



FACULDADE BAIANA DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

TITO MEDRADO CHAVES VIANA

**A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DA COBRANÇA DO ITIV
PELA LEI nº 7.186 SOBRE IMÓVEIS ARREMATADOS POR
HASTA PÚBLICA**

Salvador
2021

TITO MEDRADO CHAVES VIANA

**A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DA COBRANÇA DO ITIV
PELA LEI nº 7.186 SOBRE IMÓVEIS ARREMATADOS POR
HASTA PÚBLICA.**

Monografia apresentada ao curso de graduação
em Direito, Faculdade Baiana de Direito, como
requisito parcial para obtenção do grau de
bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Angelo Boreggio

Salvador
2021

TERMO DE APROVAÇÃO

TITO MEDRADO CHAVES VIANA

A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DA COBRANÇA DO ITIV PELA LEI nº 7.186 SOBRE IMÓVEIS ARREMATADOS POR HASTA PÚBLICA.

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em
Direito, Faculdade Baiana de Direito, pela seguinte banca examinadora:

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Salvador, ____/____/ 2021.

Esse trabalho é dedicado à Luiz Viana,
Eliana Medrado e à toda minha família.

AGRADECIMENTOS

Preliminarmente, agradeço a deus pela saúde e pela vida, principalmente pelo momento em que vivemos. De igual maneira, agradeço aos meus pais, Luiz Viana e Eliana Medrado, que sempre me apoiaram, me guiaram e me incentivaram, tanto no quesito financeiro, quanto no quesito do auxílio ao foco e à motivação para seguir em frente, mesmo com as dificuldades e adversidades da vida. Agradeço à minha namorada por ser compreensiva e estar ao meu lado nos momentos de angústia e ansiedade, me estimulando a sempre manter o foco nos objetivos. À minha prima/irmã e a meu cunhado por delinear caminhos futuros para a vida pós acadêmica. Por fim, mas não menos importante, ao meu orientador, Angelo Boreggio, pelo auxílio, paciência e atenção ao longo da orientação.

“A persistência é o caminho do êxito”.

Charles Chaplin

RESUMO

A presente monografia almeja discutir alguns institutos do direito privado que influenciam diretamente o direito público, mais especificamente, o direito tributário. Restará demonstrado ao decorrer do trabalho que a expropriação e a posterior alocação do bem imóvel em hasta pública, objetivando a sua arrematação, e por consequência, a satisfação de interesse do credor é uma modalidade originária de aquisição da propriedade imobiliária, uma vez que, não há a transmissão do bem entre o proprietário anterior – que sofreu a expropriação – e o arrematante. Tendo em vista a modalidade originária da arrematação, objetiva-se a demonstração de inconstitucionalidade das legislações municipais, em especial a lei nº 7.186, em impor como hipótese de incidência do Imposto sobre Transmissão de Bens Imóveis a arrematação por hasta pública, visto que, é imprescindível conter na regra matriz de incidência do referido imposto a efetiva transmissão do bem imóvel, o que, contudo, não se evidencia nos leilões públicos. Para o desenvolvimento da presente pesquisa foi utilizado o método hipotético-dedutivo, o qual, o problema e a hipótese elaboradas serão postas em um processo de falseamento, clareando o entendimento, e criando teses e soluções. Para tanto, no escopo do trabalho foram analisadas doutrinas cíveis, tributárias, processuais e administrativas. Noutra via, foram postas e averiguadas legislações das República Federativa do Brasil, de diversos entes, do Município à União, haja vista que o sistema tributário não pode ser visto em apenas um âmbito. Por fim, mas de suma importância, foi exposto jurisprudências e entendimentos de órgãos administrativos, que, apesar de divergentes, tornam como base da fundamentação para as teses. Posto isso, fora possível concluir que não há fundamento para a incidência do ITIV/ITBI nas arrematações por hasta pública, a julgar por não contemplar a transmissão no processo de expropriação e arrematação, que pode ser, inclusive, contra a vontade do devedor.

Palavras-chave: arrematação; hasta pública; aquisição originária; transmissão; hipótese de incidência; ITIV.

ABSTRACT

This monograph aims to discuss some institutes of private law that directly influence public law, more specifically, the tax law. It will be demonstrated throughout the work that the expropriation and the subsequent allocation of real estate property in a public auction, aiming at its auction, and consequently, the satisfaction of the creditor's interest is an original mode of acquisition of real estate property, since there is no transfer of the property between the previous owner - who suffered the expropriation - and the bidder. Considering the original modality of the auction, the objective is to demonstrate the unconstitutionality of municipal laws, especially Law No. 7186, in imposing as an event of incidence of the Real Estate Transfer Tax the auction by public auction, since it is essential to contain in the matrix rule of incidence of such tax the actual transfer of the property, which, however, is not evident in public auctions. For the development of this research the hypothetical-deductive method was used, in which the problem and the elaborated hypothesis will be put into a process of falsification, clarifying the understanding, and creating theses and solutions. To this end, in the scope of the work, civil, tax, procedural and administrative doctrines were analyzed. On the other hand, the legislation of the Federative Republic of Brazil, of several entities, from the Municipality to the Union, was put and investigated, given that the tax system cannot be seen in only one scope. Finally, but of utmost importance, jurisprudence and understandings of administrative bodies were exposed, which, although divergent, provide the basis for the theses. Having said that, it was possible to conclude that there is no basis for the incidence of ITIV/ITBI on public auction sales, judging by not contemplating the transmission in the process of expropriation and auction, which can be, even, against the debtor's will.

Keywords: bidding; public auction; original acquisition; transmission; hypothesis of incidence; ITIV.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

art. - Artigo

CC - Código Civil

CF/88 - Constituição Federal da República

CPC - Código de Processo Civil

CPP - Código de Processo Penal

des. - desembargador

HC - *Habeas Corpus*

ITIV - Imposto Sobre Transmissão Inter Vivos

ITBI - Imposto sobre Transmissão de Bens Imóveis

MP - Ministério Público

ONU - Organização das Nações Unidas

STF - Supremo Tribunal Federal

STJ - Superior Tribunal de Justiça

TJ - Tribunal de Justiça da Bahia

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	10
2	TEORIA GERAL DO TRIBUTO	14
2.1	A EVOLUÇÃO DO DIREITO TRIBUTÁRIO	14
2.2	CONCEITO DE TRIBUTO	16
2.3	O DIREITO TRIBUTÁRIO NA OPTICA DA CONSTITUIÇÃO DE 1988	18
2.4	FORMAS DE TRIBUTAÇÃO	20
2.5	FINALIDADE DO TRIBUTO	23
3	ASPECTOS FUNDAMENTAIS DO ITBI	26
3.1	CONCEITO DE IMPOSTO	26
3.2	FATO GERADOR	27
3.3	O IMPOSTO SOBRE TRANSMISSÃO INTERVIVOS	28
3.3.1	Conceito	29
3.3.2	Princípios e limitações	30
3.3.3	Fato gerador do ITBI	31
3.3.4	Competência	33
3.3.5	Transmissão efetiva da propriedade e o registro imobiliário	34
3.3.6	Momento da Cobrança	36
3.3.7	Base de cálculo e alíquotas do ITBI	37
4	ARREMATACÃO POR HASTA PÚBLICA	41
4.1	NOTAS CONCEITUAIS DA ARREMATACÃO POR HASTA PÚBLICA	41
4.2	POSSE E PROPRIEDADE	42
4.3	PRESSUPOSTOS DA HASTA PÚBLICA	47
4.4	ESPÉCIES DE HASTA PÚBLICA	49
4.5	FUNÇÃO SOCIAL DA HASTA PÚBLICA	50
4.6	AQUISIÇÃO ORIGINÁRIA	52
4.7	A INCIDÊNCIA DO ITIV	55
4.7.1	A relação jurídica entre expropriado e o adquirente	60
4.7.2	Comparativo entre arrematação e a usucapião	63
5	CONCLUSÃO	67
	REFERÊNCIAS	70

1 INTRODUÇÃO

A Carta Política de 1988 aduz, através do artigo 156, inciso II, que é de competência dos Municípios instituir e arrecadar os Impostos sobre Transmissão de Bens Imóveis (ITBI). A referida outorga deste tributo ao ente federado permite a arrecadação de um imposto incidente em transmissões entre pessoas vivas de propriedades imóveis.

Também chamados de Imposto sobre Transmissão Intervivos (ITIV) por algumas leis municipais, como ocorre no Código Tributário e de Rendas do Município de Salvador (Lei nº 7.186, de 27 de dezembro de 2006), os entes materializam na forma legal a competência que lhes foram concedidas. Contudo, não é incomum que as normativas dos entes municipais atribuam ao instituto da arrematação de imóvel por hasta pública como hipótese de incidência do ITIV, exigindo, inclusive, o pagamento antecipado para que seja registrado no Ofício de Registro de Imóveis competente.

É sabido que o artigo 110 do Código Tributário Nacional versa que o ordenamento tributário deve seguir as definições instituídas pelo direito privado no âmbito da Carta Magna, não permitindo a alteração dessas definições. Neste diapasão, cabe ao Direito Civil a função de esclarecer e conceituar alguns institutos da vida privada, como por exemplo a doação, a propriedade e as formas de aquisições que são utilizados no âmbito do direito público e conseqüentemente no direito tributário.

Nesta esteira, desperta-se a dúvida quanto a constitucionalidade de algumas legislações municipais que extrapolam os limites cíveis de esclarecimento dos institutos, como a Lei nº 7.186, e às são colocadas em xeque quando postulam, de forma equivocada, a natureza jurídica da arrematação. O Imposto sobre Transmissão de Bens Imóveis é um tributo pago por quem realiza uma transmissão efetiva da propriedade imobiliária. Todavia, a arrematação é uma forma que se dá na fase expropriatória da execução, assim como na realização de ativo arrecadado em massas falidas, ou ainda oriundo de confisco de processos criminais de narcotraficantes. A transmissão de propriedade imóvel por força de arrematação ou da adjudicação é coativa e compulsória da cobrança via execução, assim como a excussão dos bens do devedor, retira do ato de alienação qualquer possibilidade de

tê-lo como consentido. Portanto, a falta de consentimento na arrematação ou adjudicação caracteriza a transmissão como compulsória e coativa.

A arrematação por leilão público, portanto, é uma forma de aquisição da propriedade com natureza originária, não existindo a transmissão de fato. Assim, se o animus do legislador fosse que o imposto supramencionado tivesse incidência sobre qualquer forma de aquisição, independente da sua natureza, expressaria como fato gerador não a transmissão, e sim, a aquisição, seja ela derivada ou originária. Evidente, porquanto, que o título de domínio do expropriante não deriva de um título anterior. Desta forma, é considerado que não há transferência da propriedade do expropriado para o adquirente, não havendo relação jurídica entre estes. Reconhece-se, diante disso, que a única relação é linear somente entre o arrematante e a coisa.

Impende salvaguardar o fato de que a aquisição originária pressupõe a inexistência da transmissão de propriedade, o que por si só, vicia a incidência do fato gerador que legitima a cobrança do ITBI/ITIV. Fato gerador esse, frise-se, que é composto pela existência efetiva da transmissão, à luz da Código Tributário Nacional vigente.

O direito notarial e registral, bem como o direito imobiliário, além das suas regras e normas, possui princípios próprios que norteiam os juízes para tomada de decisões, os legisladores para quando forem legislar algo relativo a bens imóveis, os advogados para que possam atuar de maneira congruente na área e também, aos próprios notários e registradores.

Esta modalidade originária de adquirir a propriedade é uma espécie de exceção de um dos princípios que rege o direito Notarial e Registral: o princípio da continuidade registral. O princípio acima referido se caracteriza por exigir uma narrativa sequencial e cronológica de tudo que já aconteceu com um imóvel e com as pessoas envolvidas. Ou seja, para que ingresse na matrícula do imóvel uma informação relativa ao imóvel ou algo relativo aos envolvidos, seja proprietário ou não, os fatos devem seguir uma sequência lógica.

Não obstante, diversas legislações dos Municípios não respeitam o teor constitucional e inserem como contribuinte do ITBI o arrematante de imóvel em leilão público.

Em apertada síntese, o questionamento que se objetiva responder é se há inconstitucionalidade na cobrança do Imposto sobre Transmissão Intervivos sobre imóveis arrematados por hasta pública?

A justificativa jurídica deste trabalho envolve a preocupação com as cobranças indevidas e inconstitucionais, por parte do fisco, do Imposto sobre Transmissão Intervivos, haja vista que, a incidência desse tributo é ilegal quando se trata de imóveis arrematados por hasta pública. Além disso, nota-se que tal cobrança acarreta na insegurança jurídica para os contribuintes, uma vez que não há relação jurídica entre o arrematante e o expropriado, configurando, desta forma, uma aquisição originária, não caracterizando uma transmissão e não configurando a hipótese de incidência do tributo em comento.

Imprescindível destacar a incongruência dos tribunais superiores quando se trata desta modalidade, uma vez que é pacificado a impossibilidade de incidir ITBI frente à usucapião pelo seu modo originário, mas permitem tal tributo para a arrematação judicial em hasta pública, que possui a mesma natureza, mas são tratadas de maneiras distintas

Isto posto, o presente trabalho monográfico busca, em suma, elucidar a (in)constitucionalidade da cobrança do Imposto sobre Transmissão Intervivos sobre bens imóveis arrematados por hasta pública, o que será feito pelo meio da pesquisa bibliográfica, almejando a produção decorrente de uma análise minuciosa da legislação, jurisprudência, doutrina, internet e periódicos, elaborado através de materiais já publicados. Já o método utilizado para a pesquisa foi o hipotético-dedutivo, proposto pelo filósofo Karl Popper, uma vez que as hipóteses elaboradas passarão por um processo de falseamento, buscando construir e testar uma possível solução para o problema.

No primeiro capítulo será analisado a parte introdutória do direito tributário, noções gerais, a forma como o direito tributário é tratado na Constituição Federal e a conceituação de alguns institutos necessários para o entendimento da presente pesquisa.

Já o segundo capítulo, analisar-se-á os aspectos introdutórios dos impostos, o ITBI sob a ótica do sistema tributário como o todo, abrangendo desde a constituição até as legislações municipais. De maneira mais específica, será examinado a normativa constitucional, as hipóteses de incidência, a transmissão efetiva em relação ao registro imobiliário e a regra matriz do Imposto de Transmissão Intervivos.

Por fim, será balizado particularidades da arrematação feita por hasta pública, expondo o conceito, a natureza jurídica, a função social e suas hipóteses.

Ainda neste capítulo será trazido tópicos também do direito civil, como o direito de posse e propriedade, suas formas de serem adquiridas e a não incidência do tributo.

2 TEORIA GERAL DO TRIBUTO

O direito pode ser explicado como conjuntos de normas e regras que aprimoram o convívio em comunidade, aplicando sanções, quando essas forem descumpridas. Não foi assim por toda a vida humana, claro, entretanto, geralmente essas normas e regras instituídas para regulamentar a vida em conjunta são postas pelo poder político, ou seja, aquele que detém o poder para impor suas vontades nas regras.¹

Um apertado registro da evolução histórica do direito tributário contribuirá para um bom entendimento dos seus institutos presentes na corrente pesquisa.

2.1 A EVOLUÇÃO DO DIREITO TRIBUTÁRIO

Feito essa breve síntese, é fato que onde houver as normas e regras impostas por um poder político, haverá a cobrança de tributos, haja vista que, historicamente, o poder de punir, conjuntamente com o poder de tributar, sempre foram exercidas e podem ser comprovadas de diversas formas, seja na arte, na bíblia ou qualquer documento histórico.²

O momento em que houve o acontecimento fático de tributar se confunde com o surgimento de uma sociedade organizada, e há quem arrisque que os primeiros tributos foram ofertados de forma voluntária por integrantes das tribos de forma saudosa e agradecida ao líder, pelos seus feitos e serviços. O surgimento dos tributos de maneira compulsória e continua se iniciou com as guerras e disputas constantes.³

A razão do tributo ser tão antigo quanto os próprios grupos e comunidades que exerciam a política é simples: o estado sempre teve, e frise-se, sempre terá, custos para manter suas finalidades das mais diversas. Seja para manter entidades religiosas, financiar guerras, prestar serviços públicos básicos, manter o funcionamento da máquina pública, reduzir as desigualdades (etc.) Portanto, essa é

¹ MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **Manual de direito tributário**. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 25.

² *Ibidem*, p. 26.

³ COSTA, Regina Helena. **Curso de direito tributário: Constituição e Código Tributário Nacional**. 5. ed. ver., atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 33.

a faceta de manter uma vida em comunidade, pois, os custos de toda vida social precisam ser superados de uma forma, razão pela qual se institui tributos.⁴

É necessário, porquanto, desconstruir a visão do tributo como um assalto do estado perante a população, e sim, disseminar o entendimento de que é algo necessário para o próprio convívio em sociedade, visando o estado como um meio eficaz e indispensável para garantir os direitos básicos do cidadão.⁵

A partir do entendimento da essencialidade do estado, e por consequente, o tributo, é indeclinável, até para conceber direitos à quem contribui, estabelecer regulamentações do poder político de tributar. Quando se fala no ordenamento jurídico do direito público, perceber-se-á, que se trata dos dispositivos regulamentais da atividade estatal, e dentre estas, existe o direito financeiro que regula a forma que é obtido, administrado e gastado os recursos públicos.⁶

O direito tributário, por sua vez, é um ramo autônomo do direito, que se dissociou como um capítulo do direito financeiro pelo empenho e importância que tomou. Mas na verdade, a matéria do direito tributário existe, não somente pela existência fática de normas que regulam a atividade tributária, mas sim, para limitá-las, haja vista que os poderes políticos já exerciam a cobrança de tributos, muito antes de existir qualquer diploma normativo sobre o assunto.⁷

Com autonomia, o direito tributário está alocado na seara do direito público, ou seja, faz parte do conjunto de normas que versa sobre relações jurídicas em que o estado faz parte, afastando as normas de direito privado, ou pelo menos parte delas. Por isso, como o objeto da tributação é dos entes federados, o estado como um todo assume o papel de fisco no polo ativo para exigir tributo, induzir comportamentos ou aplicar sanções no âmbito tributário.⁸

Com o desenvolvimento do ramo dos tributos, foram atribuídos princípios e regras autônomas para disciplinar sobre a atividade do estado de tributar, possibilitando a separação do direito financeiro.⁹

Todavia, apesar da autonomia legislativa, ou seja, ostentar normas específicas à disciplina do direito tributária; da autonomia científica, por haver

⁴ MACHADO SEGUNDO. *Op. Cit.*, 2019, p. 27.

⁵ *Ibidem*, p. 28.

⁶ *Ibidem*, p. 44.

⁷ *Ibidem*, p. 55.

⁸ COSTA. *Op. Cit.*, 2015, p. 36.

⁹ AMARO, Luciano. **Direito tributário brasileiro**. 23 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 28.

doutrinadores, jurisprudências, regras e princípios próprios e da autonomia didática, por ser abordado nas faculdades e ensinados em cadeiras não comuns às outras matérias do direito é preciso ressaltar que toda autonomia tem um grau de relatividade, não sendo absoluta, isso porque, sem atender aos conceitos estruturados nos outros ramos do estudo jurídico, não seria possível legislar, ensinar, teorizar ou conceituar nada no seara tributária.¹⁰

Porquanto, conceituando o direito tributário, é exímio¹¹:

O Direito Tributário é o conjunto de normas jurídicas que disciplina a atividade de tributação, levada a efeito pelo Estado e pelas entidades a ele relacionadas, de forma a que na cobrança de tributos e de penalidades pecuniárias decorrentes da infração a deveres tributários se observem critérios e limites pré-estabelecidos.

O direito tributário, assim, é visto de diferentes óticas, há entendimento que caracteriza como parte do direito administrativo, parte do direito financeiro ou um tópico do direito público. A partir disso, deve-se entender o direito tributário como um ramo autônomo do direito com intuito de tratar de maneira aglutinada os tributos.

2.2 CONCEITO DE TRIBUTO

Todavia, é imprescindível para a conceituação do direito tributário, entender, concretamente, o que se configura como um tributo. Para isso, a lei 5.172/66, conhecida como Código Tributário Nacional, em seu artigo 3º o definiu:

Art. 3º Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada.

O conceito normativo do tributo é passível de críticas, primeiro por afirmarem não ser interessante a lei conceituar institutos, mas também pelo fato da redundância entre “prestação pecuniária” e “moeda”. Contudo, apesar das discordâncias em alguns pontos, a doutrina de um modo geral aceita e utiliza bem o conceito trazido pela norma.¹²

¹⁰ *Ibidem*, p. 38.

¹¹ MACHADO SEGUNDO. *Op. Cit.*, 2019, p. 56.

¹² BARRETO, Aires F. **Curso de direito tributário municipal**. São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p. 4.

O exercício do direito tributário vai além do poder de tributar e a soberania do estado, uma vez que, uma relação tributária, envolvendo contribuinte, objeto e o fisco envolve também questões jurídicas e legislativas, já que, estão sujeitas as normas e a jurisdição brasileira. Como exposto acima, e como atribuiu o próprio CTN, em seu artigo 3º, o tributo deve ser estipulado mediante normas – no lato sensu, envolvendo medidas provisórias, leis ordinárias e leis estaduais e municipais – constituindo atividade administrativa vinculada, ou seja, não abrangendo margens de escolha do poder público. Posto isso, evidencia-se que o dever da obrigação tributária vai além da solidariedade social, pois, compõe uma relação jurídica em que há o dever jurídico de obediência.¹³

Como caracterizou o legislador, um tributo tem caráter compulsório, não dependendo da vontade das partes, não podendo ser uma punição para atos ilícitos, devendo obedecer ao princípio da legalidade, ou seja, deve haver lei anterior que o institua, e por fim, é pertinente de uma cobrança vinculada, a qual, não pode variar da vontade da administração pública.

Esse caráter compulsório do tributo envolve direitos fundamentais da vida privada: a liberdade, alcançado de modo indireto, uma vez que o tributo pode induzir comportamentos, e a propriedade, já que o tributo tem caráter pecuniário, alvejado de maneira direta na diminuição patrimonial daquele que configura o polo contrário ao fisco, sem contudo, ter caráter confiscatório.¹⁴

Vale ressaltar que além da instituição do tributo deve ser por lei, suas modificações também, deste modo, para alterar algo relativo a um tributo – como base de cálculo ou alíquota – também deve respeitar o princípio da legalidade. Tanto a instituição como a modificação devem respeitar os princípios tributários, previstos, inclusive, na Constituição Federal de 1988, e uma delas, é o princípio da anterioridade, que é a quando a aplicação das mudanças e instituições ficam ao futuro, ou seja, não pode ser aplicada de imediato. Esse princípio objetiva a proteção e a garantia de que o contribuinte não será pego de surpresa e que seus atos serão regidos pela lei atual.¹⁵

Apesar da lei ser a modalidade de instituir ou modificar tributos, as fontes do direito tributário são as mais diversas: atividade administrativa do fisco que produz

¹³ MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de direito tributário**. 39 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 50.

¹⁴ COSTA. *Op. Cit.*, 2015, p. 43.

¹⁵ MACHADO. *Op. Cit.*, 2018, p. 49.

normativas e também entendimentos jurisprudenciais (no âmbito administrativo), o que não impede a via jurisdicional, a jurisprudência pelas vias judiciais, que são as aplicações recorrentes da lei e entendimentos dos tribunais acerca de lacunas e a própria doutrina, competente por examinar e formular pensamentos que influenciam o legislativo e o judiciário.¹⁶

Por fim, é verificável que o direito tributário pode ser conceituado como uma relação jurídica entre o fisco e o contribuinte, sendo que esse se sujeita a uma relação obrigacional em que o fisco impõe tributos de qualquer espécie. Todavia, essa imposição encontrar limites instituídos pelo próprio estado, através dos princípios abarcados pelas normas pátrias à limitação do poder de tributar.

2.3 O DIREITO TRIBUTÁRIO NA OPTICA DA CONSTITUIÇÃO DE 1988

É evidente que a Constituição Federal de 1988 modificou substancialmente a matéria tributária em relação à Constituição de 1967, alterando regras de competência, o repasse feito entre os entes federados e adicionando princípios, que são uma forma de limitação ao poder de tributar.¹⁷

Em decorrência do princípio da continuidade e da recepção das normas, o Código Tributário Nacional vigorou com a vigência da CF/88. De fato, foi perdido tudo que a nova carta magna tratou constitucionalmente, porém, é sabido que a essência do CTN foi mantida.

De forma breve, a carta política é a fonte mais importante do direito tributário, vinculando o poder de liberdade do poder judiciário para as leis complementares e leis ordinárias.¹⁸

O artigo 24 da carta constitucional dispôs que compete à União, os Estados e aos Distrito Federal legislar de forma concorrente sobre a matéria tributária, e, desta forma, não especificou os municípios, por isso, a doutrina indagou-se acerca de como seria tratado os municípios nesta questão, se, por exemplo seriam submetidas as leis dos respectivos estados. Entretanto, o entendimento da Constituição deveria ser conjugado com os demais dispositivos, e não só, analisado de forma isolada o artigo

¹⁶ COSTA. *Op. Cit.*, 2015, p. 41.

¹⁷ BALEIRO, Aliomar. **Direito tributário brasileiro**. 14 ed. Forense, 2018, p. 3.

¹⁸ COSTA. *Op. Cit.*, 2015, p. 41.

24. Mais especificamente, também deveria ser explorado o artigo 146 inciso I, em que aborda expressamente o poder dos municípios de forma originária.¹⁹

Portanto, apesar do artigo 24 não incluir os municípios, é evidente que este ente federado exerce concorrentemente a competência de legislar na matéria tributária, e assim, as leis supletivas estaduais, constitucionais ou ordinárias não poderão legislar para obrigar os municípios, ressalvado, as leis federais.²⁰

No âmbito da nossa legislação superior vigente no país, foi escolhido pelo poder constituinte originário, não limitar a edição de normas gerais, no direito tributário e financeiro, apenas as leis complementares, mas também, permitir a edição mediante as resoluções do senado. Essas resoluções, diferentemente das leis complementares, são editadas somente com a vontade do senado federal.²¹

Já quando se trata das medidas provisórias, esta, não foi versada de forma expressa na Constituição como permissiva ou negativa para legislar sobre o direito tributário. Atentando-se ao artigo 62 da CF/88, este dispositivo veda a edição de medida provisória para algumas matérias, e dentre o rol taxativo, não elencou a matéria tributária, sendo amplamente entendido como possível pela doutrina.²²

O título VI, capítulo I da carta política, que inclui os artigos do 145 ao 162, denomina-se sistema tributário, que nada mais é, do que o conjunto de dispositivos constitucionais que versam acerca do direito tributário, apresentando normas e princípios para regular a matéria. Assim, o poder constituinte originário idealizador da Constituição Federal foi impositivo na criação do sistema tributário nacional, não permitindo que as normas infraconstitucionais desrespeitem os princípios constitucionais ou suas normas, sem poder ampliar ou reduzir as limitações no poder de tributar.²³

A magna-carta de 1988 estabelece os possíveis tributos a serem criados, mas não os institui, apenas indica quem tem competência para institui-los.

Art. 146. Cabe à lei complementar:

a) definição de tributos e de suas espécies, bem como, em relação aos impostos discriminados nesta Constituição, a dos respectivos fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes;

¹⁹ BALEIRO. *Op. Cit.* 2018, p. 9.

²⁰ *Ibidem*, p. 12.

²¹ *Ibidem*, p. 14.

²² *Ibidem*, p. 15.

²³ HARADA, Kiyoshi. **Substituição Tributária à Luz da LC nº 87/96**. Universo Jurídico, 26 jun. 2000, p. 5-6.

Quando se trata de conceituação, a Constituição de 1988 não é muito efetiva, não diferente foi com o direito tributário, visto que, o tributo não foi conceituado em seus dispositivos. Todavia, foi implicitamente disciplinado o sistema tributário, o qual, desapegou do entendimento restrito dos possíveis tributos, ampliando, também, aos empréstimos compulsórios e das contribuições especiais.²⁴

Como explanado, há divergências de quantas e quais são as espécies tributárias elencadas no ramo do direito tributário. Todavia, impende salientar que seja qual for a corrente doutrinária especificada ou escolhida, não se pode perder de vista que a constituição federal não instituiu nenhuma espécie de tributo, ficando somente com a função de estabelecer quais podem ser criados, repassar aos entes federativos as suas competências, limita-las e impor algumas normas quanto à forma.

2.4 FORMAS DE TRIBUTAÇÃO

As espécies tributárias elencadas no nosso ordenamento pátrio geram uma polêmica entre os doutrinadores e a jurisprudência. Melhor explicando, há divergência de quantas espécies tributárias a Constituição Federal elencou para serem criadas. Desta forma, existem 4 (quatro) teorias distintas na doutrina para especificar quantas espécies tributárias existem.

A primeira teoria admite apenas duas espécies de tributos: os impostos e as taxas. Essa teoria considera apenas a vinculação entre a cobrança do tributo e a atividade estatal, criando, dessa forma, apenas os tributos vinculados, as taxas, e os não vinculados, os impostos. E as demais espécies poderiam se encaixar como natureza jurídica de um imposto ou de uma taxa.

Já a teoria tripartida ou trinária leva em consideração o texto literal do Código Tributário Nacional, entendendo as espécies tributárias apenas os impostos, taxas e as contribuições de melhoria²⁵. Contudo, esse não é o entendimento admitido pelo Supremo Tribunal Federal, nem mesmo pela doutrina majoritária, conforme será demonstrado adiante.

²⁴ BALEEIRO. *Op. Cit.* 2018, p. 30.

²⁵ CTN, art. 5º.

As espécies tributárias, no olhar da teoria quaternária ou quadripartida, intitulam como tributo os impostos, taxas, empréstimo compulsórios e as contribuições. Para essa parte da doutrina, unem todas as formas de contribuições expressas na Constituição Federal, apesar dos regimes jurídicos serem tratados de forma diversa.

E a quarta e última teoria, adotada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a teoria pentapartida, estabelece 5 (cinco) formas de tributos: impostos²⁶; taxas²⁷; contribuições de melhoria²⁸; empréstimos compulsórios²⁹ e; demais contribuições³⁰.

O conceito de imposto, será adiante explicado, por isso, trazendo o conceito de taxas, é possível esclarecer que esse tributo está vinculado à uma atividade estatal específica em relação ao contribuinte, seja por um serviço público ou pelo exercício do poder de polícia.³¹

Vale a ressalva de que a taxa essa atuação estatal é diretamente referida a quem está no polo passivo da relação tributaria, mas o exercício do poder de polícia ou o serviço público divisível e específico pode ser em utilização efetiva ou potencial, ou seja, basta que esteja posto à disposição do contribuinte. Outra característica fundamental é a impossibilidade das taxas de possuir base se cálculo própria dos impostos.³²

Art. 145. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos:

II - taxas, em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição;

Desta feita, a contribuição de melhoria é um tributo que se vincula a uma atividade estatal e destinam os produtos deste tributo ao custeio de uma obra pública, a qual, irá fornecer uma valorização (frise-se, imprescindível) imobiliária ao contribuinte.³³

²⁶ CF/88, art. 145, I.

²⁷ CF/88, art. 145, II.

²⁸ CF/88, art. 145, III.

²⁹ CF/88, art. 148, I e II.

³⁰ CF/88, art. 149, caput e art. 149-A, caput.

³¹ MACHADO. *Op. Cit.*, 2018, p. 437.

³² COSTA. *Op. Cit.*, 2015, p. 137.

³³ MACHADO. *Op. Cit.*, 2018, p. 448.

A contribuição de melhoria, assim, é um tributo vinculado à atividade estatal (obra) indiretamente referida ao contribuinte, decorrente de uma valorização, que não é exposta no artigo 145, III, da Constituição, mas deve haver a proporcionalidade do benefício para o proprietário, de ter seu imóvel valorizado, com a atuação do estado na obra, que objetiva recuperar os gastos através daquele que foi acoplado pela valorização.³⁴

Para Regina³⁵ a justificativa da contribuição de melhoria é baseada pelo princípio da isonomia e da vedação do enriquecimento sem causa, pelo motivo de que as cargas tributárias devem ser amparadas por todos de forma equânime. Para isso, já que os recursos foram advindos do poder público para acarretar na valorização imobiliária de alguns específicos, sem que estes tenham tido nenhum ônus, são eles chamados para suportar o déficit dos cofres públicos que ocorreu através do sacrifício de todos.

Já quando se trata das contribuições especiais, que pode ser contribuições no domínio econômico, contribuições sociais e contribuições instituídas no interesse de categorias profissionais ou econômicas são chamadas de tributos parafiscais, não vinculados, ou seja, a hipóteses de incidência descreve uma conduta do contribuinte, ao sujeito passivo, não depende de condutas do estado e são tributos destinados, ou seja, o valor arrecadado já tem uma finalidade prévia e não são restituíveis.

Em análise do caput do artigo 149 da lei maior, a instituição das contribuições especiais é exclusiva da união para sustentar as finalidades propostas pela própria Constituição, um instrumento a ser utilizado.³⁶

Por fim, à luz do artigo 148 da CF/88, os empréstimos compulsórios, poderão ser instituídos, mediante lei complementar, pela união para atender a despesas extraordinárias, decorrentes de calamidade pública, de guerra externa ou sua iminência ou no caso de investimento público de caráter urgente e de relevante interesse nacional.³⁷

Ainda sobre os empréstimos compulsórios, como disposto no parágrafo único do artigo em comento, a aplicação dos recursos provenientes de empréstimo compulsório será vinculada à despesa que fundamentou sua instituição.

³⁴ COSTA. *Op. Cit.*, 2015, p. 146.

³⁵ *Ibidem*, p. 147.

³⁶ *Ibidem*, p. 152.

³⁷ CF/88, art. 148.

Entretanto, há juristas que tecem críticas ao nome estabelecido a este tributo, visto que, quando se utiliza o nome “empréstimo” arremata uma ideia de negócio ou contrato entre o fisco e contribuinte, havendo autonomia da vontade, todavia, o que não pode ser compreendido até mesmo pelo conceito de tributo, requisitando a natureza compulsória.³⁸

Analisada as quatro teorias das espécies tributárias, é indubitoso que a teoria adotada não só pela grande parte da doutrina, mas também pelas jurisprudências e pelo próprio poder legislativo foi a teoria pentapartida, que atribui 5 formas de tributos acima descritas.

2.5 FINALIDADE DO TRIBUTO

De um modo geral, o exercício da tributação tem como objetivo a equiparação de poderes entre quem tem poder e quem não tem, quem tem mais e quem tem menos, em termos também sociológicos e financeiros.

A finalidade de um tributo, pode ser exprimida como fiscal, parafiscal e extrafiscal. A função fiscal é o objetivo principal, e diga-se de passagem, mais comum no direito tributário, é a função de recolher recursos para compor o orçamento da máquina pública estatal, para mantê-la funcionando e garantindo a observância do interesse público. Pode-se mencionar, a título exemplificativo, o Imposto sobre Propriedade Predial Territorial Urbana (IPTU) cobrada pelos municípios. Já a função parafiscal, ocorre quando os recursos a serem obtidos são destinados a entidades que buscam o prolongamento e funcionamento do estado, como as autarquias dos conselhos de medicina, engenharia, farmácia etc. Nesse quesito, é muito comum que o ente estatal institua o tributo e estabeleçam que o sujeito ativo de fiscalização e cobrança sejam as autarquias. E a função extrafiscal, configura um propósito a ser atingido com aquele tributo, um fim buscado por meio da instituição do tributo. Diferentemente da função fiscal, a extrafiscalidade não almeja obter finanças para arcar com os custos do estado, e sim, estimular ou desestimular condutas ou balizar comportamentos. Para clarear este conceito, tem-se como exemplo o Imposto

³⁸ COSTA. *Op. Cit.*, 2015, p. 149.

Territorial Rural (ITR), que tem como função extrafiscal incentivar a utilização da terra para produção, sendo instituídos valores diversos para estimular tal comportamento.³⁹

Cabe salientar, que as funções tributárias não são excludentes, podendo, desta maneira, um tributo ter mais de uma função.

O direito tributário classifica os tributos, dentre outras, em reais ou pessoais, averiguando tanto as características objetivas quanto subjetivas das espécies. Nada impede, na verdade, de que um tributo tenha características objetivas e subjetivas, elas não são excludentes entre si. Um tributo pessoal, pondera aspectos pessoais do sujeito passivo, como o valor da renda, claramente tendo como exemplo o Imposto de Renda. Já o tributo real, é um tributo que independe de questões pessoais do contribuinte, como por exemplo o Imposto de transmissão de imóveis.⁴⁰

Um quesito de suma relevância é a forma admitida para instituição de um tributo. O princípio da legalidade, como forma de limitação ao poder de tributar, veda à União, Estados, Municípios e ao Distrito Federal a instituição ou aumento de um tributo sem lei própria que o estabeleça.⁴¹

Nesta esteira, para a validação do tributo criado por lei, é necessário determinar alguns requisitos: a hipótese de incidência, constando as circunstâncias devidas; o sujeito passivo, quem deve pagar; a base de cálculo e alíquota (a forma que será realizada) e o fisco/sujeito ativo a cobrar o tributo. É preciso mais do que apenas denominar o tributo, para que uma lei infraconstitucional defina os elementos essenciais para sua criação.⁴²

O poder de tributar é limitado pelos princípios do direito tributário elencados na própria constituição, como uma forma de proteção ao cidadão, que apesar de denominados como princípio são designadas as normas da matéria tendo estrutura de norma, sem haver a diferenciação de normas e princípios feitas, de um modo geral, pela teoria geral do direito.⁴³

Entretanto, existem algumas exceções ou mitigações a esses princípios, como o prazo legal do recolhimento e a medida provisória. Apesar da regra ser a instituição do tributo por uma lei em sentido formal, há o entendimento pacificado pela doutrina e pela jurisprudência que medida provisória, por ter força de lei, possa criar

³⁹ MACHADO SEGUNDO. *Op. Cit.*, 2019, p. 89.

⁴⁰ AMARO. *Op. Cit.*, 2019, p. 141.

⁴¹ CF/88, art. 150, I.

⁴² MACHADO SEGUNDO. *Op. Cit.*, 2019, p. 101.

⁴³ MACHADO. *Op. Cit.*, 2018, p. 31.

tributos, salvaguardados as exceções da Constituição. E quanto ao prazo do recolhimento do tributo, caso não esteja fixado na lei que a instituiu, é possível que seja feito por ato infralegal.⁴⁴

É cristalino que a função tributaria não se resume somente em arrecadação para custear as despesas do estado, ou seja, além da função parafiscal, existe as demais funções dos tributos, como extrafiscal – o estado força, através do tributo, ao contribuinte fazer ou deixar de fazer algo – e a parafiscal, que harmonizadas entre elas formam o ramo autônomo e o sistema do direito tributário.

⁴⁴ MACHADO SEGUNDO. *Op. Cit.*, 2019, p. 101.

3 ASPECTOS FUNDAMENTAIS DO ITBI

Na presente pesquisa, o aprofundamento se dará em torno de um imposto, e para melhor enriquecimento intelectual, é necessário, também, entender essa espécie tributária.

3.1 CONCEITO DE IMPOSTO

O imposto é uma forma de tributo em que o fato gerador independe de qualquer ato, serviço ou exercício do estado⁴⁵. Desta forma, para que haja a incidência de um imposto, depende, tão somente, da realização de uma conduta por parte do cidadão sem necessitar de uma conduta estatal, e por isso, é possível aferir que o imposto é um tributo não vinculado, uma vez que o seu surgimento, distancia-se e não está vinculada a uma atuação do poder público.⁴⁶

O imposto, na compreensão de Aliomar⁴⁷ é uma prestação pecuniária, ou seja, em dinheiro utilizada para satisfação de interesses coletivos da sociedade, exigido de forma coativa por uma pessoa jurídica de direito público a quem contem a capacidade contributiva, sem que seja assegurada ao contribuinte nenhuma vantagem ou serviço específico.

Tributo é o gênero no qual o imposto é uma espécie, destinado, na sua essencial, à integralização de capital para o estado para cobrir suas altas despesas e gerenciar o bem comum da sociedade. Esta forma de tributar, com imposto, por ser desvinculado a uma atuação do estado, o poder legislativo quais iriam caber para cada ente federado, mantendo a autonomia política e administrativa entre eles.⁴⁸

A modalidade tributaria do imposto é a mais relevante entre as demais, justamente pelo fato da sua incidência não depender de nenhuma conduta do estado, mas sim, das condutas particulares da vida privada. Imprescindível salientar que o valor arrecadado referente aos impostos não está afetado à determinada despesa.⁴⁹

⁴⁵ CTN, art. 16.

⁴⁶ MACHADO SEGUNDO. *Op. Cit.*, 2019, p 79.

⁴⁷ BALEEIRO. *Op. Cit.*, 2018, p. 259.

⁴⁸ HARADA. *Op. Cit.*, 2010, p. 7.

⁴⁹ COSTA. *Op. Cit.*, 2015, p. 133.

As pessoas jurídicas de direito público, que detêm os recursos daqueles contemplados com a capacidade contributiva, são as únicas pessoas podem tornar efetiva a obrigação tributaria de pagar um imposto. Entretanto, é possível que o poder público delegue a cobrança dos impostos a outra entidade de direito público.⁵⁰

Cabe destacar que a capacidade de figurar o polo passivo da relação tributária independe da capacidade civil, idade, ser cidadão ou estrangeiro, residir ou não no Brasil e a pessoa jurídica estar devidamente constituída ou não.⁵¹

Neste diapasão, o imposto configura uma espécie de tributo que não é vinculado a nenhuma atividade estatal, com intuito de arrecadar recursos financeiros para o estado bancar as necessidades da sociedade. Nesta espécie tributaria qualquer sujeito pode figurar o polo passivo da relação obrigacional de imposto, seja ele capaz ou não, seja brasileiro ou não.

3.2 FATO GERADOR

O Código Tributário Nacional, em seu artigo 114 define de forma breve o que seria fato gerador de um tributo, sendo uma situação definida por lei como necessária e suficiente à sua ocorrência.⁵²

Na pratica o fato gerador gera ambiguidade, pois é tratado como mais de um sentido. Para tanto, a doutrina separa o fato gerador em dois momentos com significados diferentes, para que possa cessar a forma ambígua. Em um primeiro momento, ao invés de fato gerador, deve ser tratado como hipótese de incidência, ou seja, a norma transparece uma hipótese em que se ocorrer, incide na norma e gera consequências. E o segundo momento, ao invés de fato gerador também, seria fato jurídico, quando deixa de ser uma mera hipótese, e ocorre no mundo dos fatos aquele ato previsto na norma.⁵³

Competência da doutrina, deste modo, destrinchar o que seria cada aspecto, já que a própria norma trata com a mesma expressão – fato gerador – para ocasiões e realidades completamente diferente, uma como situação hipotética da norma, e a outra a ocorrência concreta da hipótese, nascendo a obrigação.⁵⁴

⁵⁰ BALEEIRO. *Op. Cit.*, 2018, p. 259.

⁵¹ CTN, art. 126.

⁵² CTN, art. 114.

⁵³ BALEEIRO. *Op. Cit.*, 2018, p. 1089.

⁵⁴ COSTA. *Op. Cit.*, 2015, p. 202.

Fato gerador, ou hipótese de incidência, é tão somente a situação abstrata descrita em lei que se tornada fatídica nasce uma obrigação tributaria. Há dois planos do fato gerador, o abstrato, chamado de hipótese de incidência ou hipótese tributaria, que só cria a hipótese e a do ato ou fato, conhecida como hipótese de incidência realizada.⁵⁵

A caráter exemplificativo, o IPTU tem como hipótese de incidência a propriedade ou posse de imóvel territorial urbano, e o seu fato gerador ocorre quando alguém adquire a propriedade ou se torne possuidor.

O fato gerador “in abstrato” é a hipótese de incidência ou hipótese tributaria ainda não ocorrida na pratica, tratadas no artigo 114 e 115 do CTN, mas o fato gerador “in concreto” ou fato jurídico tributário baliza o plano concreto.⁵⁶

Ponderemos o artigo 116, do CTN:

Art. 116. Salvo disposição de lei em contrário, considera-se ocorrido o fato gerador e existentes os seus efeitos:
I - tratando-se de situação de fato, desde o momento em que o se verifiquem as circunstâncias materiais necessárias a que produza os efeitos que normalmente lhe são próprios;
II - tratando-se de situação jurídica, desde o momento em que esteja definitivamente constituída, nos termos de direito aplicável.

Não impende trazer à baila que somente o contrato, quando relativo ao fato jurídico tributário, é suficiente para haver efeitos na área fiscal, deve ser praticado o ato de execução, como por exemplo, o ICMS sobre circulação de mercadorias, não basta o acordo entre as partes para ensejar, é necessário a saída da mercadoria.⁵⁷

Criado a hipótese de incidência do imposto respeitando o princípio da legalidade, mediante lei, e cometido o ato ou fato pelo contribuinte, sem que haja atuação do estado, nasce a relação da obrigação tributária.

3.3 O IMPOSTO SOBRE TRANSMISSÃO INTERVIVOS

O Imposto sobre Transmissão de Bens Imóveis entre pessoas vivas teve o seu marco inicial em 1809, conhecido, inicialmente, como Impostos sobre Transmissão de Bens Imóveis. Apenas com a Constituição Federal de 1934, foi

⁵⁵ HARADA. *Op. Cit.*, 2010, p. 100.

⁵⁶ COSTA. *Op. Cit.*, 2015, p. 203.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 204.

diferenciado o os impostos que incidem sobre transmissões “inter vivos” e “causa mortis”. Ao longo da história, foi alterado a competência do ITBI, que iniciou com o estado, posteriormente, com a Emenda Constitucional nº 5/61 passou a ser dos municípios. Novamente, em 1965, voltou a competência dos estados a instituição do referido tributo, e, somente com a Constituição Federal de 1988 foi definitivo a competência dos municípios para instituir o ITBI e aos estados o ITCMD, incidente sobre transmissões “causa mortis”.⁵⁸

3.3.1 Conceito

O aspecto espacial do ITBI é onde o imposto deve ser recolhido. Diferentemente do IPTU e do ITR, não tem relevância diferenciar a propriedade em territorial urbana ou territorial rural, pois serão tratadas e alcançadas da mesma maneira. Então, o Imposto sobre Transmissão de Bens Imóveis “intervivos” tem que ser recolhido no município onde se localiza o imóvel que será transmitido.⁵⁹

O aspecto material do tributo em tela – a transmissão entre vivos – será dissertado a seguir, assim como o aspecto temporal, ou seja, o momento da ocorrência do fato gerador.

Além do exímio doutrinador, é possível extrair a informação supracitada do ordenamento jurídico:

Art. 156. Compete aos Municípios instituir impostos sobre:
[...]
§ 2º O imposto previsto no inciso II:
II - compete ao Município da situação do bem.

O contribuinte do ITBI, ou seja, aquele que figura o polo passivo da relação obrigacional tributaria, é qualquer das partes que esteja na transação, desta forma, pode ser estipulada em contrato quem pagará o imposto. O poder público deverá intervir, óbvio, quando o contrato não estipular ou houver divergência das partes para o pagamento e assim respeitar as normas municipais.⁶⁰

⁵⁸ AMARO. *Op. Cit.*, 2019, p. 790.

⁵⁹ *Ibidem*, p. 798.

⁶⁰ MACHADO. *Op. Cit.*, 2018, p. 410.

Apesar do artigo 42 do CTN dispor que fica a critério da legislação de cada município constar quem será o contribuinte do ITBI, a maioria das legislações municipais opta por selecionar o comprador como contribuinte do tributo. A relevância da discussão não é tão alta, vez que será pactuado entre as partes quem será o pagador, porém, na vida prática, muitas vezes acaba sendo aquele que tiver maior interesse na realização do negócio jurídico.⁶¹

Conforme acima descrito como o mais comum de escolha dos municípios, na legislação sob nº 7.186, do Município do Salvador não foi diferente em escolher o adquirente como contribuinte do ITBI para a transmissão, assim como o cedente nas cessões de direitos e os permutantes em caso de permuta.⁶²

É possível caracterizar o ITBI como um tributo real, ou seja, aquele em que não leva em consideração aspectos subjetivos do sujeito passivo, mas sim, apenas a relação que exerce para com o objeto da operação tributária.⁶³

Para tanto, deve ser levado em consideração características e conceitos trazidos do direito civil para o direito tributário como um todo, e também no ITBI. A estrutura da transmissão deve ser difundida sobre a luz da premissa do que são os bens, a natureza dos bens imóveis, a propriedade e a posse, a aquisição, perda e transmissão e todos esses são elencados no direito civil.⁶⁴

Neste sentido, é de suma importância compreender que o tributo de transmissão entre vivos que trata de bens imóveis é de competência dos municípios, seja um imóvel rural ou urbano, ficando a critério das especificações do âmbito cível.

3.3.2 Princípios e limitações

Na parte principiológica, o Imposto sobre Transmissão de Bens Imóveis “intervivos”, ou o ITIV não tem nenhuma exceção ou mitigação. Desta forma, todas as limitações ao poder de tributar versam também para este imposto, como a legalidade, anterioridade anual e nonagesimal, o não confisco, a isonomia, capacidade contributiva etc.

⁶¹ HARADA. *Op. Cit.*, 2010, p. 143.

⁶² Art. 119 da lei 7.816.

⁶³ DE CASTRO, Eduardo; LUSTOZA, Helton Kramer; GOUVÊA, Marcus de Freitas. **Tributos em espécie**. 2. ed. Bahia: Juspodvium, 2015, p. 5.

⁶⁴ BARRETO. *Op. Cit.*, 2009, p. 280.

Entretanto, existem algumas limitações constitucionais específicas do ITBI. Analisando o artigo 156 da CF/88, em que trata dos impostos competentes aos municípios, foram estipuladas algumas limitações ao poder de tributar relativo ao imposto de transmissão. Primeiro ponto a se observar é que não se aplica as transmissões causa mortis, tributo esse, de competência dos estados. Exclui-se, também, à incidência da transmissão inter vivos os direitos reais sobre imóveis representativos em garantia, delineando, desta forma, aos imóveis transmitidos de forma onerosa, como a compra e venda e permuta.⁶⁵

O inciso II do artigo 156 da Constituição Federal imuniza os direitos de garantia, bem como cessão de direitos a sua aquisição, como hipoteca e a anticrese, com intuito de não onerar excessivamente o sujeito passivo do imposto.⁶⁶

O direito real se subdivide em o direito sobre a própria coisa – como a propriedade e condomínio – e sobre a coisa alheia. A limitação à incidência do imposto de transmissão inter vivos dos direitos reais de garantia são referentes à hipoteca e o penhor, por exemplo.⁶⁷

Por fim, é possível compreender as limitações do imposto referente as pessoas jurídicas. O primeiro ponto a se discutir é a integralização do capital social de uma empresa, onde há transferência de pecúnia, ou bens imóveis para integralizar a sua cota na sociedade. Assim como na integralização, quando ocorre os fenômenos jurídicos da fusão, incorporação ou cisão empresarial não há de incidir o ITBI.⁶⁸

Desta forma, visivelmente o tributo da transmissão entre pessoas vivas sofre todas as limitações constitucionais ou legais de um tributo, sem exceções ou mitigações, todavia, há algumas hipóteses em que não ocorre a incidência para que não haja uma oneração ainda maior do contribuinte.

3.3.3 Fato gerador do ITBI

Com a conceituação supracitada do fato gerador e o artigo 156 da Constituição Federal, é de fácil compreensão que o fato gerador do imposto sobre

⁶⁵ HARADA. *Op. Cit.*, 2010, p. 81.

⁶⁶ COSTA. *Op. Cit.*, 2015, p. 412.

⁶⁷ HARADA. *Op. Cit.*, 2010, p. 82.

⁶⁸ *Ibidem*, p. 85-86.

transmissão intervivos é realizado com a efetiva transmissão jurídica da propriedade entre pessoas vivas de forma voluntária e onerosa.

A hipótese de incidência do ITBI envolve três requisitos: a própria transmissão em si a qualquer título por ato necessariamente oneroso – se não incidiria na doação, tributado pelo ITCMD – de bens imóveis de natureza ou acessão física entre pessoas vivas; a possibilidade da transmissão de direitos reais sobre bens imóveis, e não somente a propriedade, salvaguardando os direitos reais de garantia; e a cessão de direito com a aquisição.⁶⁹

Além disso, como versa Machado⁷⁰ o ITBI é uma transmissão inter vivos realizada por ato oneroso a qualquer título de bens imóveis em que ocorra uma acessão física e direitos reais do imóvel. Como posto pela Constituição Federal, no artigo exposto acima, cabe ao município estabelecer as hipóteses de incidência, podendo, inclusive, colocar hipóteses de incidência para promessas de compra e venda. Nesse quesito, há ampla discussão e discordância na doutrina, haja vista que, a transmissão efetiva do imóvel só ocorre com o devido registro imobiliário no cartório competente, como será exposto adiante.

Impende realçar o conceito de direitos reais do código civil, já que é essencial para o entendimento do que pode ser passível de incidência do ITBI. Diferentemente dos direitos das obrigações (pessoais) que podem ser qualquer ato ou negócio jurídico da vida humana, os direitos reais são taxativos e só podem ser criados por lei. O código civil, portanto, destacou o rol completo dos direitos reais no artigo 1.225 e seus incisos.⁷¹

No referido artigo da lei cível, são direitos reais: a propriedade, superfície, servidão, usufruto, uso, habitação, direito do proeminente comprador, o penhor, hipoteca e a anticrese, fazendo questão de não inserir como direito real a posse.⁷²

Incontestável, portanto, que para a ocorrer a hipótese de incidência do ITBI é imprescindível a transmissão intervivos, como versa o próprio Código Tributário Municipal do Município do Salvador:

Art. 114 O Imposto sobre Transmissão Inter Vivos de Bens Imóveis e de direitos reais sobre eles tem como fato gerador:
I - a transmissão inter vivos, a qualquer título, por ato oneroso:

⁶⁹ CTN, Art. 35.

⁷⁰ MACHADO. *Op. Cit.*, 2018, p. 406.

⁷¹ BARRETO. *Op. Cit.*, 2009, p. 283.

⁷² Art. 1.225, CC.

Porém, a lei acima mencionada é contraditória e inconstitucional quando explicita no artigo seguinte, o 114-a, no inciso V, da arrematação, por esta não contemplar a própria hipótese de incidência, que é a transmissão entre pessoas vivas.

Art. 114-a Estão compreendidos na incidência do imposto:
V - a arrematação, a adjudicação e a remição;

É importante a distinção entre transmissões feitas por pessoas vivas e feitas por causa da morte, já que a Constituição separa em dois impostos distintos para essas situações. A caracterização do que seria bem imóvel assim como do direito real é utilizada a conceituação do próprio código civil.

3.3.4 Competência

Em matéria tributária, a ordem nacional, trazida no âmbito constitucional, há as definições basilares e fundamentais das competências tributárias dos variados tributos e a própria produção das normas – leis complementares e ordinárias – e as fronteiras permitidas para criação destas. Neste sentido, os municípios devem respeitar não somente as regras e princípios constitucionais, mas também o disposto em lei complementar.⁷³

Por força do *lob* dos chefes dos executivos estaduais e municipais, ao contrário do que a legislação expressava antes, que figurava a transmissão inter vivos e causa mortis, onerosa ou gratuita, somente para os estados, passou-se a cindir esses tributos. A transmissão onerosa entre vivos passou a ser dos municípios e o causa mortis dos estados.⁷⁴

A nossa carta magna, dentre outros, estabeleceu, em seu artigo 156 inciso II, que os municípios da federação detêm a competência para instituir impostos relativos à transmissão de bens imóveis intervivos. Senão, vejamos:

Art. 156. Compete aos Municípios instituir impostos sobre
II- 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

⁷³ BARRETO. *Op. Cit.*, 2009, p. 97.

⁷⁴ HARADA. *Op. Cit.*, 2010, p. 123.

Portanto, o aspecto subjetivo o ITBI pode ser estipulado como o município onde o imóvel está situado, havendo uma modificação, somente, quando se tratar de territórios, pois, será de competência da União.⁷⁵

O artigo 42 do CTN atribuiu aos municípios a função de eleger quem configurará o polo passivo da relação tributária quando se tratar de ITBI, assim, poderá cada município instituir como contribuinte o adquirente ou o alienante.⁷⁶

Como visto acima, o município onde o imóvel transmitido estiver situado será competente para instituir e cobrar o ITBI.

3.3.5 Transmissão efetiva da propriedade e o registro imobiliário

Ao oficial de registro imobiliário foi concedido pelo estado a fé-pública, para que seja salvaguardado aos usuários do sistema registral a autenticidade, segurança jurídica, publicidade e eficácia ao registrar um imóvel. Em consonância com o artigo 12 da lei 8.935/94, o titular do serviço registral imobiliário compete a prática de registros de direitos reais relativos a imóveis situados na circunscrição geográfica estabelecida de acordo com cada estado.⁷⁷

Conceituando a atividade registral imobiliária, seria o conjunto de normas e princípios que versam acerca do funcionamento adequado e eficiente inerente às constituições, transmissões, modificações e extinções de direitos reais sobre imóveis.⁷⁸

A segurança jurídica e a publicidade da propriedade imobiliária são garantidas por um operador do direito, tendo a publicidade o pressuposto da presunção de veracidade do registro, pois, aquilo que consta no registro é presumido como verdadeiro.⁷⁹

Em conformidade com o princípio da obrigatoriedade do direito registral, os atos entre vivos que se referem a constituição, transferência, modificação ou extinção de propriedade ou qualquer direito real relativo a imóvel apenas é efetivada e terá

⁷⁵ DE CASTRO; LUSTOZA; GOUVÊA. *Op. Cit.*, 2015, p. 799.

⁷⁶ CTN, art. 42.

⁷⁷ LOUREIRO, Luiz Guilherme. **Registros públicos teoria e prática**. 11 ed. Editora Juspodivm, 2020, p. 578.

⁷⁸ *Ibidem*, p. 579.

⁷⁹ *Ibidem*, p. 593.

eficácia “erga omnes” com o registro do título de aquisição, por exemplo. Deste modo, para o direito brasileiro, assim como especifica o código civil que será mencionado abaixo, não basta a lavratura da escritura de compra e venda ou um mero contrato de compra e venda, é imprescindível o registro do título respectivo.⁸⁰

Destarte, conforme aduz o Código Civil⁸¹ a propriedade do imóvel só é de fato transmitida entre vivos, com o registro do título translativo no cartório competente, e, enquanto não houver o registro do título, o alienante continua como dono do imóvel.

Na compreensão de Amaro⁸² o negócio jurídico ou contrato de compra e venda não é suficiente para efetivar a transferência do domínio da propriedade, sendo imprescindível para o processo translativo, a transcrição do título do bem imóvel no Registro de Imóveis.

Nesta esteira, como, de forma célere, entendeu o STF (ARE 1294969): “O fato gerador do imposto sobre transmissão inter vivos de bens imóveis (ITBI) somente ocorre com a efetiva transferência da propriedade imobiliária, que se dá mediante o registro.

Assim sendo, é compreensível que o aspecto temporal do ITBI, ou seja, o momento da ocorrência do fato gerador, é somente com a transmissão efetiva da propriedade, com o devido registro.

No registro de expropriação judicial, que é o caso da arrematação por hasta pública, o título que serve para registrar é a carta de sentença e o registro é feito de forma distinta do comum, pois, como forma de aquisição originária – como será exposto a seguir – não há necessidade de que o imóvel descrito na planta e memorial descritivo ao que consta na matrícula, por isso, é possível que seja aberto uma nova matrícula com as descrições que constam no laudo pericial anterior a sentença.⁸³

É de suma importância trazer à baila, as noções de bem imóvel, já que vimos que a sua transferência só ocorre com o devido registro. Dito isso, o Código Civil dispõe que são bens imóveis o solo e tudo quanto se lhe incorporar de forma natural ou artificial.⁸⁴

Bens moveis que são incorporados, são aqueles objetos que naturalmente são moveis, porém, quando incorporados (a uma construção civil, por exemplo) não

⁸⁰ *Ibidem*, p. 618.

⁸¹ Art. 1.245, §1º

⁸² AMARO. *Op. Cit.*, 2019, p. 797.

⁸³ LOUREIRO. *Op. Cit.*, 2020, p. 954.

⁸⁴ CC, art. 79.

podem mais ser transportados sem destruição, modificação ou causando danos. Existem, também, os bens imóveis que são destinados pelo próprio proprietário, ou seja, objetos que são naturalmente moveis, mas que pela vontade do proprietário se tornam imóveis, como quadros, pinturas, estatuas e enfeites em geral. Todavia, essa forma de bens imóveis não gera hipótese de incidência do ITBI.⁸⁵

Nesta perspectiva, o solo e tudo que lhe incorporar, ou seja, os bens imóveis, via de regra, serão transmitidos somente pelo devido registro no Ofício do Registro de Imóveis competente da circunscrição em que o imóvel estiver, não sendo suficiente o mero negócio jurídico e nem a escritura pública lavrada no tabelionato de notas. Pacificado este ponto, é sabido que sem o registro o alienante ainda é proprietário do bem, e por isso, como decidiu o Supremo Tribunal Federal, sem a transferência – leia-se registro – não ocorre o fato gerador do ITBI.

3.3.6 Momento da Cobrança

O imposto de transmissão de bens imóveis entre vivos era um tributo que seria pago antes da ocorrência do fato gerador, de forma antecipada. Porém, esse entendimento foi superado pela decisão do Supremo Tribunal Federal.

Como já exposto acima, o entendimento exímio do STF, no ARE 1294969: “O fato gerador do imposto sobre transmissão inter vivos de bens imóveis (ITBI) somente ocorre com a efetiva transferência da propriedade imobiliária, que se dá mediante o registro”. Portanto, decidiu, também, que a sua cobrança só poderá ser realizada após o registro, sendo ilegal a cobrança antecipada.

Desta forma, não restam dúvidas acerca da inconstitucionalidade e ilegalidade do Código Tributário e de Rendas do Município de Salvador (Lei nº 7.186, de 27 de dezembro de 2006), lei municipal que institui a cobrança antecipada do ITBI, em seu artigo 122 inciso I:

Art. 122. O imposto será pago:

I - antecipadamente, até a data da lavratura do instrumento hábil que servir de base à transmissão

⁸⁵ HARADA. *Op. Cit.*, 2010, p. 134-135.

Infelizmente, apesar da decisão do STF sobre fato gerador só ocorrer com o registro na serventia competente, na prática, o contribuinte é obrigado a pagar e comprovar o pagamento antes mesmo de realizar a escritura pública no tabelionato, comprovando, também, no próprio ofício imobiliário como imprescindível para o registro, conforme destaca o código de normas do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia.

3.3.7 Base de cálculo e alíquotas do ITBI

Quanto à base de cálculo do ITBI, considera-se o valor venal dos bens imóveis transmitidos ou direitos reais cedidos. Assim, será considerado o preço de venda em condições normais do mercado, independentemente o preço de venda acordado entre as partes.⁸⁶

O preço do imóvel é fixado entre as partes enquanto o valor venal é decorrente do mercado imobiliário, ajustado pelas valorizações e desvalorizações, e como a base de cálculo é sobre o este valor do mercado, o valor informado pelas partes pode ser aceito ou não pelo fisco.

Apesar do IPTU também ser cobrado sobre o valor venal do imóvel, não necessariamente o município ficará obrigado a usar este valor no ITBI. Em outras palavras, ambos os tributos tem a base de cálculo valor venal, mas este valor pode ser apurado de forma distinta, uma vez que é possível averiguar e cobrar sobre o que dispõe o artigo 148 da CTN.⁸⁷

Acerca da diferenciação entre o valor venal e o valor estipulado entre as partes no contrato particular ou na escritura pública de compra e venda, a norma do ente federado do Município do Salvador não peca e transparece expressamente que em nenhuma hipótese a base de cálculo será menor do que o valor venal do bem ou do direito transmitido, auditado pela Secretaria da Fazenda. Deste modo, não resta dúvidas que a base de cálculo pode ser o acordado entre os particulares, desde que igual ou superior ao estipulado pelo ente.⁸⁸

Analisou, dessa forma, versando que na hipótese de que a fazenda pública discordasse do valor do imóvel apresentado pelo contribuinte, ou também do valor

⁸⁶ Art. 156, II, da CF; art. 35 do CTN.

⁸⁷ AMARO. *Op. Cit.*, 2019, p. 799.

⁸⁸ Art. 117 da lei 7.186.

apurado na cobrança do IPTU, seria plenamente possível impor um valor venal por meio de um arbitramento das autoridades fiscais, através de um procedimento administrativo fiscal⁸⁹.

O que dispõe a lei Municipal de Salvador quanto ao valor que será posto como base de cálculo:

Art. 116. A base de cálculo do imposto é o valor: I - nas transmissões em geral, dos bens ou direitos transmitidos; II - na arrematação judicial ou administrativa, adjudicação, remição ou leilão, do maior lance, ressalvada a hipótese prevista no parágrafo único deste artigo. Parágrafo único. Na arrematação judicial ou administrativa, bem como nas hipóteses de adjudicação, remição ou leilão, a base de cálculo do ITIV não poderá ser inferior ao valor da avaliação judicial e, não havendo esta, ao valor da avaliação administrativa.

Entretanto, a análise da base de cálculo muda quando for relativo à hipótese de arrematação por hasta pública. Após intensas divergências, ficou pacificado nos julgados a tese de que a incidência do ITBI nos casos referidos deve adotar a base de cálculo o valor da efetiva arrematação ocorrida no leilão, ou seja, o valor do lance vencedor, desprezando o valor venal avaliado judicialmente ou administrativamente pelos municípios. Cabe destacar que posteriormente o Supremo Tribunal Federal concordou com o entendimento do STJ:

TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE TRANSMISSÃO INTER VIVOS. BASE DE CÁLCULO. VALOR VENAL DO BEM. VALOR DA AVALIAÇÃO JUDICIAL. VALOR DA ARREMATAÇÃO. I - O fato gerador do ITBI só se aperfeiçoa com o registro da transmissão do bem imóvel. Precedentes: AgRg no Ag n° 448.245/DF, Rel. Min. LUIZ FUX, DJ de 09/12/2002, REspn° 253.364/DF, Rel. Min. HUMBERTO GOMES DEBARROS, DJ de 16/04/2001 e RMS n° 10.650/DF, Rel. Min. FRANCISCO PEÇANHA MARTINS, DJ de 04/09/2000. Além disso, já se decidiu no âmbito desta Corte que o cálculo daquele imposto "há de ser feito com base no valor alcançado pelos bens na arrematação, e não pelo valor da avaliação judicial" (REsp. n.º 2.525/PR, Rel. Min. ARMANDO ROLEMBERG, DJ de 25/6/1990, p. 6027). Tendo em vista que a arrematação corresponde à aquisição do bem vendido judicialmente, é de se considerar como valor venal do imóvel aquele atingido em hasta pública. Este, portanto, é o que deve servir de base de cálculo do ITBI. II - Recurso especial provido.⁹⁰

Já quando se trata da alíquota, é pacificado, pela Súmula 656 do Supremo Tribunal Federal, que configura uma inconstitucionalidade a cobrança da alíquota

⁸⁹ STJ. REsp 261.166/SP, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 12/09/2000.

⁹⁰ REsp 863.893/PR, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, PRIMEIRA TURMA, DJ 07/11/2006, p. 277.

progressiva relativos ao ITBI. Portanto, é ilegal o Município em que variar a alíquota de acordo com a valorização ou desvalorização do valor venal do imóvel, devendo ser fixo. Senão vejamos: “Súmula 656 STF: É inconstitucional a lei que estabelece alíquotas progressivas para o imposto de transmissão inter vivos de bens imóveis - ITBI com base no valor venal do imóvel”. Desta forma, a alíquota do tributo em questão é fixada pela lei ordinária do município em que se localiza o imóvel.

Quando a própria constituição não prevê especificamente, a progressão das alíquotas dos impostos não pode ser progressiva, como uma forma de proteção ao contribuinte, evitando abusos.⁹¹

Quando se trata da alíquota valorada pelo Município do Salvador, através da lei 7.186, no seu artigo 118, é apurado que para imóveis populares a alíquota é de 1,0% (um por cento), conforme disposto no regulamento, e para as demais transmissões dos demais bens, naturalmente não tidos como populares, será de 3% (três por cento) ambas as porcentagens incidentes sobre a valoração do imóvel (base de cálculo) como explicado acima.⁹²

O decreto nº 24.058 de 16 de julho de 2013 firmou o que seria considerado imóvel popular, para que não ficasse um critério subjetivo de competência da doutrina, da jurisprudência, muito menos do próprio fisco estabelecer. Então, para ser considerado um imóvel popular e ter incidência da alíquota menor, de 1%, deve se enquadrar como um imóvel residencial, ou seja, não é possível ser um bem comercial, área construída até 39,56 m² e valor venal atualizado, atribuído pela Sefaz, de até R\$ 44.996,73 (quarenta e quatro mil, novecentos e noventa e seis reais e setenta e três centavos).⁹³

É de valiosa importância esclarecer que a base de cálculo e a alíquota devem ser fixadas no momento da transmissão, não devendo intervir construções ou modificações posteriores. Na prática, muitas empresas ou até particulares compram um imóvel, e antes de regularizar no registro imobiliário, ou seja, antes de ocorrer a efetiva transmissão, constrói no terreno, e, portanto, o cálculo não pode ser em cima do que foi modificado e construído, e sim, como o bem imóvel estava no momento da transmissão.⁹⁴

⁹¹ BARRETO. *Op. Cit.*, 2009, p. 298.

⁹² Art. 118, I e II, da Lei 7.186.

⁹³ Art. 8º, parágrafo único, incisos I, II e III do decreto 24.058.

⁹⁴ MACHADO. *Op. Cit.*, 2018, p. 409.

Por fim, é transparente que valor venal atribuído pela secretaria da fazenda do município não necessariamente irá coincidir com o valor acertado entre as partes, e por isto é tabular que o valor a ser analisado a título de base de cálculo será o maior entre eles. E quando se trata do Código Tributário e Fiscal do Município do Salvador, se impõe alíquotas diferentes a depender do imóvel, arguindo a diferenciação entre imóveis populares e não populares.

4 ARREMATAÇÃO POR HASTA PÚBLICA

A pesquisa em comento será direcionada especificamente às arrematações por meio de hasta pública, melhor dizendo, será analisado a incidência do Imposto de transmissão de bens imóveis entre pessoas vivas nos casos em que ocorrem a expropriação por meio da arrematação.

4.1 NOTAS CONCEITUAIS DA ARREMATAÇÃO POR HASTA PÚBLICA

A arrematação é uma forma de expropriação judicial as quais os bens do devedor, que podem ser móveis ou imóveis, são penhorados do mesmo de forma forçada para serem vendidos, e a importância obtida é utilizada para o pagamento dos seus débitos. Esse tipo de execução contra devedores é comum para que haja o adimplemento e a satisfação dos interesses do credor, que pode ter advindo, por exemplo, de débitos contra o fisco, obrigações trabalhistas, obrigações civis (etc.). A diferença da adjudicação, é que neste modelo, o bem é entregue diretamente ao credor.⁹⁵

Posteriormente à penhora e a expropriação do bem, coloca-se este em leilão para que ocorra a arrematação. A palavra arrematação deriva da palavra “remate”, que tem como significado a conclusão, um resultado advindo do leilão ou hasta pública, a venda de quem se propor a pagar mais em uma alienação de bens penhorados.

O bem quando penhorado, que não tenha sido alienado pelo particular, será posto em hasta pública, ou seja, será oferecido por um leiloeiro/pregoeiro, e quem adquirir será denominado arrematante.

Em uma breve síntese, cabe ressaltar que, quando se trata de bens imóveis, realiza-se a alienação por meio das praças, inicialmente postas com o valor mínimo da avaliação do bem. Quando não houver interessados na compra, realiza-se a segunda praça, aceitando valores inferiores, tudo com intuito de satisfação dos interesses do credor. Por esse sistema. Realizado todo o procedimento, com a devida solenidade, é emitido a carta de arrematação, formando o título judicial, que comprova

⁹⁵ LOUREIRO. *Op. Cit.*, 2020, p. 904.

a transferência de propriedade. Uma vez registrada pelo oficial de registro de imóveis, ocorre a transferência da propriedade.⁹⁶

É possível notar que a arrematação é uma forma de expropriação que o estado faz sobre o proprietário do bem imóvel para que seja cumprido um crédito de terceiro. Após a expropriação, o estado insere em leilão para que haja o arremate.

4.2 POSSE E PROPRIEDADE

O instituto da posse gera, logo de início, uma dúvida entre a doutrina: se considera um fato ou um direito? Assim, há correntes que destringem fundamentando ser um fato da vida real se apossar de um bem, enquanto a corrente majoritária entende ser um direito.

A posse remete a premissa de dois elementos constantes nela, a própria coisa (o bem) e uma vontade que se exerce sobre a coisa. Há juristas que entendem que um desses elementos sem o outro não configura posse. Essa ideia do material e o do subjetivo transcendeu séculos e séculos, desde os romanos.⁹⁷

A primeira teoria da posse, a teoria subjetiva, visa a posse como um poder direto que exerce sobre aquele bem, identificando como seu e defendendo de terceiros. Friedrich Carl von Savigny, idealizador desta teoria, impõe dois requisitos: o *corpus* que é o poder físico e direto que exerce sobre o bem, é estar em posse deste; e o *animus domini*, é o elemento subjetivo de intenção de ser dono, considerar e exercer como seu a propriedade. Não obstante, a segunda teoria da posse, idealizada por Rudolf von Ihering, dispensa o requisito subjetivo da intenção de se considerar proprietário, basta que o sujeito detenha fisicamente para si o bem, ou seja, dispensa a ideia do *animus domini*, sendo necessário somente o *corpus*.⁹⁸

A legislação vigente, entretanto, codificou a teoria de Rudolf von Ihering para que seja considerado possuidor, uma vez que basta o exercício de fato, pleno ou não, de qualquer um dos poderes inerentes à propriedade, seja usar, fruir ou dispor.⁹⁹

⁹⁶ *Ibidem*, p. 905.

⁹⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**: Direitos Reais. 27 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 13.

⁹⁸ TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**: volume único. 6ª ed. rev., atual. E ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2016, p. 917.

⁹⁹ Art. 1.196, do CC.

Analisando o artigo supracitado, é possível distinguir que todo proprietário é possuidor, mas nem todo possuidor é proprietário, ou seja, há duas formas de exercício da posse, que estabelece a doutrina, a posse direta e a posse indireta. A posse direta é aquela exercida com o *corpus*, que tem a compreensão efetiva e material do bem, enquanto a posse indireta refere-se aquele que não tem o domínio material, mas o exercício do direito, mas precisamente do “dispor”.¹⁰⁰

Incumbe salvaguardar, contudo, que nem todo estado de domínio de fato do bem pode ser considerado possuidor, pois, algumas situações de relação material e direta com o bem não tratam, de fato, do uso ou fruição, tendo em vista que pode ser considerado mera detenção do bem. A detenção é o exercício de um poder sobre a coisa, uma forma de controle, mas em nome de outrem ou a mando, em que esteja subordinado, não exercendo o direito, porquanto, em nome próprio. A caráter exemplificativo, é possível citar a relação do socialmente chamado “caseiro”, aquele que cuida do imóvel enquanto o proprietário não está.¹⁰¹

Art. 1.198. Considera-se detentor aquele que, achando-se em relação de dependência para com outro, conserva a posse em nome deste e em cumprimento de ordens ou instruções suas.

Ainda diferenciando a posse de algumas situações fáticas em que há a percepção material da coisa, mas que não induz a ser possuidor, são os atos de mera permissão ou tolerância. Isto ocorre quando o proprietário o ou titular de um direito real permite o uso de outrem, de forma limitada, sem abdicar do seu direito.

Considerado o entendimento que prevalece na doutrina, de que a posse é um direito, há outra divergência quanto a sua natureza, ou seja, levar em consideração a posse como um direito real ou um direito pessoal. Se analisarmos objetivamente a normativa do Código Civil, a posse não poderia ser considerada, de nenhuma maneira, como um direito real, uma vez que, esse direito foi elencado de maneira taxativa no artigo 1.225, trazendo tudo aquilo que é um direito real, e dentre eles não consta a posse. Além do mais, os dispositivos que tratam da posse se localizam, topograficamente, dentro do livro III (direito das coisas), mas no título I denominado

¹⁰⁰ TARTUCE. *Op. Cit.*, 2016, p. 918.

¹⁰¹ RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das Coisas**. 8ª ed. rev., atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 51.

“da posse” e o legislador fez questão de posicionar um outro título, o II, para tratar especificamente dos direitos reais.¹⁰²

A posse pode ser analisada, também, de um ponto de vista misto, ou seja, como uma pluralidade sem necessariamente isolar as classificações. Essa visão é dividida em 3 dimensões, quais sejam: situação em que o proprietário de um bem tem a posse deste, tornando um direito real, haja vista que o domínio se caracteriza, também, pela função de possuir. Essa modalidade de posse, configurada como um direito real, independe de atividade física, se concretizando somente com o título. A segunda dimensão decorre de uma obrigação que detêm direito real – uma obrigação propter rem – por exemplo a enfiteuse, o usufruto ou comodato, que não possui a posse direta, apenas a indireta, adiante explicada, sem se tornar proprietário. A terceira e última dimensão vislumbrada é a posse que não ocorre de um título, de um direito real ou de uma obrigação propter rem, mas sim da mera existência de se apossar ou ocupar determinada coisa, pois, a posse não se confunde com propriedade, sendo um direito autônomo e distinto, que não acontece somente por um direito de propriedade ou de uma obrigação mutua.¹⁰³

A utilização fatídica do bem é o meio pelo qual se concretiza o poder da interferência socioeconômica sobre a coisa, distanciando a ideia da posse ser um elemento da propriedade, mas sim, uma coisa com sua autonomia e com extrema relevância social. A visão sociológica da posse analisa a posse através dos valores sociais.¹⁰⁴

Já adentrando na propriedade, a Carta Política de 1988 elencou como um direito fundamental – frise-se, o único direito patrimonial fundamental – constando como garantia de todos o direito à propriedade, atendendo a função social da mesma.¹⁰⁵

É possível asseverar que antes de qualquer direito de ser proprietário e dono, o ser humano já detinha bens, como proprietário e possuidor, para auxiliar na sobrevivência, sendo antecedente a qualquer normativa ou regra, existindo naturalmente a partir das necessidades.¹⁰⁶

¹⁰² FARIAS, Cristiano Chaves de. **Curso de Direito Civil: Direitos Reais.** / Cristiano Chaves de Farias, Nelson Rosenvald. 15. ed. ver., ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodvm, 2019, p. 73.

¹⁰³ *Ibidem*, p. 73-74.

¹⁰⁴ *Ibidem*, p. 75.

¹⁰⁵ Art. 5º, XXII e XXIII da CF.

¹⁰⁶ RIZZARDO. *Op. Cit.*, 2016, p. 174.

É o direito mais abrangente dentre os demais direitos reais e o mais corriqueiro na vida humana, tendo em vista que toda ela, desde o nascimento até a morte, em toda a história, se acompanha a ideia de algo ser “meu” ou ser do outro, a ideia de ser dono de uma coisa, o que demonstra ser algo natural do homem. De maneira bem geral, simples e comum, mas inerente, ser proprietário é poder fazer o que quiser com determinado bem.¹⁰⁷

O Código Civil não trouxe um conceito para a propriedade como trouxe para a posse, mas garantiu quais eram os direitos tutelados a estes, em seu artigo 1.228:

Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.

Suscintamente, é proprietário aquele que tem o direito de usar, gozar, fruir e dispor da coisa, bem como reivindicar de quem o detenha ou ameace injustamente. Todos estes atributos podem estar unidos em uma única pessoa, que deterá a propriedade plena, mas, como são direitos e não deveres, o proprietário pode abdicar de alguma delas sem perder a sua qualidade do domínio útil, passando a ter a propriedade limitada ou menos plena.¹⁰⁸

A essência da propriedade, e em regra, é exercida de maneira plena e exclusiva, assim, a condição normal é a plenitude, e a exceção é a limitação, seja da forma plena ou da forma exclusiva. A exclusividade se vê diluída quando se trata do condomínio, e a plenitude, na locação, por exemplo, mas, essa exceção de comprova, enquanto a exclusividade e plenitude se presume.¹⁰⁹

O mesmo bem não pode ser exclusivo, de forma simultânea a duas ou mais pessoas no mesmo lapso temporal, pois o direito real e o Código Civil não permitem que seja ocupado o mesmo espaço jurídico, permitindo somente ao titular. A exclusividade é direcionada ao senhorio, ou seja, ao domínio, em que somente uma pessoa pode usar, fruir, gozar e dispor do mesmo bem ao mesmo tempo.¹¹⁰

¹⁰⁷ *Ibidem*, p. 165.

¹⁰⁸ PEREIRA. *Op. Cit.*, 2019, p. 76.

¹⁰⁹ Art. 1231, do CC.

¹¹⁰ FARIAS. *Op. Cit.*, 2019, p. 315.

Destacando a forma restrita ou limitada da propriedade, pode recair sobre esta algum ônus real ou direito real sobre coisa alheia, seja por meio de uma hipoteca, de uma propriedade fiduciária, servidão ou usufruto.¹¹¹

A faculdade de fruir ou gozar, antigamente intitulada como *ius fruendi*, é a possibilidade do proprietário retirar da coisa os frutos, seja civis, industriais ou naturais. Os frutos civis são caracterizados pelos rendimentos, ou seja, a faculdade do proprietário locar o bem e ficar com esses frutos, e é um direito de exercício da propriedade.¹¹²

Há a faculdade de usar a coisa (*ius utendi*) da maneira que o proprietário entender melhor, salvo as limitações da função social prevista da Constituição Federal e algumas limitações civis, como os direitos de vizinhança. A faculdade de dispor da coisa configura o poder de alienar entre vivos aquele bem ou transmitir causa mortis, seja pela compra e venda, doação ou testamento. E por fim, a característica de defesa contra terceiros da coisa que é o *ius vindicandi*, o direito de reivindicar a coisa de quem injustamente a possui ou tome, exercido através das ações reais petórias e reivindicatórias.¹¹³

Como citado que o artigo 1225 elenca todos os direitos reais de forma taxativa, pode-se destacar, facilmente, a propriedade, logo no inciso I. Essa hipótese de direito real é, em regra, um direito absoluto, pois, tem caráter erga omnes, oponível contra todos e pelo direito do proprietário utiliza-lo como quiser, respeitando, porém, a função social e a socioambiental previstas no artigo 1228, § 1º do Código Civil. Apesar da regra de condição absoluta, algumas situações excepcionais podem relativizar a propriedade, como a ponderação frente a outro direito fundamental da Constituição Federal, apesar de também poder fazer frente, pelo fato de ser um direito fundamental do artigo 5º da Constituição, como já citado, e por isso, faz com que haja uma proteção do direito da propriedade.¹¹⁴

Os direitos reais, e conseqüentemente a propriedade, por ser uma espécie, possuem característica de perpetuidade, haja vista que, não se extingue se não houver o seu exercício. A tendência deste instituto é ser eterno, diferentemente dos direitos pessoais, salvo com alguma causa modificativa ou extintiva originado pelo

¹¹¹ TARTUCE. *Op. Cit.*, 2016, p. 957.

¹¹² *Ibidem*, p. 955.

¹¹³ *Ibidem*, p. 956.

¹¹⁴ *Ibidem*, p. 958.

ordenamento jurídico ou por convenção da parte. A propriedade também é muito maleável, alguns doutrinadores chamam de um direito elástico, pois, seus atributos podem ser estendidos ou contraídos, e por fim, pelos motivos todos expostos, a propriedade é um direito real complexo.¹¹⁵

Ainda vislumbrando a perpetuidade, é discutido entre os juristas até que ponto essa característica se efetua, pois, quando há uma inércia por tempo prolongado do proprietário e uma posse de outrem, há a formalização do instituto da usucapião, que coloca em xeque o senso de eternidade. Analisando sob a ótica da função social, não é concebido ao proprietário que abuse do direito de propriedade sem que cumpra a função social dela, podendo, muitas vezes, perder também o direito de defender contra terceiros, pois, não alguns doutrinadores entendem que não se tem como defender um direito sem exercê-lo.¹¹⁶

Por conseguinte, a posse e a propriedade são institutos completamente diferentes, tanto pela tratativa da norma quanto da doutrina, mas que não necessariamente se excluem, ou seja, um possuidor pode ser um proprietário, mas todo proprietário é um possuidor, não perdendo de vista a diferenciação da posse direta – materialmente com o bem – e a posse indireta, que não perde o direito de propriedade, mas não está diretamente usando ou fruindo da coisa. É válido salientar, também, que o conceito de posse é atrelado ao conceito de propriedade, pois, o Código Civil dispôs que é possuidor aquele que exerce qualquer um dos poderes de proprietário, assim, é necessário conhecer quais são estes poderes para entender a posse.

4.3 PRESSUPOSTOS DA HASTA PÚBLICA

Em *prima facie*, o particular tem a possibilidade de escolha em requer a adjudicação do bem ou providenciar a alienação do bem, entretanto, se forem insuficientes, para efetivação da execução o bem penhorado será posto em leilão judicial. A ideia de leilão judicial se confunde com a própria hasta pública, que é uma

¹¹⁵ *Ibidem*, p. 959.

¹¹⁶ FARIAS. *Op. Cit.*, 2019, p. 318.

expressão trazida do direito romano, tradicionalmente denominada de praças, mas que no final possuem o mesmo significado, sentido e intuito.¹¹⁷

A arrematação por hasta pública é a forma que expropria os bens do executado, entregando-as a quem formular o melhor lance, de uma maneira coercitiva. A noção de que ocorre uma venda não é adequada, haja vista que remete a ideia de negócio jurídico, o que não acontece, pois, não há alienação contratual sem a aceitação e acordo com o proprietário do bem negociado, e no pregão é exatamente isso, sem consentimento do expropriado.¹¹⁸

É pacificado na doutrina que a ideia de negócio ou venda não cabe quando se trata imóveis que foram a leilões judiciais, pelo simples motivo de que não há consentimento, sendo uma forma de desapropriação, uma soberania do estado, exercida pelo poder judiciário, que retira o bem do patrimônio e transmite de forma onerosa para outrem, configurando na tutela e interferência estatal na vida privada por um bem maior.¹¹⁹

O leiloeiro público é quem realiza a praça ou o leilão realizado pelo órgão, que pode ser escolhido pelo exequente, mas cabe ao juiz a designação deste. A função do leiloeiro é de publicação do edital, realizar o leilão em si, expondo os bens para aqueles interessados, posteriormente receber e depositar o produto da alienação e prestar contas nos dois dias subsequentes.¹²⁰

Sobre os labores do leiloeiro:

Art. 884. Incumbe ao leiloeiro público:

I - publicar o edital, anunciando a alienação;

II - realizar o leilão onde se encontrem os bens ou no lugar designado pelo juiz;

III - expor aos pretendentes os bens ou as amostras das mercadorias;

IV - receber e depositar, dentro de 1 (um) dia, à ordem do juiz, o produto da alienação;

V - prestar contas nos 2 (dois) dias subsequentes ao depósito.

Parágrafo único. O leiloeiro tem o direito de receber do arrematante a comissão estabelecida em lei ou arbitrada pelo juiz.

¹¹⁷ **Breves comentários ao novo código de processo civil.** Coordenadores WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; *et al.* 3. ed. ver. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 2222.

¹¹⁸ THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil** – vol. III. 50 ed. ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017., p. 566.

¹¹⁹ *Ibidem*, p. 567.

¹²⁰ Art. 884 do CPC.

Não obstante ao labor do leiloeiro, o juiz da execução também tem a função de estabelecer o valor mínimo do bem, as condições para o pagamento e as garantias prestadas pelo arrematante.¹²¹

Nos casos em que se tenha mais de um interessado no mesmo bem, deve ser feita uma licitação entre eles para que o arremate seja feito pelo que oferte o maior lance. Contudo, quando for verificado que o lance é igualitário, será concedido a prioridade à alguns sujeitos por questões de proximidade com o executado, afinal, aqueles está perdendo uma parte do seu patrimônio. A preferência será dos cônjuges, ascendentes ou descendentes e companheiro.¹²²

Após o trâmite da arrematação que seguir estritamente as regras, assinado o auto de arrematação pelo Leiloeiro e pelo Magistrado, se considera perfeita e completa a arrematação. Aquele em que arrematou o bem, em casos excepcionais, é permitido a possibilidade de desistir. O auto de arrematação tem como fundamento documentar e formalizar o processo e o ato da arrematação, que não se trata de um negócio jurídico ou ato contratual, mas sim, um ato processual de transferência imobiliária coativa.¹²³

Nesta perspectiva, como foi analisado, o leilão organizado pelo poder público, mas precisamente pelos órgãos judiciários, devem seguir algumas regras instituídas nas mais diversas codificações, como haver publicação de edital, instituir um leiloeiro público, seja pelo exequente, seja designado pelo magistrado, estipular valores mínimos para o bem posto em hasta e respeitar alguns requisitos, como, por exemplo, o critério de preferência.

4.4 ESPÉCIES DE HASTA PÚBLICA

Antigamente havia distinção entre a praça pública e o leilão, todavia, após desfazer essa diferenciação, o CPC admite duas formas de hasta pública, quando há a transferência sem consentimento de bens penhorados, são eles: o leilão judicial e pregão da bolsa de valores. Este último é realizado quando a transmissão for de competência de corretores que atuem na bolsa de valores, onde o corretor, como regra do artigo 883, pode ser escolhido pelo exequente, desde que esteja adequado

¹²¹ Art. 885 do CPC.

¹²² WAMBIER; *et al.* *Op. Cit.*, 2016, p. 2224.

¹²³ THEODORO JUNIOR. *Op. Cit.*, 2017, p. 594.

na profissão regida pelas resoluções do Bacen (Banco Central). Já o leilão judicial é a regra geral, aplicada a todos os bens que forem penhorados, seja de maneira presencial ou eletrônica.¹²⁴

Como disposto no artigo 882, também do CPC, o meio eletrônico do leilão será o preferencialmente utilizado, somente sendo realizado por meio presencial se se não houver possibilidade dos meios eletrônicos, constituindo uma exceção, respeitando, sempre a ampla publicidade, autenticidade e segurança, com observância das regras estabelecidas na legislação sobre certificação digital.¹²⁵

É cediço que não se diferencia mais praça pública e os leilões públicos, permanecendo somente a diferenciação quanto ao objeto da hasta pública: o leilão judicial e o pregão da bolsa de valores. Por fim, estabeleceu-se como regra geral que os leilões serão realizados preferencialmente por meio eletrônico.

4.5 FUNÇÃO SOCIAL DA HASTA PÚBLICA

Como é compreendido pelos cidadãos, as relações da sociedade devem ser norteadas pelos princípios e regras vigentes em seu ordenamento jurídico, para que conduzam um ambiente harmônico e justo. Outra finalidade do direito em si, é a organização e a tutela daquele que foi violado, sem que seja permitido a autotutela e voltarmos à época de justiça com as próprias mãos, e para isso, criou-se regras.

O novo Código de Processo Civil preserva a formula da responsabilidade patrimonial para resolver as mazelas do inadimplemento através da sub-rogação e distribuindo entre aqueles que fazem parte da execução. O instituto da obrigação e da responsabilidade, quando não caminham de forma conjuntiva, acarreta no direito ao crédito, que pode ser visto por dois lados: o primeiro a realidade do devedor, que tem uma obrigação a ser cumprida, representando uma “crise de adimplemento”, incidindo na execução. O outro prisma é o patrimônio do devedor que irá sofrer uma retaliação, sujeitos à execução.¹²⁶

Para satisfação de uma boa convivência social, o artigo 789 do Código de Processo Civil trouxe expressamente que, ressalvados casos estabelecidos na lei,

¹²⁴ *Ibidem*, p. 567.

¹²⁵ Art. 882 do CPC.

¹²⁶ WAMBIER; *et al.* *Op. Cit.*, 2016, p. 2017.

todos os bens do devedor poderão ser utilizados como forma de cumprimento das suas obrigações e satisfação do credor.¹²⁷

O artigo acima mencionado trata da tutela jurisdicional ofertada ao credor com anseio de trazer a responsabilidade através da sub-rogação do patrimônio. Importante listar que quem será responsabilizado não será diretamente do devedor, mas sim o seu patrimônio, consistente na permissão de expropriar algum bem para satisfação dos interesses do credor. Ainda neste âmbito, o momento da execução e da expropriação não leva em consideração se aquele bem já integrava o patrimônio, mas tão somente que faz parte e poderá ser responsabilizado.¹²⁸

O princípio do *pacta sunt servanda* aduz que o contrato estabelecido faz lei entre as partes, ou seja, aquilo que foi acordado pelos contraentes deve ser cumprido, com as devidas vênias de situações proibidas em lei. Todavia, o artigo 476 do Código Civil estabelece que os contratos bilaterais, ninguém pode exigir o cumprimento do contrato antes de adimplir a sua parte, mas havendo o implemento, pode ser exigido a satisfação da obrigação. E neste ponto se encontra a finalidade da arrematação por hasta pública, pois, quando o adimplemento por parte de quem não cumpriu, tendo a outra parte adimplido, não é feito voluntariamente, resta ao credor a via judicial para execução daquele direito através da penhora.¹²⁹

A tutela de proteção ao interesse do credor é nitidamente patrimonial, configurando a transferência do patrimônio de um que deve para aquele que tem direito, a grosso modo. Apesar dessa ser uma excelente função da expropriação e inclusão em hasta pública, a doutrina entende que a defesa do patrimônio pode ser buscada, na execução, através de outros meios.¹³⁰

Há um instituto executório classificado pelos juristas¹³¹ como a execução indireta, onde o estado não exerce meios coercitivos para concretizar o pagamento, mas leva em consideração a colaboração do devedor. Já a execução direta, é exatamente o contrário, utiliza-se de meios coercitivos, independentemente da vontade, e muitas vezes, contra ela, para alcançar a pretensão do credor.¹³²

¹²⁷ Art. 789 do CPC.

¹²⁸ WAMBIER; *et al. Op. Cit.*, 2016, p. 2018.

¹²⁹ Artigo 824 do CPC.

¹³⁰ WAMBIER; *et al. Op. Cit.*, 2016, p. 2021.

¹³¹ WAMBIER; *et al. Op. Cit.*, 2016, p. 2019.

¹³² WAMBIER; *et al. Op. Cit.*, 2016, p. 2022.

Havendo patrimônio em poder do devedor, desde que esse não seja muito superior ao valor a ser penhorado, é assegurado requer ao juízo que penhore o patrimônio para satisfação do débito.¹³³

Após a penhora do bem do devedor que não adimpliu e foi executado, transforma-se esse bem em valor econômico de moeda corrente pelo meio da expropriação.¹³⁴

Essa segurança fornecida ao credor de que, voluntariamente ou involuntariamente, será satisfeito o seu crédito é vigente para que seja possível os negócios na sociedade, para que tenham em algo em que confiar, e não somente na relação humana. Esse é o ponto da função da hasta pública, é por meio dela, que o bem expropriado é arrematado no leilão por um terceiro e o credor tenha seu crédito saciado.

4.6 AQUISIÇÃO ORIGINÁRIA

É translucido que a natureza da aquisição pela arrematação em hasta pública é extremamente divergida na doutrina, e até, na jurisprudência. Entretanto, será comprovado adiante, a clareza da forma aquisitiva originária da modalidade de transferência acima mencionada.

Inicialmente, é imperioso ressaltar que o debate da natureza da aquisição não é meramente doutrinaria e sem relevância prática, justamente pela incidência de tributos e possíveis encargos.

É natural que nos povos mais antigos, a forma mais comum de aquisição fosse a originária, tendo em vista que ninguém era possuidor ou proprietário de nada, consolidando a “res nullius”, que traduzindo do latim significa “coisa de ninguém”. Ao tempo que os seres humanos foram se apossando e se tornando proprietário dos bens imóveis, a forma de aquisição originária, por lógica, passa a ser uma forma de aquisição da propriedade no regime de exceção. De forma introdutória, cabe destacar o conceito de aquisição originária, de maneira que é quando um determinado indivíduo torna proprietário de um bem imóvel, ou seja, detém o direito de usar, fruir e dispor,

¹³³ Art. 831 do CPC.

¹³⁴ Art. 875 do CPC.

sem que esta jamais passasse por um senhorio de alguém, deste modo, não há transmissão, seja voluntária ou involuntária, por outrem.¹³⁵

Ainda conceituando o modo de aquisição originário, como aduz Arnaldo¹³⁶ tem como característica de nascimento a ausência de vinculação com o passado, ou melhor, não se constata qualquer tipo de relação jurídica entre o adquirente e o antecessor titular da propriedade, pois, o adquirente torna sua a coisa sem necessidade de outra pessoa tenha havido transmitido.

Para ratificar e concretizar a inexistência de qualquer tipo de vínculo, citando o digníssimo Tartuce¹³⁷ a modalidade original da propriedade tem uma relação direta somente entre a pessoa e a coisa, sem nenhuma intermediação pessoal, uma vez que não continua as características do anterior, uma forma de “zerar a propriedade”, zerando, inclusive, os encargos anteriores.

Por fim, para que não reste incongruências, a aquisição originária ocorrerá quando não houver transmissão de uma pessoa para outra, determinado sujeito adquire a propriedade sem ter recebido pela transmissão de outra, sem nenhum tipo de relação causal entre o proprietário, o imóvel adquirido e o estado jurídico anterior da própria coisa.¹³⁸

Como forma de buscar a melhor compreensão, será feita a antítese, conceituando a forma de aquisição derivada e comprovando que esta não pode ser aplicada em casos de arrematação.

A predominância na doutrina é da ideia de aquisição derivada realça a transmissão de quem detinha o domínio útil para o novo proprietário.¹³⁹

A modalidade derivada de conseguir a propriedade se dá pela transmissão, a propriedade passa a um novo titular decorrente de um contrato transferindo de uma pessoa para outra pela tradição ou transmissão imobiliária, e são requisitos a presença de um vínculo entre duas pessoas – o titular anterior e o adquirente – seja o liame através de ato inter vivos de um contrato, seja pela causa mortis, e a devida comprovação dos títulos da propriedade pelo proprietário anterior.¹⁴⁰

¹³⁵ PEREIRA. *Op. Cit.*, 2019, p. 97.

¹³⁶ RIZZARDO. *Op. Cit.*, 2016, p. 259.

¹³⁷ TARTUCE. *Op. Cit.* 2016, p. 981

¹³⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro. Volume 5: direito das coisas.* 14 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 249.

¹³⁹ PEREIRA. *Op. Cit.*, 2019, p. 97.

¹⁴⁰ RIZZARDO. *Op. Cit.*, 2016, p. 259.

A aquisição será derivada quando houver uma relação jurídica negocial entre as partes, ou seja, um negócio jurídico consentido e livre de coação entre o proprietário anterior e o adquirente, decorrendo, claramente, da manifestação da vontade.¹⁴¹

A forma derivada depende de uma intermediação subjetiva, demonstrando uma continuidade da propriedade anterior, como por exemplo a compra e venda.¹⁴²

É notório que todas as conceituações da aquisição originária foram associadas, necessariamente à relação entre o dono anterior e o adquirente por meio de uma transmissão, que, conforme o ordenamento jurídico pátrio necessita da devida comprovação do título, para que seja possível haver o devido registro respeitando o princípio da continuidade registral.

O princípio da continuidade dos registros públicos concerne na ideia de que haja sempre uma cadeia sucessiva de uma matrícula do imóvel, ou seja, para que uma nova pessoa faça o devido registro como proprietário, deve haver um título comprovando a relação com o proprietário anterior.¹⁴³

Ainda referente ao princípio da continuidade, além de haver a necessidade de possuir um título que possa ser confrontado com a matrícula do imóvel e conste a relação com o proprietário anterior, este título deve seguir uma sequência cronológica congruente com as informações constantes na matrícula, para que seja possível registrar o imóvel sem receber uma nota devolutiva do cartório.

Todavia, a exceção do princípio acima abordado são as formas de aquisição originária, como por exemplo a usucapião, em que não necessita de demonstração de relação do antigo e do novo proprietário, e este é o ponto intrínseco, pois, quando se registra arrematação por hasta pública não há uma relação entre as partes.

O poder público, no procedimento de desapropriação, retira a propriedade de forma compulsória e adquire para si promovendo a indenização para quem é desapropriado. Partindo desse ponto, a doutrina e a jurisprudência entendem, então, que a desapropriação é uma modalidade de aquisição originária, com a justificativa de que independe de título ou vontade do dono anterior. Por consequência, ainda os doutrinadores e os tribunais são determinados na defesa de que não há incidência do

¹⁴¹ GONÇALVES. *Op. Cit.*, 2019, p. 249.

¹⁴² TARTUCE. *Op. Cit.*, 2016, p. 981.

¹⁴³ LOUREIRO. *Op. Cit.*, 2020, p. 654.

ITBI relativos a imóveis desapropriados, e, cabe destacar, que o mesmo entendimento e fundamentação é utilizada para a usucapião de bem imóvel, acrescentando uma transmissão por via judicial, já que, a transferência não é voluntária, e sim, de forma coativa pelo poder público.¹⁴⁴

Posto isso, demonstrar-se-á que na arrematação por hasta pública, como forma de expropriação, ocorre da mesma maneira, devendo, portanto, ter o mesmo tratamento.

4.7 A INCIDÊNCIA DO ITIV

À luz do entendimento de Harada¹⁴⁵ a exemplo do que ocorre na usucapião, na arrematação também não existe a transferência de propriedade, apesar de não estar pacificado na doutrina e na jurisprudência, como ocorre na usucapião, uma vez que, diversos municípios incluem a arrematação por hasta pública como fato gerador do ITBI.

Ainda contemplando o pensamento de Harada¹⁴⁶ tanto a usucapião quanto a arrematação são formas de aquisição originária da propriedade, o que não poderia incidir, em hipótese alguma, o ITBI, visto que, não contem o elemento essencial da hipótese de incidência da norma que impõe este tributo: o título translativo do cartório de registro de imóveis relativo à aquisição da propriedade. Diferentemente do título translativo, a carta de arrematação não pode ser considerada como a mesma coisa, justamente pela ausência da pessoa do transmitente.

Barreto¹⁴⁷ explana que o direito tributário é um ramo autônomo apenas didaticamente, pois, busca as referências, conceitos e institutos de outros ramos do direito, e com o ITBI não foi distinto.

Em consonância com o Código Tributário Nacional, a matéria tributária inclui elementos e conceitos de outras matérias, e no caso do imposto sobre transmissão de bens imóveis, é necessário visar os conceitos do direito civil bens imóveis, direitos reais, de transmissão e aquisição de propriedade, analisemos:

¹⁴⁴ DE CASTRO; LUSTOZA; GOUVÊA. *Op. Cit.*, 2015, p. 795.

¹⁴⁵ HARADA. *Op. Cit.*, 2010, p. 171.

¹⁴⁶ HARADA. *Op. Cit.*, 2010, p. 172.

¹⁴⁷ BARRETO. *Op. Cit.*, 2009, p. 280.

Art. 110. A lei tributária não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado, utilizados, expressa ou implicitamente, pela Constituição Federal, pelas Constituições dos Estados, ou pelas Leis Orgânicas do Distrito Federal ou dos Municípios, para definir ou limitar competências tributárias.

Destarte, a transmissão, conforme o direito comum, só se configura quando o proprietário transfere a outrem o bem que integra o seu patrimônio. Apesar do próprio devedor poder alienar o bem por conta própria, quando isso não ocorre, a arrematação é uma venda forçada, sem anuência ou concordância do proprietário, ora devedor e executado, como um contrato em que uma das partes não se obriga, mas tem cunho obrigatório.¹⁴⁸

Como, de forma eximia, expressa Araken¹⁴⁹ o órgão judiciário, de maneira coativa, transfere a propriedade do bem imóvel do patrimônio de quem está sendo executado.

Neste sentido, é possível a transmissão involuntária, pois, o devedor responde pelos seus bens para o cumprimento de suas obrigações, o que diferencia, por óbvio, do possuidor, que não pode ocorrer por não possuir o poder de dispor da propriedade. A expropriação é a retirada compulsória de um bem livre e disponível, que consta no patrimônio daquele em que está sendo alvo da execução, e por ser de maneira compulsória, independe de anuência ou colaboração.¹⁵⁰

Loureiro¹⁵¹ bem salienta que a aquisição da propriedade imobiliária pelo expropriante ocorre de modo originário, não sendo necessário, desta forma, que o arrematante apresente documentos relativos a períodos passados, como georreferenciamento, planilha e memorial descritivo, uma vez que, as descrições de coordenadas serão fornecidas pelo título judicial. Indo além, expõe que como forma originária, não ocorre a transmissão do bem, já que o fato jurídico em si da expropriação transfere a propriedade.

Conquanto, quando ocorre uma arrematação por hasta pública, é amplo os casos em que a jurisprudência entende que é uma forma de aquisição originária, sendo ilegal, assim, a incidência e cobrança do ITBI.

Neste prisma, destaca-se:

¹⁴⁸ HARADA. *Op. Cit.*, 2010, p. 172.

¹⁴⁹ ASSIS. *Op. Cit.*, 2012.

¹⁵⁰ WAMBIER; *et al. Op. Cit.*, 2016, p. 2122.

¹⁵¹ LOUREIRO. *Op. Cit.*, 2020, p. 954.

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. IMÓVEL ARREMATADO EM HASTA PÚBLICA. MODALIDADE DE AQUISIÇÃO ORIGINÁRIA DA PROPRIEDADE, LIVRE DOS ÔNUS ATÉ ENTÃO EXISTENTES. REEXAME DO CONTEXTO FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA 7/STJ. 1. O acórdão recorrido está em consonância com a jurisprudência do STJ, no sentido de que, nos casos em que a alienação do imóvel ocorreu em hasta pública, a adjudicação em hasta pública extingue o ônus do imóvel arrematado, que se passa ao arrematante livre e desembaraçado de qualquer responsabilidade, sendo, portanto, considerada aquisição originária. 2. Rever o entendimento a que chegou a Corte a quo - ao arrematar a fração de um quarto do imóvel, a recorrente adquiriu a propriedade plena da aludida porção, livre da penhora anteriormente promovida pela recorrida -, de modo a albergar a tese da recorrente enseja revolvimento do acervo fático-probatório dos autos, o que se mostra inviável em Recurso Especial, por óbice da Súmula 7/STJ. 3. Recurso Especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido.¹⁵²

Ainda à luz do entendimento jurisprudencial quanto a arrematação ser uma forma de aquisição originária:

TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO Nº 3/STJ. ARREMATACÃO DE IMÓVEL EM HASTA PÚBLICA. AQUISIÇÃO ORIGINÁRIA. DÉBITOS TRIBUTÁRIOS. SUB-ROGAÇÃO NO PREÇO. PARÁGRAFO ÚNICO, DO ART. 130, DO CTN. IMPOSSIBILIDADE DE IMPUTAR-SE AO ARREMATANTE ENCARGO OU RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA PENDENTE. PREVISÃO EM EDITAL. ÓBICE DA SÚMULA 7/STJ. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. SÚMULA 83/STJ. AGRAVO NÃO PROVIDO. 1. Nos termos do artigo 130 do CTN, os créditos relativos a impostos cujo fato gerador seja a propriedade sub-rogam-se sobre o respectivo preço quando arrematados em hasta pública, não sendo o adquirente responsável tributário pelos tributos que oneraram o bem até a data da realização da hasta. 2. A Corte de origem rechaçou a tese do recorrente com fundamento no art. 130 do CTN e asseverou que o próprio edital dispõe expressamente a aplicação do referido dispositivo legal. Incidência do óbice da Súmula 7/STJ. 3. Quanto a alegação de dissídio jurisprudencial, não se conhece de recurso especial quando a orientação do STJ se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida, nos termos da Súmula 83 do STJ. 4. Agravo interno não provido.¹⁵³

Ainda analisando jurisprudências do Superior Tribunal de Justiça:

EXECUÇÃO FISCAL - IPTU - ARREMATACÃO DE BEM IMÓVEL - AQUISIÇÃO ORIGINÁRIA - INEXISTÊNCIA DE RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA DO ARREMATANTE - APLICAÇÃO DO ART. 130, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CTN. 1. A arrematação de bem móvel ou imóvel em hasta pública é considerada como aquisição originária, inexistindo relação jurídica entre o arrematante e o anterior proprietário do bem, de

¹⁵² STJ - REsp: 1659668 RJ 2017/0046793-0, Relator: Ministro HERMAN BENJAMIN, Data de Julgamento: 25/04/2017, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 05/05/2017.

¹⁵³ STJ - AgInt no REsp: 1690412 SP 2017/0194417-9, Relator: Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, Data de Julgamento: 05/12/2017, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 12/12/2017.

maneira que os débitos tributários anteriores à arrematação sub-rogam-se no preço da hasta. 2. Agravo regimental não provido.¹⁵⁴

O artigo 130, parágrafo único, citado na jurisprudência refere-se à arrematação em hasta pública, o montante da dívida existente está incluindo no montante pago no leilão, que é o valor pago pelo bem imóvel, cabendo, assim, o judiciário quitar as dívidas tributárias imediatamente, constatemos:

Art. 130. Os créditos tributários relativos a impostos cujo fato gerador seja a propriedade, o domínio útil ou a posse de bens imóveis, e bem assim os relativos a taxas pela prestação de serviços referentes a tais bens, ou a contribuições de melhoria, subrogam-se na pessoa dos respectivos adquirentes, salvo quando conste do título a prova de sua quitação.

Parágrafo único. No caso de arrematação em hasta pública, a sub-rogação ocorre sobre o respectivo preço.

Por todo exposto, fica cristalino e evidente que é pacificado em toda jurisprudência e principalmente nos tribunais superiores o entendimento de que imóveis arrematados em hasta pública são considerados uma forma de aquisição originária, sendo ilegal e inconstitucional a cobrança do Imposto sobre Transmissão Intervivos pelos municípios nesses casos. Naturalmente, como não deve incidir nessa situação de arrematação em hasta pública, logicamente, não há o que se discutir quanto ao momento da cobrança, no entanto, para hipóteses em que incidam o referido tributo, é vedado a cobrança de forma antecipada.

Assim sendo, o artigo 115 da Lei nº 7.186, de 27 de dezembro de 2006 deve ser interpretado como um rol meramente exemplificativo, haja vista que não trata de todas as formas de aquisição originária que não incide o ITBI, como a própria usucapião:

Art. 115 O imposto não incide: I - no mandato em causa própria ou com poderes equivalentes e seu substabelecimento, quando outorgado para o mandatário receber a escritura definitiva do imóvel; II - sobre a transmissão de bem imóvel, quando este voltar ao domínio do antigo proprietário por força de retrovenda, de retrocessão ou pacto de melhor comprador; III - sobre a transmissão de bens ou direitos incorporados ao patrimônio de pessoas jurídicas em realização de capital; IV - sobre a transmissão de bens ou direitos aos mesmos alienantes, em decorrência de sua desincorporação do patrimônio da pessoa jurídica a que foram conferidos; V - sobre a transmissão de bens ou direitos decorrentes de fusão, incorporação, cisão ou extinção da pessoa jurídica; VI - sobre a constituição e a resolução da propriedade

¹⁵⁴ STJ - AgRg no Ag: 1225813 SP 2009/0160766-2, Relator: Ministra ELIANA CALMON, Data de Julgamento: 23/03/2010, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 08/04/2010.

fiduciária de coisa imóvel, prevista na Lei Federal nº 9.514, de 20 de novembro de 1997.¹⁵⁵

Deve ser analisado a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia quanto ao imposto em comento, para que seja possível contrapontear e fazer a fundamentação da tese.

Processo nº 8007013-61.2021.8.05.0001 Classe - Assunto: PROCEDIMENTO DO JUIZADO ESPECIAL CÍVEL (436) - [Impostos, ITBI - Imposto de Transmissão Intervivos de Bens Móveis e Imóveis] Reclamante: AUTOR: LEONARDO MIRANDA e outros Reclamado(a): REU: MUNICIPIO DE SALVADOR SENTENÇA RELATÓRIO SUCINTO Os autores alegam que arremataram um imóvel, localizado na Rua Professor Sabino Silva, nº 558, Edifício Panta Rei, Apt. 303, Jardim Apipema, Salvador-BA, em um Leilão Judicial, de acordo com o auto de arrematação em anexo. O valor da arrematação fora de R\$ 115.000,00. Aduzem que é sabido que na arrematação de bem em hasta pública a aquisição é considerada como originária, inexistindo relação jurídica entre o arrematante e o anterior proprietário do bem. Neste caso, o bem arrematado transfere-se para o arrematante, livre e desembaraçado de tributo ou responsabilidade, sendo que os débitos anteriores à arrematação sub-rogam-se no preço da hasta pública realizada, segundo a aplicação do artigo 130, parágrafo único, do CTN. Ocorre que, os autores foram compelidos a arcar com o imposto de transmissão intervivos de bens imóveis (ITIV) que é um tributo municipal que deve ser pago na aquisição do imóvel, para oficializar o processo de arrematação (requisito para a expedição da carta de arrematação). Dessa forma, alegam que não deveria incidir o lançamento do ITIV nesses casos, por, qual ausência absoluta do requisito essencial configurador da situação abstrata descrita na norma jurídica de imposição tributária, qual seja: a aquisição da propriedade pelo registro do título translativo no Registro de Imóveis competente (art. 1.245 do CC). Afirma que há inconstitucionalidade na sistemática de cobrança do tributo no Município de Salvador. Requer a devolução dos valores pagos com dobra, e que a base de cálculo a ser futuramente adotada para o ITIV seja o valor da arrematação. É o que importa circunstanciar. DECIDO. No que tange ao mérito da causa, trata-se de controvérsia acerca da base de cálculo que deve ser utilizada pelo Réu para fins de cálculo do ITIV: se o valor venal do imóvel, determinado pelo valor de mercado, ou o valor efetivo obtido na alienação judicial, esse último defendido pelo Autor. Ademais o Autor alega que não seria possível cobrança de ITIV em arrematação de imóvel. Como é sabido, o ordenamento jurídico pátrio estabelece a competência tributária do Município para instituir o ITIV, destinado a tributar, dentre outras situações, a transmissão da propriedade dos bens imóveis, conforme a dicção do inciso II art. 156 da Constituição Federal de 1988.

Há que se destacar que culmina em equívoco ao versar que a situação abstrata contida na norma jurídica – hipótese de incidência – de imposição do ITIV é a aquisição de propriedade pelo registro no Ofício de Registro de Imóveis competente, haja vista que, não é esta a hipótese de incidência do referido tributo.

¹⁵⁵ Redação dada pela Lei nº [8421/2013](#).

Se a legislação tributária expressasse o fato gerador do ITIV como somente a aquisição de propriedade, qualquer forma de aquisição da propriedade ensejaria no Imposto de Transmissão Inter Vivos, inclusive as aquisições originárias e até mesmo, as causas mortis, uma vez que também ensejam no registro do Registro de Imóveis, o que, entretanto, não é a previsão legal.

Assim sendo, a aquisição de uma propriedade imóvel de maneira originária ocorre quando não há relação ou vínculo entre o proprietário anterior e o adquirente, ou seja, não há uma continuidade de proprietários. Já a aquisição derivada segue a lógica inversa, mediante uma transferência voluntária e vincular.

4.7.1 A relação jurídica entre expropriado e o adquirente

Nessa mesma linha de raciocínio, a incidência do Imposto sobre Transmissão inter vivos tem a sua caracterização com a efetiva transmissão, ou seja, é necessário um ato que haja duas pessoas vivas e não configure um modelo de aquisição originária. Esta modalidade de aquisição do título é direta, ou seja, independe do antigo proprietário, e não há nenhum tipo de vínculo. Contudo, a transmissão pressupõe necessariamente um vínculo entre o titular e o adquirente, ou arrematante, e por isso, para os impostos de transmissão de bens, não é cabível a forma de aquisição originária.¹⁵⁶

Como versa Câmara (2008):

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.

Assim como entende Moacyr Amaral Santos, a arrematação é um ato de expropriação, onde o poder judiciário transfere, de maneira coativa os bens penhorados.¹⁵⁷

Como bem explica Harada¹⁵⁸ na arrematação não há o transmitente, haja vista que, o proprietário do bem imóvel não transmite nada porque seu bem é

¹⁵⁶ DE CASTRO; LUSTOZA; GOVÊA, 2015, p. 795.

¹⁵⁷ SANTOS, Moacyr Amaral. Primeiras linhas de direito processual civil. Volume 3. 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 1980-1981.

¹⁵⁸ HARADA. Op. Cit., 2019.

expropriado de forma involuntária, coativa e compulsória. Um juiz determina a expedição da carta de arrematação, sem promover, o proprietário, nenhuma transferência de propriedade, excluindo, qualquer hipótese de transmissão entre as partes.

O aspecto material previsto na hipótese de incidência do ITBI são a transmissão inter vivos, seja qual for o título, mediante ato oneroso de bens imóveis, a transmissão de direitos reais sobre imóveis, exceto os de garantia e a cessão de direitos de aquisição. Porém, são imprescindíveis e inafastáveis, para que seja ao menos cogitado o ITBI, ser um ato entre pessoas vivas, haja vista que se a transmissão for causa mortis há a incidência do ITCMD, e o dever da onerosidade do ato, ou seja, não havendo um ato oneroso entre pessoas vivas, como na arrematação por hasta pública, não há que se falar em ITBI.¹⁵⁹

É de inestimável importância que seja pacificado, não só na doutrina, mas na jurisprudência e regulamentado corretamente a situação da arrematação pública pelo legislador, tendo em vista que essa discordância teórica tem extrema aferição na prática, não somente no ato de pagar ou não pagar o tributo, mas também para que haja o devido registro no ofício competente, não havendo maiores prejuízos para o arrematante.

O processo administrativo nº 0009699-20.2014.8.26.0650 é exemplo de um arrematante que foi extremamente lesado pela falta de regulamentação desta questão e pela discordância na própria jurisprudência, visto que, o Oficial do Registro de Imóveis competente emitiu uma nota devolutiva para o registro de um imóvel arrematado por hasta pública alegando ser um modo de aquisição derivada, e portanto, não poderia ser registrado pelo motivo de haver direitos reais em garantia averbados e que não foram cancelados. Alegou, o registrador, que deveria haver o cancelamento das averbações, para posteriormente o registro da carta de sentença, para que não fosse quebrado a continuidade.

O Magistrado alegou que a arrematação é uma forma de alienação forçada, que revela negócio jurídico entre o estado, aquele que detém o poder de dispor e aquele que declara sua vontade fornecendo o maior lance, o arrematante. Portanto quem transfere, de maneira coativa os bens penhorados, é o estado, seja para o credor ou para outra pessoa.

¹⁵⁹ BARRETO. *Op. Cit.*, 2009, p. 281.

Apesar da fundamentação inicial do magistrado tenha disso no sentido de que a arrematação em leilão público seria uma aquisição originária da propriedade, ele concordou com o Oficial de Registro a não registrar o bem, sendo extremamente controverso.

Nesta ocasião do processo administrativo, não havendo as escrituras em que o registrador exigiu para regularizar o bem, haveriam imensos transtornos, pois, todo o processo de arrematação e publicação do edital deveriam ser anulados e cancelados a hasta pública. Desta forma, deveriam ser restituídos os valores para o arrematante, e não haveria concretizado o objetivo principal: satisfazer o interesse do credor.

Ainda no aspecto do processo administrativo, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, na apelação de número 0002001-88.2012.8.26.0146 – Conselho Superior da Magistratura. Este recurso não foi provido, mas pela fundamentação de que a carta de adjudicação já havia sido cessado os efeitos das prenotações.

Todavia, alguns argumentos dos desembargadores não podem ser esquecidos, uma vez que, a adjudicação foi considerada forma aquisitiva originária da propriedade. Nesta esteira, é imprescindível, em uma breve síntese, ressaltar que a desapropriação é uma maneira de expropriação, mas indenizando o desapropriado. Por isso, entendeu os desembargadores que não seria exigível a comprovação, através da certidão de recolhimento de ITBI e nem de isenção, pois, não houve transmissão da propriedade.¹⁶⁰

“Prosseguindo, afirmou o relator que a desapropriação, seja ela amigável ou judicial, é modo originário de aquisição da propriedade, seguindo a orientação que vem determinado o E. Conselho Superior da Magistratura paulista, inclusive em recentes julgados, amparado pelo art. 35 do Decreto-lei 3.365/1941. Desta forma, sendo considerado modo originário de aquisição da propriedade, o registro do título de desapropriação não se submete à aplicação do Princípio da Continuidade, um dos pilares do Direito Registral Imobiliário.”¹⁶¹

¹⁶⁰ TJSP- Ap. 0002001-88.2012.8.26.0146. Comentário por Fábio Fuzari. Revista de Direito Imobiliário. Vol82. ano 40. p. 709-731. São Paulo: Ed. RT, jan.-jun. 2017.

¹⁶¹ TJSP- Ap. 0002001-88.2012.8.26.0146. Comentário por Fábio Fuzari. Revista de Direito Imobiliário. Vol82. ano 40. p. 709-731. São Paulo: Ed. RT, jan.-jun. 2017.

A desapropriação pode ser conceituada, em suma, como uma aquisição compulsória da propriedade privada pelo estado, pagando prévia indenização, e pelo teor da sua natureza jurídica, configura forma de aquisição originária.¹⁶²

Expropriação é o mesmo que desapropriar, e são atos realizados pela autoridade pública que retiram o bem particular do patrimônio do devedor o bem necessário para realizar uma função em relação ao interesse público. Uma das diferenças é que a desapropriação retira o bem do particular e transfere ao domínio público do ente que desapropriou, e na expropriação ocorre através da alienação forçada do bem, requisitando o bem do patrimônio do devedor para satisfazer os interesses do credor.¹⁶³

Leciona Humberto Theodoro Junior¹⁶⁴:

Pode-se, pois, definir a expropriação executiva como o ato estatal coativo por meio do qual o juiz transfere a propriedade do executado sobre o bem penhorado, no todo ou em parte, independentemente de concordância do dono, e como meio de proporcionar a satisfação do direito do credor.

Na desapropriação e a expropriação, por serem semelhantes e formas originárias da aquisição, não devem ser exigidas a comprovação do ITBI, até porque, não faz sentido incidir imposto de transmissão e nem ser requisito para o registro, pelo motivo de que não há transmissão alguma, não podendo ser exigido.¹⁶⁵

Nesta perspectiva, não há fundamento jurídico ou fático para diferenciar o tratamento que é dado na desapropriação e na expropriação, pois, como supramencionado, ambos são atos realizados pelo poder público de forma coativa, sem consentimento ou concordância do proprietário.

4.7.2 Comparativo entre arrematação e a usucapião

Em análise minuciosa do título adquirido na arrematação, constata-se que, depois de efetuado as obrigações da arrematação, como o depósito do valor, encargos e a comissão do leiloeiro, emite-se a carta de arrematação em que o juiz

¹⁶² ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Curso de Direito Administrativo**. 2 ed. ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 247.

¹⁶³ THEODORO JUNIOR. *Op. Cit.*, 2017, p. 535.

¹⁶⁴ *Ibidem*, p. 534.

¹⁶⁵ TJSP- Ap. 0002001-88.2012.8.26.0146. Comentário por Fábio Fuzari. Revista de Direito Imobiliário. Vol 82. ano 40. p. 709-731. São Paulo: Ed. RT, jan.-jun. 2017.

expede um mandado de imissão de posse, a qual, sem necessidade de outro ato judicial, valerá como título para o arrematante exercer os direitos de proprietário, de usar, gozar e dispor do bem imóvel.¹⁶⁶

Indo além, quando há a posse por justo título, presume-se, também, a posse de boa-fé sem que precise fazer prova disso, permitindo, entretanto, prova em contrário.¹⁶⁷

Já quando se analisa o instituto da posse justa, é irrefutável que uma posse injusta é aquela adquirida mediante violência, clandestinidade ou precariedade.¹⁶⁸

Pode ser afirmado que a posse justa nada mais é do que a posse que não contém nenhum tipo de vício externo e que o direito não tem o dever de impugnar. Fácil compreensão que a posse injusta é configurada por um acréscimo vicioso.¹⁶⁹

Para determinar a posse como justa ou injusta não se analisa qual a posse, se é usufrutuário, se é comodatário ou detentor, mas averiguar se houve violência, clandestinidade ou precariedade. A posse injusta é a que se realiza por um meio ilegal, proibido pela legislação, seja desde o seu início, seja posteriormente.¹⁷⁰

Complementando, a posse injusta por violência é aquela posse que se adquire pela via da força, seja moral ou física. A posse clandestina é através de meios ocultos em relação a aquele interessado, exercida sem caráter público ou aberto. E a precária, por sua vez, refere-se a pessoa que recebe a coisa e tem obrigação de restituir, no entanto, não o faz.¹⁷¹

A posse precária, então, figura um abuso da confiança feita pelo possuidor que, de forma indevida, adquire coisa alheia após o término da relação jurídica que deu origem a posse. Antes de se tornar precária, a posse era direta e justa, concedida por meio de uma relação obrigacional decorrente de negócio jurídico, mas o que a torna injusta e precária, depois, é a decisão de reter para si de maneira unilateral, sem permissão.¹⁷²

A violência pode ser exteriorizada de maneira física ou moral aplicando a coercitividade diretamente no ato em que se adquire a posse injusta, mas não se

¹⁶⁶ Art. 901, §1º, CPC.

¹⁶⁷ Art. 1201, parágrafo único, CC.

¹⁶⁸ Art. 1200, CC.

¹⁶⁹ GONÇALVES. *Op. Cit.*, 2019, p. 86.

¹⁷⁰ FARIAS. *Op. Cit.*, 2019, p. 146.

¹⁷¹ PEREIRA. *Op. Cit.*, 2019, p. 22.

¹⁷² FARIAS. *Op. Cit.*, 2019, p. 149.

exclui a ameaça que acarreta em abandono do bem, se equiparando à posse violenta.¹⁷³

O meio da violência (vis absoluta) pode ser constatado também pela ameaça (vis compulsiva) e utilização da intimidação com potencial de causar temor verdadeiro.¹⁷⁴

O Código Penal define as 3 formas de aquisição da propriedade injustamente como roubo (violência), furto (clandestinidade) e apropriação indébita (precariedade).¹⁷⁵

Apesar da utilização da força, inclusive física, ou de processo de ocultação, as disposições jurídicas pátrias permitem que a posse injusta se torne propriedade, alcançando o esbulhador o lugar de dono, se respeitado alguns requisitos como o prazo de quinze (15) anos. Contudo, mesmo com os vícios acima descritos, o prazo ainda pode ser reduzido para dez (10) anos se quem estiver e posse injusta houver estabelecido moradia habitual ou realizado obras ou serviços de caráter produtivo no imóvel.¹⁷⁶

Percebe-se, então, que a usucapião cuida de uma maneira aquisitiva da propriedade que ocorre originariamente, pelo qual, se exerce a posse de um imóvel por um prazo previsto em lei, seja na constituição, no código civil, ou qualquer outra legislação pertinente, adquirindo-lhe o domínio.¹⁷⁷

Assim, a usucapião constitui domínio da propriedade pelo tempo de posse prolongada, transformando em uma maneira originária de aquisição.¹⁷⁸

É possível orientar-se, que há dois elementos básicos para composição da aquisição “*per usucapionem*”: a posse, independentemente de como foi adquirida, e o tempo, não incumbido da circunstância da transmissão voluntária.¹⁷⁹

Sobre o instituto da usucapião, não resta dúvidas e não é passível de discussões quanto a sua forma originária de aquisição, independentemente da natureza da posse que o sujeito exercer sobre a propriedade, ou seja, independe de se houve violência para ingressar no bem imóvel.

¹⁷³ GONÇALVES. *Op. Cit.*, 2019, p. 86.

¹⁷⁴ FARIAS. *Op. Cit.*, 2019, p. 148.

¹⁷⁵ GONÇALVES. *Op. Cit.*, 2019, p. 87.

¹⁷⁶ Art. 1238, CC.

¹⁷⁷ RIZZARDO. *Op. Cit.*, 2016, p. 259.

¹⁷⁸ TARTUCE. *Op. Cit.*, 2016, p. 991.

¹⁷⁹ PEREIRA. *Op. Cit.*, 2019, p. 120.

Como já mencionado ao longo deste estudo, existem jurisprudências e doutrinadores que entendem a arrematação, mesmo não possuindo relação entre o adquirente e o antigo proprietário de maneira voluntária, como uma forma de aquisição derivada, sendo passível, assim, de incidência da tributação do imposto de transmissão entre vivos. Nesta esteira, é descabível e desproporcional que o ordenamento jurídico, em que ambos não realizam a hipótese de incidência do tributo, estando na mesma situação jurídica, trate a modalidade que permite o uso da força e violência (usucapião extraordinária) de forma a não tributar, enquanto, quem estiver de justo título, boa-fé e conivente com o procedimento do estado é agravado com a tributação.

5 CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto no presente trabalho, é possível extrair como resultado que a (in)constitucionalidade da incidência do ITIV nas arrematações de imóveis por hasta pública deve ser analisado a partir de um estudo técnico da Constituição Federal de 1988 e o ordenamento jurídico pátrio, para que seja possível respeitar o princípio da legalidade.

O capítulo I do Título VI, também da Carta Política, apesar do nome, não é o único instrumento que se refere ao Sistema Tributário Nacional, mas sim, todo o ordenamento que enseje algum tipo de influência pertinente no âmbito tributário, seja uma garantia fundamental ou princípios da república.

Nesta esteira, se averiguarmos os pressupostos a partir do que a Constituição estabelece sobre utilizar os conceitos criados pelo direito privado, de fato, chega-se ao entendimento que há uma ilegalidade e inconstitucionalidade na cobrança, por parte do fisco, do Imposto de Transmissão Inter Vivos relativo a arrematação judicial, isto porque, os leilões judiciais (hasta pública) não abarcam a regra matriz do imposto, haja vista que não se concretiza o fator principal da transmissão da propriedade imobiliária.

A arrematação é uma expropriação feita pelo estado para satisfação dos interesses de um credor, frente a um inadimplemento de um devedor, ou seja, não leva em consideração a existência do direito anterior ou de quem é o direito anterior para que seja transferido o imóvel, sem respeitar, assim, o princípio da continuidade. Deste modo, evidencia-se a forma originária da aquisição, não sendo correto atrelar a uma transmissão.

A desapropriação e a expropriação, como esgotado nesta pesquisa, são institutos muito semelhantes, as vezes entendido como iguais, mas que recebem tratamentos diferentes. Devido a esta semelhança, não há justificativa que fundamente a desapropriação ser recepcionada como aquisição originária e a expropriação posta em hasta pública ser considerado um modo derivado, se ambas recaem em um ato realizado pelo poder público de forma coativa, sem consentimento ou concordância do proprietário.

O princípio da continuidade dos registros públicos remete ao viés de que deve sempre haver uma cadeia sucessória na matrícula do imóvel, ou seja, para que

outrem ingresse no Ofício de Registro Imobiliário e requeira o registro da propriedade como sua, é necessário restar configurado o título comprovando sua relação com o proprietário anterior, como por exemplo, a compra e venda.

Entretanto, há uma exceção ao princípio da continuidade registral, que é justamente a aquisição na modalidade originária, pois, o registrador tem o dever de registrar o título que comprove a forma originária, independentemente do que constar na matrícula anterior, mesmo que um usufruto ou esteja gravado de qualquer ônus real ou pessoal reiperçussória. Há, inclusive, a necessidade de abertura de uma nova matrícula para o imóvel.

Impende destacar, que quando ocorre a aquisição da propriedade pelo expropriante, este, não se obriga a apresentar nenhum tipo de documentação ou comprovação relativa a períodos ou proprietários passados, como justo título, georreferenciamento ou memorial descritivo, pois, basta que seja apresentado o título judicial. Ainda neste apêndice, na forma originária, não ocorre a transmissão do bem do proprietário antigo para o arrematante, uma vez que a expropriação em si transfere a propriedade do poder estatal que penhorou para o novo proprietário.

Em conformidade com as exaustivas explicações, a teoria que melhor elucida a aquisição originária é a que considera que não há uma relação de dependência entre o direito de propriedade anterior e do adquirente – no caso, arrematante.

Todavia, apesar de não haver a transmissão da propriedade, não é possível excluir que na arrematação ocorre um negócio jurídico, mas não entre o arrematante e o proprietário anterior – até porque, a arrematação pode acontecer sem o consentimento deste – mas sim entre a força estatal, que promove a expropriação e promove o leilão, e aquele que deu o maior lance e arrematou o bem. Contudo, a hipótese de incidência do ITIV, como visto exaustivamente, não foi posta pelo legislador como um negócio jurídico *latu sensu*, mas sim, a efetiva transmissão.

Analisando o próprio CPC, se exterioriza que a arrematação é uma alienação forçada dos bens penhorados em processos judiciais, feito pelo poder público e realizado por um leiloeiro habilitado. Posto isso, não há que se falar em relação jurídica entre o arrematante e o antigo proprietário do bem, confirmando, assim, a tese de ser uma forma de aquisição originária, até porque, não há relação com os débitos anteriores.

A coação e forma compulsória são características que compõe a arrematação de propriedade imobiliária por meio de leilão público, excluindo qualquer possibilidade de consentimento nesta modalidade de transferência.

Assim, resta configurado o modo originário da arrematação por leilão público, pois, não há nenhuma possibilidade de ser uma forma de transmissão de fato. Porquanto, se o objetivo do legislador fosse que este imposto incidisse sobre qualquer maneira de aquisição e negócios jurídicos, não restringiria como hipótese de incidência somente a transmissão, mas qualquer negócio jurídico, seja de aquisição originária ou derivada.

Como foi explicitado ao longo do trabalho, o artigo 110 do CTN encontra-se em vigência, e por isso, não há razão para não o aplicar e respeitá-lo. Em decorrência disso, os conceitos abarcados e instituídos pelo direito privado devem ser utilizados de forma contundente pelo interprete da norma tributaria, considerando apenas os aspectos jurídicos dos conceitos trazidos pela Constituição Federal.

Diante da observação ao problema do trabalho: se há inconstitucionalidade, ou não, em algumas leis municipais, de incidir ITIV em imóveis arrematados por hasta pública, se confirma a hipótese em que não deve incidir tal tributo pelo ato promovido não efetivar a transmissão entre pessoas vivas. Isto porque, como visto nas espreitas do trabalho, a transmissão entre pessoas vivas não se configura quando se estar diante de uma arrematação em leilão judicial.

Por conseguinte, tem-se que a inclusão da arrematação por hasta pública pelas legislações municipais caracteriza uma inconstitucionalidade, pois, o suporte fático da regra matriz do ITIV não se adequa aos pressupostos da aquisição imobiliária em hasta pública.

REFERÊNCIAS

AMARO, Luciano. **Direito tributário brasileiro**. 23 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. E-book.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Curso de Direito Administrativo**. 2. ed. ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

ASSIS, Araken de. **Manual de execução**. 14ª ed. São Paulo: Editora revista dos tribunais, 2012.

BALEEIRO, Aliomar. **Direito tributário brasileiro**. 14 ed. Forense, 2018.

BARRETO, Aires F. **Curso de direito tributário municipal**. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em: 21 mar. 2019.

BRASIL. **Decreto Nº 24.058**, de 16 de julho de 2013. Disponível em: <<https://leismunicipais.com.br/a/ba/s/salvador/decreto/2013/2405/24058/decreto-n-24058-2013-regulamenta-dispositivos-da-lei-n-7186-de-27-de-dezembro-de-2006-codigo-tributario-e-de-rendas-do-municipio-do-salvador-e-suas-alteracoes-na-parte-que-dispoe-sobre-o-imposto-sobre-a-transmissao-inter-vivos-itiv-e-da-outras-providencias>> Acesso em: 01 de out. de 2021.

BRASIL. **Lei nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm>. Acesso em: 14 mar. 2021

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 10 set. 2021.

BRASIL. **Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1996. Código Tributário Nacional**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172compilado.htm>. Acesso em: 14 mar. 2021.

BRASIL. **Lei nº 7.186, de 27 de dezembro de 2006. Código Tributário e de Rendas do Município de Salvador**. Disponível em: <<https://www.sefaz.salvador.ba.gov.br/Documento/ObterArquivo/131>> Acesso em: 02 de set. 2021

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. (STJ - AgInt no REsp: 1690412 SP 2017/0194417-9, Relator: Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, Data de

Julgamento: 05/12/2017, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 12/12/2017). Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/861320741/agravo-interno-no-recurso-especial-agint-no-resp-1690412-sp-2017-0194417-9/inteiro-teor-861320751>> Acesso em: 24 mar. 2021.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. (STJ - AgRg no Ag: 1225813 SP 2009/0160766-2, Relator: Ministra ELIANA CALMON, Data de Julgamento: 23/03/2010, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 08/04/2010). Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/9113264/agravo-regimental-no-agravo-de-instrumento-agrg-no-ag-1225813-sp-2009-0160766-2>> Acesso em: 13 mai. 2021.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. *STJ - REsp: 1659668 RJ 2017/0046793-0*, Relator: Ministro HERMAN BENJAMIN, Data de Julgamento: 25/04/2017, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 05/05/2017. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/465723167/recurso-especial-resp-1659668-rj-2017-0046793-0>> Acesso em: 24 mar. 2021.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. STJ. REsp 261.166/SP, Rei. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 12/09/2000. Disponível em: <<https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/648292368/agravo-de-instrumento-ai-21291966220188260000-sp-2129196-6220188260000/inteiro-teor-648292435>> Acesso em: 25 mar. 2021.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Recurso Extraordinário no 234.105-3/SP. Relator: Ministro Carlos Velloso. Diário de Justiça Eletrônico. Brasília, 8 de abril de 1999a. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=254529>> Acesso em: 11 mar. 2021.

Breves comentários ao novo código de processo civil. Coordenadores WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; *et al.* 3. ed. ver. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. 15ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

COSTA, Regina Helena. **Curso de direito tributário: Constituição e Código Tributário Nacional** / Regina Helena Costa – 5. ed. ver., atual e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2015.

DE CASTRO, Eduardo; LUSTOZA, Helton Kramer; GOUVÊA, Marcus de Freitas. **Tributos em espécie**. 2. ed. Bahia: Juspodvium, 2015.

FARIAS, Cristiano Chaves de. **Curso de Direito Civil: Direitos Reais**. / Cristiano Chaves de Farias, Nelson Rosendal. 15. ed. ver., ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodvm, 2019.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. Volume 5: direito das coisas. 14 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

HARADA, Kiyoshi. **ITBI: doutrina e prática**. 1.ed. São Paulo: Atlas, 2010.

HARADA, Kiyoshi. **Substituição Tributária à Luz da LC nº 87/96**. Universo Jurídico, 26 jun. 2000.

LOUREIRO, Luiz Guilherme. **Registros públicos teoria e prática**. 11.ed. Editora Juspodivm, 2020.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **Manual de direito tributário**. 11.ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 25. E-book.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de direito tributário**. 39. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2018.

NORUITI, Fernando. **ITBI – Imposto de transmissão de bens imóveis, quem paga? qual valor? como pagar? tem isenção?**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/70428/itbi-imposto-de-transmissao-de-bens-imoveis-quem-paga-qual-valor-como-pagar-tem-isencao>> Acesso em 12 mar. 2021

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: Direitos Reais**. 27 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das Coisas**. 8ª ed. rev., atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

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

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Cobrança de ITBI só é possível após transferência efetiva do imóvel**. 2021. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=460486&ori=1>> Acesso em: 10 mar. 2021

TARTUCE, Flavio. **Manual de Direito Civil: volume único**. 6ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2016.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil – vol. III / Humberto Theodoro Júnior**. 50. ed. ver., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2017.