

A. I. Nº - 272466.0015/14-8
AUTUADO - PAULO ASSIS SANTOS LEDO
AUTUANTE - RENATO AGUIAR DE ASSIS
ORIGEM - INFAZ GUANAMBI
INTERNET - 25.09.2015

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0179-04/15

EMENTA: ITD. DOAÇÃO. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. É devido o Imposto sobre Transmissão “*Causa Mortis*” e Doação de Quaisquer Bens ou Direitos sobre as doações, porém, no presente caso, os documentos apresentados pelo autuado comprovam a inocorrência da doação, com a retificação da declaração de Imposto de Renda Pessoa Jurídica antes do início da ação fiscal, descaracterizada, assim, a doação. Também restou comprovado que a alegada “doação” de que trata o lançamento tributário de ofício foi realizada entre cônjuges, situação em que não é devido o pagamento do imposto. Infração insubsistente. Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente Auto de Infração de exigência do Imposto sobre Transmissão “*Causa Mortis*” e Doação de Quaisquer Bens ou Direitos (ITCMD ou ITD), em decorrência de “*Falta de recolhimento do ITD incidente sobre doação de qualquer natureza*”. Foi lançado imposto no valor de R\$5.400,00, mais multa no percentual de 60%, prevista no art. 13, inc. II da Lei nº 4.826/89, e enquadramento no art. 1º da mesma lei.

O autuado apresenta defesa, fls. 15 e 16, na qual solicita a extinção do Auto de Infração, conforme relatado a seguir.

Afirma que, por inexperiência, lançou equivocadamente na sua Declaração de Imposto de Renda- Pessoa Física o valor de R\$270.000,00 a título de doação. Diz que, na verdade, o que ocorreu foi a aquisição de um apartamento no condomínio Villa Suíça em Salvador-BA, bem como investimentos efetuados na construção de imóvel residencial situado na Av. São Vicente em Caetité-BA, realizados pelo casal, pois a suposta doadora é sua esposa. Anexa aos autos fotocópias de escritura de contratos de compra e venda e de certidão de casamento (fls. 19 a 22).

Reitera que não houve doação alguma, mas, sim, investimentos feitos por sua esposa em nome do casal. Aduz que, para sanar o equívoco, já efetuou as devidas retificações nas declarações de Imposto de Renda - Pessoa Física, Ano Calendário 2010. Acosta aos autos fotocópias das citadas declarações às fls. 23 a 47.

Ao finalizar sua peça defensiva, solicita a “extinção/anulação do referido auto de infração e arquivamento do processo em questão”.

O autuante presta a informação fiscal às fls. 55 a 60.

Tece considerações sobre o lançamento tributário e discorre acerca da teoria da proibição de comportamento contraditório.

Referindo-se ao caso em tela, diz que: a declaração de IRPF (ano 2010) informa a doação (fls. 7/38); o fisco baiano, na ação fiscal, lavrou o Auto de Infração quatro anos após o fato gerador do imposto; o autuado, visando de esquivar do ônus tributário, apresenta uma suposta retificação da

declaração de IRRPF (fls. 43/47); não há nos autos qualquer prova que elida presunção de certeza e liquidez de que goza a ação fiscal; a aparente declaração retificadora do IRPF (fls. 43 a 47) não contém a imprescindível folha relativa ao número do recibo da declaração transmitida (diferentemente da declaração transmitida originalmente – fl. 42). Diz que em razão da conduta contraditória do autuado, poderá ocorrer um dano irreparável aos cofres estaduais mediante a frustração da receita tributária. Para corroborar sua tese, reproduz jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Menciona que a conduta do defendente também afronta o princípio segundo o qual ninguém pode se valer da própria torpeza para se livrar das consequências de um negócio jurídico, bem como viola o instituto do ato jurídico perfeito.

Ao finalizar, solicita que o Auto de Infração seja julgado procedente.

VOTO

Conforme já relatado, o Auto de Infração em análise trata da exigência de crédito tributário do Imposto sobre Transmissões “*Causa Mortis*” e Doação de Quaisquer Bens ou Direitos (ITCMD), sob a acusação de falta de pagamento do imposto incidente sobre doações de qualquer natureza, de acordo com informação extraída na Declaração de Ajuste Anual do Imposto de Renda do autuado, exercício de 2010, ano calendário de 2011.

O ITCMD ou ITD é um imposto de competência estadual, nos termos do art. 155, I, da Constituição Federal. No Estado da Bahia, esse tributo foi instituído pela Lei nº 4.826/89, e encontra-se regulamentado pelo Decreto nº 2.487/89.

O autuado sustenta que foi um equívoco o lançamento do valor de R\$270.000,00, a título de doação, em sua Declaração do Imposto de Renda do exercício de 2011, ano-calendário 2010. Explica que esse valor era referente a investimentos efetuados por sua esposa em nome do casal. Como prova dessa sua tese, apresenta as Declarações Originais e Retificadoras do Imposto de Renda Pessoa Física, tanto da doadora como do donatário, bem como fotocópia de certidão de casamento e de escrituras de compra e venda de imóveis.

Analizando as provas trazidas na defesa, especialmente as declarações de IRPF do autuado (donatário) e de sua esposa (doadora), constata-se que em 02/12/13 (fl. 23) e em 03/11/11 (fl. 42), portanto, ante do início da ação fiscal, o valor lançado a título de doação foi excluído da declaração de IRPF de ambas as partes. Dessa forma, fica elidida a doação que originara o presente Auto de Infração e, assim, impõe-se a decretação da improcedência do lançamento tributário de ofício.

Além da insubsistência da autuação pelo motivo exposto acima, há no presente Auto de Infração outro fato que também torna improcedente a exigência fiscal, conforme passo a me pronunciar.

Nos autos, está documentalmente comprovado que a doadora é esposa do donatário, casados em regime parcial de comunhão de bens. Trata-se, portanto, de uma hipótese em que a transferência dos recursos teria ocorrido entre cônjuges, situação em que não é devido o ITD. Sobre tal posicionamento, peço licença para transcrever trecho de voto proferido no Acórdão JJF nº 0124-04/14, deste Conselho de Fazenda, da lavra do Dr. Valtécio Serpa Júnior:

[...]

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 doação gera direitos pessoais, pois ele faz nascer para o doador a obrigação de entregar a coisa doada. Enquanto não houver a entrega, permanece a doação 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

doação 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 cônjuge).

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 cônjuge, 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>).

[...]

Em face ao acima exposto, voto pela IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **272466.0015/14-8**, lavrado contra **PAULO ASSIS SANTOS LEDO**.

Sala das Sessões do CONSEF, 17 de setembro de 2015

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

ÁLVARO BARRETO VIEIRA - RELATOR

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR - JULGADOR