

A. I. Nº - 128984.0002/13-0  
AUTUADO - WANDA PIRES MENDES FERREIRA  
AUTUANTE - RUI ALVES DE AMORIM  
ORIGEM - INFAZ ILHÉUS  
INTERNET - 10. 06. 2014

### 1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

#### ACÓRDÃO JJF Nº 0101-01/14

**EMENTA:** ITD. DOAÇÃO. DISSOLUÇÃO DA SOCIEDADE CONJUGAL. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. Imposto sobre transmissão “causa mortis” e doação de quaisquer bens ou direitos, o ITCMD ou ITD tem previsão no art. 155, inciso I, da CF 88, art. 35 e seguintes do CTN e sua instituição é de competência dos Estados e do Distrito Federal. No Estado da Bahia vige a Lei 4.826/89. Não houve na dissolução da sociedade conjugal transferência, gratuita (ITD) ou onerosa (ITIV), mas apenas uma partilha de bens comuns. Ocorreria transmissão onerosa, se a parte contemplada com o quinhão maior procedesse à reposição da diferença em favor do outro cônjuge. Havendo partilha desigual, em separação consensual, resta caracterizada a doação e o excesso coloca-se como doação para efeitos de incidência de imposto de transmissão. No caso em concreto, não há falar em partilha desigual, face o regime de comunhão de bens do casamento, não ocorrendo o imposto de reposição. Auto de Infração **IMPROCEDENTE** Decisão unânime.

#### RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 13/12/2013, formaliza a constituição de crédito tributário do Imposto sobre Transmissões “CAUSA MORTIS” e doação de quaisquer bens ou direitos (ITD), em decorrência de falta de recolhimento do ITD incidente sobre doação de qualquer natureza, no valor de R\$10.676,20, acrescido da multa de 60%. Consta ainda que deixou de recolher ITCMD devido pela transferência de bens imóveis referente a dissolução da sociedade conjugal conforme lançamento na declaração de Ajuste Anual do IRPF exercício de 2010 ano calendário 2009, no valor de R\$ 533.810,41.

O autuado apresentou defesa (fls. 53/57), através de advogado, regularmente constituído, com Procuração (fl. 49), argui a tempestividade da impugnação, conforme disposto no artigo 123 do Decreto 7.629/99 (RPAF/BA), fazendo uma sinopse dos fatos, argui que o Fisco louvando-se da Declaração de Ajuste do Imposto de Renda – ano calendário 2009, destacou que a dissolução de sociedade conjugal, formalizada através de escritura pública de separação conjugal, presente nos autos, além da referida declaração do IRPF, configurou transferência patrimonial, a ensejar a incidência do art. 1º da Lei Estadual nº 4.826/89, lavrando o presente auto de infração para constituir crédito tributário sobre o imposto de doação, no valor de R\$ 10.672,20, correspondente a 2% sobre o valor de R\$ 533.810,41.

Alega ser flagrante o erro perpetrado pelo Auditor Fiscal, em face de a regra matriz do imposto trazer como hipótese de incidência a doação de quaisquer bens ou direito. Explica que doação, no conceito dado pelo legislador (art. 538, Lei nº 10.406, de 10.01.2002) é o “*contrato em que uma pessoa, por liberalidade transfere seu patrimônio, bens ou vantagens para o de outrem*” .

Diz que para afastar a má compreensão da partilha perpetrada na separação notarial da autuada e o seu então consorte, reproduz o enunciado do art. 1.124-A do Código de Processo Civil, aduzindo que

o próprio legislador preconiza que um dos efeitos da dissolução do casamento é a partilha de bens, não havendo referencia alguma à doação como natureza dessa divisão.

Explica que no regime de comunhão universal, adotado pela autuada e o seu então marido, quando do enlace matrimonial, a comunhão envolve todos os bens presentes e futuros, que passam a pertencer aos dois, ou seja, integram o patrimônio de ambos, agora em estado de comunhão, por força do casamento. Diz que isto reza no art. 1.667 do vigente código civil.

Aduz que é nesse sentido a literatura jurídica. Não há transferência de propriedade, mas divisão. Os bens, que são de ambos, em estado de comunhão, na separação, são apenas divididos. Ocorre somente fato gerador do imposto de doação, se tal divisão for desigual. Nessa hipótese, a diferença a maior que identifica a desigualdade importa doação de quem recebeu menos. Disso decorre a incidência do imposto. No presente caso, a partilha foi igual, conforme consta no verso da fl. 132

Assevera que essa é a inteligência do STJ (RE nº 723.587-RJ), obstando a ação fiscal, a teor do art. 116-A do Decreto nº 7.629/99, Regulamento do Processo Fiscal do Estado da Bahia.

Destaca o art. 1.776 do Código Civil (art. 2º, I, b, do Decreto 2.487/89) que “*é válida a partilha feita pelo pai, por ato entre vivos ou de ultima vontade, contanto que não prejudique a legítima dos herdeiros necessários*”.

Explica que o legislador trata da partilha feita em vida, por ato de doação, que importa em antecipação da legítima, ou por ato de ultima vontade, qual seja, a disposição testamentária, cujos efeitos só serão produzidos, após o óbito do testador. De onde conclui que a partilha que enseja a incidência do imposto de doação é apenas a formalização por ato entre vivos. Restando patente o erro administrativo do supervisor fazendário, ante a ausência de substrato fático.

Argui que tal erro administrativo implica crime tipificado como excesso de exação (art. 316, §1º, do Código Penal).

Conclui deduzindo a anulação do auto de infração, com o que espera prescindir da oferta de notícia crime no Ministério Público para oferecimento de denúncia ao Poder Judiciário, além do ajuizamento de ação indenizatória por danos materiais e morais.

O Auditor, responsável pela fiscalização, presta Informação, fl. 63, aduzindo que apurou na Declaração de Imposto de Renda do autuado transferência patrimonial no valor de R\$533.810,41 e que o art. 2º, V, do Decreto nº 2.487/89 prescreve a incidência do ITD na “cessão gratuita de bens ou direitos na partilha em processo de separação ou dissolução da sociedade conjugal”.

Desqualifica a arguição da defesa com relação ao CPC, ao argumentar que somente ocorre o fato gerador do tributo se a divisão for igual. Pede o julgamento procedente da exigência.

É o relatório.

## VOTO

O Auto de Infração em exame formaliza a constituição de crédito tributário de Imposto sobre Transmissões “CAUSA MORTIS” e doação de quaisquer bens ou direitos (ITCMD ou simplesmente ITD), em decorrência de falta de recolhimento do imposto incidente sobre a doação de qualquer natureza, informação extraída da Declaração de Ajuste do Imposto de Renda, exercício 2010, ano calendário 2009, originada da dissolução de sociedade conjugal, formalizada através de escritura pública de separação conjugal, presente nos autos, além da referida declaração do IRPF, configurando uma transferência patrimonial a ensejar a incidência do art. 1º da Lei Estadual nº 4.826/89, no valor de R\$ 10.672,20, correspondente a 2% sobre o valor da doação, na ordem de R\$533.810,41.

Nas razões, o autuado apresenta impugnação, solicitando a improcedência do auto de infração alegando o erro perpetrado pelo Auditor Fiscal, em face de a regra matriz do imposto trazer como hipótese de incidência a doação de quaisquer bens ou direito (art. 538, Lei nº 10.406, de 10.01.2002);

aduzindo que um dos efeitos da dissolução do casamento é a partilha de bens, não havendo referência à doação como natureza dessa divisão; insiste que não há transferência de propriedade, mas apenas uma divisão; os bens, que são de ambos em estado de comunhão, na separação, foram apenas divididos.

Insiste que haverá fato gerador do imposto de doação somente se tal divisão for desigual. A diferença a maior que identifica a desigualdade importa doação de quem recebeu menos e a incidência do imposto. No caso concreto, alega que a partilha foi igual, conforme consta no verso da fl. 132

O Auditor Fiscal informa que o Decreto 2.487/89 (artigo 2º, V) preceve que “*a cessão gratuita de bens ou direitos na partilha em processo de separação ou dissolução da sociedade conjugal*”.

O ITD ou ITCMD, o imposto sobre transmissão "causa mortis" e doação de quaisquer bens e direitos, também conhecido como imposto de herança e de doação, decorre da abertura de sucessão hereditária para o caso de transferência de patrimônio em razão de morte ou ainda, em consequência de cessão por ato de liberalidade e generosidade, no caso de transferência de patrimônio (móveis ou imóveis) em razão de doação pura e simples, entre pessoas vivas.

O ITCMD tem previsão no art. 155, inciso I da Constituição Federal e é de competência dos Estados. Cabe a cada um dos Estados da Federação Brasileira promover a cobrança do imposto em relação à transmissão da propriedade de imóvel, situado nos respectivos territórios, como também de bens móveis (dinheiro, automóveis, etc.), na localidade em que se encontra o doador. No Estado da Bahia foi editada a Lei nº 4.826, de 27 de janeiro de 1989.

A cobrança deste imposto depende de uma declaração apresentada pelo contribuinte informando a doação, o que muitas vezes não ocorre, mesmo até por falta de conhecimento por parte do contribuinte, considerando que durante longo período a cobrança se restringiu às *transmissões causas mortis* (conhecimento do imposto pelo inventário) ou na transmissão por *doação de bens imóveis* (o pagamento do imposto é condição para que seja feito o registro da escritura e a efetivação da transmissão da propriedade).

Justamente em função de tal dificuldade, o Estado da Bahia passou a utilizar-se das informações compartilhadas pela Receita Federal, promoveu o cruzamento das informações constantes em sua base de dados, constatando que muitas pessoas declaram ao órgão federal o recebimento das doações, mas que não realizam o devido pagamento do ITD.

O Decreto nº 2.487, de 16 de junho de 1989, que regulamenta a cobrança do Imposto sobre Transmissão “CAUSA MORTIS” e doação de quaisquer bens ou direitos (ITD), estabelece a incidência do imposto na partilha em processo de separação, conforme abaixo descrito

Art. 2º Compreendem-se na definição das hipóteses de incidência do ITD:

( ... )

V - a cessão gratuita de bens ou direitos na partilha em processo de separação ou dissolução da sociedade conjugal;

Ocorre que a jurisprudência do país tem decidido que caracteriza a incidência desse imposto a desigualdade nas partilhas realizadas em processo de separação, divórcio, inventário ou arrolamento e conforme consta da legislação do ITD nos Estados de São Paulo (Lei 10.705/00), de Minas Gerais (Lei 12.426/96) e do Rio de Janeiro (Lei 1.427/89), que colheu fundamento na Súmula nº 116 do STF ao descrever “*em desquite e inventário, é legítimo a cobrança do chamado imposto de reposição quando houver desigualdade nos valores partilhados*”.

Dessa forma, é entendimento consolidado na jurisprudência, que também acompanho, que ocorreria transmissão onerosa, se a parte contemplada com o quinhão maior procedesse à reposição da diferença em favor do outro cônjuge. Havendo, portanto, partilha desigual, em separação consensual, resta caracterizada a doação e o excesso coloca-se como doação para efeitos de incidência de imposto de transmissão, em debate.

No caso em concreto, não há falar em partilha desigual, face o regime de comunhão de bens do casamento, não ocorrendo o imposto de reposição. Não há, em rigor, sequer uma cessão gratuita ou doação, no comando da Lei nº 10.406/02, posto que não houve na dissolução da sociedade conjugal, no caso em exame, qualquer liberalidade na transferência do patrimônio, sequer houve transferência, gratuita (ITD) ou onerosa (ITIV), mas apenas uma partilha de bens comuns, em face ao desenlace da sociedade conjugal.

Diante disso, a autuação é insubsistente e IMPROCEDENTE o Auto de Infração.

É o voto.

#### **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **128984.0002/13-0**, lavrado contra **WANDA PIRES MENDES FERREIRA**.

Sala das Sessões do CONSEF, 08 de maio de 2014.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO - RELATOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO – JULGADOR