

A. I. N° - 114595.0026/13-3
AUTUADO - TEREZINHA LÚCIA GONSALVES RIOS
AUTUANTES - JOSAPHAT XAVIER SOARES
ORIGEM - DAT/METRO INFRAZ ATACADO
INTERNET - 18.06.2014

4^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0124-04/14

EMENTA: ITD. FALTA DE RECOLHIMENTO. Não é devido o pagamento do imposto, quando da realização de doação de valores entre cônjuges. A autuada comprova que houve apenas mudança do "cabeça do casal" na declaração de imposto de renda apresentada. Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração ora apreciado foi lavrado em 23 de dezembro de 2013 e refere-se à cobrança de ITCMD no valor de R\$ 11.013,59, bem como multa no percentual de 60%, pela constatação da seguinte infração, relativa ao exercício de 2008:

Falta de recolhimento ou recolhimento a menor do ITD incidente sobre doação de créditos.

Consta da acusação fiscal, na descrição dos fatos que a fiscalização foi realizada "...a partir dos dados relativos a doações recebidas no período fiscalizado, informados pela Receita Federal através de Convênio de Cooperação Técnica com a SEFAZ/BA e em cumprimento à O. S. acima discriminada".

Tempestivamente, a autuada, apresentou impugnação ao lançamento constante à fl. 15, onde argüi em sua defesa, que não concorda com o lançamento.

Assevera que analisando a declaração de bens, e a cotejando com a de seu esposo Raymundo José de Souza Torres, CIC 004441975-91, o qual, na condição de "cabeça do casal", sempre arrolou a declaração de bens comuns do casal, consoante prova que produz, e anexa à peça defensiva.

Sabendo que a declaração de bens poderia ser efetuada pela autuada, por praticidade, decidiram que os bens seriam arrolados na sua declaração, o que ocorreu a partir de 2008.

O equívoco em designá-la como doação decorreu do fato de que não ter encontrado "termo apropriado" para enquadrar a operação, no formulário do Imposto de Renda. Desta forma, foi registrada como Transferência Patrimonial na sua declaração, em contrapartida à doação, na declaração do cônjuge, no valor de R\$ 550.679,60.

Por tal razão, entende que o lançamento não deve prosperar.

Informação fiscal prestada às fls. 40 e 41 por estranho ao feito, após breve relato dos fatos e alegações defensivas, entende que "...é improcedente a cobrança do Auto de Infração, devendo o contribuinte e seu cônjuge retificar (caso seja possível), suas DIRPF objetivando excluir o valor declarado como rendimento 'Doação' e modificar o teor das informações do campo 'cônjuge'."

VOTO

O lançamento constitui-se em uma única infração arrolada pela fiscalização, relativa à cobrança de Imposto de Transmissão "Causa Mortis" e Doação de Quaisquer Bens ou Direitos (ITCMD):

Tal tributo é de competência estadual, nos termos do artigo 155 da Constituição Federal:

"Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993)

I - transmissão *causa mortis* e doação, de quaisquer bens ou direitos".

A sua regulamentação encontra-se na Lei 4.826/89.

São contribuintes do imposto, os adquirentes dos bens ou direitos nas transmissões "*causa mortis*" e o donatário nas doações a qualquer título, sendo no caso específico, transmissão *inter vivos*, com a autuada figurando como beneficiária da mesma.

Da mesma forma, constato, a princípio, existência do fato gerador para a cobrança do imposto, pois as doações recebidas em dinheiro levam à exigência do mesmo, sobre o qual deve ser pago o valor devido, não importando se tenha sido ou não informadas na declaração de imposto de renda do donatário ou doador.

Nas transmissões por instrumento público entre vivos (dotação), sujeitas ao ITD, o imposto será pago antes da lavratura do ato ou contrato. O descumprimento desse dispositivo legal penaliza o contribuinte com o pagamento de multa e acréscimos moratórios.

Analizando os elementos trazidos ao feito, vez que o deslinde da questão se resume a matéria fática, constato que de acordo com os documentos de fls. 07 e 08 a autuada percebeu valor tido por dotação no exercício de 2008, totalizando R\$ 550.679,60.

Não constam nos registros da Secretaria da Fazenda, qualquer recolhimento por ela efetuado, relativamente a tais operações, a título de ITD.

As alegações defensivas resumem-se à ocorrência de equívoco na declaração, vez que houve mudança do cônjuge que declarava os bens comuns do casal, passando a ser a autuada.

Há a devida prova de ser Raymundo José de Souza Torres, CPF 004.441.975-91, cônjuge da autuada, de acordo com a Declaração de Rendimentos de fl. 26.

Num primeiro momento, desprezemos as argumentações postas na defesa, e analisemos a figura da dotação entre cônjuges, sob o aspecto tributário.

O Imposto Sobre Transmissão *Causa Mortis* e Doação - ITCMD ao meu entender, não incide sobre transferências de valores entre os cônjuges na constância do casamento, desde que a união seja em regime de comunhão universal ou parcial de bens. Neste último caso, os valores transferidos devem integrar a comunhão.

O fato gerador do ITCMD, como visto linhas atrás, é a transmissão de quaisquer bens ou direitos do patrimônio do doador para o patrimônio do donatário, a título não oneroso. Assim, relativamente aos bens e direitos integrantes da comunhão entre os cônjuges, não incide o ITCMD, já que não existe transmissão de propriedade, nos termos previstos na lei civil.

O Superior Tribunal de Justiça já se pronunciou, inclusive, no sentido da impossibilidade da configuração de dotação entre cônjuges, submetidos aos referidos regimes.

A comunhão entre os cônjuges compreende, quando universal, todos os bens e direitos do casal, salvo os gravados com cláusula de incomunicabilidade. No caso da comunhão parcial, abrange os bens e direitos onerosamente adquiridos ao longo do casamento.

Ambos os cônjuges possuem, na constância do casamento, o que vem a ser o caso ora analisado, a propriedade total dos bens e direitos que integram a união, sendo estes considerados como uma só universalidade. Assim, ambos são proprietários do mesmo todo, que somente será individualizado por meio da partilha, se e quando da dissolução da sociedade conjugal.

Assim, diante da exigência pelo Fisco do ITCMD sobre a transferência entre cônjuges de valores que integram a comunhão, é de direito o reconhecimento da impertinência do lançamento efetuado pela Secretaria da Fazenda.

Sendo um contrato, a dotação gera direitos pessoais, pois ele faz nascer para o doador a obrigação de entregar a coisa dada. Enquanto não houver a entrega, permanece a dotação como contrato de efeitos pessoais, tendo o donatário o direito de exigir a entrega efetiva da coisa. Assim o professor Orlando Gomes se manifestou sobre o assunto: "*Se a dotação é um contrato em que*

uma pessoa, por liberalidade, transfere do seu patrimônio, bens ou vantagens para o de outra, que os aceita, poder-se-ia colher a falsa impressão de que, pelo contrato, se transfere a propriedade dos bens doados, mas na realidade não produz esse efeito". Continua: "A propriedade do bem doado somente se transmite pela tradição, se móvel, ou pela transcrição, se imóvel. O contrato é apenas o título, a causa da transferência, não bastando, por si, para operá-la. Nesse sentido é que se diz ser a doação contrato translativo do domínio. São obrigacionais os efeitos que produz. O doador obriga-se a transferir do seu patrimônio bens para o do donatário, mas este não adquire a propriedade senão com a tradição, ou a transcrição. Entre nós, o domínio das coisas não se adquire solo consensu, regra válida tanto para a compra e venda e a permuta, como para a doação".

Por conseguinte, o contrato de doação visa transferir gratuitamente a propriedade da coisa doada, sendo consensual e não real; o doador assume a obrigação de transferir o domínio da coisa e, desde o momento em que firma o acordo de vontade com o donatário, o contrato está feito, ainda que a coisa não seja entregue, no caso de o objeto da liberalidade ser um bem móvel. Somente com a execução, opera-se a saída do bem doado de um patrimônio para integrar-se a outro, concretizável pela tradição real, para os móveis, ou o registro, para os imóveis. Portanto, a coisa ou objeto deve existir e pertencer ao doador por ocasião do contrato, não se admitindo doação de coisa alheia.

"Eventual promessa pode ensejar arrependimento entre a vontade manifestada e o ato de doar. Impossibilidade de execução forçada - decidiu o Poder Judiciário - para subsistência do ato" (in RT 699/55).

Por outro lado, o simples instrumento de doação, mesmo através de instrumento público, não transfere, por si só, o domínio da coisa doada. É necessário a tradição real, para os móveis, ou o registro, para os imóveis.

Vale, ainda, sobre o tema em evidência, destacar ensinamento de Carlos Alberto Bittar: "*Tem o donatário direito a exigir o cumprimento, mas, de outro lado, como se trata de contrato benéfico, não se sujeita o doador à evicção, nem a vícios redibitórios, nem a juros de mora pelo atraso (salvo no dote constituído de má-fé)".*

Ou seja, o ITCMD não é aplicado a transferências feitas entre os cônjuges e companheiros unidos pelo regime de comunhão parcial de bens ou pelo regime de comunhão universal, diante do fato de que nesses regimes presume-se que todo o patrimônio seja do casal, não sendo cobrado o imposto porque entende-se que não é possível que seja feita a doação de algo que já é seu (do cônjugue).

Por tal motivo, no âmbito jurídico até mesmo a utilização do termo doação como referência a transferências entre os membros do casal é considerada incorreta, ainda que na linguagem coloquial o termo seja usado de forma mais abrangente.

A mesma interpretação vale para a Declaração de Imposto de Renda, em relação à qual, qualquer transferência de patrimônio entre o casal, unido pelo regime parcial ou universal de bens, não deve ser registrada como doação no imposto, vez que, na hipótese em tela, ou seja o casal apresentou a Declaração de Imposto de Renda em separado, o bem adquirido deverá ser registrado na declaração de um dos cônjuges, ainda que comprado em nome do outro.

Ocorre que no presente caso, sequer houve doação, mas sim, de acordo com a documentação acostada aos autos, um equívoco primário fruto de desinformação da autuada, quanto ao procedimento e implicações legais de lançar o valor comum, advindo da declaração do cônjugue, o que é denominado de comunicação de valor.

Chama a atenção, em relação à legislação do Estado de São Paulo, a orientação contida no site da Secretaria de Fazenda daquele estado, quando ao enumerar as situações em que não há cobrança do imposto, mencionar de forma explícita que o mesmo não incide sobre "*simples transferências*

entre cônjuges em declarações de imposto de renda", caso típico que ora se apresenta neste processo, podendo ser acessado através do endereço eletrônico: <http://www.fazenda.sp.gov.br/publicacao/noticia.aspx?id=1153>).

Assim, não há de se falar em incidência do tributo, no caso em tela, no ITCMD, razão pela qual julgo o Auto de Infração IMPROCEDENTE.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº. **114595.0026/13-3** lavrado contra **TEREZINHA LÚCIA GONSALVES RIOS**.

Sala de Sessões do CONSEF, 13 de junho de 2014.

PAULO DANILO REIS LOPES - PRESIDENTE

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR – RELATOR

JOWAN DE OLIVEIRA ARAÚJO - JULGADOR