



**UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA - UFPB**  
**CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS**  
**DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS**  
**CURSO DE BACHARELADO EM DIREITO**

**DHERIK MELO ALVES**

**A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 3º, INCISO V, DA LEI  
5.123/89 DO ESTADO DA PARAÍBA SOBRE A INCIDÊNCIA DE  
ITCMD NAS SENTENÇAS DECLARATÓRIAS E NOS  
RECONHECIMENTOS EXTRAJUDICIAIS DAS USUCAPIÕES**

**SANTA RITA**

**2021**

DHERIK MELO ALVES

**A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 3º, INCISO V, DA LEI 5.123/89 DO  
ESTADO DA PARAÍBA SOBRE A INCIDÊNCIA DE ITCMD NAS SENTENÇAS  
DECLARATÓRIAS E NOS RECONHECIMENTOS EXTRAJUDICIAIS DAS  
USUCAPIÕES**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito, do Departamento de Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba como requisito parcial para a obtenção do título de bacharel em Direito. Orientador(a): Prof. Msc. Alex Taveira dos Santos.

SANTA RITA - PB

2021

**Catálogo na publicação**  
**Seção de Catalogação e Classificação**

A474i Alves, Dherik Melo.

A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 3º, INCISO V, DA  
LEI 5.123/89 DO ESTADO DA PARAÍBA SOBRE A INCIDÊNCIA DE  
ITCMD NAS SENTENÇAS DECLARATÓRIAS E NOS RECONHECIMENTOS  
EXTRAJUDICIAIS DAS USUCAPIÕES / Dherik Melo Alves. -  
Santa Rita, 2021.

46 f.

Orientação: Alex Taveira dos Santos.

Monografia (Graduação) - UFPB/DCJ/SANTA RITA.

1. Usucapião. 2. ITCMD. 3. Competência Tributária. 4.  
Inalterabilidade. 5. Constitucionalidade. I. dos  
Santos, Alex Taveira. II. Título.

UFPB/BSDCJ

CDU 34

DHERIK MELO ALVES

**A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 3º, INCISO V, DA LEI 5.123/89 DO  
ESTADO DA PARAÍBA SOBRE A INCIDÊNCIA DE ITCMD NAS SENTENÇAS  
DECLARATÓRIAS E NOS RECONHECIMENTOS EXTRAJUDICIAIS DAS  
USUCAPIÕES**

Monografia defendida e aprovada em \_\_\_\_/\_\_\_\_/\_\_\_\_, pela banca examinadora:

---

Prof. Ms. Alex Taveira dos Santos (Orientador)  
Universidade Federal da Paraíba

---

Prof. Ms. Waldemar de Albuquerque Aranha Neto  
Universidade Federal da Paraíba

---

Profa. Ms. Herleide Herculano Delgado (Avaliadora Externa)  
Faculdade de Ensino Superior da Paraíba

## RESUMO

Os procedimentos de usucapião têm se mostrado um instrumento eficaz para a regularização fundiária nos municípios brasileiros, não diferente nos municípios do Estado da Paraíba. A usucapião é um instituto do direito das coisas que versa sobre aquisição de propriedade, este, é um modo de aquisição originária; a despeito disso, entendeu a legislação estadual paraibana que esse modo de aquisição deva ser tributado. Com isso, este trabalho teve o condão de analisar os princípios do direito tributário e sua relação com a usucapião sob a luz da constituição, sendo assim, pensar sobre a constitucionalidade do inciso V, artigo 3º, da Lei 5.123/89, conforme os princípios norteadores do direito tributário que, ressalte-se o princípio da inalterabilidade, e a natureza da usucapião.

**Palavras-chave:** Usucapião. ITCMD. Inalterabilidade. Competência tributária. Constitucionalidade.

## SUMÁRIO

<b>Introdução</b>	07
<b>1. Princípios do Direito Tributário</b>	09
1.1 Princípio da Legalidade Tributária	10
1.2 Princípio da Irretroatividade Tributária	12
1.3. Princípio da Isonomia Tributária	13
1.4. Princípio da Vedação ao Confisco	14
1.5. Princípio da capacidade contributiva	14
1.6. Princípio da Anterioridade Tributária	15
1.6.1. Exceções ao Princípio da Anterioridade	17
<b>2. Função Social dos Tributos</b>	18
<b>3. Regra Matriz de incidência ITCMD</b>	18
3.1 Critério Temporal	20
3.2 Critério Espacial	20
3.3 Critério Pessoal	20
3.4 Base de Cálculo	21
3.5 Alíquotas	22
3.6 O instituto da Usucapião	23
3.7 Elementos da Usucapião	24
3.8 Justificativas para a Usucapião	25
3.9 Modalidades	25
3.9.1 Usucapião Extraordinária e Ordinária	26
3.9.2 Usucapião Especial Urbana: Individual ou Coletiva	29
3.9.3 Usucapião entre Cônjuges e Companheiros	30
3.9.4 Usucapião Extrajudicial	31
3.9.5 Procedimento da Usucapião	32
<b>4. Análise do Artigo 3º, Inciso V, da Lei 5.123 de 1989 do Estado da Paraíba</b>	34
4.1 A autorização constitucional sobre competência tributária	35
4.1.1 Indelegabilidade	35
4.1.2 Facultatividade	36
4.1.3 Incaducabilidade	37

4.1.4 Inalterabilidade.....	37
4.1.5 Irrenunciabilidade.....	38
4.2. O exercício da Competência Tributária.....	38
4.3 Hipótese de Incidência do ITCMD.....	39
4.4 Na Lei 5.123, de 27 de janeiro de 1989, do Estado da Paraíba.....	39
4.5 Sobre a constitucionalidade do inciso V, art. 3º, da Lei 5.123/89.....	40
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>43</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</b>	<b>44</b>

## Introdução

O presente trabalho aduz no campo de incidência do Imposto sobre Transmissão Causa Mortis e Doação, de quaisquer bens ou direitos, que desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, passou a ser competência dos Estados a cobrança do susodito imposto, além disso, positivou ser o fato gerador do citado imposto, a transmissão de bens, em sentido lato, pela causa mortis ou pela transferência não onerosa, ou seja, gratuita, de bens e direitos. Nesta toada, ficou à cargo do Estado da Paraíba, dentro dos seus limites como unidade da federação, legislar de maneira especial sobre o ITCMD, com isso, elaborou a Lei 5.123/89, que prevê em seu artigo 3º, inciso V, a incidência do ITCMD sobre a usucapião, independe, portanto, o processo de aquisição ter sido pelas vias judiciais ou extrajudiciais. Destarte, visa o trabalho discutir sobre as incongruências, ou não, dessa cobrança e por conseguinte, a tratar sobre a (in)constitucionalidade da legislação estadual que trata do ITCMD. Utilizou-se o método dedutivo, visto que o percurso será confeccionado de maneira mais holística para o particular. Com a intenção de atingir o que se propõe, serão trabalhados os princípios constitucionais do Direito Tributário, do campo da aquisição originária da propriedade e sua função social, bem como a natureza jurídica da usucapião e do ITCMD, com o fito de levantar as balizas que tabelarão a respeito da (in)constitucionalidade do que está disposto no Art.3º, inciso V, da Lei 5.123/89, do Estado da Paraíba.

Com a finalidade de responder as sentenças colocadas nos parágrafos acima, dividir-se-á este trabalho em alguns temas, sendo que o primeiro a ser abordado é um apanhado geral sobre a matéria do direito tributário. Em resumo, é dissertar sobre os princípios que regem a matéria.

Em segundo momento, levanta-se a discussão sobre o ITCMD, a sua matriz tributária, as hipóteses de incidência e tentar fazer um apanhado histórico da instituição do imposto, uma vez a diferenciação da incidência do imposto sobre transmissão e do ente que irá cobrar o tributo sobre a transmissão de bem.

Por fim, dissecar todo o aparato semântico e jurídico sobre a usucapião, que instituto é esse? Quais são as suas formas? Como se dá o procedimento? Como são os sujeitos que apelam a este instituto do direito civil para a aquisição da



propriedade, nesta toada, é constitucional a cobrança desse imposto nas aquisições originárias de propriedade? Diante disso, construiremos o tripé epistemológico para entender a temática com firmamento no ITCMD, Usucapião e Função social da propriedade.

Este trabalho não tem o fito de ser um trabalho excessivamente de matéria tributária ou de matéria cível, ele tem a intenção de relacionar a incidência ou não de tributo de transmissão sobre as Usucapiões.

## 1. Princípios do Direito Tributário

É imperioso destacar que para entender o que está sendo dissertado neste trabalho deve-se trazer à tona dois conceitos, o conceito de Poder e de Estado. De forma genérica, uma vez que não é objeto deste trabalho falar sobre as limitações do poder de tributar, os elementos formadores do Estado território, povo e um governo soberano, em consonância com isto, Dalmo de Abreu Dallari diz que o Estado é “a corporação territorial dotada de um poder de mando originário”. O Estado é dotado de poder, ele exerce força sobre os sujeitos, impõem sua vontade, não é atoa que o interesse público predomina sobre o interesse privado, nestes moldes, pode-se conceituar o poder de tributar como um poder de direito, com crivo dos cidadãos, em que estes autorizam o estado a invadir o patrimônio do terceiro para perceber a si tributos. Todavia, essa coercitividade tributária não pode ser arbitrária e ditatorial, o Estado reconhece os limites e até onde pode chegar.

A Carta Magna Brasileira Vigente, adotou uma preocupação no que diz respeito aos tributos, uma vez que a nossa constituição cidadã é eivada de uma responsabilidade social, com sérias preocupações em manter distante a tirania. Se via, em outros momentos da história, uma feroz agressividade da legislação tributária para com aqueles que não estivessem do lado correto, uma vez que se incidia tributos, no sentido lato, com alíquotas e números absurdos, uma verdadeira ode ao confisco. Assim, em seus artigos 150 e 152, traz as Limitações do poder de tributar, onde, expressa os princípios e imunidades que hão de proporcionar segurança jurídica a todos os contribuintes.

O exercício do poder tributário, pelo Estado, submete-se, por inteiro, aos modelos jurídicos positivados no texto constitucional que, de modo explícito ou implícito, institui em favor dos contribuintes decisivas limitações à competência estatal para impor e exigir, coativamente, as diversas espécies tributárias existentes. Os princípios constitucionais tributários, assim, por representarem importante conquista político-jurídica dos contribuintes, constituem expressão fundamental dos direitos individuais outorgados aos particulares pelo ordenamento estatal. Desde que existem para impor limitações ao poder de tributar do Estado, esses postulados têm por destinatário exclusivo o poder estatal, que se submete à imperatividade de suas restrições (BRASIL, 1993). CELSO DE MELLO, relator da ADI 712-2/DF (DJU 19-2-93)

Por serem em natureza genéricos, os princípios são o firmamento para as interpretações das leis, ou, elaborações normativas, não podendo o legislador ou intérprete, criar leis ou teses em desacordo com os princípios, sobretudo, os constitucionais. Os princípios são instrumentos promotores de pacificação e paz social, ferramentas eficazes para a manutenção da ordem social.

Por outro lado, as imunidades, ou as normas imunizantes, visa preservar certos valores humanos, seja de ordem política, religiosa, social ou ética, dando um vale de não tributação para certas situações e pessoas. A própria constituição diz quais são os valores que não serão perturbados pela tributação, Eduardo Sabbag diz que “A imunidade dos tributos representa uma delimitação negativa da competência tributária”, nesta toada, também diz Paulo de Barros Carvalho “A imunidade não exclui nem suprime competências tributárias, uma que estas representam o resultado de uma conjunção de normas constitucionais, entre elas, as de imunidade tributária”.

Em suma, há uma preocupação do Legislador Originário em preservar a parte mais frágil da relação, indivíduo x estado, uma vez que o aparato estatal é infinitamente maior que o indivíduo, assim, fez com que as limitações ao poder de tributar seja tratado com cláusula pétrea, sendo insuscetíveis de supressão ou excepcionalização, portanto, com essa preocupação, o constituinte colocou no ordenamento princípios tributários.

### 1.1 Princípio da Legalidade Tributária

*Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:*

*II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. (BRASIL, 1988)*

As revoluções burguesas foram um marco no mundo, o homem, dentro de uma sociedade que se dividia, formalmente, em castas, abordou que todos os homens são iguais, sem distinção, seja de qualquer natureza. Assim, por natureza o homem é livre, podendo só ser limitado em seus direitos naturais em conflito com outro direito tão quanto importante e ser limitado por vias legais.

O princípio da legalidade deve ser lido sob os olhos da autonomia da vontade, ou seja, o indivíduo pode fazer tudo que a lei não proíbe, tal ideia se faz diferente quando o ente presente na relação jurídica é a administração pública, esta, por sua vez, só pode agir dentro do que a lei permite agir.

Neste pensamento, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, sem prejuízo de outras garantias, majorar ou instituir tributos sem lei que estabeleça, seja lei ordinária, que é a regra, seja, a exceção, instituição de tributos ou majoração por lei complementar.

Assim, este princípio abordado expressa que a criação, aumento ou extinção de tributos sempre depende ação legal, ou seja, de lei; como dito, a regra é ser lei ordinária e exceção, para alguns casos, lei complementar, por exemplo: Empréstimos compulsórios, Art. 148 da CFRB/88; Imposto sobre as Grandes Fortunas, Art. 153, VII; Imposto residuais, Art. 154, I; e novas fontes de custeio da seguridade. Além das disposições constitucionais, o Código Tributário Nacional (CTN), Lei 5.172/1966.

Neste sentido, aduz expor que a Constituição Federal prevê no Artigo 153, §1º, quatro tributos federais que poderá ter suas alíquotas majoradas, ou reduzidas por ato do Poder Executivo Federal, o que dá-se por meio de Decreto do Executivo Federal ou Portaria do Ministério da Fazenda, os impostos ditos são: Imposto sobre a Importação; Imposto sobre Exportação; Imposto sobre Produtos Industrializados e o Impostos sobre as Operações de Crédito, Câmbio e Seguros, o famoso IOF, essa ação um pouco mais livre do Poder Executivo é autorizada por lei, tem a finalidade de ser instrumentos para o manejo e regulação do mercado ou a economia do País, é um método de intervenção na economia. Além desses tributos, o Art. 177, §4º, I, “b”, da Constituição Federal, o qual prevê a redução ou estabelecimento de alíquotas referentes à Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico Combustível – CIDE; outro, está previstos no Art. 155, §4º, IV, “c”, poderá o executivo atuar na redução e restabelecimento das alíquotas do Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS, incidência monofásica, sobre as operações com lubrificantes e combustíveis previstos em lei complementar federal.

## 1.2 Princípio da Irretroatividade Tributária

Princípio que está alçado como Cláusula Pétreia, positivado no Art. 5º, XXXVI da Constituição Federal do Brasil, e diz “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”. Irretroativo, é aquilo que não pode retroagir, não pode voltar, assim, se aplica a lei vigente na data do fato gerador. O artigo 150 da Constituição Federal dispõem:

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: (...) III - cobrar tributos: a) em relação a fatos geradores ocorridos antes do início da vigência da lei que os houver instituído ou aumentado (BRASIL, 1988).

Preceito presente na legislação ordinária e constitucional, destaca que este princípio faz menção ao princípio da segurança jurídica, se ajusta como uma verdadeira limitação ao poder de tributar estatal. Este comportamento dá sustento às colunas da democracia, uma vez que é pináculo ao bem-estar. Há uma vedação a lei nova que cria ou aumenta tributos a fatos geradores pretéritos, vide artigo 150, inciso III, alínea “a” da Constituição Federal Brasileira de 1988.

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: (...) III - cobrar tributos: a) em relação a fatos geradores ocorridos antes do início da vigência da lei que os houver instituído ou aumentado (BRASIL, 1988).

As leis, via de regra, devem envolver fatos futuros, assim, do ponto de vista da matéria tributária, é regra que ela influencie os fatos que passam a existir do fim da *vacatio legis* em diante. Roque Antônio Carrazza (2000) diz:

Demais disso, a ação do Fisco deve ser previsível. Em nome dessa previsibilidade, a lei que cria ou aumenta um tributo não pode alcançar fatos ocorridos antes de sua entrada em vigor. Sem esse penhor de confiança, toda a vida jurídica do contribuinte perigaria. (p.104)

Em resumo, a irretroatividade é um princípio constitucional que veda a cobrança de tributos em relação a fatos geradores ocorridos após a sua vigência.

Desse modo, o fato gerador está submetido à data da ocorrência do fato gerador, sendo guiado pela lei vigente à época. Entretanto, existe a possibilidade de uma retroação, só que de forma que beneficie, na medida que as penalidades sejam mais brandas, interpretando a norma sempre de forma mais benéfica ao contribuinte, ou seja, *in dubio pro contribuinte*.

### 1.3 Princípio da Isonomia Tributária

O pensamento sobre a igualdade formal, teve raiz nos pensamentos de Aristóteles, que foi passando no tempo, e em suma, resultou no que falou a Águia de Haia, Ruy Barbosa, que é “Tratar de forma igual os iguais e de forma desigual os desiguais”, ou seja, formalmente as pessoas devem ser tratadas de forma isonômica, não obstante, sem esquecer as particularidades dos indivíduos.

Para se tratar de forma diferente as pessoas, impende destacar que há de se ter um elemento lógico que justifique o tratamento desigual entre os contribuintes. Assim, veja sobre o imposto de renda, que tem por fato gerador a percepção de renda, sendo que, existem indivíduos que devem declarar renda, mas, são isentos de pagar o imposto, e outros que a depender da sua faixa etária de renda, pagam de forma como lhe couber e estiver instituído a legislação competente de delimitar a cobrança, portanto, indivíduos pagam diferentes alíquota do imposto, ou estão isentos de pagar, cada qual conforme sua capacidade contributiva.

A Constituição Federal (1988) descreve, logo no *Caput* do Artigo 5º, o Princípio da Isonomia:

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à igualdade, à segurança e à propriedade, (...). (Constituição Federal, 1988)

O direito à igualdade é tão potente, pujante e importante que, aprovou o legislador em o posicionar como o “cartão de visitas” do capítulo que inaugura os direitos fundamentais, percebe-se, então, é nítida a tremenda importância do Princípio da Isonomia.

Neste contexto, o Constituinte especificou na seara tributária da Magna Carta, em seu artigo 150, inciso II:

É vedado(...) instituir tratamento desigual entre os contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão da ocupação profissional ou função por ele exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos. (Constituição Federal, 1988)

Ou seja, quedou-se preocupada a legislação brasileiro em tratar de forma equânime àqueles indivíduos em situação de equivalência. É proibido instituir tratamento desigual entre os contribuintes em situação de equipolência, assim, também se chamam este princípio como o princípio da proibição dos privilégios odiosos”, na medida em que ele visa anular o ódio tributário, significa dizer que é defeso a existência no ordenamento jurídico pátrio a existência de dispositivos odiosos, discriminatórios, que visem favoritismo entre os indivíduos de mesma capacidade contributiva.

#### 1.4 Princípio da Vedação ao Confisco

Princípio de difícil configuração jurídica, tem a pretensão de evitar que seja cobrado do contribuinte tributos de forma excessivamente onerosa, utilizando a tributação como meio de captar propriedade do contribuinte, nesse ponto, é defeso ao estado tributar o contribuinte de forma que o prive de possuir renda e propriedade.

#### 1.5 Princípio da capacidade contributiva

Pode-se dizer que é um princípio que possui intimidade com o princípio da isonomia, uma vez que o princípio apresentado neste ponto consiste em dizer que cada pessoa deve contribuir para as despesas da coletividade conforme a sua capacidade contributiva, tem origens, esse pensamento, do ideal de justiça distributiva.

Sempre que entender, o legislador tratará de forma diferente os cidadãos, como já dito, tratando de forma desigual os desiguais. Ademais, é dito que o tributo é

justo, quando este é adequado à capacidade econômica de quem lhe tem o dever de pagar, ou suportar; não é apenas necessário a cobrança e pagamento do tributo ser legal, ele deve ser compatível com a capacidade contributiva de quem tem o dever de pagar.

Todas pessoas possuem capacidade contributiva para ser sujeito passivo na relação tributária. Como é sabido, o tributo é um dever de todos, que tem como finalidade captar recursos para os cofres públicos, para que o Estado utilize esses recursos para a sua manutenção, isso envolvendo as despesas ordinárias e extraordinárias que envolvem um orçamento estatal. Ademais, apesar do que já foi dito, o Estado não pode cobrar arbitrariamente do indivíduo um tributo que não lhe “caiba no bolso”, é defeso ao Estado cobrar de forma incompatível com a capacidade contributiva do cidadão.

#### 1.6 Princípio da Anterioridade Tributária

Como já visto que o texto constitucional impõe princípios tributários, especialmente no artigo 150, não se é diferente quando há de se falar de Anterioridade Tributária. A previsão presente no referido artigo, nas alíneas “b” e “c”, veda que a lei tributária gere efeitos de forma imediata. É um mecanismo de “não surpresa” para o contribuinte, uma vez que este deve possuir tempo hábil para se preparar para as mudanças tributárias sobre a atividade econômica.

*Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:*

*(...)*

*III – cobrar tributos*

*(...)*

*b) no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou;*

*c) antes de decorridos noventa dias da data em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou, observado o disposto na alínea b. (Constituição Federal, 1988)*

É consagrado ao contribuinte esta garantia, qualquer ação que vise a surpresa ao contribuinte é eivada de inconstitucionalidade, um verdadeiro flagrante a segurança jurídica na relação tributária.



Em relação ao artigo 150, inciso III, da CFRB/88, observa-se dois pontos, que é a cobrança de tributos no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que instituiu o imposto, bem como, veda que a lei retroaja para atingir fatos anteriores à sua edição, assim, são princípios considerados cláusulas pétreas, conforme entendimento do próprio Supremo Tribunal Federal.

DIREITO CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DE EMENDA CONSTITUCIONAL E DE LEI COMPLEMENTAR. I.P.M.F. Imposto Provisório sobre a Movimentação ou a Transmissão de Valores e de Créditos e Direitos de Natureza Financeira - I.P.M.F. Artigos 5., par.2., 60, par.4., incisos I e IV, 150, incisos III, b, e VI, a, b, c e d, da Constituição Federal. 1. Uma Emenda Constitucional, emanada, portanto, de Constituinte derivada, incidindo em violação a Constituição originária, pode ser declarada inconstitucional, pelo Supremo Tribunal Federal, cuja função precípua e de guarda da Constituição (Art. 102, I, a, da C.F.). 2. A Emenda Constitucional n.3 de 17/03/1993, que no art. 2., autorizou a União a Instituir o I.P.M.F., incidiu em vício de inconstitucionalidade, ao dispor, no parágrafo 2º desse dispositivo, que, quanto a tal tributo, não se aplica “o art. 150, III, b e VI” da Constituição, porque, desse modo, violou os seguintes princípios e normas imutáveis (somente eles, não outros): 1. – o princípio da anterioridade, que é garantia individual do contribuinte (art. 5., par.2º, art. 60, par.4., inciso IV e art. 150, III, b da Constituição); 2. – o princípio da imunidade tributária recíproca (que veda a União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios a instituição de impostos sobre o patrimônio, rendas ou serviços uns dos outros) e que é garantia da Federação (art. 60, par.4., inciso I, e art. 150, VI, a, da C.F.); 3. – A norma que, estabelecendo outras imunidades impede a criação de impostos (art. 150, III) sobre: b): templos de qualquer culto; c): patrimônio, renda ou serviços dos partidos políticos, inclusive suas fundações, das entidades sindicais dos trabalhadores, das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, atendidos os requisitos da lei; e d): livros, jornais, periódicos e o papel destinado à sua impressão; **3. Em consequência, é inconstitucional, também, a Lei Complementar n. 77, de 13/07/1993, sem redução de textos, nos pontos em que determinou a incidência do tributo no mesmo ano (art. 28) e deixou de reconhecer as imunidades previstas no art. 150, VI, a,b,c e d da C.F. (arts. 3., 4. e 8. Do mesmo diploma, L.C. n. 77/93) (grifo nosso).** 4. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada procedente, em parte, para tais fins, por maioria, nos termos do voto do Relator, mantida, com relação a todos os contribuintes, em caráter definitivo, a medida cautelar, que suspendera a cobrança do tributo no ano de 1993. (STF – ADI:939 DF, Relator: Min SYDNEY SANCHES, Data de Julgamento: 15/12/1993, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 18/03/1994 PP-05165 EMENT VOL 01737-02 PP – 00160 RTJ VOL – 00151-03 PP-00755)

Doutro lado, não foi suficiente instituir a vedação em relação a cobrança dos tributos no mesmo ano de sua instituição, afinal um tributo poderia ser instituído no último dia do ano fiscal e no dia subsequente já estava em vigor, portanto, afim de vedar que o contribuinte seja pego de surpresa quando houver a instituição de

tributos, o Constituinte pensou em uma anterioridade chamada de nonagesimal, esta consiste que nesses casos, em que houver a instituição de tributos próximo do fim do ano fiscal, deve-se esperar 90 dias para que o tributo instituído entre em vigor. Nesta toada, disse Alexandre de Moraes:

(...) princípio da anterioridade mitigada ou nonagesimal não exclui a incidência do tradicional princípio da anterioridade, determinando o art. 150, III, “c”, que ambos sejam aplicados conjuntamente, ou seja, em regra, os tributos somente poderão ser cobrados no próximo exercício financeiro de sua instituição ou majoração, e, no mínimo, após 90 dias da data em que haja sido publicada a lei, evitando-se, assim, desagradáveis surpresas ao contribuinte nos últimos dias do ano.(MORAIS, 2019,p. 863)

Neste contexto, afirma Eduardo Sabbag (2019):

(...) não é expediente raro o presenciar a voracidade fiscal da Fazenda Pública, que sempre se valeu de vitanda sistemática, criando ou majorando tributos nos últimos dias do ano, a fim de que pudesse satisfazer sua volúpia arrecadatória, com valores a receber logo no início do exercício seguinte, em plena quebra de lealdade tributária. (p.106)

#### 1.6.1. Exceções ao Princípio da Anterioridade

As exceções estão previstas também na Constituição Federal (1988), que diz:

Art. 150 (...) §1º. A vedação do inciso III, “b”, não se aplica aos tributos previstos nos arts. 148, I, 153, I, II, IV, e V; e 154, II; e a vedação do inciso III, “c”, não se aplica aos tributos previstos nos arts. 148, I, 153, I, II, III e V; e 154, II, nem à fixação da base de cálculo dos impostos previstos nos arts. 155, III, e 156, I.

Este dispositivo constitucional fala que existem três exceções, a priori, elas estão relacionadas aos tributos de cobrança imediata, que são: IOF (Imposto sobre as Operações Financeiras), I.I (Imposto sobre Importação), I.E (Imposto sobre Exportação), Empréstimos Compulsórios de calamidade pública ou Guerra Externa e o Imposto Extraordinário de Guerra.

Além desses, fala-se também sobre os que se enquadram como exceção da anterioridade dos 90 (noventa) dias, que são: IPI (Impostos sobre Produtos Industrializados), Contribuições Sociais (Relacionadas à Previdência Social), CIDE

Combustíveis e ICMS Combustível (Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços-Combustíveis). Por fim, fala-se dos tributos que respeitam apenas a anterioridade anual, que são o IR (Imposto de Renda), Alterações na Base de Cálculo do IPTU (Imposto sobre a Propriedade Territorial Urbana) e IPVA (Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores).

Diante do exposto, vemos uma preocupação do constituinte de preservar uma relação harmoniosa, eivada de boa-fé entre o Estado, cobrado de tributos e o cidadão, aquele que tem o dever de pagar tributos, vê-se a preocupação para que o contribuinte esteja preparado para assumir a carga tributária que lhe cabe.

## **2. Função Social dos Tributos**

Já é comumente falado sobre as funções sociais da propriedade (Constituição, arts. 5º, inciso XXIII e 170, inciso III) e a função social dos contratos (Código Civil, art. 421). Quando se fala em Função Social dos Tributos, é entender o papel que o tributo tem a exercer perante a sociedade, como ele se posta diante dos cidadãos, desse modo, conceitua-se em dizer que o tributo está a servir a sociedade, ao conjunto de cidadãos. Nesta seara, a função social do tributo, se explicita no papel a desempenhar quanto à realização dos direitos sociais, que são os direitos fundamentais de segunda dimensão.

Portanto, é fundamental que todos os elementos contidos na relação tributária estejam voltados para a concretização da pacificação social, uma vez que o tributo tem que servir aos cidadãos, sendo cobrados de maneira justa e proporcional, possuindo um retorno para a sociedade, não sendo obstáculo para a concretização da justiça, diminuição das desigualdades sociais e pacificação social.

## **3. Regra Matriz de incidência ITCMD**

A Constituição Federal do Brasil de 1988 apresenta uma lista de impostos que estão sob responsabilidade dos Estados e do Distrito Federal para as suas cobranças. Assim, diz a Carta Maior (1988):

Art. 155 - Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:  
 I - transmissão causa mortis e doação, de quaisquer bens ou direitos;  
 II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior;  
 III - propriedade de veículos automotores. (Constituição Federal, 1988)

Impende dizer que além destes impostos, os Estados estão autorizados a instituir e cobrar taxas, contribuições de melhoria e contribuições sociais, conforme Art. 149, Parágrafo Único, da Constituição Federal (1988):

Art. 149-A Os Municípios e o Distrito Federal poderão instituir contribuição, na forma das respectivas leis, para o custeio do serviço de iluminação pública, observado o disposto no art. 150, I e III. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 39, de 2002)  
 Parágrafo único. É facultada a cobrança da contribuição a que se refere o caput, na fatura de consumo de energia elétrica.

A Constituição que vigeu antes da Carta Cidadã previa que os Estados eram competentes em cobrar os impostos sobre a “transmissão a qualquer título, de bens imóveis”, colocando no mesmo lugar as cobranças de ITCD e de ITBI, atualmente, existem duas naturezas para esse tipo de transmissão, portanto, fala-se em *causa mortis* e doação, e, as transmissões *inter vivos*, reservando-se as transmissões gratuitas ao ITCMD e as transmissões onerosas ao ITBI.

Ressalta-se que o art. 155, I da CF/88 explicita que as **transmissões** causas mortis ou por doação, são os fatos geradores para a cobrança do ITCMD, em consonância a isso diz o artigo 110 do CTN (1966):

*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, vê que o termo transmissão vem acompanhado da expressão causa mortis e doação, ou seja, a hipótese de incidência é quando há uma transmissão por falecimento do proprietário da coisa e esta, precisa ser transferida para quem lhe a tem por direito, ou, quando há uma transmissão gratuita entre vivos, que é o caso da doação. Quando se fala em bens, neste contexto, abrange os bens corpóreos e

incorpóreos, coisas materiais e imponderáveis, ou seja, todos os bens de natureza pecuniária, ou econômicos; Em suma, quando se falar de transmissão causa mortis e doação de bens e direitos, fala da transferência de propriedades dos bens corpóreos ou incorpóreos e de direitos que são apreciáveis economicamente que estão dentro do universo de bens do doador ou *de cujus*.

Ademais, a transmissão é a passagem jurídica da propriedade ou dos bens, ou dos direitos que são provenientes de uma pessoa falecida, ocorre em caráter não oneroso, seja em decorrência de falecimento, ou em caso de doação.

### 3.1 Critério Temporal

A morte é o marco temporal para a incidência do imposto sobre a transmissão causa mortis de quaisquer bens e direitos, inclusive sobre a morte presumida, neste caso, é quando se abre a sucessão provisória. Quando se falar em doação de bens imóveis, o marco temporal é a tradição, ou seja, quando o donatário recebe a posse e registra a propriedade no Cartório de Registro de Imóveis.

### 3.2 Critério Espacial

A constituição federal deixou disposto que em caso da transferência for de bens imóveis e respectivos direitos, está se dará no estado da situação do bem; doutro modo é a cobrança no tocante aos bens móveis, títulos e créditos, uma vez que está se dará no Estado onde se processar o inventário ou Arrolamento, ou tiver domicílio o doador, ou ao Distrito Federal, conforme as disposições do artigo 155. O cálculo é feito sobre o valor dos bens na data de avaliação, observada a alíquota vigente na data da abertura da sucessão, uma vez que a abertura da sucessão é o marco temporal. Podendo, só ser exigido o imposto após a homologação do cálculo.

### 3.3 Critério Pessoal

Na relação tributária, existem sujeitos que participam dessa relação obrigacional, dos quais se diz que são Sujeito Ativo e Sujeito Passivo. Assim, de

acordo com a Constituição Federal, no artigo 155, que os Estados e o Distrito Federal seriam os sujeitos ativos, cabendo às fazendas públicas dos respectivos entes a apuração dos fatos geradores do imposto.

Os sujeitos passivos do ITCMD são os herdeiros ou os legatários, quando falamos de transmissão por causa morte, e de qualquer das partes adstritas à doação, seja ele o doador ou donatário, na forma que a lei dispuser, cabendo a Legislação Estadual atribuir quem vai ser o responsável tributário, por exemplo, no Artigo 10 da Lei 5.123/89, inciso I, do Estado da Paraíba, afirma:

Art. 10. São solidariamente responsáveis pelo pagamento do imposto e acréscimos legais:

I – os tabeliães, escrivães e demais serventuários de ofício, inclusive substitutos, pelos tributos devidos sobre os atos por eles ou perante eles praticados, em razão do seu ofício.

Ou seja, se um Tabelião de Notas no ato da lavratura da Escritura de Inventário e Partilha ou de Doação, não observar se houve ou não colhido o imposto, poderá ele arcar com as custas tributárias devidas, uma vez o disposto legal da Lei Estadual da Paraíba, em consonância a isso, é o que diz o disposto no artigo 134, inciso IV, do Código Tributário Nacional.

### 3.4 Base de Cálculo

Assim diz o Código Tributário Nacional (1966), em seu artigo 38: “Art. 38. A base de cálculo do imposto é o valor venal dos bens ou direitos transmitidos.”

Portanto, as avaliações levarão em conta o valor de mercado dos bens ou direitos transmitidos, não devendo superar o valor destes. O cálculo é feito sobre o valor dos bens na data de avaliação, observada a alíquota vigente na data da abertura da sucessão, uma vez que a abertura da sucessão é o marco temporal. Podendo, só ser exigido o imposto após a homologação do cálculo.

### 3.5 Alíquotas

As alíquotas são fixadas livremente pelos Estados, este obedece ao que diz a Constituição, uma vez que diz que a alíquota máxima do ITCMD será fixada pelo Senado Federal (Art. 155, §1º, inciso IV); Assim, o Senado Federal, através da Resolução 9/92, positivou ser a alíquota máxima em 8% do valor do bens. A progressividade das alíquotas do ITCMD está pacificada perante a doutrina e jurisprudência, nestes termos, em 2013 declarou o STF que é constitucional a progressividade do ITCMD, conforme o RE 562.045:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL TRIBUTÁRIO. LEI ESTADUAL: PROGRESSIVIDADE DE ALÍQUOTA DE IMPOSTO SOBRE A TRANSMISSÃO CAUSA MORTIS E DOAÇÃO DE BENS E DIREITOS. CONSTITUCIONALIDADE ART 145, §1º, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. PRINCÍPIO DA IGUALDADE MATÉRIA TRIBUTÁRIA. OBSERVÂNCIA DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA. RECURSO EXTRAORDINÁRIO PROVIDO.

(STF-RE:562045 RS, Relator: Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Data de Julgamento: 06/02/2013, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-233 DIVULG 26/11/2013 PUBLIC 27/11/2013 EMENT VOL 02712-01 PP-00001)

Além disso, se manifestou o STF sobre a constitucionalidade da progressividade do ITCMD, corroborando o que já se tinha julgado. Transcreve-se o texto:

**EMENTA:** EXTRAORDINÁRIO. ITCMD. PROGRESSIVIDADE. CONSTITUCIONAL. No entendimento majoritário do Supremo, surge compatível com a Carta da República a progressividade das alíquotas do Imposto Sobre Transmissão Causa Mortis e Doação. Precedente: Recurso Extraordinário n. 562.045/RS, mérito julgado com repercussão geral admitida. (AgR-RE 542.485, rel Min. Marco Aurélio, 1º T., j. em 19/02/2013)

O raciocínio da Suprema Corte brasileira, está baseado no fato que o ITCMD pode ser um tributo que incide sobre bens e direitos a título gratuito (usufruto, por exemplo), presumindo um símbolo de presunção de um acréscimo patrimonial, sendo este o motivo bastante para a defesa da progressividade. Desse modo, o ITCMD aproxima mais o Imposto de Renda (IR) do que o ITBI, que não é progressivo, por força da Súmula 656, do STF.

O imposto causa mortis, incidindo sobre o incremento do patrimônio de herdeiros e legatários sem qualquer trabalho ou esforço deles, denota excelente índice de capacidade contributiva e extraordinária aptidão para

promover a 'progressividade', que recomenda a elevação das alíquotas na medida em que aumentar o bolo tributável, (...) (TORRES, 2005, p. 382).

### 3.6 O instituto da Usucapião

As formas para se adquirir a propriedade pode se dá de forma derivada ou originária, as derivadas são as formas de adquirir a propriedade que depende de um direito anterior, por exemplo, é quando se fala do princípio da continuidade na matéria de registro público imobiliário, é quando falamos que o lançamento de qualquer ato de registro deve dar continuidade a um registro anterior, é preciso criar um nexo entre os pontos que ligam a matrícula do imóvel, como A adquiriu a propriedade, é necessário um suporte formal para que isso ocorra. A forma originária, se comporta de maneira diferente, esta, por sua vez, é a forma de adquirir a propriedade sem relação com outro fato aquisitivo e que não depende de um direito anterior (LOBO, 2019), assim é a acessão e a usucapião.

A usucapião, como já dito, é a forma originária de aquisição da propriedade, seja da coisa móvel ou imóvel, pelo exercício da posse, nos prazos que foram estabelecidos em lei. Tem como marco temporal à época em que o Direito Romano vigia, tinha o tento de regularizar a situação daqueles que, por irregularidades no momento da aquisição dos bens, desejavam consolidar a nova situação patrimonial de acordo com as normas que eram válidas à época. Em 445 a.C, na Lei das Doze Tábuas previu o instituto, nestes termos, positivou prazo de um ano para bens móveis e de dois anos para bens imóveis.

Diferente de como muitos pensam, o instituto referido neste trabalho, não é um atentado ao direito à propriedade, mas sim, uma defesa da posse daquele que possui o domínio, uma vez que o bem foi abandono pelo proprietário, deixando que terceiro ocupe e dê funcionalidade ao bem, conferindo-lhe a sua função social e econômica relevante.

No ordenamento pátrio, o primeiro dispositivo legal que homenageou a usucapião foi a Lei de Terras, Lei de número 601, de 18 de setembro de 1850, durante o reinado de Dom Pedro II, duas semanas depois da Lei Eusébio de Queiroz, que abolia o tráfico negreiro no Brasil. A referida Lei tinha a intenção de fazer uma organização fundiária no Brasil, uma vez que haviam possuidores de



terras desde a época da colônia, e estas não eram regularizadas, com isso, dificultava para a coroa a organização fundiária, conseqüentemente, dificultando a vinda de imigrantes e inserção da nova mão de obra disponível, seja escravos libertos e imigrantes.

Diante disso, preenchido os requisitos legais, condições de tempo, continuidade e incontestabilidade, o possuidor pode transacionar, pela via judicial e extrajudicial, a regularização do seu bem, através de uma decisão judicial ou pelo Oficial de Registro Competente, sua posse *ad usucapionem*, servindo a decisão, independentemente da natureza, título para transcrição no registro de imóveis.

Existem alguns imóveis que o ordenamento jurídico veda que sejam objetos da usucapião, fala-se dos imóveis estatais, conforme artigo 183, §3º e artigo 191 da Carta Magna (1988) Transcreve-se o texto:

Art. 183. Aquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

§1º (...).

§2º (...).

**§3º. Os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião.<sup>1</sup>**

Art. 191. Aquele que, não sendo proprietário de imóvel rural ou urbano, possua como seu, por cinco anos ininterruptos, sem oposição, área de terra, em zona rural, não superior a cinquenta hectares, tornando-a produtiva por seu trabalho ou de sua família, tendo nela sua moradia, adquirir-lhe-á a propriedade.

**Parágrafo único. Os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião.<sup>2</sup>**

Ainda sobre isso, diz a Súmula 340 do Supremo Tribunal Federal: “Desde a vigência do Código Civil, os bens dominicais, como os demais bens públicos, não podem ser adquiridos por usucapião.<sup>3</sup>

### 3.7 Elementos da Usucapião

São elementos da Usucapião a posse, a continuidade e a consumação do tempo legal. O principal elemento da usucapião é a posse, sem a posse não há

<sup>1</sup> [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)

<sup>2</sup> [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)

<sup>3</sup> <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula340/false>

continuidade e não há a consumação do tempo, é a posse a pedra angular do instituto. A posse da usucapião é diferente da posse que o proprietário faz jus, é a posse propriamente dita, é quando o indivíduo está a fruir e usufruir da coisa.

Insta ressaltar a importância da continuidade da posse, uma vez que é impreterível ela ser contínua, não podendo sofrer nenhum tipo de interrupção, caso ocorra qualquer impedimento do tempo a ser decorrido, contará apenas a última parte temporal para a aferição da continuidade.

Neste contexto, a posse é indispensável para a configuração da usucapião, é impreterível que esta seja contínua, mansa e pacífica, eivada do “*animus domini*”, ou seja, o possuidor tem a vontade de dominar, de possuir, adquirir o bem como se de fato fosse de sua propriedade, sem qualquer oposição.

O tempo é outro elemento necessário para a aquisição da propriedade, este, por sua vez, depende dos prazos da modalidade de usucapião, podendo variar de 2 a 15 anos, insta ressaltar que o tempo pode ser adquirido no período do procedimento, extrajudicial ou judicial, que decidirá sobre a usucapião.

Destarte, além do tempo e da posse, é necessário que a coisa a ser usucapida seja hábil, ou seja, só se pode apropriar de coisas inseridas no comércio, é insuscetível de usucapião os direitos pessoais, bem agravados com cláusula de inalienabilidade, bem indivisíveis, bens de incapazes e bens de uso comum e especial, dentro outros.

### 3.8 Justificativas para a Usucapião

Existem várias teorias que visam justificar o referido instituto, elas consistem em: 1) punir o titular do bem pela inércia em relação a propriedade; 2) Segurança jurídica e estabilidade das relações jurídicas; 3) função social da posse ou da propriedade.

### 3.9 Modalidades

Existem várias modalidades da usucapião, uma delas é a extraordinária, que apesar do nome, é a que melhor corresponde a intenção do instituto, ela não

depende de outro requisito além da posse contínua no tempo, não sendo óbice a má-fé. Outra modalidade é a usucapião ordinária, consiste na soma do requisito da posse contínua no tempo, “boa-fé” e justo título, por fim, fala-se da usucapião especial, são aquelas que abrangem situações específicas, singulares, que não se incluem nas hipóteses anteriores.

### 3.9.1 Usucapião Extraordinária e Ordinária

O antigo ordenamento civil brasileiro dizia que o prazo para usucapião era de trinta anos, depois houve a Lei 2.437/1955 que diminuiu o prazo para vinte anos. Com o Código Civil de 2002, quedou-se diminuir ainda mais o prazo para quinze anos. A redução que se sucedeu de forma progressiva, está diretamente ligada ao aumento do fluxo de informações que ocorre entre o quase um século entre o código de 1916 e o código de 2002, não se justificando, diante disso, que se esperasse tanto tempo para a aquisição da propriedade. Além disso, com essa diminuição, contemplou a função social da propriedade, que foi consolidada por meio de nossa constituição cidadã, e dos demais dispositivos legais. O nome Extraordinário, reflete que esta modalidade se difere dos demais tipos, uma vez que esta circunstância dispensa o justo título, a boa fé e demais requisitos especiais.

Neste contexto, dão suporte fático necessários para a aquisição da propriedade: a) posse contínua, esta independe da boa-fé ou má-fé; b) cumprimento do período de quinze anos, não se exigindo a boa-fé ou outro critério especial.

É dito que o tempo é diminuído para dez anos, quando o possuidor tiver estabelecido a sua moradia no imóvel, ou tiver nele realizado obras ou serviços de melhoria, é o tipo de usucapião chamada de posse-trabalho.

DIREITOS REAIS. USUCAPIÃO EXTRAORDINÁRIO. POSSE PARCIALMENTE EXERCIDA NA VIGÊNCIA DO CÓDIGO CIVIL DE 1916. APLICAÇÃO IMEDIATA DO ART. 1238, § ÚNICO, DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. INTELIGÊNCIA DA REGRA DE TRANSIÇÃO ESPECÍFICA CONFERIDA PELO ART. 2029. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO EM PARTE E, NA EXTENSÃO, PROVIDO. 1. Ao usucapião extraordinário qualificado pela “posse-trabalho”, previsto no art. 2.028 (regra geral), mas sim a do art. 2.029, que prevê forma específica de transição dos prazos do usucapião dessa natureza. 2. O art. 1.238, § único, do CC/02, tem aplicações imediatas às posses ad usucapionem já iniciadas, “qualquer que seja o tempo transcorrido” na vigência do Código anterior, devendo apenas ser respeitada a

fórmula da transição, segundo a qual serão acrescidos dois anos ao novo prazo, nos dois anos após a entrada em vigor do Código de 2002. 3. A citação realizada em ação possessória extinta sem resolução do mérito, não tem o condão de interromper o prazo da prescrição aquisitiva. Precedentes. 4. É plenamente possível o reconhecimento do usucapião quando o prazo exigido por lei se exauriu no curso do processo, por força do art. 462 do CPC, que privilegia o estado atual em que encontram as coisas, evitando-se provimento judicial de procedência quando já pereceu o direito do autor ou de improcedência quando o direito pleiteado na inicial, delineado pela causa petendi narrada, é reforçado por fatos supervenientes. 5. Recurso especial parcialmente conhecido e, na extensão, provido. (STJ - REsp: 1088082 RJ 2008/0197154-5, Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento: 02/03/2010, T4 – QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 15/03/2010)

Sobre a usucapião chamada de posse-trabalho, ainda diz o art. 1.238, parágrafo único, do Código Civil (2002):

Art. 1.238. Aquele que, por quinze anos, sem interrupção, nem oposição, possuir como seu um imóvel, adquire-lhe a propriedade, independentemente de título e boa-fé; podendo requerer ao juiz que assim o declare por sentença, a qual servirá de título para o registro no Cartório de Registro de Imóveis. Parágrafo único. O prazo estabelecido neste artigo reduz-se-á a dez anos se o possuidor houver estabelecido no imóvel a sua moradia habitual, ou nele realizado obras ou serviços de caráter produtivo.

Este caráter de proveito, de produtividade, não traz uma carga de valor econômico, mas sim um valor de utilidade para o imóvel urbano ou rural. Impende dizer que a lei não delimita a área na hipótese dessa redução.

Outro ponto importante, é que o prazo prescricional é dez anos para que os proprietários obstem em face ao possuidor a sua continuidade ao imóvel, todavia, após esse período, mesmo que não exista mais a pretensão de direito do proprietário, o possuidor deverá esperar o tempo de quinze anos, na referida hipótese, para adquirir a propriedade, nesta toada, cabe ao proprietário esperar algum fator impeditivo que interrompa o prazo da usucapião.

Sobre a usucapião ordinária, esta exige o requisito da posse contínua, o tempo, a boa-fé e o justo título. A boa-fé e o justo título são cumulativos. Pode haver o justo título sem boa-fé, ou boa-fé sem justo título, todavia, para fins da usucapião ordinária, se faz necessário estes dois elementos.

Nas palavras de Paulo Lôbo (2019), sobre a boa-fé, ele diz:

Considera-se a boa-fé, para fins da usucapião ordinária, a conduta do possuidor que desconhece a existência do direito de quem se apresenta como proprietário, ou que desenvolve a convicção de exercer direito próprio. É boa-fé da aparência. (p.148)

Em suma, a boa-fé do possuidor é verificável na conduta do referido em relação ao imóvel, desse modo, é perfeitamente verificável o *animus domine*, é tratar a coisa como se de fato fosse sua, sem ter conhecimento da existência de proprietário.

No que diz respeito ao justo título, este é a justa causa da posse, ou a causa necessária, ou suficiente para a aquisição da propriedade. Para a finalidade da usucapião, ela está relacionada ao modo de como foi adquirida a propriedade.

USUCAPIÃO. JUSTO TÍTULO. PROMESSA DE COMPRA E VENDA. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça reconhece como justo título, hábil a demonstrar a posse, o instrumento particular de compromisso de venda e compra. (TRF-4-AC:50064997420124047200 SC 5006499-74.2012.4.04.7200, Relatora: MARIA LÚCIA LUZ LEIRIA, Data de Julgamento: 25/07/2012, TERCEIRA TURMA)

O que se viu no julgado acima, é um dos exemplos do justo título, a promessa de venda e compra, doação particular, testamento, a sentença judicial, cessão de direitos possessórios, entre outras modalidades que seja um ato jurídico hábil, em tese, a transferir a propriedade que independe do conhecimento do Registro de Imóveis; vale ressaltar que o título tem que ser contemporâneo a posse, uma vez que este é a fonte da própria, entretanto, admite-se um título posterior, mas conta-se o tempo a partir da data posterior.

A usucapião ordinária pode diminuir para cinco anos, caso o registro imobiliário seja invalidado posteriormente, e o possuidor tenha estabelecido no imóvel a sua moradia, ou realizado melhorias de repercussão econômica, ou seja, se o possuidor tiver cumprido a função social, atribuindo ao imóvel utilidade, fazendo uma conurbação entre o interesse público e social.

### 3.9.2 Usucapião Especial Urbana: Individual ou Coletiva

O Estatuto das Cidades, Lei 10.527/2001, veio consagrar normas de direito público referente a regularização do espaço urbano, todavia, não deixou de lado questões sobre o direito dos particulares, refletiu sobre a relação entre propriedade e propriedade-moradia; dentro deste dispositivo legal, foi-se instituído a modalidade da usucapião especial urbana, que também está prevista no artigo 183 da Constituição.

O regramento diz que o possuidor que detiver uma edificação urbana de até 250m<sup>2</sup>, adquire a propriedade passado cinco anos da posse. Os requisitos para essa modalidade é: a) área inferior ou igual a 250m<sup>2</sup> do terreno ou da edificação; b) posse contínua, de ao menos, cinco anos; c) uso exclusivo para a moradia; d) inexistência de título de propriedade sobre outro imóvel.

É notável a proteção que as normas dão a moradia, o possuidor deve provar que utiliza aquele espaço para a sua moradia; o legislador sabiamente, a fim de evitar especulação imobiliária e enriquecimento sem causa, proibiu que a mesma pessoa possa obter mais de uma vez o benefício dessa modalidade de usucapião.

Assim diz o artigo 10 do Estatuto das Cidades (2001):

Art. 10. Os núcleos urbanos informais existentes sem oposição há mais de cinco anos e cuja área total dividida pelo número de possuidores seja inferior a duzentos e cinquenta metros quadrados por possuidor são suscetíveis de serem usucapidos coletivamente, desde que os possuidores não sejam proprietários de outro imóvel urbano ou rural.

Conforme o dispositivo legal, é requisito para a usucapião especial urbana: a) existência, há mais de cinco anos e sem oposição, de núcleo urbano informal; b) área não superior a 250m<sup>2</sup>, por possuidor, considerando a área total do núcleo urbano informal, dividida pelo número de possuidores; c) não ser, o possuidor, proprietário de outro imóvel urbano ou rural. Destaca-se que cada possuidor, de forma individual, soma à sua posse a posse do antecessor, desde que tenha havido a continuidade.

AÇÃO DE USUCAPIÃO DE IMÓVEL URBANO. Aquisição do imóvel usucapiendo do antigo possuidor em 01.11.2011. Pretensão de união (somatória) das posses. Imóvel não possui matrícula junto ao CRI. Ausência de manifestação dos confrontantes e eventuais interessados. Fazendas

Federal, Estadual e Municipal não manifestaram interesse na lide. Prova ora. Sentença de improcedência. Apela os autores, alegando que há documento público descrevendo sequência de posseiros do imóvel; pertinência da somatória das posses, capazes de ensejar o reconhecimento da prescrição aquisitiva; há prova da inexistência de reivindicação da posse ou da propriedade por terceiros; se trata de área sem abertura de matrícula, o que dificulta a produção de prova documental; inexistência de impugnação. Descabimento. Usucapião. Aquisição do imóvel 01.01.2011 e propositura da ação em 28.03.2014. Reconhecimento de que os documentos acostados não se prestam a comprovar a possibilidade da somatória das posses anteriores. Ausência de demonstração de que as posses seriam contínuas, não contestadas e exercidas com animus domini. Inexistência da demonstração da existência de vínculo entre a cadeia de possuidores. Prova oral nem sequer teceu considerações acerca dos antigos possuidores. Recurso improvido. (TJ-SP 00013713920148260218 SP 0001371-39.2014.8.26.0218, Relator: James Siano, Data de Julgamento: 03/05/2018, 5ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação:03/05/2018)

### 3.9.3 Usucapião entre Cônjuges e Companheiros

A Lei 12.424/2011 introduziu no Código Civil o artigo 1.240-A, que diz:

Art. 1.240-A. Aquele que exercer, por 2 (dois) anos ininterruptamente e sem oposição, posse direta, com exclusividade, sobre imóvel urbano de até 250m<sup>2</sup> (duzentos e cinquenta metros quadrados) cuja propriedade divida com ex-cônjuge ou ex-companheiro que abandonou o lar, utilizando-o para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio integral, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

O sentido da palavra abandono, faz referência a uma situação de fato, em que o ex-cônjuge ou ex-companheiro abandona o lado, fato este que independe de culpa. Basta que haja o distanciamento físico, e quem abandonou deixe de arcar com os seus deveres com o grupo familiar, a finalidade da lei é proteger este núcleo, garantir segurança a família presente na moradia. Não importa que o cônjuge ou o companheiro abandonado tenha dado causa, pois, a lei não tem propósito punitivo. O ponto que difere da Usucapião especial urbana é o tempo de posse, este diminui para dois anos.

APELAÇÃO CÍVEL – Usucapião familiar, com fundamento no artigo 1.240-A do Código Civil – Extinção do feito, sem resolução do mérito, afastada – Memorial descritivo que não é documento essencial ao ajuizamento da ação de usucapião na modalidade familiar – Propriedade demonstrada pela matrícula – Requisito temporal (2 anos) e prova de abandono do lar por um dos cônjuges que são suficientes, o que deverá ser verificado pelo Juízo monocrático após regular instrução – sentença anulada – apelo provido.

(TJ-SP – AC: 40068455320138260477 SP 4006845-53.2013.8.26.0477, Relator: José Carlos Ferreira Alves, Data de Julgamento: 27/05/2020, 2ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 27/05/2020)

#### 3.9.4 Usucapião Extrajudicial

Essa modalidade ocorre mediante requerimento ao oficial de registro do cartório de registro de imóveis da comarca competente, a parte interessada precisa estar acompanhada de advogado, conforme as disposições do artigo 1.071 do Código de Processo Civil (2002) vigente:

Art. 1.071. O Capítulo III do Título V da Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973 (Lei de Registros Públicos), passa a vigorar acrescida do seguinte art. 216-A: (Vigência)

Art. 216-A. Sem prejuízo da via jurisdicional, é admitido o pedido de reconhecimento extrajudicial de usucapião, que será processado diretamente perante o cartório do registro de imóveis da comarca em que estiver situado o imóvel usucapiendo, a requerimento do interessado, representado por advogado(...).

Além do requerimento dirigido ao oficial de registro competente pela área que o imóvel está inserido, o pedido precisará ser acompanhado de Ata Notarial lavrada pelo Tabelião que atesta o tempo de posse do requerente e seus antecessores, conforme as especificidades de cada caso. A ata notarial não é uma escritura declaratório, conforme o artigo 384 do Código de Processo Civil, ela tem a função de transpor ao instrumento público a realidade dos fatos, o Tabelião de Notas, ou seus prepostos, no ato de realização da ata, procederão da melhor forma para verificação dos fatos, fazendo diligências ao local, falando com a vizinhança, analisando documentos que comprovem o tempo de posse, colocando em ata notarial tudo aquilo que foi atestado.

Outro documento exigido pela legislação, é a planta e memorial descrito, se possível, este contendo a anuência dos confrontantes titulares dos direitos reais, caso não conste a assinatura dos confrontantes, o oficial que procederá com o procedimento da usucapião fará diligências ele próprio para atestar os fatos, ou enviará carta registrada para a anuência expressa, em caso de silêncio dos confrontantes, levará em conta que eles anuíram tacitamente, Caso o imóvel for de unidade autônoma, basta a notificação do síndico, para que este se manifeste.



Ainda se exige que sejam apresentadas certidões negativas dos distribuidores da comarca, e se tiver, a comprovação do justo título.

Este procedimento vem nessa nova onda de desjudicialização dos atos, transferindo para os Tabelionato de Notas a responsabilidade sobre alguns atos que antes só ocorria nas vias judiciais, todavia, no caso da usucapião, o Provimento 65 do CNJ, especializa para as Serventias Extrajudiciais a documentação necessária para o procedimento da Usucapião Extrajudicial, que são: a) ata notarial lavrada pelo tabelião do município da localização do imóvel, que deve atestar a descrição, o tempo e as características da posse, a forma de aquisição da posse, a modalidade de usucapião pretendida, o valor do imóvel, outras informações necessária pelo tabelião, como o depoimento de testemunhas e confrontantes; b) planta a memorial descritivo assinados por profissional legalmente habilitado; c) apresentação de certidões negativas dos distribuidores forenses da situação do imóvel, para saber da existência de ações relativas ao imóvel; d) procuração outorgada ao advogado deve conter poderes específicos. Destarte, a existência de ônus reais, ou qualquer outro gravame na matrícula do imóvel, não impede o reconhecimento da usucapião, além disso, Paulo Lôbo (2019, p. 147) diz que “não é cabível o ITBI (Imposto de Transmissão de bens imóveis), pois é aquisição originária”.

AGRAVO DE INSTRUMENTO - AQUISIÇÃO DE IMÓVEL POR USUCAPIÃO – ITBI – NÃO-INCIDÊNCIA. Sendo o usucapião forma originária de aquisição, não está sujeito ao Imposto Sobre Transmissão de Bens Imóveis. Agravo Improvido. (TJ-MG 1756147 MG 1.0000.00.175614-7/000(1), Relator: JOSÉ FRANCISCO BUENO. Data de Julgamento: 25/05/2000, Data de Publicação: 09/06/2000)

### 3.9.5 Procedimento da Usucapião

O código civil, em seu artigo 1.241 diz:

Art. 1.241. “Poderá o possuidor requerer ao juiz seja declarada adquirida, mediante usucapião, a propriedade imóvel.

Parágrafo único. A declaração obtida na forma deste artigo constituirá título hábil para o registro no Cartório de Registro de Imóveis.

Portanto, o possuidor imbuído da posse ad usucapionem, tem legitimidade para ajuizar ação declaratória na comarca em que o imóvel está situado. A ação deverá expor a fundamentação do pedido, juntamente com a planta da área que pretende ter declarada a aquisição da propriedade usucapienda, de acordo com as disposições do artigo 216-A, inciso II, da Lei 6.015/73, LRP - Lei dos Registros Públicos. Transcreve-se o texto:

Art. 216-A. Sem prejuízo da via jurisdicional, é admitido o pedido de reconhecimento extrajudicial de usucapião, que será processado diretamente perante o cartório do registro de imóveis da comarca em que estiver situado o imóvel usucapiendo, a requerimento do interessado, representado por advogado, instruído com: I – (...) II - planta e memorial descritivo assinado por profissional legalmente habilitado, com prova de anotação de responsabilidade técnica no respectivo conselho de fiscalização profissional, e pelos titulares de direitos registrados ou averbados na matrícula do imóvel usucapiendo ou na matrícula dos imóveis confinantes.

São considerados legitimados passivos na ação de usucapião, o indivíduo que possui seu nome na matrícula do imóvel, na ausência deste, deve-se juntar uma certidão negativa de propriedade emitida pelo Registro Geral de Imóveis (RGI) da comarca; outros indivíduos que podem figurar com polo passivo é os confinantes, que deverão ser citados, conforme a lei, em caso de não citação, seja pessoalmente ou por edital, o processo de usucapião é passível de nulidade. Soma-se a isso a necessidade de intimar a Fazenda Pública da União, dos Estados e dos Municípios, conforme o §3º do Art. 216-A da Lei 6015/73.

Os casos em que envolver pessoas casadas, como polo passivo ou polo ativo, deverá o cônjuge ser interveniente no ato, sob pena de nulidade, em consonância do artigo 73, § 1º, do Código de Processo Civil: “ambos os cônjuges serão necessariamente citados para a ação: I – que verse sobre direito real imobiliário, salvo quando casados sob o regime de separação absoluta de bens”.

Impende falar sobre o valor da causa, na ausência de regra processual evidente, se adota o mesmo critério das ações reivindicatórias, uma vez que o valor da ação corresponderá ao valor de avaliação da área ou do bem do objeto pedido. Não obstante, devido à natureza da ação, bem como a similaridade no objeto, que é o reconhecimento do domínio.

O Ministério Público deverá intervir nas discussões de relevante interesse social, em conformidade com o artigo 178, I, do CPC. Transcreve-se o texto:

*Art. 178. O Ministério Público será intimado para, no prazo de 30 (trinta) dias, intervir como fiscal da ordem jurídica nas hipóteses previstas em lei ou na Constituição Federal e nos processos que envolvam:  
I - interesse público ou social.*

Destarte, no fim do procedimento da usucapião, seja ele judicial ou extrajudicial, temos uma sentença declaratória, quando a via reconhecimento for judicial, ou, o reconhecimento pela via extrajudicial, findando com a abertura da matrícula do imóvel.

USUCAPIÃO EXTRAORDINÁRIO – POSSE MANSA, PACÍFICA E COM ANIMUS DOMINI – PROVA INDUVIDOSA DESSES PRESSUPOSTOS – CONSERVAÇÃO DA POSSE, ADEMAIS, PELO SIMPLES FATO DE DISPOR DA COISA – DOMÍNIO PÚBLICO – PROVA INEXISTENTE – REGISTRO IMOBILIÁRIO SUPERADO PELA POSSE AD USUCAPIONEM – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – SENTENÇA DECLARATÓRIA – ART. 20, § 4º., CPC – AÇÃO PROCEDENTE – RECURSO PROVIDO EM PARTE. “Uma vez operada a usucapião, só se pode alegar direito de domínio invocando-se outro título de aquisição, e não o título ou os títulos que a usucapião superou” (Pontes de Miranda). A sentença proferida na ação de usucapião é de natureza declaratória, como tal, a verba honorária deve ser arbitrada conforme dispõe o §4º., do art. 20, do Código de Processo Civil. (TJ-SC-AC: 473715 SC 1988.047371-5, Relator: Alcides Aguiar, Data de Julgamento: 06/02/1992, Segunda Câmara de Direito Comercial, Data de Publicação: DJJ: 8.442DATA: 17/02/92PAG: 12)

#### **4. Análise do Artigo 3º, Inciso V, da Lei 5.123 de 1989 do Estado da Paraíba**

Após a exaustiva explanação sobre os princípios do direito tributário e sobre a natureza, modalidades e procedimento da usucapião, vamos adentrar a seara sobre a inconstitucionalidade sobre a incidência ou não do ITCMD sobre os procedimentos da usucapião. Vimos que a usucapião é uma das formas de aquisição originária de propriedade, vimos que ela se origina não de um negócio jurídico antecedente, mas sim de situações fáticas que fará do possuidor proprietário do bem usucapido, não há uma transmissão de propriedade, ainda assim, entendeu o legislador estadual que as sentenças declaratórias da usucapião ou o reconhecimento extrajudicial, são fatos geradores para a incidência do ITCMD. Adiante, veremos sobre a competência

tributária, as hipóteses de incidência e a (in)constitucionalidade do inciso V, art. 3º, da Lei 5.113/89.

#### 4.1 A autorização constitucional sobre competência tributária

É dito que competência tributária é a possibilidade dada pela Constituição Federal aos entes federativos para que estes instituam em seus territórios determinados tributos, diante disso, com a autorização constitucional, o ente federativo pode, através de lei *stricto sensu*, instituir o tributo em seu território. Em suma, a constituição não cria qualquer tributo, ela autoriza a seus entes a fazer isso. Por se revestir de um valor de faculdade, o ente pode, ou não, instituir o tributo, todavia, esses tributos arrecadados são essenciais para a composição do orçamento dos Estados, Municípios e Distrito Federal. Além dessa faculdade, a doutrina diz que a competência é indelegável, intransferível, inalterável e irrenunciável. Como diz Eduardo Sabbag (2019):

A competência tributária é a habilidade privativa e constitucionalmente atribuída ao ente político para que este, com base na lei – e imprescritivelmente –, proceda à instituição da exação tributária. Com efeito, esse exercício pode ocorrer a qualquer tempo, o que dota a competência tributária de imprescritibilidade (p.425).

Como já dito, reforça-se em dizer que, a competência tributária apresenta cinco características, que são: indelegabilidade, facultatividade, incaducabilidade, inalterabilidade e irrenunciabilidade.

##### 4.1.1 Indelegabilidade

O ente federado não pode delegar a sua competência tributária, quer no todo ou em parte, para nenhum outro ente, mesmo que isso se faça por meio de lei. Impende mencionar que a competência tributária é umbilicalmente ligada à criação e majoração de tributos, e, portanto, tal cláusula é exclusiva para os referidos atos. A capacidade tributária que corresponde a um lado mais operacional da arrecadação, ou seja, a função administrativa de arrecadar, fiscalizar tributos e executar leis,

podem ser delegados. Em conformidade a isso, diz o art. 7º e seus parágrafos do Código Tributário Nacional, Lei 5.172/1966. Transcreve-se o texto:

Art. 7º A competência tributária é indelegável, salvo atribuição das funções de arrecadar ou fiscalizar tributos, ou de executar leis, serviços, atos ou decisões administrativas em matéria tributária, conferida por uma pessoa jurídica de direito público a outra, nos termos do § 3º do artigo 18 da Constituição.

§ 1º A atribuição compreende as garantias e os privilégios processuais que competem à pessoa jurídica de direito público que a conferir.

§ 2º A atribuição pode ser revogada, a qualquer tempo, por ato unilateral da pessoa jurídica de direito público que a tenha conferido.

§ 3º Não constitui delegação de competência o cometimento, a pessoas de direito privado, do encargo ou da função de arrecadar tributos.

DIREITO TRIBUTÁRIO. APELAÇÃO CÍVEL E REMESSA EX OFFICIO. ANOTAÇÃO DE RESPONSABILIDADE TÉCNICA – ART. TAXA. FIXAÇÃO DE CRITÉRIO E VALORES, QUE À LUZ DA LEI Nº 6.496/77, DEVEM SER FIXADOS POR RESOLUÇÃO DO CONSELHO FEDERAL DE ENGENHARIA, ARQUITETURA E AGRONOMIA - CONFEA. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. ART. 150, DA CRFB E ART. 97, DO CTN. INDELEGABILIDADE DA COMPETÊNCIA TRIBUTÁRIA. ART. 7º DO CTN. DESPROVIMENTO DO APELO E DA REMESSA NECESSÁRIA. I – A Lei nº 6.496/77 em seu art. 2º, §2º, ao estabelecer que o CONFEA fixará os critérios e valores das taxas da ART ad referendum do Ministério do Trabalho, violou o princípio da legalidade esculpido no art. 150, da Magna Carta e no art. 97, do CTN, bem como afrontou o art. 7º, do CTN, ao **delegar competência legislativa tributária ao Conselho Profissional (grifo nosso)**. II – As resoluções que regulamentam o referido dispositivo não devem ser observadas. III – Desprovimento da apelação e da remessa necessária.

(TRF – 2 – AC: 200202010097446 RJ 2002.02.01.009744-6, Relator: Desembargadora Federal LANA REGUEIRA, Data de Julgamento: 11/05/2010, QUARTA TURMA ESPECIALIZADA, Data de Publicação: E-DJF2R - Data: 10/06/2010 – Página: 244)

#### 4.1.2 Facultatividade

O exercício do poder que é atribuído aos entes não é uma obrigação, imposição, mas sim uma faculdade, como já dito, os entes não estão obrigados a instituir os tributos, tal posicionamento está balizado no artigo 145 da Constituição Federal de 1988:

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

I – impostos;

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 à sua disposição;

III – contribuição de melhoria, decorrente de obras públicas.

A Constituição Federal coloca à disposição dos entes federados a possibilidade de instituir ou não o tributo, eles deverão decidir a respeito conforme as suas necessidades e conveniências civis, políticas e econômicas. Importante mencionar que isso faz parte do planejamento fiscal, auxiliando na gestão do ente federado, que administrará toda a arrecadação e previsão dos tributos, sendo defeso ao ente federado a transferência voluntária para outros entes que deixarem de instituir os impostos de sua competência. Por inferência lógica, se o ente possui autorização para criar um imposto e não o faz, é presumido que o referido ente não necessite da receita, não faz falta aos seus cofres o montante não arrecadado, e consequentemente, entende-se que está renunciando um meio pelo qual poderia suprir uma potencial carência.

#### 4.1.3 Incaducabilidade

Consiste em ser o direito que assiste o ente federado em instituir tributo a qualquer tempo, não estando submetido a prazo. O não exercício imediato da competência tributária não põe obstáculos a que a pessoa política venha a exercê-lo em momento ulterior.

#### 4.1.4 Inalterabilidade

A competência tributária não pode ser alterada por qualquer norma legal ou infralegal, a Constituição Federal põe limites na criação dos tributos, sendo assim, não podendo ser alterada por nenhuma norma infralegal, todavia, se faz necessário ressaltar que as Emendas Constitucionais tem o condão de alterar a competência tributária, como por exemplo, a mudança da Contribuição para custeio do serviço de iluminação pública, conforme Emenda Constitucional nº 39/2002, que possui o seguinte teor:

Art. 1º A Constituição Federal passa a vigorar acrescida do seguinte art. 149-A:

"Art. 149-A Os Municípios e o Distrito Federal poderão instituir contribuição, na forma das respectivas leis, para o custeio do serviço de iluminação pública, observado o disposto no art. 150, I e III.

Parágrafo único. É facultada a cobrança da contribuição a que se refere o caput, na fatura de consumo de energia elétrica."

Art. 2º Esta Emenda Constitucional entra em vigor na data de sua publicação.

#### 4.1.5. Irrenunciabilidade

A competência tributária, apesar de ser facultada, é irrenunciável. O ente federal não poderá renunciar esse direito em detrimento de outro, é matéria de direito público constitucional.

#### 4.2 O exercício da Competência Tributária

Os entes federados, via de regra, por Lei Ordinária, irão exercer o seu poder em tributar, instituir e majorar tributos. Todavia, há quatro exceção quanto a essa regra, que são a Contribuição Social Residual, presente no artigo 195, §4º; Empréstimo Compulsório, no artigo 148; Imposto sobre grandes fortunas, no artigo 153, IVV; e o Imposto Residual, presente no artigo 154, I, todas as disposições legais citadas estão presente na Constituição Federal de 1988.

Outro ponto extraordinário a regra do exercício da competência tributária é que de acordo com o texto constitucional, disposição presente no art. 62, §2º, a Medida Provisória poderá ser utilizada em determinados casos para o exercício da competência tributária, desde que preencha alguns requisitos, que são: a) o imposto deve ser instituído por meio da regra geral, Lei Ordinária, pois, dentro do contexto do art. 62, §1º, III, diz que é vedado a que Medida Provisória verse sobre matéria de Lei Complementar; b) que a Medida Provisória que promoverá as alterações tributárias, deverá ser convertida em lei até o final do exercício financeiro, para que ela possa produzir os seus devidos efeitos; c) excetua-se a regra anterior os seguintes impostos: IEG, II, IE, IOF e IPI.

### 4.3 Hipótese de Incidência do ITCMD

O ITCMD é um dos impostos mais antigos na história da tributação (SABBAG, 2019, P.1276), existem relatos que na Roma antiga, sob a forma de vigésima sobre a herança. Até a Constituição Federal de 1988, o Imposto de Transmissão Inter Vivos e o Imposto de Transmissão causa mortis (heranças e legados, em virtude do falecimento do titular dos bens), faziam parte do rol de impostos que era da Competência dos Estados. Desde que vigeu a atual Constituição, houve essa divisão, ficando a cargo dos municípios a cobrança do Imposto de Transmissão Inter Vivos (sobre as transmissões onerosas) e o para os estados, o Imposto de Transmissão causa mortis e doação (sobre as transmissões gratuitas), não houve uma criação de novo imposto, apenas uma divisão do que existia.

### 4.4 Na Lei 5.123, de 27 de janeiro de 1989, do Estado da Paraíba

A lei que dispõe sobre o ITCMD no Estado da Paraíba, Lei de nº 5.123 de 27 de Janeiro de 1989, que é regulamentada pelo Decreto nº 33.341, de 27 de Setembro de 2012. Em conformidade com a Constituição Federal, a Assembleia Legislativa da Paraíba aprovou o texto legal que normatizou a cobrança do ITCMD (ITCD) em território Paraibano. Na susodita lei estão todos os seus elementos constitutivos, inclusive as hipóteses de incidência. As hipóteses estão dispostas no art. 2º e 3º da citada legislação. Transcreve-se o texto:

*Art. 2º O imposto de que trata o art. 1º incide sobre transmissão “causa mortis” e doação, a qualquer título, de:*

*I - propriedade ou domínio útil de bem imóvel;*

*II - direitos reais sobre bens imóveis;*

*III - bens móveis, títulos, créditos e respectivos direitos.*

*Parágrafo único - Para efeito desta Lei, a doação abrange:*

*a) a desistência ou renúncia de herança ou legado por ato de liberalidade que importe ou se resolva em transmissão de quaisquer bens ou direitos;*

*b) qualquer ato ou fato, não oneroso, que importe ou se resolva em transmissão de quaisquer bens ou direitos, inclusive cessão por ato de liberalidade.*

*Art. 3º Incluem-se entre as hipóteses definidas no artigo anterior, além de outras estabelecidas em regulamento:*

*I - a sucessão legítima ou testamentária de bens imóveis situados no Estado e de direitos a eles relativos;*



*II - a sucessão legítima ou testamentária de bens móveis, títulos e créditos, quando o inventário ou arrolamento se processar neste Estado;*

*III - a doação, a qualquer título, de bens imóveis e respectivos direitos e de bens móveis, títulos, créditos e direitos a eles relativos;*

*IV - a instituição de usufruto;*

***V - a sentença declaratória ou o reconhecimento extrajudicial de usucapião;***

*VI - a reversão dos bens ao patrimônio do doador ou de terceiro, por morte do donatário;*

*VII - a incorporação de bem móvel ou imóvel ao patrimônio de pessoa jurídica;*

*VIII - a transferência de bem móvel ou imóvel do patrimônio de pessoa jurídica para o de qualquer dos seus sócios, acionistas ou respectivos sucessores;*

*IX - a quota-parte que exceder ao valor da meação do patrimônio comunal em virtude da separação judicial, separação extrajudicial ou falecimento;*

*X - a divisão para extinção de condomínio, quando for recebida, por qualquer condômino, quota-parte material que excede ao valor da quota-parte ideal.*

*Parágrafo único - Nas transmissões “causa mortis” e nas doações ocorrem tantos fatos geradores distintos quantos forem os herdeiros, legatários ou donatários.*

*Parágrafo único. Nas transmissões “causa mortis” e nas doações ocorrem tantos fatos geradores distintos quantos forem os herdeiros, legatários, donatários, fiduciários e fideicomissários.*

O inciso V da legislação acima citada teve Nova redação dada ao inciso V do “caput” do art. 3º pela alínea “a” do inciso I do art. 1º da Lei nº 11.301/19, com efeitos a partir de 1º de janeiro de 2020. Através da leitura se vê que as sentenças declaratórias e reconhecimento extrajudicial da usucapião estão englobados como fatos geradores para a cobrança do imposto que já foi previamente delimitado pela Constituição Federal. É imperioso dizer que, em conformidade com o artigo 146, inciso III, alínea “a”, da CRFB/88, cabe exclusivamente à Lei Complementar estabelecer normas gerais em matéria tributária no que diz a Constituição sobre os fatos geradores. Foi dado ao ente federado a competência tributária para a instituição do referido tributo, tendo seus limites definidos constitucionalmente.

#### 4.5 Sobre a constitucionalidade do inciso V, art. 3º, da Lei 5.123/89

A Constituição Federal é suprema, ela é o pináculo do Estado Democrático de Direito, ela é a garantidora do respeito à ordem jurídica, garantidora de estabilidade social, e, ainda, garante a efetivação dos valores sociais. Soma-se a isso, que nossa Constituição Federal é formal, importa compreender que ela é norma jurídica

fundamental, dotada de rigidez e poder superior, é uma lei superior que se destaca das outras leis. A supremacia da constituição é onipresente em todo ordenamento jurídico, não há um centímetro sequer do ordenamento jurídico que ela não atinja.

Dito isso, foi visto no item anterior as hipóteses de incidência do ITCMD que dispôs a Lei Estadual que versa sobre o ITCMD, todavia, o dispositivo constitucional fala sobre a incidência do referido imposto tem gatilho nas transmissões *causa mortis* ou transmissão por doação de quaisquer bens ou direitos, definindo, portanto, o fato gerador. Há, na constituição, a determinação dos sujeitos ativos, que são os entes federados, ou seja, Estados e Distrito Federal.

Tendo sido autorizados pela Constituição Federal a instituir imposto sobre a transmissão *causa mortis* e doação de quaisquer bens ou direitos, a Assembleia Legislativa do Estado da Paraíba, como visto no item anterior, editou a Lei 5.123/89, regulamentada por meio do Decreto nº 33.341/2012. Para tanto a referida casa legislativa o fez de forma a incluir dentre os fatos geradores do ITCMD (ou ITCD) a sentença declaratória da usucapião (art. 3º, V, da lei estadual 5.123/89). (TORRES, 2018, p. 59)

Assim, a sentença declaratória de usucapião e o reconhecimento extrajudicial da usucapião, não se tratam de transmissões *causa mortis*, muito menos doação de bens ou direitos, adquirir a propriedade pela usucapião é uma forma de aquisição originária da propriedade sobre bens.

Importa lembrar das características da Competência Tributária, a inalterabilidade, que os limites referentes à criação dos tributos são determinados pela Constituição Federal, estes limites não podem ser alterados por norma infraconstitucional, soma-se a isso que, a lei de instituição do tributo deverá ser fiel à materialidade constitucionalidade posta e assim evitar invasão de competência tributária.

Destarte, é notório a inconstitucionalidade do inciso V, artigo 3º da Lei 5.123/89, uma vez que desobedece a Norma Maior, tributando fato não autorizado pela referida, que seja a aquisição de forma originária da propriedade.

Isto posto, buscou-se na doutrina e jurisprudência sobre o tema abordado, tema aguçado na experiência profissional no âmbito das Serventias Extrajudiciais, uma vez que estas são obrigadas a observar nos atos notarias o recolhimento dos

impostos necessários à prática do ato, podendo apenas se recusar a não fiscalizar a cobrança do imposto, mesmo que seja uma flagrante afronta ao texto Constitucional, se existir norma que o vincule a fazer isso. É imperioso dizer que, isto é uma novidade da Legislação Estadual Paraibana, uma vez que os demais entes federados que possuem a competência tributária para a cobrança do ITCMD, não utilizam do mesmo artifício para tributar a usucapião.

Aos Estados, coube a tributação das transmissões de bens e direitos de forma gratuita, cabendo a tributação das transmissões de bens e direitos de forma onerosa, aos municípios. Dessarte, quando a Assembleia Legislativa editou o dispositivo debatido neste trabalho, que diga ser, inciso V, artigo 3º, da Lei 5.123/89, extrapolou a competência que o ente para tributar.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em consonância com o exposto no presente trabalho, viu-se sobre a matéria tributária os seus princípios e normas, que estão previstos na Constituição Federal, estes elementos, são os balizadores da constitucionalidade, e com eles, será debatido todo o assunto sobre a inconstitucionalidade do dispositivo aqui posto à mesa. Os dispositivos Constitucionais foram violentados pela legislação estadual da Paraíba, quando o legislativo estadual, propôs e votou norma em desacordo com a constituição. Ficou evidente que a incidência do ITCMD está reservada a transferência que teve origem na causa morte ou doação, ou seja, de forma gratuita.

Desse modo, ao se falar da usucapião, que é um meio de aquisição originária da propriedade, quando o possuidor, aquele que detém a posse da coisa, reivindica a propriedade da coisa detida, fica evidente que não há uma transmissibilidade, não é uma continuidade na história do imóvel, uma vez que não há um nexo causal entre o antigo proprietário e o usucapiente, e assim, não é verificável uma transmissão de propriedade conforme o que já foi dito pelas normas constitucionais. Assim, não poderia o Estado da Paraíba, diante da sua Competência Tributária, prevê fato gerador diferente do que foi estabelecido pela Constituição, sendo assim, deveria ser revogado o inciso V, do art. 3º, da Lei 5.123/89 do Estado da Paraíba.

É importante que o referido dispositivo que está eivado de inconstitucionalidade seja revisto, uma vez que torna mais oneroso as aquisições através de usucapião, que diante do exposto, já é um processo que é deveras custoso, onde o usucapiente, paga custas processuais, ou se não for o caso, deverá pagar documentos que ajudem na instrução processual, doutro lado, no procedimento extrajudicial, o usucapiente, despenderá de quantia igualmente custosa, uma vez que além dos documentos que auxiliarão o oficial de registro a decidir sobre a usucapião, deverá ainda gastar com Ata Notarial, que conforme o Código de Normas Extrajudicial da Paraíba, para esses casos da Usucapião, deverão ser cobrados conforme Escritura de Valor Declarado, dificultando, aos mais humildes, o acesso à propriedade e a moradia digna.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>.

Acesso em: 05 ago 2021.

BRASIL. **Lei n.º 6.015, de 31 de dezembro de 1973**. Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências.

BRASIL. **Lei n.º 5.172, de 25 de outubro de 1966**. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios.

BRASIL. **Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. ADI nº 712-2 /DF. Relator. CELSO DE MELLO. Disponível em:

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=346554>>.

Acesso em: 16 out. 2021.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. ADI nº 939 /DF. Relator. SYDNEY SANCHES. Disponível em:

<<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266590>>.

Acesso em: 16 out. 2021.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. AgR-RE nº 542.485. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3477266>>.

Acesso em: 17 nov 2021.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial 1088082 RJ 2008/0197154-5. Relator: Luis Felipe Salomão – Quarta Turma. **Diário de Justiça**, Brasília, 15 mar. 2010. Disponível em: <

<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8573445/recurso-especial-resp-1088082-rj-2008-0197154-5/inteiro-teor-13668630>>. Acesso em: 7 set 2021.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Súmula nº 340. Disponível em: <

<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula340/false>>. Acesso em: 22 out 2021.

CARRAZZA, R. A. Vigência e aplicação das leis tributárias. In: MARTINS, I. G. da S. **Curso de direito tributário**. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p.104.

CARVALHO, P. de B. **Curso de direito tributário**: 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

ITCMD. **Imposto sobre transmissão causa mortis e doação**. [S. l.], 1 set. 2011.

Disponível em:

<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-tributario/itcmd-imposto-sobre-transmissao-causa-mortis-e-doacao/>. Acesso em: 19 nov. 2021.

LÔBO, P.. **Direito Civil**: volume 4: Coisas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

MORAIS, A. de. **Direito Constitucional**. 23.ed, São Paulo: Gen Atlas, 2021.

PARAÍBA. **Lei nº 5.123, de 27 de janeiro de 1989**. Institui o Imposto sobre Transmissão “Causa Mortis” e Doação de Quaisquer Bens ou Direitos, e dá outras providências.

PARAÍBA. **PROVIMENTO nº 003, de 26 de janeiro de 2015**. Institui o Código de Normas Judicial e Extrajudicial da Corregedoria-Geral do Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba e dá outras providências.

SABBAG, E. **Manual de direito tributário**: 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

TARTUCE, F. **A usucapião especial urbana individual por abandono do lar ou usucapião familiar** - Algumas polêmicas. [S. l.], 29 set. 2021. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/familia-e-sucessoes/352327/a-usucapiao-especial-urbana-individual-por-abandono-do-lar>. Acesso em: 19 nov. 2021.

TJ-MG. **Agravo de Instrumento**. TJ-MG 1756147 MG 1.0000.00.175614-7/000(1), Relator: JOSÉ FRANCISCO BUENO, Data de Julgamento 25 mai 2000, Diário de Justiça 25 mai 2000, Disponível em: <https://www.tjmg.jus.br/portal-tjmg/jurisprudencia/>. Acesso: 05 nov 2021.

TJ-SC. **Apelação Cível**: 473715 SC 1988.047371-5, Relator: Alcides Aguiar - Segunda Câmara de Direito Comercial, Data de Julgamento: 06 fev 1992, Diário de Justiça: 17 fev 1992 . Disponível em: <https://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/3752441/apelacao-civel-ac-473715> >. Acesso: 15 nov 2021.

TJ-SP. **SP 0001371-39.2014.8.26.0218**, Relator: James Siano - 5ª Câmara de Direito Privado, Data de Julgamento: 03 mai 2018, Diário de Justiça 03 mai 2018, Disponível em <https://trf-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/899120773/apelacao-civel-ac-50143567420124047200-sc-5014356-7420124047200>>. Acesso: 05 out. 2021.

TJ-SP . **Apelação Cível**. 40068455320138260477 SP 4006845-53.2013.8.26.0477, Relator: José Carlos Ferreira Alves, Relator: James Siano - 2ª Câmara de Direito Privado, Data de Julgamento: 27 mai 2018, Diário de Justiça 27 mai 2020, Disponível em: <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/897978721/apelacao-civel-ac-40068455320138260477-sp-4006845-5320138260477/inteiro-teor-897978751?ref=serp> >. Acesso: 05 out. 2021.

TORRES, R. L. **Curso de Direito financeiro e tributário**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p.382.

TORRES, T. G. O. **Análise acerca da (in)constitucionalidade do inciso V, artigo 3º da lei nº. 5.123 do Estado da Paraíba.** 2018. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharel em Direito) - UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE - UFCG, [S. l.], 2018.

TRF-2. **Apelação Cível 20020210097446 RJ 2002.02.01.009744-6**, Relator: Desembargadora Federal Lana Regueira - Quarta Turma Especializada, Data de Julgamento 11 maio 2010, Data de Publicação 10 junho 2010. Disponível em <https://www10.trf2.jus.br/consultas/jurisprudencia/> . Acesso 27 out 2021.

TRF-4. **Apelação Cível** : REsp 50064997420124047200 SC 5006499-74.2012.4.04.7200. Relator: Maria Lúcia Luz Leira - Terceira Turma. Diário de Justiça 01 jul 2014. Disponível em: <<https://trf-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/899120773/apelacao-civel-ac-50143567420124047200-sc-5014356-7420124047200>>. Acesso em: 14 out. 2021.

VENOSA, S. de S. **O usucapião no novo Código Civil.** [S. l.], 9 jan. 2003. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/923/o-usucapiao-no-novo-codigo-civil>. Acesso em: 19 nov. 2021.