adquire o domínio sobre o bem.

Essa controvérsia chegou ao Supremo Tribunal Federal, por meio do RE 94.580- RS (DJ 07-06-1985, PP-08890). Tendo o Pleno do mencionado Tribunal declarado inconstitucional a letra 'h', do inciso I, do art. 1º., da Lei 5.384, de 27.12.66, do Estado de Rio Grande do Sul, por entender que a usucapião não importa em transmissão da propriedade do bem, conseqüentemente, o registro da sentença deve ser feito sem a exigência do pagamento do imposto de transmissão.

Pergunta-se novamente por que não aplicar esse mesmo entendimento para a arrematação judicial?

CONCLUSÃO

O presente estudo, como inicialmente dito, teve como objetivo discutir a não-incidência do ITBI na aquisição da propriedade imobiliária por meio da arrematação judicial.

O entendimento aqui defendido é no sentido de ser a arrematação forma originária de aquisição da propriedade, tendo em vista a transmissão pressupor uma vinculação decorrente entre o titular anterior e o novo titular. Inexistindo vínculo entre aquele que perde a propriedade e o que o adquire, decorre a aquisição originária, nesse caso o direito do novo titular não se funda no título anterior.

A par disso, não há que se falar em incidência do Imposto de Transmissão sobre Bens Imóveis – ITBI, haja vista qualquer tributo só ser exigível em face de fato gerador previsto em lei e que deverá estar em consonância com a Carta Magna, visando o cumprimento dos princípios da

legalidade e da constitucionalidade. O que não ocorre, *in casu*, posto que na arrematação judicial não há transmissão da propriedade do bem arrematado e, sim, em aquisição da propriedade.

Em razão de não haver qualquer fundamento jurídico que autorize a exigência desse imposto e a Carta Magna prescrever que o tributo em tela será devido, tão-somente, para os casos de transmissão da propriedade, pode-se considerar inconstitucional a Lei do Município do Rio de Janeiro n.º 1.348/88, na parte que prevê a incidência do imposto de transmissão de bens imóveis nas arrematações de imóveis em hasta pública.

REFERÊNCIA

- AMARO, Luciano. *Direito Tributário Brasileiro*. 13. ed. rev., São Paulo: Saraiva, 2007.
- BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: tutela jurisdicional executiva*. V. 3. São Paulo: Saraiva, 2008.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. 15. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 18. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- CASTRO, Guilherme Couto de. *Direito Civil: Lições*. Niterói: Impetus, 2007.
- DAVID, Fernando Lopes. *Praça, Leilão & Arrematação*. São Paulo: Iglu, 2000.
- DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: Execução*. V. 5. Bahia: JusPODIVM, 2009.
- GOMES, Orlando. *Contratos*. 17. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- HARADA, Kiyoshi. *Imposto sobre transmissão de bens imóveis (ITBI)*. SADireito, 18 abr. 2002. Disponível em: <<http://www.sadireito.com.br/web/asp/ArtigosVer.asp?id=128>>. Acesso em: 31 jan. 2005.
- HARADA, Kiyoshi. *Substituição Tributária à Luz da LC nº 87/96*. UniversoJurídico, 26 jun. 2000. Disponível em: <<http://www.universojuridico.com.br/publicacoes/doutrinas/default.asp?action=doutrina&iddoutrina=307>>. Acesso em: 03 ago. 2005.
- MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. 26. ed., Malheiros Editores, 2005.
- MELO, Marco Aurélio Bezerra de. *Direito das Coisas*. 2. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- PAUSEN, Leandro. *Direito Tributário: Constituição e Código Tributário à luz da doutrina e da jurisprudência*. 9. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado: ESMAFE, 2007.
- PERERIA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 19. ed., Rio de Janeiro: Ed. Forense, V. I., 1998.
- PINHEIRO, Marcos Edmundo Magno. *A arrematação pelo credor como forma de pagamento*. Jus Navigandi, Teresina, a. 2, n. 25, jun. 1998. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=909>>. Acesso em: 31 jan. 2005.

RIBEIRO, Alex Sandro. *Arrematação e adjudicação de bem imóvel: classificação quanto à origem e seus efeitos*. Jus Navigandi, Teresina, a. 6, n. 59, out. 2002. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3301>>. Acesso em: 31 jan. 2005.

RIO DE JANEIRO (Município). *Lei nº 1.364, de 19 de dezembro de 1988*. Altera o Código Tributário Municipal (Lei nº 691, de 24 de dezembro de 1984), institui os tributos que menciona, e dá outras providências.

ROSA JUNIOR, Luiz Emygdio F. da. *Manual de direito financeiro e direito tributário*. 20. ed., Rio de Janeiro, 2007.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito de processo civil*. V. 3. 4. ed., São Paulo: Saraiva, 1980-1981.

SILVA, De Plácido e. *VOCABULÁRIO JURÍDICO*, V. I e II. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1990.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 13. ed, Malheiros Editores, 1997.

TAVARES, Alexandre Macedo. *Aquisição de bem imóvel mediante arrematação judicial em hasta pública: um fato jurídico não subsumível ao arquétipo constitucional de incidência do ITBI*. Revista Tributária e de Finanças Públicas – CDTF, São Paulo, v. 16, n.79, p.9-21, mar./abr. 2008.

TAVARES, José de Farias Tavares. *A inexigibilidade tributária para a usucapião*, 1999. Disponível em < <http://www.jfrn.gov.br/docs/doutrina76.doc>>. Acesso em 31 jan. 2005.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. V. II. 16. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1996.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil*. V. 5. 3. ed., São Paulo: Atlas, 2003.

ZANELATO, Marco Antonio. *Considerações Sobre a Evicção*. Ministério Público de São Paulo. Disponível em: <<http://www.mp.sp.gov.br/justitia/CÍVEL/civel%2029.pdf>>. Acesso em 10 fev. 2005.