



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Registro: 2017.0000075801

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Apelação nº 1008667-37.2015.8.26.0032, da Comarca de Araçatuba, em que é apelante VÍTOR LUÍS VARONI, é apelado FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL.

ACORDAM, em 6ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V. U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores SIDNEY ROMANO DOS REIS (Presidente sem voto), MARIA OLÍVIA ALVES E EVARISTO DOS SANTOS.

São Paulo, 13 de fevereiro de 2017.

SILVIA MEIRELLES
RELATORA



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Apelação: 1008667-37.2015.8.26.0032*

Apelante: VITOR LUIZ VARONI

Apelado: FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Juiz: Dr. Sérgio Ricardo Biella

Comarca: Araçatuba

Voto nº: 7558 th*

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO ANULATÓRIA – ITCMD - ISENÇÃO – Insurgência contra a r. sentença que manteve a autuação fiscal, tendo em vista que as doações recebidas ultrapassam o limite legal de isenção - Artigo 6º, inciso II, alínea “a”, da Lei n. 10.705/00 - Doações efetuadas por casal a terceiro, em parcelas – Doação oriunda do patrimônio do casal doador, considerando-se um único fato gerador – Valores que não podem ser considerados isoladamente – Lançamento tributário legal – R. sentença mantida – Recurso improvido.

Trata-se de recurso de apelação interposto por VÍTOR LUÍS VARONI em face da r. sentença (fls. 101/105) que julgou improcedente a ação anulatória do auto de infração n. 4.063.319, pelo não recolhimento do ITCMD, incidente sobre doação de R\$ 82.000,00 (oitenta e dois mil reais), que ultrapassa o limite legal de isenção, nos termos do 6º, inciso II, “a”, da Lei n. 10.705/00.

Alega o apelante (fls. 107/111), em suma, que para fins de incidência do ITCMD, deve ser considerada cada pessoa

individualmente e não o casal em conjunto, ainda que o bem doado integre o patrimônio comum. Considerando que a incidência do ITCMD leva em conta os institutos do direito privado sem alterá-los, conclui-se que, pela natureza do negócio realizado, que o limite de isenção do ITCMD, de que trata o artigo 6º, inciso II, “a”, da Lei 10.750/00, deve ser calculado em função de cada fato gerador. Por tais razões, a r. sentença merece ser reformada.

Contrarrazões apresentadas a fls. 118/125.

É o relatório.

Trata-se de recurso de apelação interposto em face da r. sentença que julgou improcedente a ação anulatória do auto de infração n. 4.063.319, pelo não recolhimento do ITCMD, incidente sobre doação de R\$ 82.000,00 (oitenta e dois mil reais), que ultrapassa o limite legal de isenção, nos termos do artigo 6º, inciso II, do Decreto n. 46.655/2002.

O recurso não comporta provimento.

Consoante a lição de ROQUE ANTONIO CARRAZZA, *"o regime jurídico dos tributos se confunde com o regime jurídico das isenções tributárias."* (*in* "Curso de Direito Constitucional Tributário", Ed. RT, 2a. edição, 1991, p. 334). Aliás, este autor relembra a lição de SOUTO MAIOR BORGES que, baseado em Sainz de Bujanda, proclamou que "o poder de isentar é próprio o poder de

tributar visto ao inverso" (in "Isenções", cit. p. 21).

A isenção tributária opera ***ope legis***, independentemente de qualquer concessão administrativa, bastando ao contribuinte que reúna as condições legais da isenção para ter o direito a ela.

Tem entendido a Doutrina que, por serem as normas de isenção matéria de direito excepcional, devem ter interpretação restrita, limitada, não se permitindo qualquer extensão a casos não expressamente mencionados (Cf. CARLOS MAXIMILIANO, *in* "Comentários à Constituição Brasileira", 2ª edição, 1923, p. 277, em nota feita por BERNARDINO RIBEIRO DE MORAES, ob. cit. supra, p. 367).

Sendo, portanto, a tributação a regra, a isenção é norma de exceção e, como tal, à sua interpretação se aplica a máxima latina ***exceptiones sunt strictissimae interpretationis***.

Logo, não é possível a aplicação da isenção tributária a casos não previstos na regra de exceção.

Daí porque o art. 111, do Código Tributário Nacional estabelece que a interpretação deve ser literal com relação à legislação tributária que disponha sobre isenção.

No caso, o apelante não faz jus à isenção de ITCMD, nos termos do artigo 6º, inciso II, "a", da Lei n. 10.705/00.

Em suas razões, defende o apelante que a doação foi feita por ambos os cônjuges a um terceiro, o que envolve dupla transmissão e, portanto, dois fatos geradores do tributo, cada qual sujeito ao teto de isenção fiscal de 2.500 UFESPs.

Todavia, sem razão.

A doação, como ato intervivos, está sujeita ao Imposto sobre Transmissão “Causa Mortis” e Doação de Quaisquer Bens ou Direitos que no Estado de São Paulo está disciplinado pela Lei 10.705 de 28.12.2.000, com as alterações trazidas pela Lei 10.992 de 21.12.2001, nos seguintes termos:

“Artigo 2º - O imposto incide sobre a transmissão de qualquer bem ou direito havido:

I - por sucessão legítima ou testamentária, inclusive a sucessão provisória;

II - por doação.

§ 1º - Nas transmissões referidas neste artigo, ocorrem tantos fatos geradores distintos quantos forem os herdeiros, legatários ou donatários.”

Cinge-se a questão sobre a doação por casal em regime de comunhão de bens ser um ato do casal ou de marido e mulher.

De fato, como um casal é formado por duas pessoas físicas, é possível concluir que na doação de um bem comum, são dois doadores, pois cada doador é proprietário da metade ideal dos bens.

Todavia, esta conclusão está equivocada.

Isto porque, pela interpretação de que existe na comunhão de bens um patrimônio único, não há como se considerar doações as transferências patrimoniais entre cônjuges declaradas à Receita Federal. É que se a comunhão universal ou parcial de bens importa na comunicação total ou parcial dos bens atuais e futuros, não há possibilidade jurídica de ocorrer uma doação entre os cônjuges.

Portanto, o que define se a doação de um casal no regime de comunhão de bens resulta em um ou dois fatos geradores é a questão do patrimônio do casal. Se ele é único e não pode ser desdobrado de forma alguma, a doação resulta em um único fato gerador, ou se ele pode ser considerado em vida como duplo, do marido e da mulher, então temos dois fatos geradores.

Ao que se verifica no caso, o apelante recebeu valores a título de doação do casal Ana Maria Ferreira da Silva Marques e Avelino Luis Marques na constância do casamento, fato este não impugnado.

Assim, sendo único o patrimônio do casal doador, não sendo bens particulares, forçoso concluir que a doação (seja de

bens móveis ou imóveis) é um ato unitário e se sujeita ao recolhimento do ITCMD, como se trata o caso *sub judice*.

Sobre o tema, bem decidiu o Egrégio Supremo Tribunal Federal no recurso extraordinário RE 614191DF, de relatoria da Ministra Relatora Carmen Lúcia:

“Com efeito, a comunhão patrimonial entre os cônjuges é tratada pela doutrina como uma mancomunhão (Gesamnte Hand), condomínio de mão única ou fechada, de origem germânica, designação esta adotada por nosso ordenamento jurídico nas hipóteses em que os bens são adquiridos na constância do matrimônio, se sob o regime da comunhão parcial de bens, vez que se produz uma íntima união patrimonial entre os consortes, diferindo, destarte, do condomínio de tradição romana, o communio, que serviu de inspiração, em termos genéricos, para o sistema de nosso Direito Positivo.

(...)

Por conseguinte, os haveres do casal permanecem indivisos em propriedade comum, tendo os bens, não por metades ideais, mas formando uma unidade. Dessa forma, entendo que os cônjuges exercem a propriedade sobre a totalidade dos bens adquiridos na constância do matrimônio, não havendo de se falar em exercício de tal direito real sobre uma fração de cada bem considerado isoladamente. Logo, quanto aos aquestos, aplicável seria a doutrina do condomínio germânico.

Destarte, enquanto perdurou a comunhão indivisa, os direitos de meação dos conjugues incidiram sobre a totalidade dos bens sujeitos a esse regime, considerada de forma abstrata. Ao se efetivar a partilha, ficaram individualizados os bens que tocaram a cada um, não havendo que se falar em transferência ou acréscimo (...), porquanto, como mencionado, a propriedade é exercida por cada um sobre a totalidade dos bens considerados em sua forma abstrata e, concretizando-se a

divisão, apenas se declara quais bens pertencem a um ou outro consorte. Dessa forma, inexistente a transferência do domínio, o fato gerador da obrigação fiscal não se institui' (APC 19990110325588).

*Com efeito, **enquanto perdurar a comunhão, os haveres do casal permanecem indivisos em propriedade comum e os cônjuges exercem a propriedade sobre a totalidade dos bens.** Todavia, com o óbito, a transmissão da posse e propriedade da herança opera-se de pleno direito desde logo, pelo simples fato da abertura da sucessão, na forma dos artigos 1.572 a 1.574 do antigo Código Civil. Há sucessão a título universal, não obstante comporte divisão intelectual em frações consideradas em relação ao todo, mas a individualização só se concretizará com a partilha.*

De outra parte, o cônjuge supérstite, meeiro, não é sucessor do falecido. Porquanto, não há de se falar em transmissão no tocante à sua parte, cujo monte-mor permanece indiviso até liquidação da herança, sendo que o instrumento formal é o inventário. (g.m)

Assim, a individualização dos bens do casal em regime de comunhão parcial ou universal de bens só pode ocorrer com o falecimento de um dos cônjuges ou com a dissolução do casamento.

Em vida há um só patrimônio, que não pode ser cindido e, portanto, se o casal decide doar bens patrimoniais na constância do matrimônio, para quem for, estará fazendo uma única doação, devendo na declaração de doação que constar o nome dos dois em um único CPF.

Portanto, tendo o casal doado um montante de R\$ 82.000, 00 (oitenta e dois mil reais) a seu genro Vitor Luís Varoni, ora apelante, ultrapassou o limite legal da isenção, nos termos do 6º, inciso



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

II, “a”, da Lei n. 10.705/00, tornando-se devido o lançamento tributário do ITCMD.

Daí porque a r. sentença não merece quaisquer reparos.

Ressalto que o presente acórdão enfocou as matérias necessárias à motivação do julgamento, tornando claras as razões do *decisum*.

Ante o exposto, pelo meu voto, **nega-se** provimento ao recurso.

Nos termos do art. 85, §§ 2º e 11, do NCPC, majoro a verba honorária ao percentual de 15% (quinze por cento) sobre o valor da condenação, além das custas processuais já arbitradas.

SILVIA MEIRELLES

Relatora