

MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA ATO DA INSPETORIA
SECCIONAL DE FAZENDA ESPECIALIZADA

PROCESSO N.º 1.137

9.ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA

9.ª CURADORIA DA FAZENDA PÚBLICA

MANDADO DE SEGURANÇA

PARECER

Eminente Juiz:

Mandado de segurança impetrado pela *Wrobel Construtora S/A.*, que investe contra ato da Inspetoria Seccional de Fazenda Especializada — Imposto de Transmissão — que, ao fundamento de que a impte., no giro de suas atividades negociais, atribuíra, em promessa de venda e compra, a imóvel seu, valor inferior ao real, disso resultando diferença de ITBI a ser recolhida aos cofres públicos, contra si lavrou autuação fiscal, intimando-a, mais, à apresentação de livro diário e demais documentos relativos às transações imobiliárias realizadas no período de 01-01-79 a 26-11-84.

Forra-se a impte., no substancial, em que, na realidade, o fato gerador do ITBI é transmissão do domínio sobre imóveis ou de direitos a ele relativos, o que não se verifica no momento da lavratura da promessa de compra e venda, mero pacto obrigacional, onde se contrata, apenas, obrigação de fazer, à vista do implemento das obrigações assumidas pelas partes.

Ademais, argumenta, a obrigação de recolhimento do ITBI não é sua, mas do adquirente que, embora recolhendo o imposto sobre o valor avençado, não lhe obviou o direito de se insurgir contra o acréscimo que se lhe pretende imputar.

Há informações da autoridade coatora, que esclarece que a ação fiscal, estritamente obediente à Lei, originou-se da constatação de que a impte., na formação dos preços dos contratos, vem falseando a verdade em evidente e enorme prejuízo do erário público. Quanto à possibilidade de a promessa de compra e venda se erigir em fato apto à geração do tributo, tem-na por excluída dos debates por isso que a própria impte., pagando o imposto, jamais a teria negado.

O Estado, por sua Procuradoria-Geral, responde ao pedido subcrevendo, em verdade, as informações prestadas.

Ao contrário do que pretendem o Estado e autoridade informante, o desate do litígio gira, necessariamente, sobre se o com-

promisso de compra e venda, só por si, é *fato gerador* do imposto sobre a transmissão da propriedade ou de direito a ela relativo, por isso que a resposta negativa teria a faculdade, como reflexo inevitável, de enfermar não apenas a autuação de que foi alvo a impte., como também a de inviabilizar a ação fiscal do impdo., *pelo motivo que pretende*, qual seja, o de constatar o descompasso entre o preço expresso no compromisso de compra e venda e o em verdade ajustado e pago.

É que, segundo penso, o fato de ter o *adquirente* recolhido o imposto sobre a promessa, não vincula a promitente vendedora e muito menos lhe obvia o direito de *discutir o excesso que é cobrado a si e não ao promitente comprador* que só seria devido na medida em que o fosse o próprio imposto...

Não se nega a natureza jurídica do compromisso de compra e venda: *mera obrigação de fazer* ou de compor perdas e danos, conforme o caso, que se situa visivelmente no terreno obrigacional.

Tormentoso, no entanto, é sabê-la apta, ou não, a transmitir direito real; conferir-lhe o atributo de direito real por si só, embora excluída do elenco do art. 674, do Código Civil, de alguns hoje sabido *appertus* apenas e não de enumeração *clausus*, porque, assim entendida, sua eficácia como fato gerador do imposto de transmissão será inafastável.

Há muito, desde o RE 86.486 ("RTJ" 87/596), de que foi relator o eminente Ministro Thompson Flores, assentou o S.T.F. que o art. 674, do Código Civil é *clausus* e não contempla a promessa de venda e compra como direito real. Situou-a, isto sim, no campo das obrigações, dando azo, à vista da inadimplência, a perdas e danos. Entendeu-a, até, dispensada de outorga uxória e não lhe negou validade nesse caso, em que se resolveria em perdas e danos a negativa posterior do cônjuge-mulher em firmar o compromisso definitivo.

Nesse mesmo RE, o eminente Ministro Moreira Alves, que, aliás, com seu voto modificara o pensamento anterior do Ministro Thompson Flores, veio de realçar a inaptidão do negócio para a transmissão da propriedade ou para a constituição de direito real.

Na Representação n.º 1.121-6-GO, o mesmo eminente Ministro vai mais além, esclarecendo que, mesmo quando se cuidassem de promessas de compra e venda que tenham por objetivo imóveis loteados, a *constituição* do direito real à aquisição, no dizer do saudoso *Santiago Dantas*, se daria não com a celebração do compromisso, mas com seu efetivo *registro*, momento em que se daria o fato gerador desse *direito real limitado*.

Pontes de Miranda (Tratado de Direito Privado, vol. XIII, págs. 115 e seguintes), acentua o voto, por seu flanco, chega até a afirmar que, mesmo registrado o compromisso, não se lhe há reconhecer a qualificação de direito real, porque o que ocorre com a inscrição

imobiliária do pacto é, nada mais nada menos, do que simples restrição de disposição do proprietário sobre a coisa compromissada, face a terceiros então avisados do negócio.

É que, como afirma *Orlando Gomes* (*Contratos*, 8.^a ed., n.º 189, pág. 298, *apud* voto do Min. *Moreira Alves*, na Representação n.º 1.121-6-GO) o próprio direito real à aquisição nada mais é do que a limitação, então oponível *erga omnes*, do poder de disposição do proprietário, não transmitindo direito real e, muito menos, domínio.

O próprio Prof. baiano, no entanto, afirmara, tempos atrás, sem quaisquer rebufos, a respeito da promessa de compra e venda:

"... Duas particularidades impedem considerá-la, em nosso Direito, espécie de contrato preliminar, em sua tradicional conceituação. Primeiramente, a possibilidade, prevista na Lei, de se substituir o contrato definitivo por uma sentença constitutiva. Em seguida, a atribuição, ao promitente comprador, de um direito real sobre o bem que se comprometeu comprar..." (*Direitos Reais*, 3.^a ed., 1969, pág. 446, tomo 2.º, n.º 292).

W. de Barros Montelro, por seu turno, não trepida, também ele, em afirmar que enumeração do art. 674, do Cód. Civil não é *clausus*, até porque texto algum proibiria, explícita ou implicitamente, a criação de novos direitos (*Otávio Kelly, Interpretação do Código Civil*, 1/307), tanto que asse-re:

"... Mas essa enumeração não é taxativa e, portanto, não exclui outras modalidades de direito real, como o compromisso de compra e venda para pagamento a prestações, quando averbado de acordo com os arts. 5.º e 22, do D.L. n.º 58, de 10-12-37, e arts. 5.º e 22, do Decreto 3.079, de 15-09-38. Nas mesmas condições, será também direito real o compromisso de compra e venda devidamente inscrito, e em que não se tenha estipulado cláusula de arrependimento..." (*Curso de Direito Civil*, 3.º Vol., pág. 19).

Em um aspecto, contudo, todos estão de acordo: o momento de constituição do direito real à aquisição, limitado por sua própria natureza, não é o da formação do contrato, mas o de sua inscrição e conseqüente atribuição a terceiro, compromissário comprador, embora disso divirja *Pontes de Miranda*, citado pelo eminente Min. *Moreira Alves*, na Representação referida, forte em que a inscrição do compromisso, repita-se, nada mais atribui ao adquirente do que a faculdade de poder opor a terceiros a limitação do poder de disposição do proprietário sobre a coisa compromissada.

O eminente Ministro, no entanto, dispensou-se de enfrentar o tema de frente, preferindo se referir, *tout court*, à posição perfilhada pelo Mestre, para a qual se inclinava apenas, e nada mais do que isso.

Não se ousou, ainda, afirmar, que, mesmo o compromisso regularmente inscrito, não seja uma nova forma de direito real, embora não elencado no art. 674 do Código Civil.

Indispensável para a conclusão, repetir-se: a *communis opinio* e os pretórios orientam-se no sentido de que o pacto é de natureza obrigacional, dizendo-o, contudo, *após a inscrição, direito real limitado à aquisição!*

Pois bem: resultaria disso que o momento da exigibilidade do tributo, a prevalecer esse entendimento, seria não o da celebração do pacto, mas o de sua inscrição?

Penso que não!

Ora, se é claro, por um lado, que a avença, só por si, não cria o chamado direito real limitado, por outro é indiscutível que o registro ou inscrição nada mais faz do que *constituí-lo*.

Apenas formado ou constituído, pela inscrição, o direito real à aquisição — *aquisição constitutiva do gravame e não translativa* — mas não alienado ou transmitido a qualquer, não há, segundo me parece, o que tributar a teor do art. 35 do Código Tributário Nacional!

É que não é o promitente vendedor que destaca um dos direitos inerentes ao domínio pleno e o aliena ou transmite ao compromissário comprador. Não! Esse é que, ao inscrever o instrumento da avença obrigacional, *constitui e adquire, unícu actu*, o direito real à aquisição, nos exatos termos da Lei 649, de 11-3-49 (configura-se a cláusula 1.14, fls. 19).

A *constituição* do direito, porém, o Código Tributário, obediente às diretrizes tracejadas pela Carta Maior, não tributa, mas apenas a *transmissão* que ali não se opera...

Aliás, o próprio motivo inspirador da Súmula 108, do Egrégio S.T.F., funda-se em que a transmissão ocorre com a escritura definitiva, não tendo o Estado nenhuma competência impositiva sobre o *pactum contrahendo*.

Vale a transcrição do item 10, do parecer exarado pela Procuradoria-Geral da República na Representação n.º 1.121-6-GO, reproduzido no relatório do eminente Min. Moreira Alves:

"... 10. Não se diverge, todavia, quanto a constituir a promessa ou compromisso de compra e venda uma obrigação pessoal de fazer (ERE 72.176, "RTJ" 86/499; RE 86.269, "RTJ" 89/212). Porém, esteja ela subordinada a uma condição resolutiva ou tenha o caráter de irrevogabilidade ou de irretratabilidade, só irá operar a transmissão do

bem, no primeiro caso, com escritura definitiva ou a adjudicação compulsória, no segundo caso, momento em que nascerá o fato gerador do imposto. Se inscrita no registro imobiliário, e constituído, assim, o direito real, haverá incidência quando houver a transmissão ou cessão desse direito... (Cfr. Ac. cit. — os negritos não constam do original).

O próprio fisco, aliás, em caso de desconstituição do negócio, se obriga a devolver o imposto, apenas antecipado...

Como a inscrição do pacto, a meu sentir, apenas constitui, sem transmiti-lo — afinal o caso não é de aquisição translativa — o direito real à aquisição, tenho para mim que o caso é de concessão da segurança perseguida para o fim de:

- I — enfermado o acréscimo pela in incidência do tributo, se pôr a impte. a salvo da autuação de que foi alvo, visivelmente ilegal;*
- II — resguardá-la, ainda, da ação fiscal que tenha como objetivo constatar o descompasso entre o preço real e o ajustado, nas promessas de compra e venda apenas, não assim quanto aos demais pactos de natureza definitiva.*

E, veja, tudo isso sem se considerar a tese sufragada por *Pontes de Miranda* e *Orlando Gomes* de que o registro, no caso, não constitui sequer direito real algum, mas apenas gera a limitação, exercitável, *adversus omnes*, do poder de disposição da coisa por seu proprietário, posição de inegável poder sedioso...

Este o parecer.

Rio, 29 de abril de 1985.

MAURICIO CALDAS LOPES

Curador de Fazenda