

Acórdão: 2.694/02/CE
Recurso de Revisão: 40.060105468-92, 40.060105465-58
Recorrente: Fernanda dos Santos Terra - Cartório Terceiro Ofício de Notas
Recorrida: Fazenda Pública Estadual
Proc. S. Passivo: Jayme Bragatto
PTA/AI: 15.000000346-04, 15.000000354-49
CPF: 289.233.406-34
Origem: AF/ Uberaba
Rito: Sumário

EMENTA

ITCD - FALTA DE RECOLHIMENTO. A imputação de falta de recolhimento do ITCD pela instituição do usufruto por ato não oneroso não restou devidamente caracterizada nos autos, justificando, assim, a reforma das decisões recorridas para cancelar as exigências fiscais. Recursos de Revisão conhecidos, em preliminar, à unanimidade e, no mérito, providos, por maioria de votos.

RELATÓRIO

As autuações versam sobre falta de recolhimento do ITCD devido na instituição do usufruto por ato não oneroso, conforme escrituras públicas lavradas no Cartório de Terceiro Ofício de Notas.

As decisões consubstanciadas nos Acórdãos n.ºs 14.931/01/1ª e 14.928/01/1ª, pelo voto de qualidade, mantiveram integralmente as exigências fiscais.

Inconformada, a Recorrente interpõe, tempestivamente, e por intermédio de procurador legalmente habilitado, os Recursos de Revisão constantes dos autos, requerendo, ao final, os seus provimentos.

A Auditoria Fiscal, em pareceres constantes dos autos, opina pelo não provimento dos Recursos de Revisão.

Em sessão realizada em 13/09/2002, presidida pelo Conselheiro José Luiz Ricardo, nos termos da Portaria nº 04/01, deferiu-se o pedido de vista do processo formulado pela Conselheira Aparecida Gontijo Sampaio, marcando-se a continuação do julgamento para o dia 20/09/02.

Na oportunidade, foram proferidos os votos dos Conselheiros a saber: os Conselheiros Windson Luiz da Silva(Relator), Luciana Mundim de Mattos Paixão e

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Francisco Maurício Barbosa Simões que deram provimento aos Recursos; e Roberto Nogueira Lima(Revisor) que negava provimento aos mesmos. Pela Fazenda Pública Estadual, sustentou oralmente o Dr. Célio Lopes Kalume.

DECISÃO

Superada, de plano, a condição de admissibilidade capitulada no artigo 137 da CLTA/MG - aprovada pelo Decreto n.º 23.780/84, posto que a decisão recorrida foi tomada pelo voto de qualidade, revela-se cabível o presente Recurso de Revisão.

Por prescrição do artigo 134 do Código Civil, somente através de escritura pública é que se pode contratar translativamente os direitos reais sobre imóveis. Ressalva, entretanto, o mesmo artigo, que se não ultrapassar o valor nele prescrito e corrigido nos termos da Lei nº 7.104/83, faz desnecessária a escritura pública.

Exigindo-se a escritura pública, como forma legal, para o ato, é ela dotada de fé pública, ou seja, tudo o que nela contém faz prova plena, nos termos do § 1º, do artigo 134 do Código Civil.

Mas, a escritura é ato jurídico. Para que seja ato jurídico perfeito, há que preencher três requisitos: que os agentes sejam capazes, que o objeto seja lícito e que a forma seja prescrita ou não defesa em lei. Ao que consta da escritura pública, em seu traslado de fls., todos são capazes. A forma, como já foi dito, é a prescrita em lei. Resta, então observar a licitude do objeto.

Licitude do objeto não é um problema de idoneidade do objeto, “mas de sua liceidade. Trata-se de vedar aqueles atos cujo escopo atente contra a lei (...)” (RODRIGUES, Sílvio. Direito Civil. Editora Saraiva. Volume 1. 24ª Edição. 1994. São Paulo).

As escrituras públicas em análise guardam em seus bojos dois atos: um de compra e venda e outro da reserva do usufruto. Em razão destes PTA's, apenas se analisa a reserva de usufruto.

Diz o artigo 717 do Código Civil que “o usufruto só se pode transferir por alienação, ao proprietário da coisa; mas o seu exercício pode ceder-se por título gratuito ou oneroso.”

Pelas referidas escrituras públicas, os outorgantes vendedores : - (PTA15.000000346-04), Sr. Sebastião Almeida Leitão e Sra. Rosana Rodrigues de Paula Almeida Leitão venderam: aos outorgados compradores Sandra Mara Alves da Cunha, Sérgio Luiz Alves e Mônica Beatriz Alves da Cunha a nua-propriedade; e à Sra. Ormezilia Maria da Cunha, o usufruto do imóvel urbano;

-(PTA 15000000354-49), Sr. Euripedes do Prado Junqueira e Sra. Maria Helena Rodrigues Junqueira venderam: aos ortogados compradores Myriam Pinheiro,

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Márcia Pinheiro, Marcelo Pinheiro, Marluce Pinheiro Mendes Vieira e Rômulo Pinheiro a nua-propriedade; e ao Sr. Rômulo Pinheiro, o usufruto do imóvel.

Se a Sra. Ormezilia Maria da Cunha e o Sr. Rômulo Pinheiro não eram proprietários do imóvel urbano, não se poderia transferir a eles, por alienação, o usufruto do mesmo imóvel, nos expressos termos do artigo 717 do Código Civil.

A permissão contida na segunda parte do artigo 717 do Código Civil também não se aplica ao caso, pois trata ela da cessão do usufruto. Ou seja, quando o usufruto já está instituído e o usufrutuário cede a terceiro o exercício deste direito que lhe foi reservado. Em momento algum, pelas escrituras de fls., a Sra. Ormezilia Maria da Cunha e o Sr. Rômulo Pinheiro estavam a transferir qualquer usufruto a terceiro.

Estão, assim, pois, as escrituras públicas, no que tange à reserva de usufruto, a ferirem o artigo 717, pois nunca poderiam se dar por alienação. Assim, nunca poderia ter se dado a reserva do direito de usufruto constante das escrituras públicas por um ato oneroso. Desta forma, ausente está um requisito de validade do negócio jurídico

Mas, por ser um ato jurídico, ou ele é nulo ou é anulável. Os atos nulos estão previsto no artigo 145 do Código Civil. Dentre eles, tem-se os atos jurídicos que cujo objeto é ilícito. Os atos anuláveis estão previstos no artigo 147 e somente o seria se provasse algum vício ou incapacidade do agente.

Se entende que a onerosidade instituída na escritura pública para a reserva do usufruto é um ato encrustrado de uma simulação (artigo 102 do Código Civil), é o ato anulável. Sendo anulável, somente perde os seus efeitos em decorrência do julgamento procedente do pedido judicial declaratório de anulação, que, no caso presente, não se tem conhecimento de que tenha sido sequer proposta. Neste caso, com tal ação judicial, apenas se anula a onerosidade e não reserva do usufruto. Anulando-se a onerosidade é que passaria o Estado de Minas Gerais à condição de possível credor do ITCD, pois, como se entende ainda, o fato gerador deste tributo, no caso presente, somente se dá com o registro da escritura pública e não com a sua lavratura.

Como dos autos não consta qualquer prova ou indício de prova de que tenha se dado uma simulação, razão pela qual, restrito ao que destes autos consta, refuto a simulação.

Entretanto, se entende que a escritura traz em seu texto é um objeto ilícito, por força do artigo 717 do Código Civil, é o ato nulo. Mas é nulo não somente quanto ao fato de ser oneroso, diante do impedimento do citado artigo, o que faria subsistir a reserva do usufruto; é ele nulo integralmente quanto à reserva do usufruto. Sendo nulo, inexistente a reserva de usufruto e se inexistente, não há que se falar no fato gerador transmissão de direito.

Restaria, então, analisar se esta invalidade do ato jurídico seria ou não relevante para fins tributários, já que a “ilicitude do ato praticado nada tem a ver com a

relação tributária”(MACHADO, Hugo de Brito. Curso de Direito Tributário. Malheiros Editores. 19ª Edição. 2001. São Paulo.).

“Não se pode, entretanto, admitir um tributo em cuja hipótese de incidência se inclua a ilicitude. A compreensão do que se está afirmando é facilitada pela distinção, inegável, entre *hipótese de incidência* e *fato gerador* de tributo. Cuida-se, com efeito, de dois momentos. O primeiro é aquele em que o legislador descreve a situação considerada necessária e suficiente ao surgimento da obrigação tributária. Nessa descrição a ilicitude não entra. O outro momento é o da concretização daquela situação legalmente descrita. Nessa concretização pode a ilicitude eventualmente fazer-se presente. Aí estará, assim, circunstancialmente. Sua presença não é necessária para a concretização da hipótese de incidência do tributo. Mas não impede tal concretização, até porque, para o surgimento da obrigação tributária, como já visto, a concretização do previsto é bastante. Por isto, a circunstância ilícita, que sobra, que não na hipótese de incidência tributária, é, para fins tributários, inteiramente irrelevante. Op. cit.).”

No caso do ITCD dos autos, a hipótese de incidência está contida no art. 2º, IV, da Lei 9.752/89.

“Art. 2º. A incidência do Imposto sobre Transmissão de Propriedade Causa Mortis e Doação - ITCD - alcança as seguintes mutações patrimoniais: (...)

IV - instituição de usufruto por ato não oneroso.”

Como se vê, para que se tenha a subsunção da hipótese de incidência ao fato em apreço, um dos requisitos é que seja o usufruto instituído por ato não oneroso. O caso presente dá conta de que o usufruto fora instituído por ato oneroso e a instituição do usufruto por ato oneroso, na forma dos autos, é vedada pelo artigo 717 do Código Civil, repete-se. Assim, em se admitindo a incidência do ITCD, no caso presente, estaria a se admitir um tributo em cuja hipótese de incidência está incluída ilicitude.

O artigo 116, inciso II, do CTN, extirpa de vez a pretensão da exigência do imposto, pois o seu texto converge para o entendimento retro exposto, pois nem mesmo se teria considerado ocorrido o fato gerador, pois para tal seria necessário que a situação jurídica estaria definitivamente constituída. Como já dito, a mesma não foi constituída pois o ato é nulo.

Além do mais, sumariamente, estaria a retirar da escritura pública a fé pública de que goza, o que somente seria possível através de uma ação judicial própria.

De outro ângulo, o instituto do usufruto é regido pelas normas do Código Civil, prescritas nos artigos 713 a 741.

O artigo 715 do Código Civil trata do usufruto de imóveis e diz ele:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

“Art. 715. O usufruto de imóveis, quando não resulte do direito de família, dependerá de transcrição no respectivo registro.”

No caso presente, o direito do usufruto foi reservado por uma liberalidade e não em razão do direito de família.

Apenas para ilustrar e esclarecer, o usufruto decorrente do direito de família é aquele que dá ao pai o usufruto sobre os bens dos filhos ou ao marido sobre os bens da mulher, conforme o regime da casamento. Como se pode verificar, não é o caso presente.

Este artigo nada mais prescreve que “(...) o Código segue a regra geral, segundo a qual não admite transferências de bens imóveis nem a constituição de direitos reais imobiliários sem a transcrição ou inscrição no registro” (SANTOS, J. M. Carvalho. CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO INTERPRETADO. Livraria Freitas Bastos S.A. 14ª edição. Volume IX. 1982. Rio de Janeiro.). Diz ainda mais o mesmo doutrinador, que, ao utilizar o legislador a palavra dependerá no texto legal acima transcrito acentuou “ser o registro elemento de validade da constituição do usufruto, não se tratando apenas de um ato exigido para a sua publicidade. O que importa em reconhecer que o usufruto de imóveis não registrado não prevalece como direito real, nem mesmo entre as partes” (Op. citada).

A Lei 6.015/73, que dispõe sobre os registros públicos, diz, em seu artigo 167, I, 7, que, no Registro Imobiliário, é feito o registro do usufruto. Ou seja, o usufruto somente surge, como direito efetivo, no momento do seu registro.

Ao tempo da lavratura da escritura pública, a Lei vigente era a 9.752/89. Do seu art. 1º, consta a instituição do tributo e diz do fato gerador, que é “a transmissão da propriedade de bem ou direito, por sucessão legítima ou testamentária, ou por doação”.

É de se esclarecer que, no usufruto, não há transmissão da propriedade. Apenas de alguns direitos inerentes à propriedade. No caso presente, a posse direta e vitalícia aos usufrutuários, fruindo ele das utilidades e dos frutos do bem.

Não há nos autos prova de que o direito de usufruto que foi reservado aos usufrutuários tenha sido registrado no Cartório Imobiliário. Se não foi registrado, não houve transmissão do direito real sobre coisa alheia à autuada. Portanto, o fato gerador não se operou.

Se não operou o fato gerador, não há que se exigir o tributo, nem mesmo as penalidades, àquele momento.

Pela Lei 9.752, o pagamento do imposto, no caso de usufruto, deverá se dar na forma do artigo 7º, V, ou seja, 15 dias após o ato translativo. No entanto, tomou como referência, para marco inicial da contagem do prazo, a data da lavratura da escritura pública. Equivocou-se, com todo o respeito. No caso presente, o ato translativo não é a escritura pública, mas o registro da mesma, nos exatos termos do artigo 715 do Código Civil.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Portanto, pelo que dos autos consta, não se deu o fato gerador, não podendo ser exigido o tributo e penalidades respectivas, mesmo estas de forma abrandada pela Lei 12.426/96. Além do mais, também pelo que dos autos consta, o prazo de 15 (quinze) dias para o pagamento do tributo é contado do registro no Cartório Imobiliário competente e não da lavratura da escritura pública.

Por fazer a escritura prova plena o que dela está contido e por deter fé pública, nos termos do artigo 134, § 1º, do Código Civil, não há que se falar em necessidade de comprovação do pagamento que ela diz ter sido efetuado. Por constar da escritura pública, por si só, o pagamento, somente com prova em contrário, em Juízo, é que se desfaz o nela contido.

Diante do exposto, ACORDA a Câmara Especial do CC/MG, dando prosseguimento ao julgamento anterior ocorrido em 13/09/02, nos termos da Portaria 04/01, por maioria de votos, em dar provimento aos Recursos de Revisão interpostos. Vencidos os Conselheiros José Luiz Ricardo e Roberto Nogueira Lima (Revisor) que negavam provimento aos mesmos.

Sala das Sessões, 20/09/02.

**José Luiz Ricardo
Presidente**

**Windson Luiz da Silva
Relator**

WLS/EJ/TAO