

Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Vigésima Câmara Cível
Embargos Infringentes n.º 0036569-36.2012.8.19.0014
Embargante: JOSÉ FRANCISCO NETO CAMPINHO
Embargada: ESTADO DO RIO DE JANEIRO
Relatora: Desembargadora Conceição A. Mousnier

Embargos Infringentes. Ação anulatória cumulada com repetição do indébito. Recolhimento de ITCMD sobre transferência, em pecúnia, realizada entre cônjuges casados sob o regime da comunhão universal. Alegação autoral de tributação indevida. Sentença julgando procedente o pedido para declarar a nulidade da obrigação tributária. Inconformismo do réu (ERJ). Acórdão dando provimento ao recurso, por maioria de votos, para julgar improcedentes os pedidos autorais. Insatisfação do Autor. **Entende esta Relatora** pelo provimento dos Embargos Infringentes. O cerne da lide encontra-se na incidência, ou não, de ITCMD sobre doações entre cônjuges casados sob o regime da comunhão universal de bens. Com efeito, assiste razão ao ora Embargante. O regime da comunhão universal de bens prevê a comunicação dos haveres conjugais, excetuadas as hipóteses legais. Assim, a movimentação dos bens comuns entre os cônjuges não pode configurar fato gerador do ITCMD, vez que não é juridicamente possível doar bem da comunhão ao próprio cônjuge comeeiro. *In casu*, inexistem nos autos elementos que demonstrem a existência de patrimônio particular (fora da comunhão) do Autor, ou que o valor transferido pelo Autor à sua esposa tenha se originado de algum bem particular. Presunção de que o valor doado saiu do próprio patrimônio comum, que é a regra no regime da comunhão universal. Autor casado com a "donatária" desde 1971. Transferência realizada em 2009. Inexistência de simulação de doação. Precedentes do E. TJERJ. Correta a sentença que determinou a repetição do indébito tributário. Condenação de natureza tributária. Incidência dos juros de mora disciplinada no artigo 173, do Código Tributário Estadual, com redação atualizada pela Lei Estadual n.º 6.269/2012. Neste passo, como o pagamento indevido do tributo foi anterior à edição da Lei, até sua vigência incidirá apenas correção monetária desde o pagamento e de acordo com os índices utilizados para correção dos débitos judiciais, nos termos da Súmula n.º 162 do E. STJ ("na repetição de indébito tributário, a correção monetária incide a partir do pagamento indevido"). Assim, incidirá a Taxa Selic, a partir da vigência da Lei Estadual n.º 6.269/2012, sendo inviável sua cumulação com qualquer outro índice de correção monetária ou juros de mora desde então. Por conseguinte, o Voto vencido merece prevalência, aplicando-se, *in casu*, a taxa SELIC após data da vigência da Lei Estadual n.º 6.269/2012, e juros de mora de 1%, acrescidos de correção monetária, antes do referido diploma normativo. Precedentes do TJERJ. Acolhimento integral do Parecer do Ilustre Procurador de Justiça. **PROVIMENTO DOS EMBARGOS INFRINGENTES.**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos Infringentes n.º 0036569-36.2012.8.19.0014, em que são partes JOSÉ FRANCISCO NETO CAMPINHO (Embargante) e ESTADO DO RIO DE JANEIRO (Embargado),

A C O R D A M

os Desembargadores que compõem a Colenda Vigésima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em **CONHECER DO RECURSO** e **DAR PROVIMENTO AOS EMBARGOS INFRINGENTES**, nos termos do voto da Relatora.

Relatório de fls. 198/199.

V O T O

O autor, ora Embargante, argumentou em sua petição inicial que transferiu R\$ 40.000,00 à sua esposa em novembro de 2009, tendo recolhido o valor de R\$1.983,71 (hum mil, novecentos e oitenta e três reais e setenta e um centavos), indevidamente, ITCMD sobre a transação, visto que é casado pelo regime universal de bens. Assim, pugna pela repetição do indébito com juros e correção monetária.

O ora Embargado (ERJ), em seu Apelo, argumentou a legalidade do pagamento do ITCMD sobre a transação em tela. Subsidiariamente, sustentou a incidência da taxa SELIC a partir do trânsito em julgado e a isenção de custas judiciais.

O Douto Juízo Singular, por seu turno, julgou procedente a pretensão autoral para declarar a nulidade da obrigação tributária em tela, determinando que o réu restituísse ao autor o valor de R\$1.983,71 (hum mil, novecentos e oitenta e três reais e setenta e um centavos), corrigidos monetariamente até a data da efetiva restituição, com incidência de juros moratórios de 1% (um por cento) ao mês desde a citação.

Após a interposição da Apelação (fls. 97/104) por parte do ora Embargado, o Acórdão, de fls. 153/158, proferido pelo Exmo. Des. Carlos Santos de Oliveira, deu provimento ao recurso, por maioria de votos, para julgar improcedentes os pedidos autorais, invertendo-se os ônus sucumbenciais e condenar o autor ao pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em R\$ 400,00 (quatrocentos reais).

Por outro lado, no Voto vencido proferido pela Exm. Des. Odete Knaack de Souza, às fls. 159/162, foi dado parcial provimento ao apelo apenas para alterar a forma como incidirão os juros de mora e a correção monetária.

O cerne da lide encontra-se na incidência, ou não, de ITCMD sobre doações entre cônjuges casados sob o regime da comunhão universal de bens.

Dito isso, entende esta Relatora que deve ser acolhida a tese deduzida pelo ora Embargante.

O regime da comunhão universal de bens prevê a comunicação dos haveres conjugais, excetuadas as hipóteses legais.

Assim, a movimentação dos bens comuns, entre os cônjuges, não pode configurar fato gerador do ITCMD, vez que não é juridicamente possível doar bem da comunhão ao próprio cônjuge comeeiro.

In casu, inexistem nos autos elementos que demonstrem a existência de patrimônio particular (fora da comunhão) do Autor, ou que o valor transferido pelo Autor à sua esposa tenha se originado de algum bem particular.

Dessa forma, deve-se presumir que o valor doado saiu do próprio patrimônio comum, que é a regra no regime da comunhão universal.

Ademais, vale notar que o Autor é casado com a "donatária" desde 1971, e que a transferência ocorreu em 2009, portanto não há que se falar em negócio simulado de doação.

Nesse sentido, a jurisprudência iterativa deste Egrégio Tribunal:

0021224-98.2010.8.19.0014 - APELACAO - DES. FERNANDO CERQUEIRA - JULGAMENTO: 10/12/2014 - DECIMA PRIMEIRA CAMARA CIVEL. APELAÇÃO CÍVEL. DECLARAÇÃO DE INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO JURÍDICO-TRIBUTÁRIA C.C. REPETIÇÃO DE INDÉBITO TRIBUTÁRIO. ITCMD. DOAÇÃO DE DINHEIRO ENTRE CÔNJUGES CASADOS PELO REGIME DA COMUNHÃO UNIVERSAL. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. IRRESIGNAÇÃO DO RÉU. 1. O ITCMD - IMPOSTO SOBRE TRANSMISSÃO CAUSA MORTIS E DOAÇÃO - SÓ INCIDE SE FICAR DEMONSTRADO QUE, NOS TERMOS DO DIREITO CIVIL, SE CONFIGUROU O NEGÓCIO JURÍDICO DENOMINADO DOAÇÃO, DEFINIDO NO ART. 538 DO CC. 2. O REGIME DA COMUNHÃO UNIVERSAL, PREVISTO NO ART. 1.667 DO CC, IMPORTA A COMUNICAÇÃO DE TODOS OS BENS PRESENTES E FUTUROS DOS CÔNJUGES, EXCLUINDO-SE APENAS AQUELES PREVISTOS NO ART. 1.668 DO CC. 3. A AUTORA, ORA APELADA, CONTRAIU NÚPCIAS EM 19/04/1980 E A DOAÇÃO EFETUADA PELO SEU MARIDO, POR ELA INFORMADA À RFB, OCORREU EM 2008, PORTANTO 28 ANOS DEPOIS DO HIMENEU. 4. O COTEJO ENTRE AS

DECLARAÇÕES DE RENDIMENTOS DE AMBOS OS CÔNJUGES INFORMADAS À RFB NÃO SUGERE QUE O NUMERÁRIO SOBRE O QUAL INCIDIU O ITCMD TENHA ORIGEM OU SE VINCULE A BEM EXCLUSIVO DO MARIDO DA AUTORA, ORA APELADA. 5. O GRANDE LAPSO TEMPORAL OCORRIDO DESDE O SOBREDITO CASAMENTO REFORÇA O ENTENDIMENTO DE QUE O DINHEIRO DOADO COMPÕE O PATRIMÔNIO EM COMUM DA AUTORA, ORA RECORRIDA, E DO SEU MARIDO. 6. AUSÊNCIA DO ELEMENTO OBJETIVO NECESSÁRIO À CONFIGURAÇÃO DO CONTRATO DE DOAÇÃO, CONSISTENTE NO EFETIVO E REAL ENRIQUECIMENTO DO DONATÁRIO ÀS CUSTAS DO DOADOR: O DINHEIRO DOADO, SOBRE O QUAL INCIDIU A EXAÇÃO, CONTINUOU A SER DE AMBOS OS CÔNJUGES POR FORÇA DO ART. 1.667 DO CC. 7. INEXISTÊNCIA DO FATO GERADOR DO ITCMD. 8. PRECEDENTES. 9. QUANTO À ALEGAÇÃO DO RÉU, ORA APELANTE, DE QUE A CERTIDÃO DE CASAMENTO É ANTIGA E QUE O REGIME DE BENS PODERIA TER SIDO MODIFICADO, RESSALTA-SE QUE LHE CABIA DILIGENCIAR JUNTO AO RCPN, TRAZENDO AOS AUTOS CERTIDÃO DE CASAMENTO ATUAL, NA ESTEIRA DO INSCULPIDO NO ART. 333, INC. II, DO CPC, PARA PROVAR A SUA AFIRMAÇÃO, ÔNUS DO QUAL O ORA APELANTE NÃO SE DESINCUMBIU. 10. REPETIÇÃO DE INDÉBITO DE TRIBUTO ESTADUAL QUE DEVE CORRIGIDO PELA TAXA SELIC, NOS TERMOS DA LEI ESTADUAL Nº 6.127/2011. 11. PRECEDENTE DO E. STJ. 12. O RÉU, ORA APELANTE, É ISENTO DO RECOLHIMENTO DAS CUSTAS PROCESSUAIS, NOS TERMOS DO ART. 17, INC. IX, DA LEI ESTADUAL Nº 3.350/99. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Dessa forma, correta a sentença que determinou a repetição do indébito tributário.

Quanto à incidência dos juros de mora, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça (Resp. n.º 111189/SP e do Resp. n.º 1133815/SP, sob o rito do art. 543-C, do CPC) já se pronunciaram no sentido de que quando a condenação é de natureza tributária ou previdenciária não se aplica o artigo 1.º-F da Lei n.º 9.494/97 para a contagem dos juros, mas sim o artigo 161, §1.º do Código Tributário Nacional e com relação à correção esta deve ser feita de acordo com os índices utilizados para correção dos débitos judiciais na forma do verbete sumular n.º 162 do Tribunal Superior.

Aliás, tal previsão encontra-se disciplinada no artigo 173, do Código Tributário Estadual, com redação atualizada pela Lei Estadual n.º 6.269/2012.

Neste passo, como o pagamento indevido do tributo foi anterior à edição da Lei, até sua vigência incidirá apenas correção monetária desde o pagamento e de acordo com os índices utilizados para correção dos débitos judiciais - Súmula n.º 162 do E. STJ (“na repetição de indébito tributário, a correção monetária incide a partir do pagamento indevido”).

Assim, incidirá a Taxa Selic, a partir da vigência da Lei Estadual n.º 6.269/2012, sendo inviável sua cumulação com qualquer outro índice de correção monetária ou juros de mora desde então.

Por conseguinte, o Voto vencido merece prevalência, aplicando-se, *in casu*, a taxa SELIC após data da vigência da Lei Estadual n.º 6.269/2012, e juros de mora de 1%, acrescidos de correção monetária, antes do referido diploma normativo.

Corolário de todo o exposto, há de ser provido o presente recurso de embargos infringentes, nos exatos termos acima citados, o que desafia o acolhimento do Parecer do Ilustre Procurador de Justiça, de fls. 190/196.

Posto isso, **CONHEÇO DO RECURSO E DOU PROVIMENTO AOS EMBARGOS INFRINGENTES**, prestigiando-se o Voto vencido proferido pela Exma. Des. Odete Knaack de Souza, com modificação da sentença apenas no tocante à incidência dos juros de mora e da correção monetária sobre o indébito a ser repetido.

Rio de Janeiro, 02 de setembro de 2015.

Conceição A. Mousnier
Desembargadora Relatora