



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO TOCANTINS  
*Gab. Desa. Maysa Vendramini Rosal*

**AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 0015909-36.2015.827.0000**

|                  |                                                               |
|------------------|---------------------------------------------------------------|
| <b>Origem:</b>   | <b>TRIBUNAL PLENO</b>                                         |
| <b>Autor:</b>    | <b>ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL – SECCIONAL DO TOCANTINS</b> |
| <b>Relatora:</b> | <b>Desembargadora MAYSA VENDRAMINI ROSAL</b>                  |

**DECISÃO LIMINAR**

Trata-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade, aviada pela Ordem dos Advogados do Brasil – Seccional do Tocantins, em face da Lei 3019/2015, em especial quanto às alterações trazidas à redação do Artigo 53, da Lei 1287/2001.

Ultrapassada a preliminar de ilegitimidade passiva da parte autora, passo à **DECISÃO LIMINAR**.

A autora afirma que a modificação legislativa trazida pela Lei 3019/2015, ultrapassou a conceituação civilista sobre o tema doação.

Pois bem. Quanto ao inciso I, do § 2º, do Artigo 53, da Lei 1287/2001, aduz a autora que inexistente presunção de aceitação de uma doação e que a terminologia adotada delega ao Juízo subjetivo da fiscalização a análise desta.

Neste ponto, pelo menos nesta análise inicial, razão deve ser dada ao Ente Público.

Verifica-se que a edição da norma em comento contempla análises antielisivas, permitindo ao Fisco desconsiderar condutas elisivas praticadas pelos contribuintes com o objetivo de economizar ou evadir do pagamento de tributos.

Conforme bem ponderado pela Administração, o Contribuinte poderá, dentro das vias próprias, questionar o ato de tributação, caso entenda que não ocorreu o efetivo fato gerador.

Ademais, a própria legislação civil admite hipóteses em que a aceitação da doação se dá de maneira presumida, como, por exemplo, o Artigo 539, do Código Civil:

Art. 539. O doador pode fixar prazo ao donatário, para declarar se aceita ou não a liberalidade. **Desde que o donatário, ciente do prazo, não faça, dentro dele, a declaração, entender-se-á que aceitou, se a doação não for sujeita a encargo.**

Trata-se de uma presunção legal de aceitação, perfeitamente adequada ao ordenamento.

Assim, nesta análise inicial, não se contempla a fumaça do bom direito quanto ao presente inciso, capaz de justificar a concessão da medida suspensiva.

Quanto aos incisos III, IV, V, VI, VII, VIII e IX do § 2º, do Artigo 53, da Lei 1287/2001, podemos extrair, ao menos nesta análise inicial, uma possível presunção de ocorrência do fato gerador, inviável em questão de matéria Tributária.

O tributo pode ser descrito como toda prestação pecuniária compulsória, instituída em Lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada.

O fato gerador, por sua vez, é o evento fático-material concreto do que se demonstra descrito na norma tributária.

De efeito, vigora a regra da estrita legalidade ou da tipicidade fechada em sede de Direito Tributário, não podendo a norma conter disposições genéricas ou presumíveis como forma de incidência do tributo. Neste sentido:

APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO - AÇÃO ANULATÓRIA - AUTO DE INFRAÇÃO - PRESUNÇÃO SIMPLES - VEDAÇÃO - NULIDADE - ARTIGO 112 DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL - INTERPRETAÇÃO FAVORÁVEL AO CONTRIBUINTE QUANDO HÁ DÚVIDA SOBRE A MATERIALIDADE DO FATO - RECURSOS IMPROVIDOS. A presunção não é fato gerador de qualquer tributo. O princípio da estrita legalidade impede que assim seja considerada. O mesmo se diga em relação ao princípio da tipicidade fechada e o da reserva absoluta de lei formal. (TJ-PR - APCVREEX: 958367 PR Apelação Cível e Reexame Necessário - 0095836-7, Relator: Octávio Valeixo, Data de Julgamento: 14/08/2002, 4ª Câmara Cível, Data de Publicação: 30/09/2002 DJ: 6218)

O aludido inciso IV disciplina a hipótese em que o pagamento é efetuado por terceiro que age como interveniente pagador.

Em situações tais, de fato pode ocorrer uma doação mascarada, como também poderá não existir, se tratando, por exemplo, do pagamento de uma dívida.

Desta forma, ao instituir tal conceituação para Tributação, o Estado transforma uma possibilidade em certeza, fazendo ocorrer uma verdadeira presunção de que, todas as hipóteses contempladas serão doações.

A alegação do Estado de que visa evitar a elisão fiscal, dando prazo ao contribuinte para comprovar que não ocorreu o fato gerador destoa das regras básicas do direito tributário.

O fato gerador é ato vinculado que deve estar claramente demonstrado previamente à cobrança, não podendo este ônus probatório recair sobre o contribuinte.

Diante da suspeita de fraude tributária, a Estado possui mecanismos próprios para averiguação, inclusive com sanções drásticas ao contribuinte. Como dito pelo Ente Público, se as fraudes acontecem a “olhos vistos”, torna-se ainda mais necessária a real apuração dos fatos, inclusive na esfera criminal se necessário.

Mas, o contexto apresentado não justifica a utilização de situações imprecisas e da presunção como forma de solução.

Quanto ao inciso V, verifica-se a extensão da concepção da doação ao empréstimo entre ascendente e descendente ou entre a empresa e sócio, ante a ausência de prazo para devolução, remuneração do capital, correção monetária ou registro do contrato de empréstimo.

Resta claro a aceção civil do tema em distingui-lo da doação. Assim disciplina o Artigo 586:

Art. 586. O mútuo é o empréstimo de coisas fungíveis. O mutuário é obrigado a restituir ao mutuante o que dele recebeu em coisa do mesmo gênero, qualidade e quantidade.

Assim, mesmo que com a nobre intenção de evitar fraudes fiscais, não pode a Administração, em sede de Direito Tributário, avançar sobre competência da União para legislar sobre matéria civil.

Novamente, os incisos III, VI e VII, inverte-se a responsabilidade do Fisco em investigar possíveis irregularidades, passando-as ao contribuinte, senão vejamos:

“§2º Doação é:

(...)

III – a transmissão onerosa da propriedade ou a instituição onerosa de direito real, em favor de pessoa que não comprove o pagamento por meio de recursos próprios;

(...)

VI – a integralização ou aumento de capital social por pessoa que não comprove que o fez por meio de recursos próprios;

VII – a cessão onerosa em que o cessionário não comprove o pagamento por meio de recursos próprios;”

O acréscimo patrimonial indevido que será ocasionado pelo pagamento por recursos alheios deverá ser devidamente apurado pela receita federal, quando das declarações do Imposto de Renda. Constatada a irregularidade, deverá promover a notificação do Estado para a cobrança de eventuais tributos de sua competência.

Não se pode, pelo contrário, presumir que existe uma doação sempre que houver um pagamento com recursos de terceiros, tornando a norma imprecisa em sua aplicação, colocando sobre o contribuinte o ônus de prova.

Lado outro, em eventual suspeita, a autoridade poderá requisitar a quebra de informações fiscais e bancárias pela via adequada e apurar supostas irregularidades.

Cumpra ainda salientar que a simulação do contribuinte para lesar o Fisco constitui infração administrativa e criminal, devendo a Administração se utilizar dos meios hábeis para a finalidade de apuração.

Os incisos VIII e IX, por sua vez, assim disciplinam:

VIII – a utilização de reservas de lucros, lucros acumulados e lucros dos exercícios seguintes em pagamento de ações ou quotas em contrato firmado entre ascendente e descendente;

IX – a transferência para sócio ou acionista que detenha a sua propriedade das quotas ou ações, de lucros acumulados e reservas, mediante incorporação ao capital social;

Neste ponto, também se vislumbra a fumaça do bom direito, a justificar a concessão da antecipação de tutela pretendida.

O Inciso VIII é claro ao utilizar o verbo pagamento, tratando-se, pois, de transmissão onerosa, não passível de adequação na forma de doação.

Nos dizeres do próprio Estado, ao justificar a tributação nesta hipótese:

Esta hipótese também é bastante corriqueira entre ascendentes e descendentes para não pagar o ITCD. O negócio se dá assim: um descendente, algumas vezes menor de idade e sem recursos financeiros, simula um contrato de compra e venda de cotas e ações, para pagamento futuro com a utilização da rubrica da sociedade empresária de reserva de lucro, lucros acumulados e lucros dos exercícios seguintes.

Ora, trata-se novamente de presunção, de uma hipótese ou possibilidade e não de regra plena, que atinge todas as hipóteses.

O inciso IX, ao menos nesta análise inicial, também se revela como uma ampliação conceitual da doação. Em não havendo mudança da titularidade, falta um dos elementos essenciais à doação.

Assim, chega-se à seguinte conclusão, nesta análise do pedido de antecipação de tutela. Ou trata-se de expansão do conceito de doação que, conforme disciplina Constitucional é privativa da União (Artigo 22, I, CF) ou há a utilização de formulas genéricas e de presunção, inviável na esfera Tributária.

Resta, pois, demonstrada a fumaça do bom direito, ao menos nesta parte.

Ressalva-se que não se esta a questionar a competência estadual para legislar concorrentemente em matéria tributária. Contudo, tal competência não permite a lesão das normas principiológicas inerentes ao Direito Tributário ou à prerrogativa exclusiva da União para legislar em matéria civil.

O *periculum in mora* também se justifica.

Diversamente do ponderado pelo nobre Representante Ministerial, não há que se falar em dano inverso.

A uma, suspendendo a vigência dos aludidos incisos, voltará a ter validade as redações anteriores, podendo o Estado ainda cobrar nas hipóteses ali inseridas o ITCMD.

A duas, uma vez realizado o recolhimento do tributo, ao contribuinte será exigido longo caminho para que haja a restituição, enquanto para o ente público, bastará realizar a cobrança.

Por fim, há questionamento sobre possível *bis in idem* no § 1º, do Artigo 53, da Lei 1287/2001.

A princípio, não visualizo dupla tributação, pois se tratam de momentos distintos e, portanto, fatos geradores diversos, vejamos o teor da norma:

“art. 53

(...)

§1º O pagamento do imposto devido na renúncia de herança, de legado ou de doação, não exclui a incidência verificada na sucessão Causa Mortis ou doação anterior a que está sujeito o renunciante, respondendo pelo pagamento aquele a quem passarem a pertencer os bens;

Conforme bem ponderado pelo Estado, deve-se diferenciar a herança translativa e a abdicativa. A primeira é aquela em favor de determinada pessoa, o que se equipara a uma doação, envolvendo duas declarações de vontades. Quanto à segunda, a herança ou legado será devolvido ao monte hereditário para posterior partilha entre os herdeiros restantes.

Assim, quanto à primeira hipótese, existem dois fatos geradores distintos, a) transferência do quinhão ao herdeiro e b) renúncia desse quinhão a outro herdeiro ou meeiro.

Ainda salienta o Ente Público a ressalva do Artigo 55, do mesmo diploma normativo:

Art. 55. É isento do pagamento do ITCD:

[...]

V – a transmissão em que o herdeiro ou o legatário renuncie à herança ou ao legado desde que feita sem ressalva ou condição, em benefício do monte e não tenha o renunciante praticado qualquer ato que demonstre ter havido aceitação da herança ou do legado;

Em sede de interpretação sistêmica da norma, não se extrai a fumaça do bom direito capaz de ensejar a suspensão de sua aplicação.

Posto isso, conheço da presente ação direta de inconstitucionalidade e, em sede de tutela antecipada, **CONCEDO PARCIALMENTE A MEDIDA**, determino a suspensão das mudanças trazidas pela Lei 3019/2015 ao texto do Artigo 53, § 2º, Incisos III, IV, V, VI, VII, VIII e IX, da Lei 1287/2001, devendo vigorar

até posterior decisão nesta demanda o antigo texto de lei. Mantendo, por conseguinte, a aplicação do Artigo 53, parágrafos 1º (doação translativa) e 2º, I (doação presumida no Código Civil), da Lei 1287/2001.

É o voto, que submeto aos meus ilustres pares.

Palmas-TO, 28 de abril de 2016.

**Desembargadora MAYSA VENDRAMINI ROSAL**  
**RELATORA**