

Pode o município tributar imóvel público estadual que, em razão de permissão de uso, esteja sendo explorado por sociedade de economia mista federal?

MARCELO DA FONSECA GUERREIRO

Recentemente fomos questionados acerca da possibilidade de o Município tributar imóvel estadual (através de IPTU) que, em razão de permissão de uso, esteja sendo explorado por sociedade de economia mista federal.

Aqui, nestas breves linhas, exporemos nossa *opinião*.

Como é sabido, a permissão de uso é ato administrativo negocial, unilateral, discricionário e precário, por intermédio do qual a administração pública faculta ao particular a utilização individual de determinado bem público. Com efeito, na permissão de uso, o permissionário tem a posse direta do bem, enquanto que a administração tem a posse indireta do bem.

Por outro lado, cabe destacar que a Constituição de 1988, na esteira das anteriores, outorga aos Municípios competência para criarem imposto sobre "propriedade predial e territorial urbana" (art. 156, n^o I).

O fato gerador do imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana é a propriedade, o domínio útil ou a posse de bem imóvel por natureza ou por acessão física, como definido na lei civil, localizado na zona urbana do Município (CTN, art. 32).

Demais disso, impende destacar que, segundo o Código Civil, diferem os conceitos de propriedade, domínio útil e posse.

O conceito de propriedade é mais amplo do que o de posse. Este último é "o exercício de fato dos poderes constitutivos do domínio ou propriedade, ou de algum deles somente, como no caso de direito real sobre propriedade alheia". E a posse se divide em direta ou indireta. Direta para quem detém materialmente a coisa, é indireta para o proprietário que a cedeu a outrem. É que as faculdades da propriedade podem estar atribuídas a pessoas diversas, como no caso da locação ou do usufruto.

Marcelo Da Fonseca Guerreiro é Advogado da Petrobrás Distribuidora S.A., Professor de Direito Constitucional da Faculdade Moraes Junior - RJ

Assim, pode haver posse (autônoma) sem propriedade; a rigor só é proprietário de imóvel (o que supõe o uso, o gozo e a disposição do bem, à luz do art. 524 do CC), no Brasil, quem adquiriu por transcrição de título translativo na circunscrição imobiliária competente ou por acessão (CC, art. 536) ou por usucapião (CC, arts. 550 e ss).

O domínio útil (expressão considerada pelos civilistas sem qualquer rigor científico) do enfiteuta opõe-se ao domínio direto (do proprietário). O titular do domínio útil é necessariamente o não-proprietário na enfiteuse.

Outrossim, aduz-se que não é qualquer posse que o CTN deseja ver tributada. É de mister que se trate de pessoa *ad usucapionem*. Dito de outro modo, é indispensável que se trate de posse que, por suas características, possa conduzir à propriedade.

Ao analisar o IPTU, o ilustre magistrado Sacha Calmon esclarece que:

“Não é qualquer posse que deseja ver tributada. Não a posse direta do locatário, do comandatário, do arrendatário de terreno, do administrador de bem de terceiro, do usuário ou habitador (uso e habitação), ou do possuidor clandestino ou precário (posse nova) etc. A posse prevista no Código Tributário Nacional, como tributável, é a de pessoa que *já é ou pode vir a ser* proprietário da coisa. O Código Civil, independentemente de algumas disposições em contrário, tomou partido claro ao lado de Ihering contra Savigny, na querela sobre natureza jurídica da posse. Embora em certas passagens adote as intuições de Savigny, *vê na posse a externalização da propriedade*. E só quando a posse exterioriza a propriedade é possível torná-la como núcleo do fato jurígeno criador da obrigação tributária do IPTU.” (In *Comentários à Constituição de 1988 – Sistema Tributário*, 6ª ed., Forense, p. 252). (Grifos do original).

Dessarte, vê-se, desde logo, que a exigência de IPTU da permissionária de imóvel público estadual é ilegítima, dado que a mesma é detentora de mera posse direta. Não é detentora de posse *ad usucapionem*. Aliás, jamais poderia ter este tipo de posse sobre bem público, face à previsão constitucional de imprescritibilidade dos bens públicos.

Nesse diapasão, esclarece Hely Lopes Meirelles:

“A imprescritibilidade dos bens públicos decorre como consequência lógica de sua inalienabilidade originária. E é fácil demonstrar a assertiva: se os bens públicos são originariamente inalienáveis, segue-se que ninguém os pode adquirir enquanto guardarem essa condição. Daí não ser possível a invocação de usucapião sobre eles. É princípio jurídico, de aceitação universal, que não há direito em desconformidade com o Direito.” (In *Direito Administrativo Brasileiro*, 19ª ed., Malheiros Editores, 1994, p. 452.)

Ademais, é inolvidável que o IPTU não pode incidir sobre imóveis do Município, do Estado e da União Federal, diante da imunidade recíproca ou inter-governamental, insculpida no art. 150, nº VI, *a*, da *Lex Legum*.

E doutrina Paulo de Barros Carvalho:

“A imunidade recíproca, prevista no art. 150, VI, *a*, da Constituição é uma decorrência pronta e imediata do postulado da isonomia dos entes constitucionais, sustentado pela estrutura federativa do Estado brasileiro e pela autonomia dos Municípios. Na verdade, encerraria imensa contradição imaginar o princípio da paridade jurídica daquelas entidades e, simultaneamente, conceder pudessem elas exercer suas competências impositivas sobre o patrimônio, a renda e os serviços, umas com relação às outras.” (In *Curso de Direito Tributário*, Saraiva, 1993, p. 120.)

Seguindo a linha de entendimento aqui exposta, já decidiu o STJ, em acórdão, assim ementado:

“Tributário – IPTU – Propriedade Municipal – Comodato – Ilegalidade da Exigência – CTN, art. 32 – Código Civil, artigos 524, 1248 e seguintes. 1. O IPTU tem como fato gerador a propriedade, o domínio útil, não abrangendo a posse exercida pelo comodatário, em cujas obrigações, no caso concreto, não se inclui a exigência fiscal questionada, ainda porque o imóvel é do patrimônio do Município, que, por evidente, está imune de pagar imposto da sua competência tributária. 2. Recurso improvido.” (Ac. in 1ª T. do STJ – RE p. 46.434 – O – MG – Rel. Min. Milton Luiz Pereira – j. 26.10.94 – Recte.: Município de Ipatinga; Recdo.:

Clube de Cavalo do Aço – DJU 1, 21.11.94, pp. 31.717/8 – ementa oficial.)

Do voto do Relator do acórdão supramencionado, destacamos o seguinte precedente da Corte:

“IPTU – Imunidade Tributária – Imóvel locado. A posse tributável é a que exterioriza o domínio, não aquela exercida pelo locatário ou pelo comodatário, meros titulares de direitos pessoais limitados em relação à coisa. Gozando a proprietária do imóvel de imunidade tributária não se pode transferir ao locatário a responsabilidade do pagamento do IPTU. Recurso improvido.” (Resp. 40.240-9 – SP – DJU de 21.2.94.)

Trazemos à baila, também, acórdão do 1º Tribunal de Alçada de São Paulo, assim ementado:

“IPTU – CONTRIBUINTE – LOCATÁRIO – INADMISSIBILIDADE; IMPUGNAÇÃO – ILEGITIMIDADE ATIVA.

Ao tratar do Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana dispôs o Código Tributário Nacional, em seu artigo 34, que contribuinte do imposto é o proprietário do imóvel, o titular do seu domínio útil, ou o seu possuidor a qualquer título. Embora tenha o locatário a posse direta do bem, não pode ele, entretanto, ser considerado contribuinte desse imposto. Nesse sentido, aliás, é a lição de Ives Gandra da Silva Martins e Aires Fernandino Barreto, segundo a qual quando o Código Tributário Nacional fala em possuidor a qualquer título, entendemos que a expressão volta-se apenas para as situações em que há posse *ad usucapionem*, vale dizer, posse que

pode conduzir à propriedade. Assim, não se pode pretender que o locatário seja contribuinte do imposto. Igualmente o comodatário, ou outras pessoas, cuja posse, por suas características, não pode, em si mesma, conduzir à propriedade (*Manual do Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana*, p.107, Revista dos Tribunais, 1985). Em consequência, bem andou o magistrado em reconhecer a falta de *legitimatío ad causam* do apelante para a propositura da presente ação, sendo irrelevante a convenção entre locador e locatário, atribuindo a este a responsabilidade pelo pagamento dos impostos incidentes sobre o imóvel.” (Ac. un. da 2ª C. do 1º TAC SP – AC. 519.538-8 – Rel. Juiz Fernando Pupo – j 3.2.93 – Apte.: Adel Yossef Aboud Arabi; Apda.: Prefeitura Municipal de Santo André – ementa IOB, por transcrição parcial.)

Assim, a ilação resultante é a de que a exigência de IPTU de permissionária de uso de imóvel público estadual descure o art. 150, VI, *a*, da *Lex Mater* e o art. 32 do CTN.

Bibliografia

- BALEEIRO, Aliomar. *Direito Tributário Brasileiro*. 10ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1995.
- CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. São Paulo, Saraiva, 1993.
- COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Comentários à Constituição de 1988: Sistema Tributário*. 6ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1994.
- MEIRELLES, Helly Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo, Malheiros Editores, 1994.