

O PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO NO DIREITO DE FAMÍLIA

Apontamentos sobre o contrato de união estável

DOMINGOS XAVIER TEIXEIRA

Formando em Direito pela PUC-MG. Contador, Economista e Administrador de Empresas. Especialista em Auditoria e Tributos. Escritório: Rua Paraíba, 1.352 - 12º. andar - Fone: 31 .. 3282-9939
E-mail - teixeira.dx@teixeira-advogados.com.br
home page - www.teixeira-advogados.com.br

Este trabalho tem por objetivos:

Examinar a complexidade das leis para um casal e o sucessor no Brasi;
Justificar porque estes atores devem planejar a sua vida tributária e a sua sucessão;
Examinar o regime de bens de um casal no novo Código Civil;
Demonstrar os impostos incidentes sobre os bens de um casal e sucessores;
Discutir como planejar a sua vida tributária e a sucessão para evitar a incidência do tributo e, finalmente,
Mostrar a sociedade de marido e mulher e os crimes resultantes do amadorismo.

CONTEÚDO

- 1 INTRODUÇÃO
- 2 A COMPLEXIDADE DAS LEIS PARA UM CASAL E O SUCESSOR NO BRASIL
- 3 PORQUE ESTES ATORES DEVEM PLANEJAR A SUA VIDA TRIBUTÁRIA E A SUCESSÃO?
- 4 TIPOS DE REGIME DE BENS NO NOVO CÓDIGO CIVIL
 - 4.1 REGIME DE COMUNHÃO PARCIAL
 - 4.2 REGIME DE COMUNHÃO UNIVERSAL
 - 4.3 REGIME DE SEPARAÇÃO DE BENS
 - 4.4 REGIME DE PARTICIPAÇÃO FINAL NOS AQUESTOS
- 5 OS IMPOSTOS INCIDENTES SOBRE OS BENS DO CASAL E DOS SUCESSORES
 - 5.1 INTRODUÇÃO
 - 5.2 O IMPOSTO DE RENDA
 - 5.2.1 Normas constitucionais
 - 5.2.2 Normas legais de incidência
 - 5.2.3 Alíquotas, base de cálculo e casos de incidência
 - 5.2.4 O imposto de renda na separação e na sucessão
 - 5.2.7 O planejamento tributário para evitar a incidência do IR
 - 5.3 O IMPOSTO SOBRE TRANSMISSÃO CAUSA MORTIS E DOAÇÃO - ITCD
 - 5.3.1 Normas constitucionais
 - 5.3.2 Normas legais de incidência
 - 5.3.3 O planejamento tributário para evitar a incidência do ITCD
 - 5.4 O IMPOSTO SOBRE A TRANSMISSÃO INTER VIVOS DE BENS IMÓVEIS - ITBI
 - 5.4.1 Normas constitucionais
 - 5.4.2 Normas legais de incidência
 - 5.4.3 O planejamento tributário para evitar a incidência do ITBI
 - 5.5 O IMPOSTO SOBRE GRANDES FORTUNAS
 - 5.5.1 Normas constitucionais
 - 5.5.2 Normas legais de incidência
- 6 A SOCIEDADE DE MARIDO E MULHER
- 7 O AMADORISMO: CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA
- 8 CONCLUINDO
- 9 BIBLIOGRAFIA

1 Introdução

Os tempos mudaram e hoje se intitulam mais modernos. As normas legais evoluíram e o mundo caminha, a passos largos, no sentido de um mundo de mais liberalidade e de mais igualdade dos direitos assegurados ao homem e à mulher em grande parte dos países. Como consequência, os costumes foram mudando e, hoje, a liberdade de agir e de conduta são totalmente diferentes. Acompanhando tudo isto, novos comportamentos também resultaram da união entre o homem e a mulher. A união estável vem substituindo, a passos largos, o tradicional casamento e, assim, os compromissos entre homem e mulher tornam-se mais vulneráveis, ocasionando muitas vezes o rompimento deste laço de comunhão natural na vida humana.

As normas legais vêm acompanhando esta evolução, tanto no tocante aos direitos individuais de cada ente da sociedade familiar, como no sentido de assegurar aos filhos uma convivência digna em momentos de divergências entre os pais. O atual Código Civil, que passou a vigorar a partir deste ano de 2003, já considerou esses aspectos e, inclusive, consolidou as recentes alterações ocorridas há alguns anos em leis que regem a relação entre o homem e a mulher.

Por outro lado, o patrimônio constituído pelo casal também foi normatizado no sentido de assegurar uma distribuição mais justa no processo sucessório, de forma a garantir à meeira a sua parte no monte mor, bem como garantir ao cônjuge ou companheira e aos demais herdeiros necessários ou colaterais, uma distribuição justa conforme a lei, observando-se também a vontade do de cujus ou do doador.

Estas relações patrimoniais, no entanto, não poderiam deixar de ser objeto da tributação pelo ente estatal, como parte do exercício do seu poder de império. Assim, ocorrendo o falecimento do cônjuge ou companheiro(a), do ascendente, descendente ou colateral, teremos os casos de meação, herança ou legado, ou na doação, teremos a incidência da tributação dos entes federados, cujo tributo passa a incidir na ocorrência do fato gerador.

O objetivo deste trabalho é discutir as diversas hipóteses do relacionamento do casal e os reflexos de sua conduta no patrimônio comum ou individual. Discutiremos também os casos de doação, bem como os efeitos patrimoniais nos casos de falecimento de um ou de ambos os cônjuges. A tudo isto, associaremos os reflexos dos impostos federais, estaduais e municipais que incidem em cada caso, bem como discutiremos formas de planejamento tributário que irão possibilitar economias fiscais para o casal, o donatário e os herdeiros.

Neste contexto, iremos discutir como evitar o fato gerador, através de um planejamento tributário do patrimônio, de forma a evitar, de maneira lícita, a incidência dos impostos sobre os bens do patrimônio.

Para permitir uma apresentação didática deste trabalho, inicialmente procuraremos demonstrar a complexidade das leis existentes no Brasil e porque um casal deve procurar planejar a sua vida patrimonial. Feita essa introdução, procuraremos apresentar os diversos regimes de casamento ou mesmo da união estável, as hipóteses de herança ou de legado ou de doação, discutindo sobre os impostos incidentes em cada caso para, em seguida, apresentarmos os diversos regimes de tributação que existem no Brasil, a sua base legal, a forma de incidência, procurando, assim, correlacionar com os regimes de casamento do novo Código. E, finalmente, discutiremos as possibilidades de efetuar um planejamento tributário, utilizando-se do entrelaçamento entre o Direito de Família e o Direito Tributário, com as alternativas permitidas pelo Direito Societário, em especial abordando os aspectos relacionados com o Direito de Empresas constante do Livro II do atual Código Civil. Para tornar ainda mais didática a apresentação, procuraremos apresentar exemplos nas diversas hipóteses, explicando as vantagens e desvantagens do planejamento tributário e societário, as economias proporcionadas, ou mesmo, demonstrar porque certos procedimentos muitas vezes adotados pelos casais são ilegais e, por isto, sujeitos à penalidades.

2 A complexidade das leis para um casal e o sucessor no Brasil

O Brasil é um país muito complexo. É ainda mais complexo para uma pessoa não especialista em leis, ou que não tenha qualquer intimidade com essa área. Nós, mesmos, tributaristas, que lidamos com esse assunto no dia-a-dia, sentimos às vezes dificuldades em chegarmos a uma conclusão sobre determinado tema; às vezes essa dificuldade se restringe à uma interpretação de um texto associado a outro, ou a identificar quais normas ainda continuam em vigor, ou mesmo para acompanharmos a tributação de determinado bem ao longo dos anos quando

desejamos acompanhar as leis no tempo. Já dizia o falecido ex-Presidente Tancredo Neves: "Aos amigos, tudo; aos inimigos, somente a aplicação da Lei".

Por outro lado, dezenas de impostos nos atordoam no dia-a-dia, desde o momento que acordamos. Assim, se usamos um despertador da Telemig, estaremos pagando neste momento o ICMS, ou se vamos tomar banho logo pela manhã, estaremos pagando o custo da água com os seus impostos, o ICMS da energia para esquentar a água, o IPI e o ICMS sobre o sabão, sem nos esquecermos que todos esses produtos estão também sujeitos ao PIS e à COFINS, ao Imposto de renda sobre os lucros, ou à contribuição social também sobre os lucros. Portanto, são impostos e impostos que todos nós pagamos a cada momento que fazemos ou deixamos de fazer alguma coisa. É o poder de império do Estado sobre o cidadão. E mais: se formos omissos no pagamento do imposto, temos sobre a nossa cabeça a guilhotina, mais uma vez, do poder de polícia, taxando-nos como criminosos. Pagamos em 2002 35,8% de impostos em relação àquilo que foi produzido pelo País, ou seja, pagamos R\$243 bilhões de impostos para uma produção de R\$679 bilhões (ou seja, 679.000.000.000 de Reais). A nossa carga tributária subiu 10 pontos, de 25,7% em 1993 para 35,8% em 2002 em relação ao PIB, isto é, aquilo que foi produzido. Em 2001, o Brasil foi um dos países de tributação mais elevada. Assim, a nossa tributação é mais alta do que a do Japão (27,1%), dos Estados Unidos (29,6%) e menor do que alguns países como Itália (41,8%) e França (45,4%).

Além do tributo em si, o Fisco exige que todas as pessoas físicas ou jurídicas, contribuintes ou não, são obrigadas a prestar as informações e os esclarecimentos exigidos pelos Auditores-Fiscais. Nenhuma pessoa física ou jurídica, contribuinte ou não, poderá eximir-se de fornecer as informações ou esclarecimentos solicitados pelos órgãos da Receita Federal, inclusive os Tabeliães e Oficiais de Registro, o Instituto Nacional da Propriedade Industrial, as Juntas Comerciais etc. Adicionalmente, as pessoas físicas ou as empresas são obrigadas a prestar à Receita Federal, no prazo legal, informações sobre os rendimentos que pagaram ou creditaram, por si ou como representantes de terceiros, com indicação da natureza das respectivas importâncias, do nome, endereço e número de inscrição no CPF ou no CNPJ, das pessoas que o receberam, bem como o imposto de renda retido da fonte.

Concluindo: pagamos tributos a todo momento, e somos obrigados a prestar quaisquer informações relativas a rendimentos e receitas que recebemos, e quem nos favoreceu, e sobre eventuais pagamentos que fizemos a terceiros e por qual razão. Este é o nosso país, com o Estado atemorizador sobre cada um de nós, exercendo o seu poder de polícia para arrecadar cada vez mais. Essa arrecadação, por outro lado, infelizmente se contrapõe a cenários de constante corrupção e desvios de recursos públicos.

Portanto, sob essa ânsia estatal, precisamos planejar os nossos impostos para pagá-los corretamente e nos prazos legais, e evitarmos sermos taxados como criminosos. Para esse fim, precisamos conhecer quais os impostos a que estamos sujeitos, as leis que os cercam, e os caminhos legais para perquirir. O planejamento tributário, muitas vezes, nos permite trilhar caminhos lícitos para chegarmos ao mesmo objetivo com um custo menor de tributo.

Com este objetivo, preparamos o presente trabalho: Para orientar os advogados não especialistas na área tributária e os casais e os sucessores sobre os caminhos a trilhar para andar em dia com as suas obrigações tributárias, de uma forma legal, todavia, pagando o mínimo possível.

3 Porque estes atores devem planejar a sua vida tributária e a sucessão?

O planejamento tributário é algo que poucas pessoas ou empresas se preocupam. Normalmente, se uma empresa vai bem, tem sobra de caixa das suas operações, tem bons lucros, muitas vezes o empresário não se preocupa com o custo do imposto. Por esta razão, peca pela omissão, porque o seu lucro poderia ser muito maior.

Da mesma forma, são as pessoas, especialmente os casais. Após o namoro, o noivado, chega o casamento, e aí então começa o início da vida a dois. Poucas pessoas se preocupam em preparar um bom planejamento fiscal antes de se casarem, ou mesmo se preocupam em definir o regime de bens. Isto porque são momentos de muita felicidade no dia-após-dia, e o jovem casal não tem a liberdade de tocar em um assunto tão corriqueiro, mas que acham tão delicado. E mesmo o regime de bens. Um advogado especialista deveria ser ouvido, tanto sobre o aspecto tributário quanto sobre o regime de bens a ser adotado, o que evitaria problemas futuros, em especial em uma separação. Este aspecto torna-se ainda mais importante se o casal tiver

patrimônio vultoso.

Esse procedimento evita a incidência futura de impostos, e muitas vezes é entrave na separação e na sucessão. Portanto, as providências pré-casamento são muito importantes, tanto na definição do regime de bens quanto no tocante ao planejamento tributário.

Vamos supor, por exemplo, um jovem casal de estudantes de advocacia que se formou na faculdade, onde namoravam, e agora se casam. Ambos são empregados de escritórios de advocacia diferentes. Após alguns anos de trabalho, já recebem um bom salário. Como empregados do escritório, sobre os seus rendimentos incidem o imposto de renda e os descontos para o INSS. Para fins didáticos, vamos supor que João e Maria têm hoje um bom salário, digamos de R\$7.000 cada um. Então, cada um estaria recebendo mensalmente o seguinte valor:

REMUNERADO COMO EMPREGADO

João Maria Total

Salário 7.000 7.000 14.000

Descontos:

INSS (206) (206) (411)

Imposto de renda (1.445) (1.445) (2.891)

Líquido a receber por mês 5.349 5.349 10.698

Pelo exemplo acima, quanto João como Maria tem um desconto de INSS de 11% sobre R\$1.869 e, portanto, contribuem sobre o teto máximo. Este teto máximo será a aposentadoria integral que receberão quando se aposentarem. Da mesma forma, ambos pagam imposto de renda sobre o valor do seu salário menos o desconto do INSS, e sobre o qual incide a alíquota de 27,5%, menos uma dedução de um valor fixo fornecido pelas autoridades. Assim, finalmente, levam para casa um total de R\$10.698.

No ano seguinte, ambos prestarão contas ao Leão. Farão o que se chama de Declaração anual de ajuste do imposto de renda, ou seja, prestarão contas dos valores que receberam e sobre o qual será aplicada uma alíquota de imposto de renda. Do valor encontrado, será deduzido o imposto de fonte pago antecipadamente ao longo do ano. Teoricamente, ambos não terão mais imposto a pagar ou a restituir, exceto se, eventualmente, tiverem outras despesas que possam deduzir, mas cuja tendência é cada vez mais serem eliminadas.

Esta é a real situação do casal. Poderíamos então perguntar: Como o casal poderia fazer para economizar imposto de renda?

Para respondermos a esta pergunta, precisaríamos procurar no Regulamento do Imposto de Renda alternativas possíveis. Uma delas, seria, por exemplo, o casal optar por fazer a declaração em separado. No caso em questão, todavia, não nos parece que poderia resultar em economia, já que o valor do salário de ambos é coincidentemente igual. Poderia, eventualmente, gerar uma economia se os salários fossem muito diferentes.

Mas, continuando a pesquisar o Regulamento do Imposto de Renda, vamos encontrar um outro caminho: João e Maria poderiam constituir uma empresa de advocacia e optarem por um tipo especial de tributação. E, neste caso, quanto pagariam de imposto? Economizariam algum valor? Quanto?

Vamos então procurar entender a forma de adotar este procedimento. Ambos são profissionais, que exercem a advocacia. Então, neste caso, poderiam constituir uma sociedade simples prevista nos Arts. 997 e seguintes do novo Código Civil. Assumindo esta alternativa, a sociedade poderia optar pela forma de tributação de lucro presumido, cujo imposto total seria de 11,33% sobre o rendimento recebido pelo casal, neste caso totalizando R\$1.586 por mês. Ambos advogados contribuiriam no carnê para o INSS sobre o teto máximo, da mesma forma que fariam na condição de empregado do escritório de advocacia, com um custo de R\$748. Mas teriam dois outros custos adicionais que não tinham na condição anterior: Terão que pagar o ISS, um tributo municipal sobre a prestação de serviços, e terão o custo de um contabilista para fazer a sua escrituração, num total de R\$206. Neste caso, levariam para casa R\$11.461.

Nessas circunstâncias, o custo para o casal, na hipótese de constituir a empresa, seria o seguinte:

REMUNERAÇÃO COMO EMPRESA

João Maria Total

Salário 7.000 7.000 14.000

Descontos e custos de tributos etc.:

Imposto de renda 15% vezes 32% da receita 4,80

Contribuição social 9% de 32% da receita 2,88

PIS 0,65

COFINS 3,00

Total 11,33 (1.586)

INSS por pessoa pelo máximo R\$373,86 cada (748)

ISS por profissional R\$42,75 por mês (86)

Custo de um contabilista, por mês (120)

Líquido a receber por mês 5.730 5.730 11.461

Estes valores, na declaração de imposto de renda pessoa física dos advogados, não sofreriam quaisquer tributação, sendo então considerados como isentos.

Resumindo os dois critérios, podemos inferir que o planejamento tributário irá nos proporcionar uma economia de R\$9.914, ou seja, praticamente um mês a mais de remuneração para cada advogado, conforme demonstrado a seguir:

João Maria Total

Remuneração mensal como empregado 5.349 5.349 10.698

Remuneração mensal como empresa 5.730 5.730 11.461

Economia mensal 381 381 763

Economia anual 4.957 4.957 9.914

Este é um exemplo de planejamento tributário que um casal pode fazer de forma simples. Ao longo dos anos, o casal então terá feito uma caderneta de poupança com a economia que fez, de forma lícita, apenas utilizando-se de uma alternativa legal que a lei permite. Este é um caso típico que discutiremos ao longo desse nosso trabalho. Note-se, ainda, que a empresa fez uma grande economia e que, parte dela, deveria ser repassada aos ex-funcionários, tais como, o FGTS e a parte da empresa no INSS que seria de 26,5% sobre a remuneração total, ou seja, R\$3.710 por mês e R\$48.230 por ano, maior do que a economia dos ex-funcionários.

No caso anterior, a justificativa para um adequado planejamento tributário foi voltada para a economia fiscal. Todavia, vamos agora analisar o aspecto relativo a um planejamento societário para uma eventual separação. Como sabemos, a separação de um casal é um processo dramático, que mexe com as emoções dos separandos e transcorre, sempre, em um ambiente adverso, onde o diálogo já não mais existe e as controvérsias são várias. Em geral, é o ponto culminante do término da affectio conjugales ou maritalis. Com o fim da conjugalidade, terminam, também, as outras "sociedades" que os consortes ainda tinham em comum, como os bens que construíram ao longo do relacionamento. É também o fim da affectio societatis e do animus que os unia na construção do patrimônio comum.

Neste ínterim, inicia-se a busca de um advogado, com vistas a levar para o Poder Judiciário a dissolução daquele relacionamento que fracassou. Mas aí entra um aspecto muito interessante e relacionado com a separação: O planejamento tributário e societário da divisão dos bens. Trata-se de algo muito importante, que pode gerar uma economia fiscal de valor relevante para os separandos, às vezes até para minorar os efeitos da separação. Ou, caso contrário, não o fazendo, gerar uma contingência, uma "bomba" de efeito retardado. Esse planejamento tem que ser pensado, apesar de todos os inconvenientes e dificuldades emocionais neste momento difícil da separação. Nessas circunstâncias, o advogado é a pessoa de confiança de uma das partes, não está emocionalmente envolvido com o drama do casal e está acostumado com esse tipo de problema, já que ele é um profissional especializado nessa área. Portanto, ele deve estar preparado para assessorar o seu cliente, minorando o custo da separação, sem deixar de cumprir as normas legais.

É para esse objetivo que queremos alertar: Quando se chega a um acordo sobre a separação e a partilha de bens, o casal defronta-se com um aspecto relevante que, geralmente não merece

atenção dos litigantes e do próprio advogado no momento da separação, uma vez que neste momento delicado, todas as atenções estão convergidas unicamente para solucionar os conflitos emocionais entre as partes, além de definir a situação jurídica dos litigantes, seja através da responsabilidade pelo término da conjugalidade, seja para definir quem ficará com a guarda dos filhos, ou quais os bens que caberão a cada consorte.

A questão que merece grande importância é o aspecto tributário que esta nova relação jurídica demanda. Muitas vezes, este aspecto é de tal relevância - devido ao enorme montante patrimonial envolvido - que demanda um planejamento tributário por especialistas, com vistas a evitar o pagamento "desnecessário" de tributos, principalmente ao considerarmos a imensa carga tributária que nos é imposta atualmente, com vistas a sustentar uma estrutura estatal desmedida. Ou mesmo, esse planejamento tributário neste momento exige do advogado e do casal que está se separando cabeça fria e uma posição profissional para evitar o pagamento desnecessário de tributos ou a exposição de contingência por não pagar um tributo legalmente devido. Assim, esse planejamento vai desde a criação, cisão e incorporação de pessoas jurídicas que se tornam partes do patrimônio das partes, até outras formas de planejamento para a separação dos bens. Mas ressalte-se que tal planejamento deve ser feito conjuntamente com os consortes, para que não haja o locupletamento indevido com o conseqüente enriquecimento ilícito de um deles, objetivando auferir vantagens do desenlace conjugal, através da máscara societária da pessoa jurídica, transmudando-se, tais atos, de práticas lícitas para atos antijurídicos.

Para um melhor entendimento dos reflexos tributáveis na sucessão e na separação, é importante entendermos os tipos de regime de bens no atual Código Civil. Senão vejamos:

4 Tipos de regime de bens no novo Código Civil

O atual Código Civil revogou o regime dotal que estava praticamente em desuso, mas estabeleceu, como norma, os seguintes regimes:

1. Regime de comunhão parcial
2. Regime de comunhão universal
3. Regime de separação de bens, e
4. Regime de participação final nos aquestos

Conhecer esses regimes de bens em detalhes constitui fator importante como premissa do planejamento tributário. Por exemplo, qual o conceito legal de cada regime, quais bens existentes na data do casamento ou da união estável, que pertencem a cada cônjuge e que passarão a fazer parte do patrimônio comum, ou que não integrarão o patrimônio comum, ou mesmo quais os bens adquiridos na constância do casamento ou da união estável que passarão ou não para o monte mor? Ou mesmo, se um bem recebido por doação ou legado, ou mesmo por testamento, pertencerá ou não ao casal ou somente a um dos cônjuges.

Os regimes atuais são os seguintes:

4.1 Regime de comunhão parcial

Os Arts. 1.658 e 1.659 do novo Código definiram o regime de comunhão parcial como sendo aquele que os bens que sobrevierem ao casal, na constância do matrimônio, comunicam-se, com exceção de alguns casos que foram explicitamente mencionados. Assim, pertencerão a apenas um dos cônjuges os bens que este possuir ao casar, e os que lhe sobrevierem, na constância do matrimônio, seja por doação ou sucessão, e os sub-rogados em seu lugar. Da mesma forma que os bens pertencem ao cônjuge, é da responsabilidade de cada um as obrigações anteriores ao casamento, ou pertencem a cada um os bens que forem adquiridos com valores exclusivamente pertencentes a um dos cônjuges em sub-rogação dos bens particulares. Outro valor que pode ser relevante que pertencerá a cada cônjuge seria o valor dos proventos do trabalho pessoal de cada um, bem como as pensões, meios-soldos, montepios e outras rendas semelhantes.

Mas quais os bens que passarão a integrar o patrimônio comum? O Art. 1.660 do atual Código define que farão parte do patrimônio comum os bens adquiridos na constância do casamento por título oneroso, ainda que só em nome de um dos cônjuges, assim como aqueles adquiridos por fato eventual, com ou sem o concurso de trabalho ou despesa anterior, e os bens adquiridos por doação, herança ou legado, no caso, quando forem em favor de ambos os cônjuges.

Durante a constância do casamento ou união estável, também acrescerão ao patrimônio comum os frutos dos bens comuns, ou dos particulares de cada cônjuge, percebidos na constância do casamento, ou pendentes ao tempo de cessar a comunhão, e as benfeitorias em bens particulares de cada cônjuge.

4.2 Regime de comunhão universal

O regime de comunhão universal de bens traduz-se na comunicação de todos os bens presentes e futuros dos cônjuges e suas dívidas passivas. Todavia, o Art. 1668 estabelece os casos de exclusão dessa comunhão, quais sejam "os bens doados ou herdados com a cláusula de incomunicabilidade e os sub-rogados em seu lugar, que, todavia, não se estende aos frutos, quando se percebam ou vençam durante o casamento", e as doações antenupciais com a cláusula de incomunicabilidade feitas por um cônjuge ao outro;

Nesse tipo de regime, também pertencerão a cada cônjuge os proventos do trabalho de cada cônjuge e as pensões, meios-soldos, montepios e outras rendas semelhantes, mas continuarão sob a responsabilidade de cada um as dívidas existentes antes do casamento, exceto se reverterem em proveito de ambos os consortes.

O atual Código também excepciona como patrimônio comum os bens gravados de fideicomisso e o direito do herdeiro fideicomissário, antes de realizada a condição suspensiva.

4.3 Regime de separação de bens

O regime de separação de bens é tratado nos Arts. 1687 e 1688 do atual código Civil. Neste caso, os bens permanecerão sob a administração exclusiva de cada um dos cônjuges, que deles livremente poderá dispor sob a forma de alienação, gravá-los com ônus real, emprestá-los a qualquer título, inclusive comodato.

Como nesse tipo de regime cada cônjuge tem a livre disposição dos seus bens, ambos deverão contribuir para as despesas comuns na proporção do rendimento individual em relação ao rendimento total do casal. Todavia, será exceção eventual disposição diferente no pacto antenupcial.

4.4 Regime de participação final nos aquestos

Nesse tipo de regime, que vem sendo intitulado como "Regime dos contadores", o legislador teve como finalidade principal facilitar a administração dos bens pelo casal. Todavia, ao agir dessa forma, poderá permitir o desvio de bens por um dos cônjuges que desejar agir de má fé. Neste regime, cada cônjuge possui patrimônio próprio, mas, no caso de eventual dissolução da sociedade conjugal, cada um terá direito à metade dos bens adquiridos pelo casal, a título oneroso, na constância do casamento. Portanto, somente integram o regime de participação final nos aquestos os bens adquiridos na constância do casamento, e dele serão excluídos soma dos patrimônios próprios os bens anteriores ao casamento e os que em seu lugar se sub-rogaram, e aqueles que cada cônjuge passou a possuir por sucessão ou liberalidade e, naturalmente, as dívidas relativas a esses bens.

Como se pode notar, esse tipo de regime requer um verdadeiro controle sobre os bens e os seus rendimentos, as adições e exclusões. Conseqüentemente, uma contabilidade desses bens e dos seus rendimentos será necessária.

A norma legal que trata desse tipo de regime traz vários casos especiais. Assim, computar-se-á o valor das doações feitas por um dos cônjuges, sem a necessária autorização do outro. Nesse caso, o bem poderá ser reivindicado pelo cônjuge prejudicado ou por seus herdeiros, ou declarado no monte partilhável, por valor equivalente ao da época da dissolução. Também incorpora-se ao monte o valor dos bens alienados em detrimento da meação, se não houver preferência do cônjuge lesado, ou de seus herdeiros, de os reivindicar.

O novo Código estabelece que os bens imóveis serão de propriedade do cônjuge cujo nome constar no registro, mas, no caso de bens adquiridos pelo trabalho conjunto, terá cada um dos cônjuges uma quota igual no condomínio ou no crédito por aquele modo estabelecido.

Na dissolução por separação judicial ou por divórcio, será verificado o montante dos aquestos à data em que cessou a convivência, todavia, as dívidas de um dos cônjuges, quando superiores à sua meação, não obrigam ao outro, ou a seus herdeiros.

5 Os impostos incidentes sobre os bens do casal e dos sucessores

Conhecidos os regime de bens, agora torna-se importante uma breve análise dos impostos que incidem sobre os bens do casal possuídos diretamente como pessoa física, ou indiretamente via uma empresa (pessoa jurídica), e sobre os bens doados ou herdados no caso de sucessão. Antes de analisar cada tributo e o seu efeito sobre o patrimônio, é importante que tenhamos uma visão global dos tributos existentes e qual o ente da Federação tem o direito de exigi-lo com base na Constituição.

5.1 Introdução

As normas legais brasileiras prevêem diversos tipos de impostos incidentes sobre a renda e os proventos de um casal, bem como sobre o seu patrimônio, ou mesmo sobre a sua transferência para os herdeiros ou legatários, ou por doação. Estes impostos tem a sua previsão na Constituição Federal e regulamentação genérica no Código Tributário Nacional, além de normatização específica em leis, decretos e em outras normas infra-constitucionais.

No caso em questão, os Entes Federados tributam as seguintes hipóteses de ocorrência do fato gerador:

? União - Renda e proventos de qualquer natureza - Imposto de renda (CF Art. 153, Inc. III), e Grandes fortunas, nos termos de lei complementar (CF Art. 153, Inc. VII)

? Estados e Distrito Federal - Transmissão causa mortis e doação, de quaisquer bens ou direitos - ITCD (CF Art. 155, Inc. I)

? Municípios - Transmissão inter vivos, a qualquer título, por ato oneroso, de bens imóveis, por natureza ou acessão física, e de direitos reais sobre imóveis, exceto os de garantia, bem como cessão de direitos a sua aquisição - ITBI (CF Art. 156, Inc. II)

Feitas essas considerações, é necessário que façamos uma análise de cada um desses tributos e o seu relacionamento com os bens do casal ou os bens doados ou havidos na sucessão.

5.2 O imposto de renda

5.2.1 Normas constitucionais

A Constituição Federal instituiu o imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza, com o objetivo de ser utilizado com o objetivo de manter o desenvolvimento econômico de regiões menos favorecidas de forma equilibrada, dessa forma sendo utilizado como um verdadeiro instrumento de redistribuição de renda. Assim sendo, o imposto de renda tem como objetivo redistribuir a renda entre lugares e entre pessoas, tributando os que têm maior rendimento em favor daqueles que auferem menor rendimento. Este conceito implica em "reconhecer a existência de receita, lucro, proveito, ganho, acréscimo patrimonial que ocorrem mediante o ingresso ou o auferimento de algo, a título oneroso"

O Art. 153 da Constituição Federal assim trata sobre este tributo na Seção III:

"Art. 153. Compete à União instituir impostos sobre:

....

III - renda e proventos de qualquer natureza;

...

§ 2º. O imposto previsto no inciso III:

I - será informado pelos critérios da generalidade, da universalidade e da progressividade, na forma da lei;

II - (Revogado pela Emenda Constitucional nº 20/98, DOU 16.12.1998)".

5.2.2 Normas legais de incidência

O imposto de renda e proventos de qualquer natureza é um imposto federal, de competência da União, que tem por objetivo tributar a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica da renda. Por renda entende-se o produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos; os proventos, por sua vez, são os outros acréscimos patrimoniais.

A norma legal foi extensiva e abrangente, ao estabelecer que a base de cálculo do imposto é o montante real, arbitrado ou presumido, da renda ou dos proventos tributáveis,

independentemente de como venhamos a denominar o rendimento, a receita, a sua origem, a forma de percebê-la ou a sua condição jurídica. Assim, por exemplo, e de outras formas, a lei trata especificamente dos rendimentos oriundos do exterior, inclusive o momento de sua tributação.

O contribuinte do imposto é o titular da disponibilidade, podendo essa definição ser também atribuída ao possuidor, a qualquer título, dos bens produtores de renda ou dos proventos tributáveis. Nessa linha de raciocínio, um casal é formado por cônjuges, e os sucessores por pessoas físicas, portanto, todos são pessoas físicas. É, pois, sobre essas pessoas físicas de que trata o Art. 2º do Decreto 3.000, estabelecendo que "as pessoas físicas domiciliadas ou residentes no Brasil, titulares de disponibilidade econômica ou jurídica de renda ou proventos de qualquer natureza, inclusive rendimentos e ganhos de capital, são contribuintes do imposto de renda, sem distinção da nacionalidade, sexo, idade, estado civil ou profissão".

Nesse sentido, os cônjuges, ao perceberem seus rendimentos como empresários, empregados civis ou públicos, serão abrangidos pelo poder estatal de tributar. Depois, se eventualmente decidirem se separar, neste momento poderão ser ou não, alcançados pela tributação estatal. O mesmo ocorre na sucessão.

5.2.3 Alíquotas, base de cálculo e casos de incidência

A tributação do imposto de renda alcança as pessoas físicas ou jurídicas, durante o transcorrer do exercício ou no seu final. Anteriormente, a tributação alcançava os contribuintes substancialmente no ano seguinte à disponibilidade do rendimento. Todavia, com a alta da inflação por volta da década de 90, o fisco criou a sistemática de tributação em bases correntes, de forma a tributar o rendimento à medida em que for sendo percebido, mas anualmente ajustado através de uma declaração anual, denominada de Declaração anual de ajuste. Essa Declaração anual, tanto para a pessoa física quanto para a pessoa jurídica, nada mais é do que uma prestação de contas do contribuinte para o Senhor Estado. Apesar da queda da inflação com o Plano Real, perdurou a continuidade do Regime em bases correntes, da forma que hoje nos deparamos. Nessas condições, o imposto hoje é pago mensalmente tanto pela pessoa jurídica quanto pela pessoa física.

Não podemos falar de planejamento tributário se não apresentarmos os impostos incidentes sobre a pessoa física e sobre a pessoa jurídica, e a forma que são pagos. Senão vejamos:

A pessoa física recolhe o imposto hoje praticamente da seguinte forma:

? Na fonte, seja através das retenções de salário mensal, seja através de recolhimentos pelo carnê leão, ou outras formas de tributação;

? Periodicamente, na venda de participações societárias ou imóveis, na base de 15% sobre o ganho auferido;

? Também periodicamente, através das retenções de fonte nos ganhos de aplicações financeiras; e

? Anualmente, através da prestação de contas na Declaração anual de ajustes quando, inclusive poderá ter de volta, em devolução posterior, do valor pago a maior.

Os rendimentos mensais da pessoa física até o montante de R\$1.058,00 não sofrem tributação; os rendimentos entre R\$1.058,01 a R\$2.115,00 estão sujeitos a uma tributação anual de 15%, deduzível uma parcela fixa de R\$158,70, e os rendimentos acima de R\$2.115,00 serão tributados em 27,5% e do seu resultado será dedutível uma parcela fixa de R\$423,08. Em termos anuais, essa tributação utiliza-se do mesmo critério, sendo que certas tributações, como no caso de alienações societárias, alcançam apenas o recolhimento por ocasião da ocorrência do fato gerador, de 15%, conforme já mencionamos.

Para melhor forma de entendimento, a seguir apresentamos um resumo dos rendimentos anuais e mensais da pessoa física e a sua tributação correspondente:

Pessoa física - Tributação do rendimento mensal -

Renda líquida Alíquota Valor dedutível do imposto encontrado

? Até R\$1.058,00 ? Isento ? R\$0

? De R\$1.058,01 até R\$2.115,00 ? 15% ? R\$158,70

? Acima de R\$2.115,00 ? 27,5% ? R\$423,08

Pessoa física - Tributação do rendimento anual -

Renda líquida Alíquota Valor dedutível do imposto encontrado

? Até R\$12.696,00 ? Isento ? R\$0
? De R\$12.696,00 até R\$25.380,00 ? 15% ? R\$1.904,40
? Acima de R\$25.380,00 ? 27,5% ? R\$5.076,90

Não podemos falar em pessoa física sem, da mesma forma, falarmos sobre a pessoa jurídica. Isto por várias razões. As empresas são possuídas, direta ou indiretamente, por pessoas físicas, e estas são casadas ou mantêm união estável, ou são sucessores, dessa forma o planejamento tributário muitas vezes estenderá até a pessoa jurídica. Ou também é preferível para a pessoa física atuar sob a forma de pessoa jurídica.

A pessoa jurídica, por sua vez, recolherá o imposto sobre os seus resultados, sem prejuízo dos impostos de fonte que estiver obrigada de recolher, de acordo com a opção de tributação que escolher. As alíquotas de imposto a que está sujeita é de 15% de imposto de renda mais um adicional de 10% (as instituições financeiras têm adicional especial). Todavia, é importante mencionar que, além desse imposto de renda sobre os lucros, as pessoas jurídicas pagam, nas mesmas épocas e condições, uma contribuição sobre o lucro líquido que é de 9% sobre os lucros auferidos, além de duas contribuições sobre o faturamento, que são o PIS - Programa de integração social de 0,65% para as pessoas jurídicas tributadas com base no lucro presumido ou arbitrado e de 1,65% para as pessoas jurídicas com base no lucro real, e a COFINS - Contribuição para a Seguridade Social que é de 3% sobre o faturamento. Concluindo, tais impostos totalizam entre 28,65% e 38,65% para as pessoas jurídicas tributadas com base no lucro real e 11,33% a 14,53% sobre o faturamento, para as empresas tributadas com base no lucro presumido.

A pessoa jurídica faz a opção pela forma de recolhimento anual do imposto, ao fazer o primeiro pagamento de imposto. Assim, pode optar pela forma de pagamento com base no lucro real, presumido ou arbitrado. A escolha da forma dependerá do tipo de negócio e, principalmente, de sua rentabilidade, sendo que somente poderão optar pelo lucro presumido empresas com faturamento no ano anterior inferior a R\$48 milhões.

Essas formas de tributação, alíquotas e opções podem ser assim resumidas:

Lucro real - Estão obrigadas a optar pelo Lucro real as empresas que, entre outras, tenham tido receita total, no ano-calendário anterior, superior ao limite de R\$48 milhões, ou cujas atividades sejam de bancos comerciais, bancos de investimentos, bancos de desenvolvimento, caixas econômicas, e outros tipos especificados de empresas.

A empresa tributada com base no lucro real recolhe mensalmente o imposto de renda com base em estimativa calculada sobre a receita, podendo reduzir ou suspender o pagamento do imposto se o valor apurado com base em sua escrituração for inferior ao valor apurado por estimativa.

Lucro presumido - A pessoa jurídica, cuja receita bruta total, no ano-calendário anterior, tenha sido igual ou inferior a R\$48 milhões, poderá optar pelo regime de tributação com base no lucro presumido (Lei nº 9.718, de 1998, artigo 13). A pessoa jurídica que não esteja obrigada à tributação pelo lucro real (artigo 246), poderá optar pela tributação com base no lucro presumido. A empresa tributada com base no lucro presumido recolhe o imposto de renda com base em sua receita apurada em cada trimestre.

Lucro arbitrado - Este imposto, devido trimestralmente no decorrer do ano-calendário, será determinado com base nos critérios do lucro arbitrado (Lei nº 8.981, de 1995, artigo 47, e Lei nº 9.430, de 1996, artigo 1º) quando o contribuinte, obrigado à tributação com base no lucro real, não mantiver escrituração na forma das leis comerciais e fiscais, ou se a escrituração a que estiver obrigado o contribuinte revelar evidentes indícios de fraudes ou contiver vícios, erros ou deficiências que a tornem imprestável para identificar a efetiva movimentação financeira, inclusive bancária; ou determinar o lucro real, entre outras.

A alíquota desse imposto é 20% maior do que aquela relativa ao lucro presumido. Esta forma de tributar nada mais é do que uma penalidade aplicada ao contribuinte.

5.2.4 O imposto de renda na separação e na sucessão

Nos casos de separação ou de sucessão poderá ocorrer o fato gerador do imposto de renda, relativamente:

? Na transferência de direito de propriedade, por sucessão, nos casos de herança, legado ou por doação em adiantamento de legítima,

? Em relação aos bens ou direitos atribuídos a cada cônjuge, na hipótese de dissolução da

sociedade conjugal ou da unidade familiar".

É comum, por exemplo, na hipótese de dissolução de uma sociedade conjugal ou unidade familiar que os cônjuges, em conjunto com os seus advogados, decidam pela divisão dos bens, os quais são, para este fim, atribuídos valores de avaliação pelos mesmos ou por terceiros avaliadores. Assim, atribuídos os valores, ocorre a formalização da separação perante o Juízo. No caso, o formal de partilha contém o valor dos bens pelos montantes que lhe foram atribuídos. O mesmo ocorre no caso da divisão judicial dos bens.

Dessa forma, ocorre a hipótese da incidência do fato gerador. Ou seja, a diferença entre esse valor atribuído aos bens e aquele constante na declaração de imposto de renda dos consortes será objeto de tributação na base de 15%, e deverá ser recolhido pelo ex-cônjuge a quem for atribuído o bem ou direito, até o último dia útil do mês subsequente à data da sentença homologatória da partilha, no caso de dissolução da sociedade conjugal ou da entidade familiar.

Da mesma forma, ocorrerá a tributação sobre a diferença entre o valor de mercado dos bens e direitos e valor constante da declaração de bens do de cujus ou do doador, no caso de transferência de direito de propriedade, por sucessão, nos casos de herança, legado ou por doação em adiantamento de legítima.

Essa tributação está prevista na Lei no. 9532, de 1997, que trata deste assunto no Artigo 23, *ipsis litteris*:

"Art. 23 - Na transferência de direito de propriedade por sucessão, nos casos de herança, legado ou por doação em adiantamento de legítima, os bens e direitos poderão ser avaliados a valor de mercado ou pelo valor constante da declaração de bens do de cujus ou do doador.

....

Parágrafo 2o. - O imposto a que se referem os parágrafos 1o. e 5o. deverá ser pago:

.....

III - Pelo ex-cônjuge a quem for atribuído o bem ou direito, até o último dia útil do mês subsequente à data da sentença homologatória do formal de partilha, no caso de dissolução da sociedade conjugal ou da unidade familiar.

.....

Parágrafo 5o. - As disposições deste artigo aplicam-se, também, aos bens ou direitos atribuídos a cada cônjuge, na hipótese de dissolução da sociedade conjugal ou da unidade familiar". (grifo nosso)

5.2.7 O planejamento tributário para evitar a incidência do IR

O planejamento tributário consiste em utilizar-se de alternativas na aplicação da legislação tributária com vistas a evitar a ocorrência do fato gerador. Nos termos da definição contida no Art. 114 do Código Tributário Nacional "Fato gerador da obrigação principal é a situação definida em lei como necessária e suficiente à sua ocorrência".

A utilização do planejamento tributário para os casais, de forma antecipada, tem como objetivo principal evitar os transtornos que sempre ocorrem em uma separação, principalmente litigiosa. Para fins legais, a separação pode ocorrer de forma consensual ou litigiosa. Mas, de um modo ou de outro, é necessário recorrer ao Poder Judiciário para homologar ou decidir o feito, consubstanciando-se tal pronunciamento em um dos deveres do Estado, com vistas a declarar uma nova relação jurídica entre as partes. O costume era o de fazer a transferência dos bens a valor de mercado, diferente do valor constante da declaração de imposto de renda. Isto significava, na prática, que os bens deixavam a declaração do cônjuge, do doador ou do de cujus por um valor sempre menor do que aquele que lhe era atribuído no novo negócio jurídico e incorporava-se à nova declaração de imposto de renda do cônjuge, ou donatário ou dos herdeiros por um valor maior. E o que acontecia? Essa diferença não era tributada. E o que era pior: Quando o donatário ou o herdeiro vendia o bem, deduzia o valor de custo que recebeu, deduzindo indevidamente uma despesa para fins fiscais.

A questão principal é como evitar o pagamento do tributo nesses casos? Por isto, a necessidade do estudo prévio (planejamento tributário) para evitar a incidência do tributo. Com a nova legislação mencionada, se os bens do casal existentes por ocasião da homologação da sentença judicial forem avaliados, para fins de separação, por um valor superior àquele constante da declaração do imposto de renda, sobre essa diferença incidirá imposto de renda à razão de 15%, que deverá ser recolhido aos cofres públicos até o último dia útil do mês seguinte à ocorrência do evento. Se esse recolhimento não vier a ocorrer nesse prazo, incidirá, multa de

vinte por cento mais os encargos mensais, calculados com base na taxa Selic.

Vamos ver a seguir dois exemplos, sendo um no caso de separação e o outro, no caso de sucessão, e os seus reflexos fiscais:

Exemplo - Planejamento tributário na separação -

Vamos supor um casal que tenha os seguintes bens, adquiridos na constância da união conjugal e que, dessa forma, constavam ou constariam da declaração de bens do casal antes da separação: dinheiro em banco - R\$40.000,00; veículo - R\$20.000,00; apartamento - R\$40.000,00. Tais bens, no momento da separação, lhe foram conferidos os seguintes valores: dinheiro em banco - R\$40.000,00; veículo - R\$30.000,00; apartamento - R\$70.000,00. Foi decidido, de forma consensual ou litigiosa, que o marido ficará com o apartamento e a mulher, com o dinheiro e o veículo.

Geralmente, ao ser prolatada a sentença pelo Juízo, constitutiva da separação litigiosa ou homologatória da separação consensual, os bens constam do acordo judicial pelo valor de mercado, uma vez que geralmente as partes não se preocupam com esse aspecto de formalidade. Todavia, essa decisão, aparentemente sem importância e sem consequências, gera, para fins tributários, uma opção permitida pela lei de avaliação dos bens pelo valor de mercado. E o crédito tributário ocorre no exato momento de exercício dessa opção. O caso do exemplo específico, o apartamento foi avaliado gerando um ganho de R\$30.000,00 e o automóvel, de R\$10.000,00. Portanto, um ganho total de R\$40.000,00, sobre o qual resulta no recolhimento impositivo aos cofres públicos, no mês seguinte de R\$6.000,00 (15% da diferença). Este é o efeito que decorre da não observância dessa formalidade.

Como evitar a incidência do tributo -

Pergunta-se, então: como resolver essa problemática da divisão dos bens para evitar a geração do crédito tributário, de modo que satisfaça o acordo entre as partes, ou a justiça da decisão judicial?

É cediço que muitos casais separados têm ônus fiscal e, sequer sabem. É, portanto, uma "bomba" com efeito retardado. Saberão sim, quando receberem uma notificação fiscal em um prazo de até cinco anos posterior. Naturalmente, é exceção o caso de bens que requerem, necessariamente, a indicação de seus valores, como dinheiro e aplicações financeiras em bancos, entre outros.

O critério sugerido seria, então, o de fazer o ajuste entre as partes pelo valor de mercado, mas registrar os bens no formal de partilha pelo valor da declaração de imposto de renda do cônjuge, do doador ou do de cujus, todavia, utilizando-se de uma linguagem técnica adequada, de modo a evitar a interpretação como doação, de forma a não incidir o ITCD.

5.3 O imposto sobre transmissão causa mortis e doação - ITCD

5.3.1 Normas constitucionais

A Constituição Federal prevê que os Estados e o Distrito Federal poderão criar impostos sobre a transmissão causa mortis e doação, de quaisquer bens ou direitos, in verbis:

"DOS IMPOSTOS DOS ESTADOS E DO DISTRITO FEDERAL

Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituírem impostos sobre:

I - transmissão causa mortis e doação, de quaisquer bens ou direitos;

.....

§ 1º. O imposto previsto no inciso I: (Redação dada ao caput do parágrafo pela Emenda Constitucional nº 03/93)

I - relativamente a bens imóveis e respectivos direitos, compete ao Estado da situação do bem, ou ao Distrito Federal;

II - relativamente a bens móveis, títulos e créditos, compete ao Estado onde se processar o inventário ou arrolamento, ou tiver domicílio o doador, ou ao Distrito Federal;

III - terá a competência para sua instituição regulada por lei complementar:

a) se o doador tiver domicílio ou residência no exterior;

b) se o de cujus possuía bens, era residente ou domiciliado ou teve o seu inventário processado no exterior;

IV - terá suas alíquotas máximas fixadas pelo Senado Federal."

Este imposto, também conhecido como ITCD, é um tributo que tem função exclusivamente

fiscal, isto é, tem como finalidade exclusiva de gerar recursos financeiros para os Estados e o Distrito Federal. Cada Estado e o Distrito Federal podem, no seu âmbito de atuação, legislar sobre este imposto, todavia, respeitando os limites fixados na Constituição Federal. É um imposto que os tributaristas chamam de lançamento por declaração. Mas, neste caso, de forma relativa, porque o estado pode não concordar com os preços atribuídos aos bens pelo contribuinte e, geralmente faz uma revisão dos valores antes do lançamento do imposto e, assim, precisa ser homologado.

5.3.2 Normas legais de incidência

O fato gerador, a base de cálculo, alíquotas e o contribuinte do ITCD são definidos pelos estados e pelo Distrito Federal. No caso de Minas Gerais, esse tributo teve a sua última normatização através da Lei 12.426, de 27 de dezembro de 1996, que estabeleceu uma alíquota de acordo com o valor do bem. Assim, se o valor do bem varia entre 1% e 7%, isto é, para bens até 20.000 UFIR a alíquota será de 1%, e para os bens acima de 1 milhão de UFIR, a alíquota sobe para 7%, neste caso, aplicável às condições de causa mortis. No caso de doação, todavia, a alíquota varia entre 1,5% e 5%, sendo que a primeira se aplica aos bens até 10.000 UFIR, e a segunda, aos bens acima de 100.000 UFIRs.

O Estado de Minas Gerais reduz o valor dessas alíquotas para 0,75 a 0,90, de acordo com o prazo que o imposto é recolhido. Exemplificando, se o imposto é recolhido em até noventa dias contados da data da abertura da sucessão, aplica-se o redutor de 0,75.

O imposto incide no ato em que ocorrer a transmissão da propriedade de bens ou direitos, por sucessão legítima ou testamentária, na doação, a qualquer título, ainda que em adiantamento de legítima, na ação de separação judicial ou de divórcio e na partilha de bens na união estável, incidindo o imposto apenas sobre o montante que exceder a meação, na desistência de herança ou legado com determinação do beneficiário, ou na instituição ou extinção de usufruto não oneroso, no recebimento de quantias depositadas em contas bancárias de poupança ou em conta corrente em nome do de cujus, entre outros. Existem na norma legal outros casos de incidência, de não-incidência e de isenção.

5.3.3 O planejamento tributário para evitar a incidência do ITCD

Para evitar a incidência do ITCD, é necessário que o fato gerador não venha a ocorrer relativamente à transmissão da propriedade de bens ou direitos, à doação, ainda que em adiantamento de legítima, na ação de separação judicial ou de divórcio e na partilha de bens na união estável,. Nestes casos, precisamos de criar alternativas para esse fim.

Exemplo - Transformar uma doação em uma venda

Vamos supor que Pedro tenha dois filhos. Pedro tem uma empresa, um bom patrimônio, mas está preocupado com os impostos incidentes sobre a transferência de sua empresa para os seus filhos. Ademais, ele já está velho e os seus dois filhos já praticamente assumiram o negócio. Ele sabe que, se fizer uma doação, terá que pagar o ITCD, no seu caso, uma alíquota de 7% porque a sua empresa é conhecida no mercado e aparenta ter um patrimônio elevado, apesar de os valores de capital constantes do balanço não serem grandes, já que a empresa tem, na realidade, muitos valores de reservas contábeis. Ele sabe também que, se fizer a transferência por um valor igual ao do patrimônio contábil, terá que fazer um desembolso de imposto de renda de 15% sobre o ganho, porque na sua declaração de imposto de renda os valores estão registrados pelo montante da integralização inicial, na constituição da empresa. Pedro sabe também que, após o seu falecimento, os seus filhos terão que pagar o ITCD sobre o valor que for atribuído à sua empresa. Portanto, ele tem a sensação de que o custo será alto. Por outro lado, Pedro quer manter o controle da empresa em suas mãos porque tem essa vaidade e também quer que os seus filhos adquiram mais experiência nos seus poucos anos de vida restantes. Portanto, qual será o caminho a ser seguido por Pedro para garantir a sua vontade e pagar o mínimo de imposto?

Se não vejamos: No caso presente, temos a incidência de dois tributos: O imposto de renda sobre a diferença entre o valor do custo do investimento na declaração de imposto de renda e o valor de transferência - que será certamente examinado pelo estado para homologar a venda -, na base de 15% sobre o ganho e o ITCD que incidiria no caso de uma doação ou mesmo de uma sucessão hereditária.

Dois pontos são, todavia, impedimentos: A doação pelo valor de mercado resultaria na incidência do imposto de renda e do ITCD; por outro lado, a doação pelo valor de custo implicaria na incidência do ITCD e o não alcance pelo Imposto de renda. Caso não seja feita uma doação, teria a incidência do ITBI por ocasião da sucessão hereditária. A forma testamentária também seria alcançada pelo ITCD.

Portanto, essas alternativas não alcançam o desejo de Pedro. Continuando examinado outras alternativas, poderíamos pensar em uma venda das quotas da empresa pelo valor nominal das mesmas - que é o mesmo constante da declaração de imposto de renda - dessa forma não gerando qualquer lucro para fins de imposto de renda, nem quaisquer tributação para fins do ITCD. Mas essa alternativa esbarra em um impecilho: Pedro deseja ter o controle da empresa até a sua morte e dela auferir os rendimentos para a sua sobrevivência. Então, no caso, o caminho seria o usufruto vitalício a título oneroso, quando então perceberia todos os rendimentos do negócio, além de sua nomeação como administrador vitalício da empresa.

Em resumo, seria feita a venda das quotas sem quaisquer lucros, portanto, sem o pagamento do imposto de renda e do ITCD. Pedro seria o administrador da empresa e teria direito aos seus ganhos até a sua morte. Quando essa vier a ocorrer, a empresa já estará nas mãos de seus filhos sem quaisquer imposto, inclusive já estaria excluído do inventário a partilhar.

5.4 O imposto sobre a transmissão inter vivos de bens imóveis - ITBI

5.4.1 Normas constitucionais

A Constituição Federal estabelece que compete aos municípios instituírem impostos sobre transmissão inter vivos, a qualquer título, por ato oneroso, de bens imóveis, por natureza ou acessão física, e de direitos reais sobre imóveis, exceto os de garantia, bem como cessão de direitos a sua aquisição - ITBI. O Art. 156 da Constituição Federal de 1988 assim trata do assunto *ipsis literis*:

"DOS IMPOSTOS DOS MUNICÍPIOS

Art. 156. Compete aos Municípios instituírem impostos sobre:

.....

II - transmissão inter vivos, a qualquer título, por ato oneroso, de bens imóveis, por natureza ou acessão física, e de direitos reais sobre imóveis, exceto os de garantia, bem como cessão de direitos a sua aquisição;

.....

§ 2º. O imposto previsto no inciso II:

I - não incide sobre a transmissão de bens ou direitos incorporados ao patrimônio de pessoa jurídica em realização de capital, nem sobre a transmissão de bens ou direitos decorrente de fusão, incorporação, cisão ou extinção de pessoa jurídica, salvo se, nesses casos, a atividade preponderante do adquirente for a compra e venda desses bens ou direitos, locação de bens imóveis ou arrendamento mercantil;

II - compete ao Município da situação do bem."

Portanto, ao mesmo tempo que a Constituição instituiu o ITBI como um tributo de natureza fiscal, ou seja, com o objetivo de gerar receita para os municípios, a mesma estabelece concretamente caso de não-incidência. Acredita-se que a atribuição desse imposto à competência dos municípios, além dos aspectos de natureza financeira, decorre de estes terem o controle efetivo dos imóveis existentes em sua circunscrição e, portanto, mais aptos à cobrança desse tributo, de forma mais justa.

5.4.2 Normas legais de incidência

O Código Tributário Nacional - CTN, no Art. 35, estabelece como fato gerador do ITBI é "I - a transmissão, a qualquer título, da propriedade ou do domínio útil de bens imóveis, por natureza ou por acessão física, como definidos na lei civil; II - a transmissão, a qualquer título, de direitos reais sobre imóveis, exceto os direitos reais de garantia; e III - a cessão de direitos relativos às transmissões referidas nos incisos I e II". Contribuinte do imposto é qualquer das partes na operação tributada. como dispuser a lei municipal. No caso de Belo Horizonte, será o adquirente ou cessionário do bem ou direito, ou na permuta, cada um dos permutantes, respondendo

solidariamente o transmitente, o cedente e os tabeliães, escrivães e demais serventuários de ofício relativamente aos atos por eles praticados no exercício de suas funções ou por omissões. A alíquota do imposto será estabelecida pelos municípios através de lei ordinária, inexistindo uma alíquota máxima. No caso do Município de Belo Horizonte, a Lei 5.492, de 28 de dezembro de 1988, estabeleceu que a alíquota do ITBI será de 2%, sendo de 0,5% sobre o valor do financiamento efetivo no âmbito do Sistema Financeiro de Habitação - SFH. Estabeleceu ainda que a base de cálculo do imposto será o valor dos bens ou direitos transmitidos ou cedidos, no momento da transmissão ou cessão, que será determinado pela administração pública, através de avaliação, ou no valor declarado pelo contribuinte, se for maior.

5.4.3 O planejamento tributário para evitar a incidência do ITBI

Conforme anteriormente mencionamos, o planejamento tributário consiste em criar mecanismos para evitar a incidência do fato gerador. Assim, como poderíamos dessa forma agir no caso do ITBI?

Vamos supor um exemplo: João e Maria se casam e pretendem montar uma pequena indústria já que possuem um razoável capital, além de João ser engenheiro e Maria, administradora de empresas, ambos com larga experiência no ramo. Assim, decidem comprar um imóvel já com um galpão pronto, digamos no valor de R\$300.000. Como fazer um planejamento tributário para que o fato gerador deste imposto não ocorra?

O caminho mais fácil a perquirir seria o seguinte: Os proprietários do imóvel, marido e mulher, constituem uma sociedade, digamos uma sociedade limitada, cada um com 50%, e integralizam o capital com o valor do imóvel, que foi base para a negociação. Dessa forma, ao assim proceder, não incidirá o ITBI na transferência da propriedade do imóvel para a empresa, nos termos do Art. 156, parágrafo 2º., da Constituição Federal. Assim, os vendedores passam a deter quotas da empresa, ao invés do imóvel, ambos do mesmo valor. Passo seguinte, vendem as quotas para João e Maria, que traz consigo o imóvel negociado. Conclusão: O imóvel foi transferido de proprietário, sem a incidência do ITBI, no valor de R\$6.000.

Pretende o estado tributar as grandes fortunas, com base em um imposto que incidiria sobre o patrimônio. Assim, identificado o patrimônio, sobre o mesmo incidiria o imposto, baseado em uma alíquota a ser definida através de lei complementar.

5.5.1 Normas constitucionais

A Constituição Federal estabelece que:

"Art. 153. Compete à União instituir impostos sobre:

...

VII - grandes fortunas, nos termos de lei complementar."

5.5.2 Normas legais de incidência

O Art. 153 da Constituição Federal de 1988 já prevê a criação do imposto sobre grandes fortunas. Todavia, a sua instituição requer que uma lei complementar e desde 1988 pende de instituição, com o quorum para a sua aprovação de maioria absoluta das duas Casas do Congresso Nacional, nos termos do Art. 69 da Constituição. Com a alteração de emenda constitucional proposta recentemente pelo Governo, esta prerrogativa passa para a União. Portanto, isto sinaliza que, em breve, este imposto estará em vigor no Brasil, com mais um aumento da carga tributária para o contribuinte. Ainda não se sabe, todavia, como o mesmo irá vigorar.

6 A sociedade de marido e mulher

Apesar da tributação dos bens do casal e a sucessão, um aspecto que nos chama a atenção é o relativo à sociedade de marido e mulher que tem tratamento especial no Livro II - Do Direito de Empresa, no atual Código Civil, uma vez o novo Código facilitou a sociedade de marido e mulher, mas fez duas restrições: a primeira no tocante às pessoas casadas no regime da comunhão universal de bens, e a segunda, no da separação obrigatória.

Essas duas restrições fazem sentido. O regime da comunhão universal importa a comunicação de todos os bens do casal, sejam os presentes ou os futuros, bem como das dívidas, exceto os casos de bens doados ou herdados com a cláusula de incomunicabilidade e os sub-rogados em seu lugar e outras exceções. Portanto, os cônjuges já são sócios entre si e não justifica uma nova sociedade da sociedade.

A outra restrição no tocante ao regime da separação obrigatória implica na separação de bens por exigência legal, como é o caso da pessoa maior de sessenta anos que contrai núpcias ou das pessoas que para casarem dependem de autorização judicial ou aquelas que contraem o casamento com inobservância das causas suspensivas.

Portanto, poderá contratar sociedade entre si ou com terceiros, desde que tenham casado no regime da separação de bens convencional, ou no da participação final nos aquestos ou no caso da comunhão parcial de bens.

Aqui, temos que fazer um parêntese para melhor explicitar o raciocínio. Quando o Código se refere a empresário, está se referindo ao cônjuge, seja ele marido ou mulher. Portanto, o termo é genérico.

Como se trata de uma sociedade entre marido e mulher, o novo Código requer que os pactos e declarações antenupciais do empresário, o título de doação, herança, ou legado, de bens clausulados de incomunicabilidade ou inalienabilidade deverão ser arquivados e averbados no Registro Público de Empresas Mercantis, além de no Registro Civil.

Da mesma forma, requer a legislação que a sentença que decretar ou homologar a separação judicial do empresário e o ato de reconciliação não pode ser oposta a terceiros, antes de arquivada e averbada no Registro Público de Empresas Mercantis.

As normas sobre a sociedade são diferentes daquelas relativas aos bens pessoais de um casal. Assim, na maioria dos casos, a venda de um bem imóvel pelo marido requer a outorga uxória; da mesma forma, a venda de um bem pela mulher requer a outorga marital. Mas vamos supor um bem do marido que é utilizado pelo mesmo para formar uma sociedade. Melhor explicando: Vamos supor que João e Maria são casados no regime de comunhão parcial, e resolvem constituir uma sociedade de confecção de roupas. Maria possui uma loja bastante grande, ideal para esse tipo de negócio. Ao constituírem a sociedade, combinam que a loja será utilizada por Maria para o pagamento de sua parte no negócio. João pagará a sua parte em dinheiro, pelo valor equivalente ao da loja que foi avaliada por três peritos. Ao elaborar o contrato da sociedade, estabelecem que a parte de cada um será de 50% do capital social, totalmente integralizado em dinheiro e em bens da forma acima. Foi também decidido que João será o administrador da empresa com amplos poderes.

No curso do negócio, João que já estava com outras negociações à parte sem o conhecimento de sua mulher, resolve alienar a loja. É válida a venda sem a autorização de Maria?

O Código atual estabelece expressamente que o empresário casado pode, sem necessidade de outorga conjugal, qualquer que seja o regime de bens, alienar os imóveis que integrem o patrimônio da empresa ou gravá-los de ônus real. Portanto, um imóvel pode ser alienado pelo marido sem a outorga de sua mulher, em uma transação perfeitamente válida.

7 O amadorismo: crime contra a ordem tributária

A impunidade do cidadão e o acreditar que a infringência à lei não gera conseqüências, associada ao desconhecimento, levam os casais a tratarem este assunto de forma amadora, expondo-se, muitas vezes e desnecessariamente, à sujeição de penalidades pecuniárias, além da possibilidade da prisão por crime de sonegação fiscal. Em geral, os casais não se preocupam com este aspecto fiscal em relação aos seus bens e, assim sendo, não procuram uma assessoria adequada. Essa situação é estendida ao doador, ao donatário e aos sucessores hereditários ou testamentários ou ao meeiro.

A Lei 8.137, de 27 de dezembro de 1990, define em seu Art. 1º. que "constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, mediante condutas, tais como omitir informação, ou prestar declaração falsa; fraudar a fiscalização tributária, inserindo elementos inexatos, ou omitindo operação de qualquer natureza, em documento ou livro exigido pela lei fiscal; ...", cuja pena é a de reclusão, de dois a cinco anos, e multa. O Art. 2º da mesma lei também define que, da mesma forma, "constitui crime da mesma natureza fazer declaração falsa ou emitir declaração sobre rendas, bens ou fatos, ou empregar outra fraude, para eximir-se total ou parcialmente, de pagamento de tributos; ...", cuja

pena é a de detenção, de seis meses a dois anos, e multa.

A pena de multa será fixada entre 10 e 360 dias-multas, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, e o dia-multa será fixado pelo juiz em valor não inferior a 14 nem superior a 200 Bônus do Tesouro Nacional - BTN. Todavia, nos termos do Art. 10, "caso o juiz, considerado o ganho ilícito e a situação econômica do réu, verifique a insuficiência ou excessiva onerosidade das penas pecuniárias previstas na citada lei, poderá diminuí-las até a décima parte ou elevá-las ao décuplo".

Somente o pagamento do tributo ou contribuição social, inclusive acessórios, antes do recebimento da denúncia, poderá extinguir a punibilidade dos crimes. A representação fiscal será encaminhada ao Ministério Público após proferida a decisão final, na esfera administrativa, sobre a exigência fiscal do crédito tributário correspondente. E, finalmente, cabe mencionar que estão sujeitas as normas da Lei nº 8.137/90 quem, de qualquer modo, inclusive por meio de pessoa jurídica, concorre para os crimes, os quais são de ação penal pública incondicionada, sendo promovida pelo Ministério Público, independente de representação.

Portanto, é evidente que a exposição do casal, ou do doador ou donatário, ou mesmo do herdeiro ou meeiro, a tanta penalidade seria desnecessária se poucas providências neste sentido fossem tomadas, de forma preventiva.

8 Concluindo

Pudemos analisar no presente trabalho os tributos a que estão sujeitos no dia-a-dia, um casal, ou um doador ou donatário, ou mesmo o herdeiro ou meeiro, seja na esfera federal, estadual ou municipal. Pudemos também verificar que um adequado planejamento tributário poderá evitar a incidência do fato gerador do tributo, evitando, dessa forma, o pagamento de tributos de forma desnecessária.

Enfim, cabe mencionar que o trabalho profissional do advogado da área de Família abrange não só os aspectos relacionados com o aspecto afetivo, mas também os aspectos patrimoniais, que, dependendo do montante envolvido, será mais ou menos aprofundado. Desses aspectos patrimoniais, todavia, não pode ser desvinculado o aspecto tributário que poderá proporcionar economia tributária ou evitar expor o cliente ao risco de contingências fiscais. E, adicionalmente a isto e mais importante ainda, é o aspecto relacionado com o planejamento tributário.

9 Bibliografia

BALEEIRO, Aliomar. Direito Tributário Brasileiro. Atualizada por DERZI, Misabel Abreu Machado. 11ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

CARVALHOSA, Modesto. Comentários à Lei das Sociedades Anônimas. 3ª. ed. 5 vol.. São Paulo: Saraiva, 2003.

CASSONE, Vittorio. Direito Tributário. 14ª. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

COELHO, Fábio Ulhoa. Manual de Direito Comercial. 14ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. Curso de Direito Tributário Brasileiro. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

DIAS, Maria Berenice e PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). Direito de Família e o novo Código Civil. 3 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003

FIUZA, César. Direito Civil - Curso Completo. 5ª. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

FIUZA, Ricardo (Coord.). Novo Código Civil Comentado. 1ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

HIGUCHI, Hiromi e HIGUCHI, Celso Hiroyuki. Imposto de Renda das Empresas. 28ª. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MACHADO, Hugo de Brito. Curso de Direito Tributário. 21ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

MORAES, Alexandre de. Constituição do Brasil Interpretada. São Paulo: Atlas, 2002.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Concubinato & União Estável. 5ª. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Novo Código Civil de Família Anotado. Porto Alegre: Síntese, 2003.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito das sucessões. 3ª. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

