

FAMÍLIA E TRIBUTAÇÃO - NOTAS PARA UMA ANÁLISE TRANSDISCIPLINAR

Fernando Facury Scaff*

Sumário:

- I. Posição da Questão
- II. Noções Instrumentais de Direito Tributário conexas ao Direito de Família
- III. Casuística decorrente da própria experiência
 - a) A tese do balanço patrimonial do casal
 - b) A tese da *Família Ltda.*
- IV. Análise teórica em face do novo Código Civil
 - a) O Imposto de Transmissão e o falso problema da *Partilha Desigual*
 - a.1) Contraponto: O Imposto de Transmissão na formação da sociedade conjugal
 - a.2) Outras incidências. Utilização dos preceitos fiscais
 - b) Aspectos tributários da *Alteração de Regime Patrimonial do Casamento* (art. 1.639, §2º, CC)
- V. Conclusões

I - Posição da Questão

01. Este é um assunto que faz parte de nosso dia-a-dia mas que é muito pouco explorado seja dentre os estudiosos do direito de família, seja dentre aqueles que se dedicam ao direito tributário¹.

É por tal motivo que a proposta do IBDFAM – Instituto Brasileiro de Direito de Família de introduzir este tema no V Congresso Brasileiro de Direito de Família² é digna de louvor pois inaugura no Brasil esta área de estudos transdisciplinares internos ao Direito, arejando o ramo tributário com os eflúvios que já alcançaram o direito civil desde o advento da Constituição de 1988 e com os estudos de vários de seus expoentes, tais como Luis Edson Fachin, Paulo Lobo, Giselda Hironaka, Zeno Veloso e Rodrigo da Cunha Pereira.

* Advogado, Professor da Universidade Federal do Pará, Doutor em Direito pela USP. Email: fernandoscaff@uol.com.br.

¹ Registro duas obras espanholas sobre o tema. A primeira com uma visão muito mais focada em política fiscal do que em direito tributário: *Política Fiscal y Familia*, Maximino Carpio (coord). Madrid, Fundación Argentaria, 1999. E a mais recente *La Familia ante el Derecho Tributario*, de Javier Lasarte Alvares. Granada. Comares, 2006.

² Realizado em Belo Horizonte, MG, em outubro de 2005

02. Existem inúmeras formas de expor este tema, mas optei por fazê-lo dividindo-o em 03 partes: 1) noções instrumentais de direito tributário conexas ao direito de família; 2) exposição de casos concretos, oriundos de minha experiência advocatícia; e 3) análise de casos teóricos em face do novel Código Civil.

II - Noções Instrumentais de Direito Tributário conexas ao Direito de Família

03. No Brasil, de acordo com a nossa Constituição, pode-se dividir a incidência tributária em alguns grupos de fatos econômicos, sem correr o risco fazer “análise econômica do Direito”³.

Em face de nosso modelo federativo⁴, e em razão do Princípio da Reserva Legal (art. 150, I, CF)⁵, não é suficiente que seja atribuída competência a cada ente federativo para instituir este ou aquele tributo. É imprescindível que haja uma norma legal, de cada ente federativo, instituindo aquele efetivo tributo no âmbito das competências constitucionais. Desta forma, é necessário que antes de mais nada, seja analisada a lei de cada ente federativo onde o evento esteja ocorrendo para se analisar se há ou não a incidência daquele tributo⁶, de conformidade com as leis daquela localidade.

Assim, podem-se classificar as incidências tributárias previstas em nossa Constituição da seguinte forma:

- a) Incidências sobre o patrimônio;
- b) Incidências sobre a circulação de mercadorias, bens e serviços;
- c) Incidências sobre a renda;
- d) Incidências sobre a receita bruta; e
- e) Incidências sobre a folha de salários.

³ Um dos melhores estudos que já li sobre este tema é de Mary Elbe Queiroz, apresentado na pós-graduação em Direito da UFPE, mas que, infelizmente, permanece inédito

⁴ Sobre esse tema sugiro ler Fernando Facury Scaff, *Aspectos Financeiros do Sistema de Organização Territorial do Brasil*, Revista Dialética de Direito Tributário, nº 112, págs. 16-31. SP, Ed. Dialética, jan/05

⁵ Acerca desse tema recomendo a leitura de um texto denominado *Quando as Medidas Provisórias se transformaram em Decretos-lei*, inserido no livro *Justiça Constitucional e Tributação*, Fernando Facury Scaff e Antonio Moreira Maués (SP, Dialética, 2005).

⁶ Ver Roque Carrazza, *Curso de Direito Constitucional Tributário*, Capítulo VI – Legalidade e Tributação, págs. 223 e ss. SP, Malheiros, 2004, 13ª. ed.

No primeiro grupo, de *incidências sobre o patrimônio*, podemos citar a existência dos seguintes impostos:

- IPVA – Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores, no âmbito de cada Estado da Federação;
- ITR – Imposto Territorial Rural, devido à União; e
- IPTU – Imposto Predial e Territorial Urbano, devido aos Municípios.

No segundo grupo, de *incidências sobre a circulação de bens, mercadorias e serviços*, podem-se vislumbrar a existência dos seguintes tributos:

- ISS – Imposto sobre Serviços, de âmbito municipal;
- ICMS – Imposto sobre a circulação de mercadorias e alguns serviços, de competência estadual;
- IPI – Imposto sobre Produtos Industrializados, de âmbito federal;
- CPMF – Contribuição Provisória (que cada vez se torna mais definitiva...) sobre Movimentação Financeira⁷, de âmbito federal e que incide sobre a singela movimentação de valores em conta corrente;
- II – Imposto de Importação, de âmbito federal;
- IE – Imposto de Exportação, também de âmbito federal;
- IOF – Imposto sobre algumas operações financeiras, tais como as de crédito, de seguro, de distribuição de títulos e valores mobiliários, entre outras, de competência federal;
- ITCMD - Imposto de Transmissão “causa mortis” e doações de quaisquer bens ou direitos, de âmbito estadual; e
- ITBI – Imposto de Transmissão de bens imóveis, “inter vivos”, oneroso, de âmbito municipal.

No terceiro grupo encontramos o *Imposto sobre a Renda*, de âmbito federal, e que possui vários distintos âmbitos estritamente regulamentados, tais como o IRPF - Imposto de Renda das Pessoas Físicas, o IRPJ – Imposto de Renda das Pessoas

Jurídicas, todo o detalhamento do IRRF – Imposto de Renda Retido na Fonte, entre outros aspectos. Aqui, neste grupo, vale introduzir um conceito de renda, que é o acréscimo patrimonial decorrente das receitas menos as despesas legalmente dedutíveis, ou, conforme o CTN, “a aquisição de disponibilidade econômica ou jurídica”⁸.

No quarto grupo existem os tributos que *incidem sobre a receita bruta*, tais como a COFINS – Contribuição para a Seguridade Social e o PIS – Programa de Integração Social, ambos devidos à União e sempre incidentes sobre pessoas jurídicas (ou equiparadas). Convém dizer que o conceito de “receita” é diverso do conceito de “renda”, acima exposto. Receita é aquilo que as pessoas jurídicas faturam ou obtém em decorrência de sua atividade. Por outras palavras, *receita* são todos os bens que ingressam no patrimônio de uma pessoa jurídica, acrescentando-lhe valor⁹. *Renda*, como visto, é a receita menos as despesas legalmente dedutíveis. Assim, o conceito de receita é mais amplo do que o de renda. Certamente por isso as alíquotas dos tributos que incidem sobre a receita são numericamente menores do que as que incidem sobre a renda. O Cofins, por exemplo, possui alíquotas de 3% (nos casos de cumulatividade) enquanto que a alíquota mais baixa do IRPF é de 15%¹⁰.

Existe ainda um outro grupo de incidências, que se refere à folha de salários, cujo foco principal é a contribuição dos empregadores para o INSS, e que também inclui outras contribuições, mas que não são pertinentes ao tema em apreço.

04. Ainda no âmbito desta exposição preliminar sobre os pontos de contato entre as duas disciplinas jurídicas, cabe destacar que, enquanto o direito de família é fortemente *subjetivo*, pois leva em conta para sua análise questões como amor,

⁷ Sobre as alterações da CPMF sugiro ler Fernando Facury Scaff, *Será constitucional a majoração da CPMF?*, Revista Dialética de Direito Tributário, nº 69, págs. 69-76. SP, Ed. Dialética, jun/01

⁸ O debate acadêmico sobre o conceito de renda é bastante intenso, sendo que o STF ainda não se pronunciou acerca do tema, a despeito das várias ações que permanecem aguardando a decisão final daquela Corte. O conceito legal, previsto no CTN é o seguinte: “Art. 43. O imposto, de competência da União, sobre a renda e proventos de qualquer natureza tem como fato gerador a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica: I - de renda, assim entendido o produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos; II - de proventos de qualquer natureza, assim entendidos os acréscimos patrimoniais não compreendidos no inciso anterior.”

⁹ Sobre este tema, que possui pertinência com a *teoria dos ingressos*, do direito financeiro, pode ser consultada a magistral obra de Aliomar Baleeiro, *Uma Introdução à Ciência das Finanças*, Capítulo XIV – Teoria dos Ingressos Públicos, pág. 125 e ss. RJ, Forense, 2004, 16ª. ed., atualizado por Djalma de Campos.

¹⁰ É curioso como alguns advogados do direito de família lutam para fixar alimentos em uma proporção da *renda* das pessoas que trabalham como profissionais autônomos ou que possuem microempresas, quando ficaria muito

paternidade, afeto, carinho e outros âmbitos subjetivos por sua própria natureza, o direito tributário é fortemente *objetivo*, com todas suas relações pautadas no texto da lei, tentando reduzir substancialmente qualquer margem de subjetividade ao aplicador da norma.

Para destacar esta busca do direito tributário pela objetividade é suficiente frisar dois artigos do Código Tributário Nacional. O parágrafo único do art. 142 determina que “a atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional.” Ou seja, o agente administrativo deve efetuar o lançamento conforme determina a norma, sem que disponha de nenhuma margem de subjetividade. Enquadrada a situação fática na previsão normativa, o lançamento se impõe¹¹.

A objetividade no direito tributário atinge seu ápice quanto o Código Tributário Nacional impõe que a tributação incida abstraindo-se a “validade jurídica dos atos efetivamente praticados pelos contribuintes, responsáveis, ou terceiros, bem como da natureza do seu objeto ou dos seus efeitos”, ou ainda “dos efeitos dos fatos efetivamente ocorridos” (art. 118, incisos I e II). Desta maneira, mesmo atividades ilícitas como contrabando ou descaminho devem ser objeto de tributação, caso a situação fática se enquadre no figurino legal estabelecido para a incidência do tributo.

05. Por fim, no âmbito desta breve exposição, cabe ressaltar que para o direito tributário as convenções particulares não podem ser oponíveis ao Fisco. O texto do art. 123 do Código Tributário Nacional é que estabelece este preceito: “Salvo disposições de lei em contrário, as convenções particulares, relativas à responsabilidade pelo pagamento de tributos, não podem ser opostas à Fazenda Pública, para modificar a definição legal do sujeito passivo das obrigações tributárias correspondentes.”

Desta forma, caso o proprietário/locador transfira contratualmente a responsabilidade pelo pagamento do IPTU ao locatário, em caso de inadimplemento da obrigação fiscal, o fisco municipal demandará o sujeito passivo da obrigação de

mais fácil se buscar uma fração de sua *receita bruta*. O fisco federal exerceria uma fiscalização muito eficiente em caso de dúvida nos valores indicados...

¹¹ Sobre este tema vale conferir Paulo de Barros Carvalho, *Curso de Direito Tributário*, Capítulo IX – A Regra Matriz de Incidência, págs. 239 e ss. SP, Saraiva, 2000, 13ª. ed.

pagar o tributo, no caso o proprietário/locador, e jamais o locatário. Este deverá ser acionado pelo proprietário/locador em uma outra relação jurídica para que pague o valor devido. Desta maneira, as avenças privadas não podem ser opostas à norma legal, que estabelece quem é o sujeito passivo da obrigação tributária.

III - Casuística decorrente da própria experiência

06. A despeito de atuar como advogado na área tributária há vários anos, algumas vezes fui procurado por clientes com problemas envolvendo aspectos de direito de família. Claro que não se discutia a guarda de filhos, mas questões patrimoniais do regime de bens do casamento, em seu desfazimento ou mesmo na sua constância. Destaquei dois casos para exemplificar a conexão entre estas duas áreas envolvendo minha experiência profissional.

a) A tese do balanço patrimonial do casal

07. Um casal sem filhos decidiu se separar e fui procurado pela esposa em razão de que, com a partilha que se avizinhava, ela nada receberia como fruto do suposto acréscimo patrimonial havido na constância do casamento.

Antes do casamento o cônjuge varão havia recebido de seu pai uma grande quantia de ações da empresa familiar onde laborava, assim como bens imóveis. Apenas para facilitar a exposição, vamos imaginar que o conjunto das ações (100 unidades) valesse R\$ 1 milhão, e o conjunto de bens imóveis também R\$ 1 milhão. A cônjuge mulher não tinha patrimônio. O casamento se deu em comunhão parcial de bens.

Quando ocorreu a separação, o cônjuge varão possuía a mesma quantidade de patrimônio, seja em número de ações, seja em número de imóveis.

Logo, sob uma análise rigorosa e positivista, como nada foi acrescido ao patrimônio na constância do casamento, nada havia a ser partilhado.

Todavia, optei por adotar uma análise *empresarial* à variação patrimonial do casal, e, em conjunto com o pai da separanda (perito em direito tributário e em contabilidade), constatamos a seguinte situação patrimonial que passo a descrever.

08. Na constância do casamento, que durou cerca de 10 anos, a empresa da família do marido sofreu vários abalos financeiros, de tal modo que o valor das ações se tornou negativo. Ou seja, o que antes valia R\$ 1 milhão, em razão das dívidas passou a valer R\$ 1 milhão *negativo*. Variou o *valor*, porém a *quantidade* de ações permaneceu a mesma (100 unidades).

Por outras palavras: o patrimônio total do marido em certo momento da *constância* do casamento tornou-se igual a *zero*, pois a dívida da empresa engolia seu lote de 100 ações, tornando-as *negativas* em R\$ 1 milhão, e engolia também seus imóveis, que também valiam R\$ 1 milhão. Logo, o cônjuge que possuía um patrimônio *positivo* de R\$ 2 milhões *antes* do casamento (ações + imóveis), passou a ter um patrimônio equivalente a *zero* na *constância* do casamento.

Por força do trabalho conjunto do casal (e da empresa como um todo), o patrimônio do marido se recuperou, pois as ações passaram a valer *mais do que* o R\$ 1 milhão inicial, tornando-se superior a R\$ 2 milhões. A *quantidade* de ações permaneceu a mesma (100 unidades).

Portanto, o patrimônio que era de R\$ 2 milhões *antes* do casamento passou a ser de R\$ 3 milhões na *constância* do casamento e no *momento* da separação (R\$ 2 milhões em ações + R\$ 1 milhão em imóveis).

É importante frisar que o valor das ações estava devidamente comprovado por balanços auditados e arquivados na Junta Comercial. E o valor dos bens imóveis estava de conformidade com a declaração de Imposto de Renda do cônjuge varão.

Ingressei na Justiça com uma ação de separação judicial litigiosa em nome da cônjuge mulher, pedindo que lhe fosse assegurada a meação no valor de R\$ 1,5 milhão. Argumentei que ela tinha direito a 50% do patrimônio havido na *constância* do casamento; se em dado momento da constância do casamento o valor do patrimônio do cônjuge varão equivalia a *zero*, tudo que foi acrescido a partir daquele instante se tornou patrimônio *comum* do casal.

A defesa do cônjuge varão adotou a tese formalista, apegando-se à manutenção da *quantidade* de ações (que não variou) e nos mesmos imóveis, todos havidos *antes* do casamento. Logo, nada havia a ser partilhado.

09. A tese da cônjuge mulher foi ousada demais para o Judiciário e o caso foi encerrado com um acordo entre as partes em valor inferior ao pretendido na petição inicial, porém superior ao que o cônjuge varão desejava partilhar.

b) A tese da *Família Ltda.*

10. Outro caso interessante não envolveu demanda judicial, mas apenas aconselhamento visando a redução do pagamento de tributos devidos pelo casal.

Ambos os cônjuges eram profissionais de alta qualificação, com relações empregatícias regidas pela CLT. Tinham dois filhos em escola privada, pagavam plano de saúde, manutenção de carros, vigilância, condomínio, água, luz, e todas as demais despesas usuais em uma família de classe média alta no Brasil.

Fui consultado sobre como reduzir as incidências fiscais da família, uma vez que o contracheque que o casal recebia já era reduzido substancialmente pelo IRRF – Imposto de Renda Retido na Fonte, e em menor monta pela contribuição para o INSS.

A saída proposta foi a de transformar aquela unidade familiar em uma espécie de *Família Ltda.* Os dois cônjuges se tornariam sócios de uma sociedade por quotas de responsabilidade limitada e ao invés de terem suas receitas tributadas como pessoas físicas receberiam como pessoa jurídica, e os encargos que tivessem pertinência com as atividades laborais da *Família Ltda.* poderiam ser abatidos como despesas para fins de apuração do imposto sobre a renda (caso a opção fosse pela apuração pelo *lucro real*).

A diferença entre as duas situações é eminentemente fiscal. Os custos que as empresas têm para manter um trabalhador com carteira assinada são cerca de 100% sobre o salário pago, sejam estes decorrentes de encargos previdenciários (contribuição para o INSS), sociais (contribuição para o sistema “S” – SESC, SENAC, SESI, SENAI, SEBRAE), ou mesmo de direitos conquistados ao longo de um histórico de lutas, tais como férias, adicionais, FGTS, etc., que na ótica empresarial são

igualmente computados como custos. Logo, para as empresas, haveria um dispêndio menor ao pagar ao casal o valor contratado, com menor “custo adicional”.

Por outro lado, este casal, ao receber a remuneração tributada como se pessoa jurídica fosse (a tese da *Família Ltda*), passaria a pagar vários tributos (PIS, Cofins, CSL, IRPJ, ISS), mas o custo final seria bastante menor, caso apurados os valores a receber pelo sistema de *lucro presumido*.

Apenas a título de exemplo, pode-se verificar o seguinte:

- a) Trabalhador assalariado que receba R\$ 20 mil por mês e tenha dois filhos dependentes, pagará de INSS R\$ 293,50 e de Imposto de Renda R\$ 4.889,50 o que importa em um desconto de R\$ 5.183,09 apenas referente a estes dois tributos. Ou seja, *o desconto será de 26% sobre o valor bruto recebido*.
- b) O mesmo rendimento (R\$ 20 mil por mês), apurado pela *Família Ltda*, através do sistema de lucro presumido, geraria descontos da seguinte ordem: Imposto de Renda (15% sobre 32%) = R\$ 960,00; Contribuição Social sobre o Lucro (9% sobre 32%) = R\$ 576,00; PIS/Cofins (3,65%) = R\$ 730,00 e ISS (supondo-se uma alíquota municipal de 5%) = R\$ 1.000,00 . Logo, esta tributação implica em R\$ 3.266,00 ou *uma redução de 16,33% sobre o valor recebido*.

A diferença entre as duas situações é que o assalariado colocará líquido no bolso R\$ 14.817,00 e os sócios da *Família Ltda*, partindo do mesmo valor, colocariam no bolso R\$ 16.734,00. Desta forma, sobraria no bolso dos sócios R\$ 1.917,00 a mais do que no do assalariado.

Além disso, para as empresas o desembolso também seria bastante menor pelo mesmo trabalho prestado.

Em contrapartida, deve-se observar que a despeito de ser um montante menor a pagar, desapareceriam várias garantias desse casal, enquanto trabalhadores regidos pela CLT.

11. Na época, por conveniência pessoal e receio de problemas com a Receita Federal e a Justiça do Trabalho, o empregador de cada qual dos cônjuges não aceitou a mudança proposta.

Hoje, contudo, uma nova lei surgiu regulamentando a matéria. Trata-se do art. 129 da “MP do Bem”, que após muita espera e enormes confusões no processo legislativo, foi promulgada no dia 21-11-05 tornando-se a Lei 11.196, que criou uma equiparação para fins fiscais entre algumas espécies de profissionais liberais e as pessoas jurídicas. Esta norma recebeu a seguinte redação: “Para fins fiscais e previdenciários, a prestação de serviços intelectuais, inclusive os de natureza científica, artística ou cultural, em caráter personalíssimo ou não, com ou sem a designação de quaisquer obrigações a sócios ou empregados da sociedade prestadora de serviços, quando por esta realizada, se sujeita tão-somente à legislação aplicável às pessoas jurídicas, sem prejuízo da observância do disposto no art. 50 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil.”¹²

Desta forma a proposta da *Família Ltda.* ganhou um reforço com o advento do art. 129 da Lei 11.196/05.

IV - Análise teórica em face do novo Código Civil

12. Aconselhado por Zeno Veloso, decidi analisar artigos do novo Código Civil que podem vir a trazer implicações tributárias em termos de direito de família. Trata-se da questão da *partilha desigual*, e do artigo 1.639, §2º, que trata da *alteração de regime patrimonial do casamento*.

a) O Imposto de Transmissão e falso problema da *Partilha Desigual*

13. O que se convencionou chamar de “partilha desigual” decorre da separação de bens em quinhões diferentes da meação. A questão é saber se, e em quais situações, é necessário pagar tributo.

Antes de mais nada se deve alertar que é imprescindível a análise da legislação de cada unidade federativa para ser possível resolver a questão. Isto porque alguns Estados tributam de maneira diferente o ITBI de terrenos e de prédios, tal como fazem

¹² NCC: “Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.”

com alíquotas diferenciadas a compra e venda e as doações. O mesmo ocorre com os mais de 5 mil Municípios brasileiros, que possuem normas próprias para tratar do ITCMD. Desta maneira, a análise da norma positiva é imprescindível para a solução do caso concreto.

Isto posto, vamos aos exemplos teóricos e a razão pela qual mencionei acima que a questão da *partilha desigual* seria um “falso problema”.

14. Iniciemos pela questão da *partilha desigual*. Suponhamos que um casal possua em comunhão de patrimônio um único bem imóvel no valor de R\$ 100 mil e um veículo no valor de R\$ 50 mil. Decidem se separar efetuando uma seguinte partilha desigual: Imóvel para A e veículo para B.

Perguntar-se-á: terá havido transmissão de bens entre A e B? Esta pergunta é fundamental para identificar se surgiu ou não a obrigação tributária.

Entendo que a resposta será positiva, tendo havido a transmissão de bens, pois o que antes era patrimônio comum passou a ser individualizado (claro que se trata de uma resposta *em tese*, pois somente através da análise da norma de direito positivo é que se poderá afirmar *em concreto*).

Desta forma, e de maneira didática, havia *antes da separação* a seguinte situação patrimonial:

- Cônjuge A + B: Imóvel, no valor de R\$ 100 mil
- Cônjuge A + B: Veículo no valor de R\$ 50 mil

E passou a haver a seguinte situação:

- Cônjuge A: Imóvel, no valor de R\$ 100 mil
- Cônjuge B: Veículo no valor de R\$ 50 mil

Assim, entendo que houve uma transferência patrimonial de A + B para A e outra transferência patrimonial de A + B para B.

O segundo ponto relevante, e que me parece fundamental para espanar as eventuais dúvidas, diz respeito à base de cálculo da operação acima referida.

No caso hipotético acima, o cônjuge A, que já possuía 50% do imóvel no valor total de R\$ 100 mil, terá que pagar ITBI sobre a parcela restante, de R\$ 50 mil. O credor do tributo será o Município onde está localizado o imóvel.

Seguindo o exemplo, o cônjuge B, que já possuía 50% do veículo no valor total de R\$ 50 mil, terá que pagar ITCMD - Imposto de Transmissão, caso esta operação se caracterize como *doação*, para o Estado onde estiver registrado o veículo. A base de cálculo do tributo será o valor de R\$ 25 mil.

Ocorre aqui, contudo, um impasse. Será que esta transmissão de bens (veículo) se caracteriza como *doação*¹³?

As características da *doação* são ser um *contrato*, que decorre da *liberalidade* de uma das partes, e no qual ocorre a *transferência de bens ou vantagens* de um patrimônio para outro¹⁴. Como se trata de uma questão de direito de família, a subjetividade impera, e deve-se perquirir os *motivos* desta partilha ter sido *desigual* a fim de se verificar se a transferência da propriedade ocorreu ou não *por liberalidade*. Deve-se constatar se estamos ou não diante de uma *doação*.

No caso fictício sob análise - que por ser fruto de minha imaginação utilizarei de forma arbitrária para expor meu raciocínio - não se trata de uma *doação*, pois o que aconteceu foi uma partilha *desigual* fruto de um *acordo* entre as partes envolvidas.

Desta maneira, o caso em apreço se assemelha a uma *transação*. É claro que não seria possível proceder a uma *transação* no caso de *separação judicial*, mas como no exemplo se trata de direitos *puramente patrimoniais*, não haveria o menor problema em se caracterizar esta operação como tal¹⁵. Porém há nesta espécie contratual uma vedação à transmissão de direitos, sendo possível apenas seu reconhecimento ou sua declaração¹⁶. É verdade que existe um debate acadêmico sobre este ponto, pois há quem defenda que tal disposição se configura como uma *regra geral*, que pode sofrer exceções, pois o art. 845 do Código Civil fala de *coisa*

¹³ NCC: “Art. 538. Considera-se doação o contrato em que uma pessoa, por liberalidade, transfere do seu patrimônio bens ou vantagens para o de outra”

¹⁴ Utilizei-me do ensinamento de Caio Mário da Silva Pereira, em seu *Instituições de Direito Civil*, vol. III. RJ, Forense, 2004, 11ª. ed., atualizada por Regis Fichtner.

¹⁵ Esta é inclusive a opinião de Washington de Barros Monteiro, em seu *Curso de Direito Civil*, vol. V, pág. 395. SP, Saraiva, 2003, 34ª. ed., atualizada por Carlos Alberto Dabus Maluf e Regina Beatriz Tavares da Silva.

¹⁶ NCC: “Art. 843. A transação interpreta-se restritivamente, e por ela não se transmitem, apenas se declaram ou reconhecem direitos.”

transferida de uma a outra parte, o que permitiria classificar como *transação* esta operação de *partilha desigual* entre os cônjuges A e B¹⁷.

Outra possibilidade é que esta situação se caracterize como uma espécie de troca¹⁸, mesmo que haja uma desigualdade entre os valores e bens permutados¹⁹.

O que importa é que pode ocorrer desta *partilha desigual* não se caracterizar como uma doação, mas como outra figura de direito civil, como a *troca* ou a *transação*.

Qual a importância disso? É que a previsão constitucional para que os Estados possam criar leis para a cobrança de tributos sobre a transferência de patrimônio é apenas nos casos de “causa mortis” ou “doação”, e não em toda e qualquer situação de transferência patrimonial. A norma que atribui competência para os Estados-membros cobrarem este tributo menciona o seguinte: “Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre: I - transmissão causa mortis e doação, de quaisquer bens ou direitos”. Na hipótese de não se tratar de doação, não pode haver a incidência tributária por falta de competência constitucional para a cobrança de tributo nesta situação.

É bem verdade que a norma contempla a expressão “quaisquer bens ou direitos”, porém apenas em caso de transmissão “causa mortis” ou “doação”. Com rigor científico-tributário diria que no caso o aspecto material da hipótese de incidência não está contemplado no comportamento adotado pela *partilha desigual* entre os cônjuges A e B.

Os colegas que estiverem menos acostumados com o instrumental jurídico-tributário certamente estarão se perguntando: E aí? Não haverá nenhum imposto a pagar?

A resposta é não haverá nenhum imposto a pagar em decorrência desta *transmissão de propriedade* de veículo entre A e B. Outros impostos poderão incidir, como o IPVA em razão da *propriedade* do veículo, ou mesmo o Imposto sobre a Renda *em face da aquisição de disponibilidade econômica*. Será necessário analisar o caso concreto. Contudo, não haverá imposto a pagar em face da *transmissão da*

¹⁷ Para esta opinião ver Washington de Barros Monteiro, *Curso de Direito Civil*, vol. V, pág. 396 e Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de Direito Civil*, vol. III, pág. 310.

¹⁸ NCC: “ Art. 533. Aplicam-se à troca as disposições referentes à compra e venda, ...”:

¹⁹ Para esta opinião ver Washington de Barros Monteiro, *Curso de Direito Civil*, vol. V, pág. 129 e Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de Direito Civil*, vol. III, pág. 202.

propriedade do veículo ter ocorrido através de um contrato que não se configura como *doação*.

15. É certo que em muitos casos haverá grande dificuldade do fisco envolvido em identificar a situação concreta em que esta transferência ocorreu. Havendo dissimulação, o fisco poderá *desconsiderar os negócios jurídicos dissimulados*²⁰ e buscar os efeitos concretos do ato ocorrido.

Há uma grande discussão na seara tributária sobre os limites que o Fisco possui para adotar este procedimento, porém penso que não vale a pena debater estes argumentos em tese, no âmbito deste trabalho, mas apenas na apreciação de casos concretos. Trata-se dos limites à liberdade de organização dos negócios privados, de modo a configurar uma *elisão fiscal* (lícita, que permite a redução do pagamento de tributos) e não uma *evasão fiscal* (ilícita, que, dentre outras formas, pode se caracterizar por abuso de formas contratuais).²¹

16. Por fim, deve-se ainda destacar as razões pelas quais se entende que a situação da *partilha desigual* se configura como um *falso problema*.

Isto decorre do fato de que não se pode trabalhar para fins tributários a situação acima como uma *universalidade patrimonial*, onde o casal A + B teria um patrimônio de R\$ 150 mil, e cada qual deveria ficar com R\$ 75 mil. Daí que, se um ficou com menos do que o outro isto se caracteriza como *doação* e deve pagar ITCMD.

A fórmula acima adotada, de identificação de cada espécie de bem como um patrimônio em condomínio e conceder a cada qual um tratamento tributário distinto, deve ser adotada não apenas para as *partilhas desiguais*, mas *para toda e qualquer partilha*.

No exemplo acima, qual a diferença entre a partilha ter sido *igual* ou *desigual*? Para efeitos fiscais, nenhuma. Para confirmar este entendimento, analise o mesmo

²⁰ CTN “Art. 116 - ... Parágrafo único. A autoridade administrativa poderá desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária, observados os procedimentos a serem estabelecidos em lei ordinária

²¹ Existe vários trabalhos sobre esta matéria, mas aos interessados indico a tese de livre docência de Heleno Taveira Torres *Direito Tributário e Direito Privado – Autonomia Privada, Simulação e Elusão Tributária*. SP, Ed. RT, 2003.

exemplo acima, apenas atribuindo ao veículo o valor de R\$ 100 mil, idêntico ao do imóvel. Não haverá diferença no raciocínio. Não haverá tributação em razão da transferência de 50% do veículo de A para B. E a tributação pelo ITBI em razão da transferência do bem imóvel terá como base de cálculo o valor de R\$ 50 mil.

A universalidade patrimonial não deve ser adotada porque é imprescindível - desculpem a repetição - que sejam analisadas as competências estabelecidas na Constituição para que os entes federados possam cobrar tributos. Logo, para fins fiscais, deve-se analisar a situação separando o conjunto de bens por suas especificidades, e o conjunto de operações jurídicas envolvidas, a fim de que se determine qual a natureza jurídica de cada qual e, de olho na Constituição e na lei do ente federado competente, se analise a existência ou não do dever de pagar o tributo.

O exemplo acima mencionado permite identificar as razões pelas quais se defende este ponto de vista.

17. Cuidado deve haver, sempre, na identificação da base de cálculo da operação, seja a partilha igual ou desigual. Este me parece ser um ponto relevante.

Suponhamos a seguinte situação: Dois imóveis de mesmo valor (R\$ 100 mil cada), a serem divididos entre A e B em partes iguais. Cada qual pagará ITBI sobre R\$ 50 mil em cada operação. Daí que a base de cálculo em face da operação de transferência do imóvel de A para B será de R\$ 50 mil, bem como em face da operação de transferência de B para A será de R\$ 50 mil. Logo, partilha *igual*.

Não me parece defensável a idéia de que não haja ITBI a pagar no caso em apreço, do ponto de vista do direito tributário. Isto porque o patrimônio efetivamente foi transferido. O que antes era de A + B passou a ser apenas de A ou apenas de B. Logo, houve transmissão da propriedade. O que pode causar alguma dificuldade é que um bem pode já estar escriturado *apenas* em nome de A e o outro *apenas* em nome de B. Neste caso o que haverá é um problema documental e de identificação perante o Fisco municipal. Porém, para efeitos *teóricos, de incidência fiscal*, inegavelmente haverá a materialização da hipótese de incidência, o que equivale a dizer que o pagamento do tributo deverá ocorrer, a depender da análise do direito positivo municipal, como acima já alertado.

Imaginemos a situação acima com uma partilha *desigual*. Quatro imóveis no valor de R\$ 50 mil cada. O cônjuge A ficará com 3 imóveis de R\$ 50 mil cada (R\$ 150 mil) e o cônjuge B ficará com apenas 01 imóvel no valor de R\$ 50 mil.

Assim, a *partilha desigual* será resolvida pela diversidade de base de cálculo, pois a transmissão de propriedade ocorreu da seguinte forma:

$$A + B = R\$ 200 \text{ mil}$$

O cônjuge A passou a ter R\$ 150 mil. Logo, R\$ 75 mil foi-lhe transferido por B e esta será a base de cálculo do ITBI.

O cônjuge B passou a ter R\$ 50 mil. Logo, R\$ 25 mil foi-lhe transferido por A e esta será a base de cálculo do ITBI.

Desta maneira, entende-se que a questão da *partilha desigual* é muito mais um problema de identificação da base de cálculo, do que de uma compreensão diferente da incidência fiscal em face da partilha igual.

a.1 Contraponto: O Imposto de Transmissão na formação da sociedade conjugal

18. Até este momento foi tratada a questão do pagamento dos tributos em razão da dissolução da sociedade conjugal.

Porém a lógica da exposição nos leva a uma constatação: se pode haver a cobrança de ITBI na dissolução do casamento, por qual motivo não pode ser cobrado o mesmo imposto na união dos patrimônios no início da sociedade conjugal, em caso de comunhão universal? Não haveria neste momento inicial uma *transmissão da propriedade* de A para B e vice versa?²²

A resposta deve ser buscada na Constituição.

O *caput* do art. 226 estabelece que “a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”. E o § 3º, estabelece ainda que “para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, *devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.*”

²² Esta reflexão decorre de uma pergunta escrita, formulada por Melissa Ita, promotora de Justiça do Estado de Goiás, ao final de minha palestra sobre este tema no V Congresso Brasileiro de Direito de Família.

Ora, inegavelmente estabelecer incidência tributária na comunhão dos patrimônios não é uma forma de *facilitar a conversão da união estável em casamento*. Ainda mais quando se sabe que o Código Civil determina o regime patrimonial da comunhão *parcial* de bens para a união estável, salvo disposição em contrário dos companheiros²³. Logo, estabelecer uma oneração tributária para passar de uma união estável (comunhão parcial, como regra) para o casamento (na comunhão universal) seria o contrário de “facilitar a conversão” que a Constituição determina.

Seria, portanto, uma forma de *desincentivo ao casamento* uma lei que estabelecesse tributação no início da sociedade familiar, e a proteção que a Constituição exige para a família - especial, diga-se de passagem - estaria sendo desatendida.

Desta forma, seja em face do “caput”, seja em face do §3º do art. 226 da Constituição, uma lei que estabelecesse exigência desta natureza poderia ser levada às barras do Supremo Tribunal Federal e acimada de inconstitucional, para que fosse assegurada a supremacia da Constituição, mantendo a valorização da família sem os obstáculos fiscais que eventualmente tivessem sido criados para a sua formação.

a.2 Outras incidências. Utilização dos preceitos fiscais

19. Por fim, deve-se anotar que a despeito da exposição estar concentrada nas questões envolvendo ITBI e ITCMD, outras incidências devem ser analisadas ainda mesmo no âmbito da transmissão de bens. Por exemplo, a CPMF. Suponhamos que o acerto patrimonial da separação envolva a transferência de valores da conta corrente do casal para a de um dos cônjuges separandos. Haverá a incidência desta contribuição.

Outras incidências devem ser ainda analisadas, como por exemplo a questão dos tributos sobre a propriedade, tal como o IPVA e o IPTU. Imagine-se que a cônjuge mulher tenha recebido na partilha um imóvel com dívidas de IPTU. A quem cabe seu pagamento? O CTN, como acima mencionado, ignora solenemente as avenças privadas, mantendo o preceito legal como primordial. No caso, o sujeito passivo da obrigação de pagar o IPTU é o proprietário do imóvel na época em que o tributo

²³ NCC: “Art. 1.725. Na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens”

deveria ser pago. O proprietário era o casal; logo 50% do valor do IPTU em atraso compete ao cônjuge varão. Isto parece lógico, pois o torpe não pode se privilegiar de sua própria torpeza. Se não tiver sido ressalvado o pagamento do IPTU em atraso no processo de separação conjugal, o cônjuge varão pode ser demandado pelo pagamento de sua quota de responsabilidade. Por certo que o fisco municipal executará a dívida e penhorará a principal garantia - o bem imóvel -, mas isto não impede que o valor integral seja pago pelo atual proprietário e que seja movido um processo posterior para execução do direito de regresso contra o responsável, cobrando-lhe seu quinhão²⁴. Estas observações valem para todos os tributos que incidem sobre o *patrimônio*.

É necessário também analisar aspectos referentes ao Imposto sobre a Renda, especialmente quando são estabelecidas pensões para a esposa e os filhos. Deve-se analisar que os valores são devidos individualmente a cada filho e à esposa, sob pena dela pagar Imposto sobre a Renda por todo o valor recebido, incidindo o imposto sobre um montante majorado.

Enfim, as hipóteses são tantas que não têm fim. Para facilitar a análise dos casos concretos é necessário seguir as sugestões apresentadas na parte inicial deste trabalho, e analisar individualmente cada caso, fracionando-o a fim de se poder constatar todas as relações fiscais envolvidas nas distintas tramas familiares que podem ser encontradas nas situações do dia-a-dia.

b) Aspectos tributários da *Alteração de Regime Patrimonial do Casamento* (art. 1.639, §2º, CC)

20. A questão aqui possui outros contornos, pois o casamento permanece. Trata-se de modificação apenas do regime patrimonial na constância do casamento. O §2º do art. 1639 do Código Civil determina: “É admissível alteração do regime de bens, mediante autorização judicial em pedido motivado de ambos os cônjuges, apurada a procedência das razões invocadas e ressalvados os direitos de terceiros.”

Quais as incidências fiscais em caso dessa natureza?

Fiquemos com as duas hipóteses mais radicais:

²⁴ Esta questão sobre o IPTU em atraso também surgiu nas perguntas escritas ao final da palestra, formulada por Conceição Pereira, advogada em Natal - RN.

- 1) A e B eram casados pelo regime da comunhão universal (art. 1667, CC) e decidiram modificá-lo para o da separação de bens (art. 1687, CC); e
- 2) A e B eram casados pelo regime da separação de bens e decidiram modificá-lo para o da comunhão universal.

Entendo que em ambas as hipóteses haverá forte reflexo fiscal, seja em razão da *transferência* de patrimônio, seja em face da *aquisição de renda*, ou ainda em face da modificação do titular do *patrimônio*.

Em ambas as hipóteses haverá *transferência* de patrimônio de A + B para A e para B ou vice versa. Volto às observações anteriores sobre a *partilha desigual* para que sejam verificadas as razões desta separação patrimonial: doação, transação, permuta? A depender do caso, haverá ou não incidência de ITCMD. E também retomo a exposição anterior acerca da incidência do ITBI e da apuração de sua base de cálculo. Nada há a acrescentar quanto à *transferência patrimonial*.

E quanto ao Imposto de *Renda*? Em tese entendo que sempre que houver a aquisição de disponibilidade econômica por uma das partes, mesmo que advenha do cônjuge, e mantida a constância do casamento, poderá haver a cobrança do IRPF. Somente a análise do caso concreto é que permitirá analisar o preciso enquadramento na legislação aplicável.

No que tange aos tributos pertinentes à *propriedade* a incidência se dará normalmente em face da mudança da titularidade. Se houver a troca de proprietário de um carro, o novo proprietário é quem deverá passar a pagar IPVA. Se a troca de titularidade se der sobre bens imóveis, o imposto poderá ser o IPTU ou o ITR, a depender do bem.

21. A questão relevante, a meu ver, pode se dar quanto a eventual *retroatividade da mudança de regime*. Isto pode vir a trazer muita dor de cabeça para os “terceiros”, que tiveram seus direitos ressaltados pela norma (§2º, art. 1639, CC), o que inclui o Fisco, por certo.

Aqui é necessário fazer uma distinção *temporal* entre fatos futuros, fatos pendentes e fatos passados.

Toda vez que o direito do fisco de lançar já tiver se consolidado, o débito já existe contra a sujeito passivo da norma tributária. A eventual mudança de titular não atinge estas relações já consolidadas. Pode, quando muito, criar uma espécie de *solidariedade fiscal*, reforçando a garantia do pagamento do tributo. Desta forma, os tributos não pagos deverão sê-lo de conformidade com a norma tributária da época da ocorrência do fato gerador (do surgimento do fato imponible). Esta deve ser a regra dos *atos passados*.

Não haverá problema quanto aos fatos futuros, pois com os efeitos futuros da mudança de regime patrimonial, os fatos imponíveis surgirão com a nova situação patrimonial regularizada e incidirão de conformidade com as novas situações jurídicas existentes.

Problema pode haver quanto aos *atos pendentes*.

Imaginemos a questão do IRPF. A renda que antes era só de A passará a ser de A + B no meio do exercício fiscal. Será necessário efetuar uma discriminação temporal, uma vez que podem existir reduções ou abatimentos que antes só poderiam ser utilizados por um dos cônjuges, e passarão a ser utilizados pelo casal no exercício fiscal em curso.

Ou ainda nas incidências sobre a propriedade. Como regra, o IPTU possui incidência anual, porém é bastante comum seu pagamento ocorrer de forma parcelada. O imóvel passando do patrimônio comum do casal (A + B) para apenas um dos cônjuges, deverá haver o pagamento das parcelas restantes por este, mesmo sabendo que a incidência é anual e deveria ter sido pago pelas rendas do patrimônio comum?

Estas e outras situações podem ocorrer e eventualmente trazer problemas. Afinal, todos sabemos que os problemas moram nos detalhes. Não existem fórmulas prontas, mas é recomendável que nestes casos seja efetuada uma espécie de “balancete” dos haveres que estão sendo partilhados ou unidos, a fim de se verificar as pendências fiscais existentes e buscar soluções patrimoniais para as mesmas de forma preventiva, afastando este tipo de problemas da esfera judicial, até mesmo porque o casamento se mantém; o patrimônio é que receberá um tratamento diferente. O papel preventivo dos advogados nestas questões é de fundamental importância.

V - Conclusões

22. Embora sejam questões que envolvem o dia a dia dos advogados que militam na área do direito de família, seja nas questões contenciosas, seja nas preventivas, os aspectos tributários não têm sido objeto de grandes perquirições doutrinárias. Os exemplos concretos e teóricos acima expostos denotam que as possibilidades de intersecção entre estas duas áreas do direito merecem um estudo mais acurado e sistematizado, envolvendo todas as distintas competências tributárias.

A transdisciplinariedade interna ao Direito não deve se tornar um obstáculo a sua mais perfeita compreensão, mas apenas um desafio a ser enfrentado.