

UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA – UFPB
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS – CCJ
COORDENAÇÃO DO CURSO DE DIREITO – CAMPUS JOÃO PESSOA
COORDENAÇÃO DE MONOGRAFIA

FLAVIANO VAZ RIBEIRO GONDIM

DA (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA COBRANÇA DO ITCMD SOBRE
BENEFÍCIOS ORIUNDOS DOS PLANOS PGBL E VGBL

JOÃO PESSOA
2021

FLAVIANO VAZ RIBEIRO GONDIM

**DA (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA COBRANÇA DO ITCMD SOBRE
BENEFÍCIOS ORIUNDOS DOS PLANOS PGBL E VGBL**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao Curso de Graduação em
Direito de João Pessoa do Centro de
Ciências Jurídicas da Universidade
Federal da Paraíba como requisito parcial
da obtenção do grau de Bacharel em
Direito.

Orientador: Dr. Alfredo Rangel Ribeiro

JOÃO PESSOA
2021

Catálogo na publicação
Seção de Catalogação e Classificação

G637i Gondim, Flaviano Vaz Ribeiro.

Da (in)constitucionalidade da cobrança do ITCMD sobre
benefícios oriundos dos planos PGBL e VGBL / Flaviano
Vaz Ribeiro Gondim. - João Pessoa, 2021.

40 f.

Orientação: Alfredo Rangel Ribeiro.

Monografia (Graduação) - UFPB/CCJ.

1. PGBL. 2. VGBL. 3. HERANÇA. 4. ITCMD. 5.
INCONSTITUCIONALIDADE. I. Ribeiro, Alfredo Rangel. II.
Título.

UFPB/CCJ

CDU 34

FLAVIANO VAZ RIBEIRO GONDIM

**DA (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA COBRANÇA DO ITCMD SOBRE
BENEFÍCIOS ORIUNDOS DOS PLANOS PGBL E VGBL**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao Curso de Graduação em
Direito de João Pessoa do Centro de
Ciências Jurídicas da Universidade
Federal da Paraíba como requisito parcial
da obtenção do grau de Bacharel em
Direito.

Orientador: Dr. Alfredo Rangel Ribeiro

DATA DA APROVAÇÃO: 13 DE DEZEMBRO DE 2021

BANCA EXAMINADORA:

**Prof. Dr. ALFREDO RANGEL RIBEIRO
(ORIENTADOR)**

**Prof. Dr. BASILE GEORGES CAMPOS CHRISTOPOULOS
(AVALIADOR)**

**Prof. Dr. WLADIMIR ALCIBIADES MARINHO FALCAO CUNHA
(AVALIADOR)**

Reverências aos meus genitores e familiares,
pela insistência em demonstrar a devida
importância ao conhecimento e à educação.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus, pela saúde e tranquilidade, tão necessárias nesse momento conturbado de pandemia que estamos passando.

À esposa, pela cumplicidade e companheirismo; por sempre ter incentivado minha continuidade no curso de Direito e pela primorosa revisão dessa monografia.

Aos meus quatro filhos, pela oportunidade e estímulo ao meu crescimento.

Ao orientador Professor Dr. Alfredo Rangel, pela perspicácia em apontar um tema alinhado com meu interesse de pesquisa.

À banca de Avaliadores, Prof. Dr. Basile Georges Campos Christopoulos e Prof. Dr. Wladimir Alcibíades Marinho Falcão Cunha, que foram convidados por conciliar o conhecimento sobre o objeto da pesquisa, aliado à notória dedicação em sala de aula.

A todos os colegas de turma, pela oportunidade de convivência, aprendizado e empatia.

Às Coordenadoras do Centro de Ciências Jurídicas (CCJ) de João Pessoa, Profa. Dra. Márcia Glebyane Maciel Quirino e Profa. Dra. Maria Lígia Malta de Farias, pela competência e atenção dispensadas aos seus discentes.

A todo o corpo técnico-administrativo do CCJ-João Pessoa, por todo suporte nas atividades estudantis.

Por fim, ao curso de Direito, que refinou o meu senso de justiça.

“Nada é mais certo neste mundo do que a
morte e os impostos.”
(Benjamin Franklin)

RESUMO

Esta pesquisa teve como principal objetivo analisar como algumas unidades da Federação vêm alargando a incidência do ITCMD para arrecadar o imposto sobre os valores oriundos dos planos de previdência PGBL e VGBL, quando do falecimento do titular. Tal cobrança é inconstitucional, devido à finalidade social da previdência complementar aberta, que é corroborada pelas decisões do STJ, ao considerar os valores dos planos de previdência impenhoráveis, devido à sua natureza alimentar. Embora haja uma mitigação da impenhorabilidade quando, no caso concreto, o magistrado entender que houve desvirtuamento do uso da previdência complementar para escapar das regras do direito sucessório, tal excepcionalidade não justifica a cobrança do ITCMD pelos Estados, pois o lançamento tributário ocorre na seara administrativa, enquanto a decisão de desvio de finalidade ocorre em um processo judicial, com contraditório e ampla defesa. A inconstitucionalidade também se confirma pelo arcabouço jurídico/normativo que permeia o instituto dos planos objeto desta pesquisa, entre os quais, os dispositivos que dizem não se considerarem herança os valores provenientes de seguros. Em parte, essa cobrança indevida acontece por uma desatualização do CTN em relação aos artigos que disciplinam o ITCMD e, assim, não cumpre bem seu papel de lei complementar no tocante a evitar conflitos de competência e estabelecer normas gerais. Este trabalho foi construído com base em três capítulos: no primeiro foram apresentados os primórdios da proteção social dispensada aos povos da antiguidade, a evolução da seguridade social e a topografia dos planos objeto da pesquisa; no segundo capítulo, discorreu-se sobre a instituição do ITCMD, seu posicionamento no sistema tributário e sua regra matriz de incidência, sob os aspectos do fato gerador, base de cálculo, alíquota, lançamento, contribuinte e critério espacial, ou seja, em qual estado o imposto é devido; e, no terceiro e último, foi enfrentada a (in)constitucionalidade da cobrança, sopesando o resultado da pesquisa com a finalidade social da previdência complementar, com a legislação específica sobre o tema, bem como, na análise das decisões dos tribunais nas ações ajuizadas pelos contribuintes, ao se defenderem da cobrança do imposto. O presente estudo foi elaborado por meio de revisão bibliográfica e análise de dados, nos portais dos órgãos fazendários dos 26 Estados, além do Distrito Federal, bem como consultas aos Tribunais de Justiça, para analisar os caminhos escolhidos pela jurisprudência para tratar essa novel cobrança tributária. Propõe-se aqui, além de atingir o objetivo apresentado, servir como material auxiliar para novos estudos, agregando conhecimento científico à comunidade acadêmica. Por fim, através da metodologia citada, esta pesquisa concluiu pela inconstitucionalidade da cobrança do ITCMD, na mesma linha que, acertadamente, vem decidindo a maioria dos tribunais. Dessa forma, espera-se que essa prática seja banida do sistema tributário, obrigando os entes a substituírem a sanha arrecadatória por uma gestão eficiente na execução das despesas públicas.

Palavras-chave: PGBL. VGBL. HERANÇA. ITCMD. INCONSTITUCIONALIDADE.

ABSTRACT

This research had as main objective to analyze how some units of the Federation have been increasing the incidence of the ITCMD for the collection of the tax on the values deriving from the PGBL and VGBL pension plans, when the holder's death. Such charge is unconstitutional, due to the social purpose of the open supplementary pension, which is corroborated by the decisions of the STJ, when considering the amounts of the pension plans unattainable, due to their food nature. The unconstitutionality is also confirmed by the legal framework that permeates the Institute of Complementary and Social Welfare Plans, object of this research, among which, the provisions that say they are not considered inheritance of insurance values. In part, this undue charge is due to a CTN that is outdated in relation to the articles that regulate the ITCMD and, therefore, does not fulfill its role as a complementary law in order to avoid conflicts of jurisdiction and establish general rules. This work was built in three chapters: in the first, the beginnings of the social protection provided to ancient peoples and the topography of the researched plans were presented; in the second chapter, we discuss the institution of the ITCMD, its position in the tax system and its incidence matrix rule, under the aspects of taxable event, calculation basis, rate, income, taxpayer and spatial criterion, that is, in which it informs the tax due; and, in the third and last, the (un)constitutionality of the collection was faced, considering the research result with the social purpose of the supplementary pension, with the specific legislation on the subject, as well as, in the analysis of court decisions in the lawsuits filed. by taxpayers, when defending themselves against the collection of the tax. The present study was elaborated through a bibliographic survey and data analysis, in the portals of the 26 states' treasuries, in addition to the Federal District, as well as in consultations with the Courts of Justice, to analyze the paths chosen by the jurisprudence to deal with. with this new tax collection. It is proposed here, in addition to achieving the presented objective, to serve as auxiliary material for further studies, adding scientific knowledge to the academic community. Finally, through the aforementioned methodology, this research concluded that charging the ITCMD was unconstitutional, in the same line that, with good reason, most courts have decided. Thus, it is expected that this practice will be banned from the tax system, forcing entities to replace tax collection with efficient management in the execution of public expenditures.

Key-words: PGBL. VGBL. HERITAGE. ITCMD. UNCONSTITUTIONALITY.

LISTA DE ILUSTRAÇÕES

Imagem 1: Topografia do Plano Gerador de Benefício Livre (PGBL) e Vida Gerador
de Benefício Livre (VGBL)23

LISTA DE QUADROS

Quadro 1 – Principais diferenças entre PGBL e VGBL.	26
Quadro 2 – Entes com incidência expressa de ITCMD sobre PGBL/VGBL.....	30
Quadro 3 – Entes sem incidência expressa de ITCD sobre PGBL/VGBL.....	31

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADI - Ação Direta de Inconstitucionalidade

BB - Banco do Brasil

CC - Código Civil

CCJ – Centro de Ciências Jurídicas

CTN - Código Tributário Nacional

DF - Distrito Federal

ICMS - Imposto Sobre Circulação de Mercadorias e Prestação de Serviços

ITC - Imposto Sobre Transmissão Causa Mortis e Doação

ITCD - Imposto Sobre Transmissão Causa Mortis e Doação

ITCMD - Imposto Sobre Transmissão Causa Mortis e Doação

LC - Lei Complementar

PB - Paraíba

PE - Pernambuco

PGBL - Plano Gerador de Benefício Livre

RGPS - Regime Geral da Previdência Social

RJ - Rio de Janeiro

RPPS - Regime Próprio de Previdência Social

SP - São Paulo

STF - Supremo Tribunal Federal

STJ - Superior Tribunal de Justiça

SUSEP - Superintendência de Seguros Privados

TJMG - Tribunal de Justiça de Minas Gerais

TJMS - Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul

TJPB - Tribunal de Justiça da Paraíba

TJPR - Tribunal de Justiça do Paraná

TJRJ - Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro

VGBL - Vida Gerador de Benefício Livre

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	12
2 DOS PLANOS DE PREVIDÊNCIA PLANO GERADOR DE BENEFÍCIO LIVRE (PGBL) E VIDA GERADOR DE BENEFÍCIO LIVRE (VGBL).....	14
2.1 DO INÍCIO DA PROTEÇÃO SOCIAL	14
2.2 HISTÓRIA DA PREVIDÊNCIA SOCIAL NO BRASIL	16
2.3 TOPOGRAFIA DOS PLANOS DE PREVIDÊNCIA PLANO GERADOR DE BENEFÍCIO LIVRE (PGBL) E VIDA GERADOR DE BENEFÍCIO LIVRE (VGBL).....	18
2.4 ENTENDENDO OS PLANOS PGBL E VGBL	22
3 DO IMPOSTO SOBRE TRANSMISSÃO CAUSA MORTIS E DOAÇÃO (ITCMD) 27	
3.1 A INSTITUIÇÃO DO IMPOSTO DE TRANSMISSÃO CAUSA MORTIS E DOAÇÃO.....	27
3.2 ASPECTOS GERAIS: FATO GERADOR, BASE DE CÁLCULO, ALÍQUOTA, LANÇAMENTO E CONTRIBUINTE	31
3.3 POTENCIAL MINIGUERRA FISCAL DO IMPOSTO.....	36
4 DA INCONSTITUCIONALIDADE DO IMPOSTO SOBRE TRANSMISSÃO CAUSA MORTIS E DOAÇÃO - ITCMD SOBRE PLANO GERADOR DE BENEFÍCIO LIVRE - PGBL/ VIDA GERADOR DE BENEFÍCIO LIVRE - VGBL	39
4.1 DA FINALIDADE SOCIAL DA PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR ABERTA.....	39
4.2 DO ENQUADRAMENTO COMO SEGURO	43
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	50
REFERÊNCIAS.....	53

1 INTRODUÇÃO

Alguns Estados brasileiros vêm alterando suas legislações para incluir como fato gerador do Imposto sobre a Transmissão Causa Mortis e Doação (ITCMD) o pagamento aos beneficiários dos planos de previdência Plano Gerador de Benefício Livre (PGBL) e Vida Gerador de Benefício Livre (VGBL), indicados pelo titular contratante, quando do falecimento deste.

A depender da unidade federativa, a cobrança do ITCMD pode chegar a 8% sobre o valor do benefício pago pelo plano de previdência, causando impacto no orçamento das famílias e nos planejamentos sucessórios.

Dada a relevância do tema, é pertinente analisar se essa nova exação está em conformidade com o sistema tributário nacional, ou se a cobrança afronta a Constituição Federal.

Para averiguar a (in)constitucionalidade desse alargamento da incidência do imposto sobre heranças, a pesquisa envolveu uma revisão bibliográfica sobre temas correlatos, tais como: previdência social e complementar, direito das sucessões e direito tributário.

A pesquisa contemplou, ainda, uma varredura nos portais dos órgãos fazendários dos 26 Estados, mais o Distrito Federal (DF), bem como consultas aos Tribunais de Justiça de todos esses entes, para analisar os caminhos escolhidos pela jurisprudência para tratar essa novel cobrança tributária.

Pretende-se, com isso, que o resultado do trabalho sirva como material auxiliar para novos estudos, agregando conhecimento científico à comunidade acadêmica.

O objetivo da pesquisa é atingido com os três capítulos aqui apresentados: no primeiro são apresentados os primórdios da proteção social dispensada aos povos da antiguidade, em que é possível verificar uma preocupação assistencialista em escritos como a Bíblia, o Corão, além dos Códigos de Hamurabi e das Doze Tábuas.

Em seguida é feita uma cronologia da história da previdência social no Brasil, sua evolução até o surgimento da previdência complementar fechada e a aberta, para, com isso, situar a topografia dos planos de previdência PGBL e VGBL, objetos da pesquisa.

Após a explanação do desenvolvimento histórico da proteção social e a localização dos dois planos de previdência, discorre-se sobre as principais

características de cada um deles, destacando as diferenças entre o PGBL e VGBL, em que é possível constatar que a distinção entre eles basicamente recai sobre as deduções para fins de imposto de renda.

No capítulo seguinte, discorre-se sobre a instituição do ITCMD, seu posicionamento no sistema tributário e sua regra matriz de incidência, sob os aspectos do fato gerador, base de cálculo, alíquota, lançamento, contribuinte e critério espacial, ou seja, em qual estado o imposto é devido.

Serão mostrados quais os entes federativos alteraram sua legislação para prever, expressamente, a incidência do imposto sobre os benefícios decorrentes dos planos PGBL e VGBL.

O tratamento disforme entre os entes em relação à incidência do ITCMD dá azo a uma miniguerra fiscal entre os Estados. Explorar-se-á como as lacunas na legislação, além de um Código Tributário Nacional (CTN) desatualizado, têm contribuído para essas cobranças desiguais no Brasil.

Por fim, no terceiro capítulo será enfrentada a (in)constitucionalidade da cobrança, sopesando o resultado da pesquisa com a finalidade social da previdência complementar, com a legislação específica sobre o tema, bem como, na análise das decisões dos tribunais no enfrentamento das ações ajuizadas pelos contribuintes, ao se defenderem da cobrança do imposto.

2 DOS PLANOS DE PREVIDÊNCIA PLANO GERADOR DE BENEFÍCIO LIVRE (PGBL) E VIDA GERADOR DE BENEFÍCIO LIVRE (VGBL)

Neste capítulo sobre os planos da previdência, entenderemos como se deram os primórdios da proteção social que foi dispensada aos povos da antiguidade, bem como a topografia dos planos PGBL e VGBL. Vale ressaltar que, em escritos como a Bíblia e o Corão, foi possível identificar condutas que podem ser interpretadas como uma preocupação assistencialista às pessoas, mostrando, assim, que a proteção social existe desde muito tempo.

2.1 DO INÍCIO DA PROTEÇÃO SOCIAL

A figura do Estado vem atuando, desde os mais remotos tempos, no sentido de assistir às pessoas que, por razões diversas e alheias às suas vontades, ficam impossibilitadas de gerar sua própria renda. É possível entender com isso, a tentativa das autoridades governamentais de evitar uma vida indigna e a miséria nas sociedades.

É preciso que o Estado proteja o seu povo contra eventos previsíveis, ou não, aptos a causar a sua miséria e intranquilidade social, providenciando recursos para manter, ao menos, o seu mínimo existencial e, por conseguinte, a dignidade humana, instituindo um eficaz sistema de proteção social¹.

A proteção social aos menos favorecidos existe desde a antiguidade, a exemplo dos livros sagrados (Bíblia, Talmud, Corão etc.) e dos Códigos (Manu, Doze Tábuas e Hamurabi)².

No Código de Hamurabi, supostamente escrito pelo Rei Hamurabi³, em 1.722 a.C., na Babilônia, região da Mesopotâmia, é possível encontrar, entre outras preocupações sociais, a proteção à família. De acordo com seu art. 24, a família seria

¹ AMADO, Frederico. **Curso de Direito e Processo Previdenciário**. 12ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 21.

² MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Curso de Direito Previdenciário**. Disponível em: <https://vlex.com.br/vid/escorco-historico-671052405>. Acesso em: 9 set. 2021

³ Código de Hamurabi. Disponível em: https://pt.wikipedia.org/wiki/C%C3%B3digo_de_Hamurabi. Acesso em: 9 set. 2021.

indenizada pela cidade e pelo governador quando algum membro fosse vítima fatal em assalto⁴.

Pode-se dizer que esses antigos assistencialismos foram as sementes da atual assistência social, um dos pilares da seguridade social, a ser abordado avante⁵.

Avançando na cronologia, é possível verificar que a proteção estatal continuou existindo, seja em menor grau, no Estado liberal do século XIX, ou em maior, no Estado social do século seguinte.

Na lógica liberal, prevalecia a intervenção mínima estatal, em que os Estados garantiam apenas os direitos civis e políticos, contexto esse em que se inserem os direitos da primeira dimensão, as chamadas liberdades negativas. Tal modelo ampliou a concentração de riquezas e elevou a miséria⁶.

Acrescente a esse caldeirão as guerras mundiais, a Revolução Soviética de 1917 e a crise econômica mundial de 1929.

Previsivelmente, o sistema ebuliu, forçando o Poder Público a promover avanços no social e assumindo, com maior amplitude, o fornecimento de prestações positivas econômicas e sociais, dando azo aos direitos fundamentais de segunda dimensão.

Destaca-se, nesse espectro entre o liberal e o social, a evolução da previdência, que é o segundo suporte da seguridade social.

Com uma formação embrionária da atual Previdência Social, surge na Alemanha o modelo bismarckiano, implantado por Otto Von Bismarck. Foram assegurados aos trabalhadores o seguro-doença, a aposentadoria e os benefícios, quando vitimados em acidentes de trabalho⁷.

Em que pese ter sido iniciativa estatal e com implantação compulsória, o modelo bismarkiano protegia, apenas, empregados e empregadores. Com as crises econômicas acima mencionadas, houve diminuição das ofertas de emprego, expondo, assim, a fragilidade do sistema.

⁴ KERSTEN, Vinícius Mendez. **O Código de Hamurabi através de uma visão humanitária**. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/o-codigo-de-hamurabi-atraves-de-uma-visao-humanitaria/>. Acesso em: 9 set. 2021.

⁵ A seguridade social é composta pelos direitos à saúde, à previdência e à assistência social, consoante art. 194 da Constituição Federal.

⁶ AMADO, Frederico. Opus citatum.

⁷ DE CASTRO, Carlos Alberto Pereira; LAZZARI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário**. 23ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

Com o início do Estado de bem-estar social, surge o modelo beveridgeano, experimentado pelo governo britânico. Criou-se um sistema universal, com participação compulsória de toda a população, incluindo os desempregados. Abrangia, ainda, a assistência social e a oferta de serviços de saúde.

Essa ampliação dos direitos sociais se estende por outros países. No Brasil, essa ampla cobertura se consolida com a CF de 1988, que, em seu art.194, institui a seguridade social.

A seguridade social, por sua vez, é composta por um “conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social⁸”. Em outras palavras, a seguridade social é gênero, da qual tem três espécies como pilares, quais sejam, a Previdência Social, a Assistência Social e a Saúde.

Em síntese, a Previdência Social se caracteriza pelo seu caráter contributivo e filiação compulsória. A Assistência Social independe de contribuição, podendo usufruí-la quem dela necessitar. E a Saúde constitui um direito de todos e dever do Estado, que não depende de contribuição⁹.

Embora apenas na Carta Magna de 1988 tenha surgido a ampla cobertura contemplada pela seguridade social, constituições brasileiras anteriores garantiam o direito à previdência social, a ser tratado no tópico adiante.

Superada essa contextualização mundial, com um resumo dos três pilares da proteção social, quais sejam, a assistência, a saúde e a previdência social, abordar-se-á a história desse último eixo protetivo, e a topografia dos planos de previdência complementar PGBL e VGBL, objetos da presente pesquisa.

2.2 HISTÓRIA DA PREVIDÊNCIA SOCIAL NO BRASIL

A primeira aparição da previdência social ocorreu na Constituição de 1824, com a garantia aos cidadãos do direito aos socorros públicos, porém, o dispositivo ainda não gozava de efetividade¹⁰.

⁸ BRASIL. **Constituição Federal de 1988**, [2021]. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 8 set. 2021.

⁹ GOES, Hugo. **Manual de Direito Previdenciário**. 14ª ed. Rio de Janeiro: Editora Ferreira, 2018.

¹⁰ AGOSTINHO, Theodoro. **Manual de Direito Previdenciário**. São Paulo: Editora Saraiva, 2020.

Na Constituição de 1891 houve um avanço, uma vez que previa a aposentadoria por invalidez dos funcionários públicos, custeada pelo Estado, independente da contribuição desses servidores.

As primeiras décadas do século XX foram marcadas pela expansão industrial, especialmente em São Paulo (SP) e Rio de Janeiro (RJ), trazendo, com isso, elevados acidentes de trabalho.

Acompanhando os fatos sociais, econômicos e trabalhistas, o direito produziu o Decreto nº 4.682/1923, conhecido como Lei Eloy Chaves, considerado um marco no direito previdenciário. A lei criou as denominadas Caixas de Aposentadorias e Pensões para os trabalhadores ferroviários. Nos anos seguintes, outras leis foram instituídas, concedendo direitos semelhantes a trabalhadores de outros setores.

As Constituições de 1934 e 1937 acompanharam o avanço e instituíram o sistema tripartite de custeio, composto pelo Estado, empregadores e empregados, e a noção do “risco social”, como doença, invalidez, velhice e morte, bem como a implantação dos seguros de vida, invalidez e velhice decorrentes de acidentes de trabalho¹¹. As constituições seguintes deram seguimento aos avanços protetivos, a exemplo do seguro-desemprego.

Por fim, em 1988, tem-se a Constituição Cidadã, trazendo substanciais avanços sociais. Institui-se o Sistema Nacional de Seguridade Social, com objetivo de promover o bem-estar, a justiça social e assegurar a todos o mínimo existencial e, com isso, consubstanciar o princípio da dignidade humana.

A Previdência Social é composta por regimes previdenciários. De filiação obrigatória tem-se o Regime Geral da Previdência Social (RGPS) e o Regime Próprio de Previdência Social (RPPS) dos servidores públicos e militares, previstos, respectivamente, nos arts. 201, 40 e 142, §3º, X da CF¹².

O RGPS, conforme mencionado, tem caráter contributivo e adesão obrigatória, decorrente de lei. A maioria da população brasileira pertence a esse regime, integrando os empregados da iniciativa privada com carteira assinada e os domésticos, os profissionais autônomos, entre outros. A diversidade de público que

¹¹ AGOSTINHO, Theodoro. Opus citatum.

¹² GOES, Hugo. Opus citatum.

compõe esse regime está prevista no art. 11, da Lei 8.213, de 24 de julho de 1991¹³, ao qual remete-se o leitor.

A filiação ao RGPS é obrigatória para a maioria dos seus segurados. Porém, a título informativo ressalva-se a existência dos segurados facultativos, cuja filiação dependerá de ato de vontade do interessado, a exemplo de donas de casa, estudantes, síndico de condomínio, entre outros, conforme §1º, art. 11, do Decreto 3.048/99¹⁴.

2.3 TOPOGRAFIA DOS PLANOS DE PREVIDÊNCIA PLANO GERADOR DE BENEFÍCIO LIVRE (PGBL) E VIDA GERADOR DE BENEFÍCIO LIVRE (VGBL)

Paralelamente à Previdência Social, existem os regimes previdenciários complementares, de adesão facultativa. Desse regime faz parte a previdência complementar privada e a previdência complementar pública, prevista no art. 202 e nos §§ 14 a 16 do art. 40 da Lei Maior. Abordemos a Previdência privada, na qual alberga os planos de previdência explorados nesta pesquisa acadêmica.

Antes de afunilar a abordagem da previdência complementar, é importante observarmos as diferenças entre esta e a previdência social¹⁵. A Previdência Complementar, conhecida como Previdência privada, é uma opção do próprio indivíduo e se configura num tipo de pagamento extra, que complementa a sua renda. Já a Previdência Social é um seguro que possui o controle do governo e tem o intuito de garantir aos trabalhadores o recebimento de benefício de caráter mensal, quando necessitarem, em casos de aposentadoria ou afastamento laboral por gravidez, ou mesmo, nas situações em que os trabalhadores são impedidos de exercer suas funções quando são vítimas de acidentes ou doenças, ficando, portanto, o INSS responsável por repassar esse valor para o beneficiário.

A previdência privada, também denominada previdência complementar, surgiu com os institutos fechados de socorro mútuo e pensão, a exemplo da Previ-

¹³ BRASIL. Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, [2021]. **Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm. Acesso em: 6 set. 2021.

¹⁴ BRASIL. Decreto 3.048, de 06 de maio de 1999, [2021]. **Regulamenta a Previdência Social**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3048.htm. Acesso em: 6 set. 2021.

¹⁵ ABC da Previdência. **Baixe a Cartilha**. Disponível em: http://www.abcbrasilprev.com.br/wp-content/uploads/2018/04/Brasilprev_Cartilha.pdf. Acesso em: 8 set. 2021.

Caixa, em 1904. Outro marco importante ocorreu em 1940, quando o Banco do Brasil (BB) implantou a complementação à aposentadoria.

Em 1977, surgiu a primeira regulamentação da previdência privada, por meio da Lei 6.435 (atualmente revogada), mas foi a partir de 1990, com a estabilidade financeira proporcionada pelo Plano Real, que se observa um crescimento dessa modalidade previdenciária¹⁶.

Na atual redação do art. 202, da CF 1988, é disposto que o regime de previdência privado tem caráter complementar e é organizado de forma autônoma em relação ao regime geral de previdência social, sendo o seu ingresso facultativo. Aduz, ainda, que o regime será constituído por reservas que garantam o benefício contratado e terá sua regulação por Lei Complementar (LC)¹⁷.

O dispositivo direciona as principais características do regime de previdência privado, entre os quais o caráter complementar e a organização autônoma em relação ao RGPS; a facultatividade na sua filiação e seu caráter contratual; baseada na constituição de reservas que garantam a cobertura pactuada; e por fim, a exigência de regulação por meio de Lei Complementar¹⁸. Para regulamentar o art. 202, o legislativo lançou as Leis Complementares nº 108¹⁹ e 109²⁰, ambas de 29 de maio de 2001.

Existem duas espécies de previdência privada: fechada e aberta. A primeira abarca os empregados e servidores públicos e são administradas por organizações sem fins lucrativos, os chamados fundos de pensão. Embora de ingresso facultativo, somente pode incluir beneficiário daquela instituição, por isso se diz fechada. Para elucidar, tem-se a entidade Petros, que administra os aportes financeiros exclusivamente dos empregados da Petrobrás, e a Funpresp, que gerencia os aportes apenas dos servidores públicos federais.

A previdência complementar fechada é regulamentada pela LC nº 108/01, que dispõe sobre a relação entre a União, os Estados, o DF e os Municípios, suas

¹⁶ ABC da Previdência. Opus citatum.

¹⁷ Art. 202. “O regime de previdência privada, de caráter complementar e organizado de forma autônoma em relação ao regime geral de previdência social, será facultativo, baseado na constituição de reservas que garantam o benefício contratado, e regulado por lei complementar”.

¹⁸ LEITÃO, André Studart; MINEIRINHO, Augusto Grieco Sant’Anna. **Manual de Direito Previdenciário**. 5ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2018.

¹⁹ BRASIL. Lei Complementar nº 108, de 29 de maio de 2001, [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp108.htm. Acesso em: 25 set. 2021.

²⁰ BRASIL. Lei Complementar nº 109, de 29 de maio de 2001, [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp109.htm. Acesso em: 25 set. 2021.

autarquias, fundações, sociedades de economia mista e outras entidades públicas e suas respectivas entidades fechadas de previdência complementar.

A segunda espécie de previdência, a aberta, por sua vez, é regulamentada pela LC nº 109/01, que revogou expressamente as Leis 6.435/77 e 6.462/77. Essa espécie se diz aberta por ser acessível a qualquer pessoa física interessada em investir em um fundo previdenciário complementar, não sendo necessário vínculo associativo ou empregatício do investidor.

A previdência complementar aberta vem tendo muita expansão na última década, movida pela relativa estabilidade da moeda, assim como pelas incertezas da previdência pública²¹. Adiciona-se, ainda, uma conscientização crescente do brasileiro em planejar o seu futuro e dos seus beneficiários:

Há um dia em que o futuro vira passado. O segredo para não ser tarde é saber desde cedo que isso vai acontecer. Como diz a música de Paul McCartney, *“yesterday came suddenly”*. E, já no futuro, alguém pode se perguntar: “o que fiz durante o tempo em que trabalhei para me preparar melhor para o futuro que parecia tão distante?”. O ponto principal a guardar é este: um dia, o futuro chega. E não somente isso – ele pode ser mais longo que o previsto²².

A administração desses fundos compete às seguradoras ou bancos, constituídos sob a forma de sociedades anônimas e devidamente autorizados pela Superintendência de Seguros Privados (SUSEP), que ficam obrigados para com seus segurados a disponibilizar a estes, ao final do período de contribuição contratual, a opção de auferir uma renda por um período, ou sacar o dinheiro em parcelas²³. Exemplificando, menciona-se o BrasilPrev, de competência do BB.

Assim, se o indivíduo tem interesse em aderir a um plano de previdência complementar, mas não pode pactuar com uma entidade fechada de previdência “porque lhe falta o vínculo prévio de emprego ou de associação, pode aderir a um plano individual de entidade aberta ou companhia seguradora, geralmente ligada a instituições financeiras bancárias²⁴”.

Uma importante característica desses planos é a sua impenhorabilidade. Para Frederico Amado²⁵, por determinação legal, a impenhorabilidade inerente aos planos públicos de previdência abrange também os planos de previdência

²¹ NESE, Arlete; GIAMBIAGI, Fábio. **Fundamentos da Previdência Complementar** - Da Administração à Gestão de Investimentos. São Paulo: Editora Atlas, 2019.

²² NESE, Arlete; GIAMBIAGI, Fábio. Opus citatum.

²³ AGOSTINHO, Theodoro. Opus citatum.

²⁴ REIS, Adacir. **Curso Básico de Previdência Complementar**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

²⁵ AMADO, Frederico. Opus citatum.

complementar, com entendimento endossado pela 2ª Seção do Superior Tribunal de Justiça (STJ):

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. IMPENHORABILIDADE DE FUNDO DE PREVIDÊNCIA PRIVADA COMPLEMENTAR. O regime de previdência privada complementar é, nos termos do art. 1º da LC 109/2001, "baseado na constituição de reservas que garantam o benefício, nos termos do caput do art. 202 da Constituição Federal", que, por sua vez, está inserido na seção que dispõe sobre a Previdência Social. Na aplicação em PGBL, o participante realiza depósitos periódicos, os quais são aplicados e transformam-se em uma reserva financeira, que poderá ser por ele antecipadamente resgatada ou recebida em data definida, seja em uma única parcela, seja por meio de depósitos mensais. Em qualquer hipótese, não se pode perder de vista que, em geral, o participante adere a esse tipo de contrato com o intuito de resguardar o próprio futuro ou de seus beneficiários, garantindo o recebimento de certa quantia, que julga suficiente para a manutenção futura do atual padrão de vida. **A faculdade de "resgate da totalidade das contribuições vertidas ao plano pelo participante"** (art. 14, III, da LC 109/2001) **não tem o condão de afastar, de forma absoluta, a natureza essencialmente previdenciária e, portanto, alimentar, do saldo existente naquele fundo.** Veja-se que a mesma razão que protege os proventos advindos da aposentadoria privada deve valer para a reserva financeira que visa justamente a assegurá-los, sob pena de se tornar inócua a própria garantia da impenhorabilidade daqueles proventos. Outrossim, se é da essência do regime de previdência complementar a inscrição em um plano de benefícios de caráter previdenciário, não é lógico afirmar que os valores depositados pelo participante possam, originalmente, ter natureza alimentar e, com o decorrer do tempo, justamente porque não foram utilizados para a manutenção do empregado e de sua família no período em que auferidos, passem a se constituir em investimento ou poupança²⁶. (grifo nosso)

Ainda de acordo com o autor, a impenhorabilidade foi mitigada pelo STJ, em decisão posterior:

[...] a impenhorabilidade dos valores depositados em fundo de previdência privada complementar deve ser aferida pelo Juiz casuisticamente, de modo que, se as provas dos autos revelarem a necessidade de utilização do saldo para a subsistência do participante e de sua família, caracterizada estará a sua natureza alimentar²⁷.

A impenhorabilidade dos planos de previdência privada, reforça André Leitão²⁸, não é afastada pelo fato de o art. 14, III, da LC nº 109/2001 permitir o resgate da totalidade das contribuições vertidas ao plano pelo participante.

Pelo que se observa, a impenhorabilidade dos recursos provenientes dos planos de previdência complementar é a regra geral, cuja descaracterização somente é conseguida casuisticamente, com o devido processo judicial e a segurança do contraditório e ampla defesa. Tal característica aponta para um indício de que a cobrança do ITCMD sobre esses planos é inconstitucional.

²⁶ STJ. EREsp nº 1.121.719-SP. Data da publicação: 12 fev. 2014.

²⁷ Precedentes do STJ apud AMADO, Frederico. Opus citatum. p. 1587.

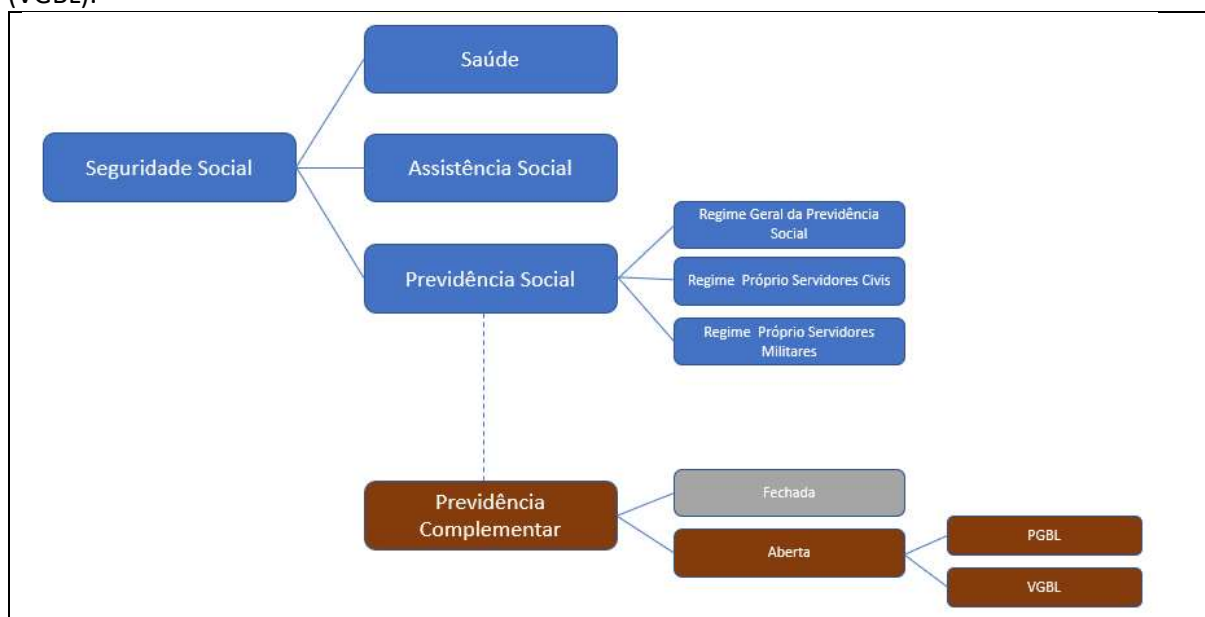
²⁸ LEITÃO, André Studart; MINEIRINHO, Augusto Grieco Sant'Anna. Opus citatum.

Quanto às opções para investir na previdência privada aberta, citam-se o PGBL e o VGBL²⁹. De acordo com o sítio eletrônico da SUSEP, endereço www.susep.gov.br, existem outras modalidades de previdência complementar aberta, porém, o foco será no PGBL e VGBL.

Há quem entenda que o VGBL, embora seja genericamente enquadrado como plano de previdência, tecnicamente, é um seguro de vida com cobertura para sobrevivência³⁰. Para fins didáticos, enquadraremos o VGBL como sendo um tipo de previdência complementar aberta e, oportunamente, será mais bem explorado a classificação (ou não) como seguro.

A imagem a seguir sintetiza o caminho percorrido até identificar a topografia do PGBL e VGBL:

Imagem 1: Topografia do Plano Gerador de Benefício Livre (PGBL) e Vida Gerador de Benefício Livre (VGBL).



Fonte: Arquivo Pessoal de elaboração própria (2021).

Realizada a devida topografia dos planos de previdência complementar aberta PGBL e VGBL, entender-se-á as peculiaridades entre os institutos no item adiante, oportunidade em que se verifica as diferenças e semelhança entre os institutos.

2.4 ENTENDENDO OS PLANOS PGBL E VGBL

²⁹ AGOSTINHO, Theodoro. Opus citatum.

³⁰ REIS, Adacir. Opus citatum.

Para melhor abordagem do tema, serão trazidos os termos técnicos mais utilizados quando se fala em previdência complementar aberta, extraídos do sítio eletrônico da SUSEP³¹.

O primeiro termo é “Assistido” que significa a pessoa física que goza o benefício sob a forma de renda; os “Beneficiários” que são as pessoas indicadas na proposta de inscrição ou em documento específico, para receber o pagamento do benefício contratado em caso de morte do participante, de invalidez, ou de sobrevivência; temos o termo “Benefício” que é o pagamento recebido pelos beneficiários na ocorrência do evento gerador durante o período da cobertura; a “Cobertura de Risco” que garante o pagamento de benefício aos beneficiários indicados, quando da morte do participante, ou ao participante, em casos de invalidez total e permanente; a “Cobertura por Sobrevivência”, que garante o benefício pela sobrevivência do participante ao período de diferimento contratado; a EAPC (Entidade Aberta de Previdência Complementar) ou Sociedade Seguradora que tem autorização de instituir planos de previdência complementar aberta.

Temos, ainda, o termo “Evento Gerador” que significa a morte do participante, sua invalidez total e permanente ou sua sobrevivência, com ocorrências durante o período de cobertura do plano; o “Participante”, que é a pessoa física e com inscrição aceita, que contrata o plano ou, no caso de contratação coletiva, adere ao contrato, mas que ainda não faz jus ao benefício; o “Período de Carência” que é o período contado desde o início de vigência do plano, durante o qual, na ocorrência do evento gerador, os beneficiários não terão direito ao recebimento do benefício. O período de carência para os Benefícios de Risco (Pecúlio, Pensão e Invalidez), deverá ser de até 24 meses, contado do início da vigência do plano, quando não é devido o pagamento do benefício; e, por fim o “Prazo de diferimento” que corresponde ao período entre a data da contratação do plano e a data escolhida pelo participante para o início da concessão do benefício, que pode coincidir com o prazo de pagamento das contribuições.

Conforme lecionam Arlete Nesse e Fábio Giambiagi³², os planos existentes no Brasil se dividem em duas famílias: PGBL e VGBL. O PGBL é um plano de previdência complementar, enquanto o VGBL é um plano de seguro por questões

³¹ SUSEP. **Definições Básicas – Glossário**. Disponível em <http://www.susep.gov.br/menu/informacoes-ao-publico/planos-e-produtos/previdencia-complementar-aberta#defbas>. Acesso em: 28 set. 2021.

³² NESE, Arlete; GIAMBIAGI, Fábio. Opus citatum.

regulatórias e fiscais, em que pese, na prática, ser uma previdência, semelhante ao PGBL.

Para Alexandre Neto³³, os principais atrativos e características do PGBL são o benefício fiscal, cujas contribuições podem ser deduzidas do imposto de renda até o limite de 12% da renda do investidor; a vantagem de os rendimentos obtidos serem tributados apenas quando ocorrer o saque; liberdade para o investidor escolher o plano que melhor se encaixe no seu perfil, optando por um fundo mais agressivo, que tem maiores rendimentos e maiores riscos, ou fundos mais moderados, que proporcionam menores rendimentos e mais segurança.

O VGBL, por sua vez, ainda de acordo com esse autor, é um fundo de investimento para formar poupanças a longo prazo, com objetivo de complementar a aposentadoria, sendo bastante similar ao PGBL.

Os depósitos destinados ao VGBL não são deduzidos da base de cálculo do imposto de renda. Em compensação, no resgate a incidência do imposto de renda ocorre somente sobre os rendimentos, enquanto no PGBL a tributação incide sobre o montante do resgate.

Por conter mecanismos distintos na incidência do imposto de renda, em regra, pode ser mais interessante escolher o VGBL para aqueles contribuintes que fazem a sua declaração de rendimentos anuais na forma simplificada, pois não há deduções do imposto de renda. Por sua vez, aqueles que fazem sua declaração de imposto de renda na forma completa, pode ser mais favorável o PGBL, para deduzir da base de cálculo as contribuições ao plano, beneficiando-se quando do ajuste anual, seja pagando menos imposto, ou majorando a sua restituição.

Além dos autores já citados, igualmente para Lilian Gallagher³⁴, Ricardo Rocha³⁵ e Dayane Araújo³⁶, os planos PGBL e VGBL são produtos semelhantes da previdência complementar aberta, com diferenças somente no quesito tributação do imposto de renda.

³³ ASSAF NETO, Alexandre. **Mercado Financeiro**. 15ª ed. São Paulo: Editora Atlas / Grupo Gen, 2021.

³⁴ GALLAGHER, Lilian Massena. **Planeje seu Futuro Financeiro**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Editora Alta Books, 2020.

³⁵ ROCHA, Ricardo Humberto. **Invista seu Dinheiro – Volume 1**. 1ª ed. São Paulo: Editora Saint Paul, 2016.

³⁶ ARAUJO, Dayane de Almeida. **Planejamento Tributário Aplicado aos Instrumentos Sucessórios**. 1ª ed. São Paulo: Editora Almedina, 2018.

Ambos os planos PGBL e VGBL oferecem cinco tipos de benefícios básicos, que podem ser garantidos isolado ou conjuntamente³⁷, são eles: a “**Renda por sobrevivência**”, a ser paga ao participante do plano que sobreviver ao prazo de diferimento contratado, geralmente denominada de aposentadoria; a “**Renda por invalidez**”, que é paga ao participante em decorrência de sua invalidez total e permanente ocorrida durante o período de cobertura e depois de cumprido o período de carência estabelecido no plano; a “**Pensão por morte**”, a ser paga ao(s) beneficiário(s) indicado(s) na proposta de inscrição em decorrência da morte do participante ocorrida durante o período de cobertura e depois de cumprido o período de carência estabelecido no plano; o “**Pecúlio por morte**” é a soma, pagável em dinheiro de uma só vez ao(s) beneficiário(s) indicado(s) na proposta de inscrição, em decorrência da morte do participante ocorrida durante o período de cobertura e depois de cumprido o período de carência estabelecido no plano; e, o “**Pecúlio por invalidez**”, qual seja, a importância em dinheiro, pagável de uma só vez ao próprio participante, em decorrência de sua invalidez total e permanente ocorrida durante o período de cobertura e depois de cumprido o período de carência estabelecido no plano.

O quadro a seguir ilustra as principais diferenças entre os planos PGBL e VGBL

Quadro 1 – Principais diferenças entre PGBL e VGBL.

Análise quanto ao...	PGBL	VGBL
Público-alvo	<ul style="list-style-type: none"> - Declaram o imposto de renda na forma completa; - Realizam contribuições ao RGPS ou RPPS; - Contribuem ao plano com até 12% de sua renda bruta.* 	<ul style="list-style-type: none"> - Isentos de imposto de renda ou declaram na forma simplificada; - Não contribuem para o RGPS ou RPPS - Podem pagar contribuições maior que 12% de sua renda bruta anual.
Benefício fiscal durante o prazo de diferimento	Podem deduzir da base de cálculo em até 12% da renda bruta anual, se contribuinte do RGPS ou RPPS	Não há dedução
Benefício fiscal na fase de recebimento do benefício	IR incide sobre o valor do benefício	IR incide apenas sobre o rendimento incorporado ao benefício recebido
Tratamento do IR no resgate	Incidência do imposto de renda sobre o valor total resgatado	IR incide apenas sobre os rendimentos.

Fonte: Quadro adaptado³⁸.

**Usuários do plano PGBL podem fazer contribuições superiores a 12%, mas somente deduzirão da base de cálculo do imposto de renda até essa porcentagem.*

³⁷ SUSEP. **Tipos de Planos e Benefícios**. Disponível em <http://www.susep.gov.br/menu/informacoes-ao-publico/planos-e-produtos/previdencia-complementar-aberta#tipodeplano>. Acesso em: 29 set. 2021.

³⁸ NESE, Arlete; GIAMBIAGI, Fábio. Opus citatum.

Conforme se percebe, os planos PGBL e VGBL são bastante semelhantes, com diferenças no tratamento do imposto de renda que pouco deveriam interferir na questão da incidência do ITCMD de um e de outro não. Quer-se dizer que a interpretação de incidir ou não o ITCMD deveria ser igual para ambos os planos.

O VGBL, por ficção jurídica, é colocado como seguro, o que reforçaria a não incidência do imposto sobre herança, por força do art. 794, do Código Civil (CC)³⁹: “No seguro de vida ou de acidentes pessoais para o caso de morte, o capital estipulado não está sujeito às dívidas do segurado, nem se considera herança para todos os efeitos de direito”.

Porém, como mencionado, são tantas semelhanças entre os planos, que esse enquadramento do VGBL como seguro é apenas um reforço para não haver cobrança de ITCMD, não querendo se dizer que o PGBL deva ser tributado pelo imposto estadual.

Outra característica dos dois planos é a possibilidade de estipulação em favor de terceiros, isto é, o contratante pode indicar livremente quem serão os favorecidos dos benefícios a serem auferidos, por meio de contrato. Em consequência, “os capitais gerados por conta de tais estipulações são pagos independentemente do inventário⁴⁰”.

Ainda que existam herdeiros necessários, não haverá óbice à liberdade do titular para que o benefício seja transferido a qualquer beneficiário previamente escolhido, sendo desnecessário, para tal, a conclusão do inventário⁴¹.

Dessa forma, se os beneficiários podem ser livremente escolhidos pelo contratante dos planos, aqueles não podem ser denominados herdeiros ou legatários, uma vez que tais categorias somente assumem essas condições por disposição legal ou testamentária, conforme preconizado pelo art. 1.786⁴², do CC.

Assim, se os beneficiários do plano não são, necessariamente, os herdeiros ou legatários, não há herança a transmitir. O que apontaria para o entendimento de que é inconstitucional a cobrança de imposto na transmissão de herança sobre os

³⁹ BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002, [2021]. **Institui o Código Civil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 30 set. 2021.

⁴⁰ TEPEDINO, Gustavo. **Fundamentos do Direito Civil** – Direito das Sucessões – Vol. 7. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2021. p. 413.

⁴¹ DIAS, Maria Berenice. **Manual das Sucessões**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 262 *apud* de ARAUJO, Dayane de Almeida. Opus citatum.

⁴² Art. 1.786. A sucessão dá-se por lei ou por disposição de última vontade.

planos PGBL e VGBL, pois, conforme será visto no capítulo adiante, uma das cobranças possíveis do ITCMD é sobre herança⁴³.

3 DO IMPOSTO SOBRE TRANSMISSÃO CAUSA MORTIS E DOAÇÃO (ITCMD)

Alguns estados da Federação abreviam a denominação do imposto objeto dessa análise com a sigla ITCD, outros ITC, ou ainda, ITCMD.

Nesse trabalho, será adotada a sigla ITCMD, por ser a mais comumente utilizada entre os entes federativos, bem como, pela maioria dos doutrinadores.

3.1 A INSTITUIÇÃO DO IMPOSTO DE TRANSMISSÃO CAUSA MORTIS E DOAÇÃO

A cobrança de um imposto está subordinada ao princípio da legalidade, preconizado no art. 150, inciso I, da CF, que veda a exigência da exação sem a existência de uma lei que a autorize.

Regra geral (na qual se enquadra o ITCMD), a instituição de um imposto transita por três normas distintas: Constituição Federal, Lei Complementar (LC) e Lei Ordinária. Excepcionalmente, a legalidade é atendida sem a necessidade de Lei Ordinária, hipóteses em que a LC cumpre a função daquela.

O início do percurso para o cumprimento da legalidade é previsto no sistema tributário nacional, delineado pela Constituição Republicana, por meio de repartição de competências, que outorga poderes à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios para instituírem tributos, entre eles os impostos⁴⁴.

Nessa divisão de competências, cabe aos Estados e ao DF, a instituição do ITCMD, conforme preconiza o inciso I, do art. 155, da CF.

O sistema tributário tratado na Carta Magna confere à LC importantes e específicos papéis, alguns deles estão no art. 146, que diz caber à essa espécie normativa três funções:

- I - dispor sobre conflitos de competência, em matéria tributária, entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios;
- II - regular as limitações constitucionais ao poder de tributar;
- III - estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre:

⁴³ A outra hipótese de incidência do ITCMD é sobre doações, que não fará parte do escopo desta pesquisa.

⁴⁴ Art. 145. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos: I - impostos [...].

- a) definição de tributos e de suas espécies, bem como, em relação aos impostos discriminados nesta Constituição, a dos respectivos fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes;
- b) obrigação, lançamento, crédito, prescrição e decadência tributários;
- [...]

Tais funções são cumpridas pela Lei nº 5.172⁴⁵, de 25 de outubro de 1966, que instituiu o CTN, uma vez que seu conteúdo se amolda com o disposto no mencionado art. 146.

Por isso, entende-se que, o Código Tributário, embora seja anterior à Constituição, foi recepcionado por esta. O fenômeno da recepção ocorre “quando a legislação anterior regular matéria de modo que não contraria o novo texto constitucional (...) nesse sentido, o CTN, do ponto de vista material, tem eficácia de lei complementar”⁴⁶.

O ITCMD tem suas normas gerais delineadas nos artigos 35 a 42, do CTN. No entanto, é preciso atentar que, na época da publicação dessa lei, o tributo, de competência estadual, denominava-se Imposto sobre a Transmissão de Bens Móveis e de Direitos a eles relativos e tinha, como fato gerador, a transmissão de imóvel a **qualquer título**, ou seja, incidia sobre doações, sucessões ou compra e venda. (Grifo nosso)

Com a repartição de competência introduzida pela Constituição de 1988, a transmissão de imóvel por *causa mortis* e doação ficou com os Estados e DF, enquanto a por ato oneroso “intervivos” coube aos Municípios, conforme estabelecem, respectivamente, os artigos 155, I e 156, II da Lei Maior.

Assim, o CTN, nos artigos 35 a 42, deve ser lido com tal ressalva. Na verdade, a sessão que trata do imposto necessita de uma atualização legislativa, para correção da distorção. Aliás, uma melhoria no Código poderia evitar os problemas detectados nessa monografia, em razão da sua má cumprida função de delinear as normas gerais, inerentes a uma LC.

Falou-se até aqui da Constituição, que não cria tributos, mas sim, divide as competências, assim como as leis complementares que, em regra, estabelecem a mencionada tripla função.

Quem institui o imposto, trazendo os detalhes suficientes para a sua validação, são as leis ordinárias. Assim, “a lei ordinária é, em regra, o veículo

⁴⁵ BRASIL. Lei n. 5.172, de 25 de outubro de 1966, [2021]. **Institui o Código Tributário Nacional**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172compilado.htm. Acesso em: 6 out. 2021.

⁴⁶ SCHOUEIR, Luís Eduardo. **Direito Tributário**. 10ª ed. São Paulo, Editora Saraiva: 2021. p. 46

legislativo que cria o tributo, traduzindo, pois, o instrumento formal mediante o qual se exercita a competência tributária⁴⁷”.

Como visto, a competência tributária do ITCMD é dos Estados e do Distrito Federal. Por isso, cada um desses entes federativos promulga suas leis e completa a instituição do imposto, a fim de atender ao princípio da legalidade.

Alguns desses entes alteraram suas leis recentemente, acrescentando artigos que tratam especificamente da previsão de incidência do ITCMD diante do pagamento de benefícios dos planos PGBL e VGBL para os beneficiários indicados pelo contratante.

O quadro a seguir informa os entes que alteraram suas leis para enfatizar a ocorrência de fato gerador do ITCMD sobre os mencionados planos, além do número da lei e do endereço eletrônico para consulta.

Quadro 2 – Entes com incidência expressa de ITCMD sobre PGBL/VGBL

ESTADO (*)	LEI	LINK
Acre	LC nº 373/2020	http://www.al.ac.leg.br/leis/wp-content/uploads/2021/07/LeiComp373.pdf
Goiás	Lei nº 11651/1991	https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=127513
Maranhão	Lei nº 7.799/2002	https://sistemas1.sefaz.ma.gov.br/portalsefaz/pdf?codigo=39
Minas Gerais	Lei nº 14.941/2003	http://www.fazenda.mg.gov.br/empresas/legislacao_tributaria/leis/14941_2003.html
Pará	Lei nº 5.529/1989	http://www.sefa.pa.gov.br/legislacao/interna/lei/lp1989_05529.pdf
Paraíba	Lei nº 5.123/1989	https://www.sefaz.pb.gov.br/legislacao/66-leis/itcd/6138-lei-n-5-123-de-27-de-janeiro-de-1990
Paraná	Lei nº 18.573/2015	https://www.legislacao.pr.gov.br/legislacao/pesquisarAto.do?action=exibir&codAto=147423&indice=1&totalRegistros=1&dt=5.2.2020.9.46.21.327
Rio de Janeiro	Lei nº 7.174/2015	http://www.fazenda.rj.gov.br/sefaz/faces/oracle/webcenter/portalapp/pages/navigation-renderer.jspx?_afLoop=49757888045121443&data-source=UCMServer%23dDocName%3AWCC205839&_adf.ctrl-state=gblpmvqqq_36
Sergipe	Lei nº 7.724/2013	http://legislacaoonline.sefaz.se.gov.br:17501/ITCMD/Forms/AllItems.aspx?RootFolder=%2FITCMD%2FLeis%2F2013&FolderCTID=0x01200035688833DF350C4B8F1CA91B332D7B7A&View=%7BEBC4D7BA%2DE3CE%2D4051%2D8FCB%2D4EE3C1EF3DDD%7D

Fonte: Arquivo Pessoal. Elaborado a partir de consultas aos portais fazendários em Set/21.

(*) Ressalta-se a situação dos Estados do Mato Grosso do Sul e do Rio Grande do Sul, que não alteraram expressamente sua legislação, mesmo assim tentam cobrar o ITCMD sobre os planos PGBL e VGBL. A descrição genérica de “fato gerador herança”, foi suficiente para seus órgãos fazendários cobrarem tais tributos. No Mato Grosso do Sul, o ITCMD foi instituído pela Lei 1.810/1997, disponível em <https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=135698>. No Rio Grande do Sul, a instituição foi pela Lei nº 8.821/1989, disponível em

⁴⁷ AMARO, Luciano. *Direito Tributário Brasileiro*. 24ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2021. p. 78

http://www.al.rs.gov.br/legis/M010/M0100099.ASP?Hid_Tipo=TEXTO&Hid_TodasNormas=19586&hTexto=&Hid_IDNorma=19586.

No quadro 3, a seguir, agrupou-se os demais entes federativos, cujas leis instituidoras do ITCMD não foram alteradas para prever, expressamente, a cobrança do imposto da herança sobre planos PGBL/VGBL, assim como, não identificamos, em pesquisa realizada nos meses de setembro e outubro de 2021, disputas judiciais nos sítios eletrônicos dos respectivos tribunais de justiça.

Quadro 3 – Entes sem incidência expressa de ITCD sobre PGBL/VGBL

ESTADO	LEI	LINK
Alagoas	Lei nº 5.077/1989	http://gcs2.sefaz.al.gov.br/#/documentos/visualizar-documento?key=xJSGC3TyDuQ%3D
Amapá	Lei nº 400/1997	http://www.al.ap.gov.br/ver_texto_consolidado.php?iddocumento=10488
Amazonas	LC nº 19/1997	https://online.sefaz.am.gov.br/silt/Normas/Legisla%C3%A7%C3%A3o%20Estadual/Lei%20Complementar%20Estadual/Ano%201997/Arquivo/LCE%20019%2097.htm
Bahia	Lei nº 4.826/1989	http://www.legislabahia.ba.gov.br/documentos/lei-no-4826-de-27-de-janeiro-de-1989
Ceará	Lei nº 15.812/2015	https://belt.al.ce.gov.br/index.php/component/k2/item/3589-lei-n-15-812-de-20-07-15-d-o-23-07-15
Espírito Santo	Lei nº 10.011/2013	http://www2.sefaz.es.gov.br/LegislacaoOnline/lpext.dll/InfobaseLegislacaoOnline/leis/2013/lei%20n.%B0%2010.011.htm?fn=document-frame.htm&f=templates&2.0
Mato Grosso	Lei nº 7.850/2002	http://app1.sefaz.mt.gov.br/0325677500623408/07FA81BED2760C6B84256710004D3940/375B8C284530106704256C9500491DF8
Pernambuco	Lei nº 13.974/2009	https://www.sefaz.pe.gov.br/Legislacao/Tributaria/Documentos/Legislacao/Leis_Tributarias/2009/Lei13974_2009.htm
Piauí	Lei nº 4.261/1989	http://legislacao.pi.gov.br/legislacao/default/ato/14816
Rio Grande do Norte	Lei nº 5.887/1989	http://www.set.rn.gov.br/contentproducao/aplicacao/set_v2/legislacao/enviados/listagem_filtro.asp?assunto=6&assuntoEsp=23
Rondônia	Lei nº 959/2000	https://legislacao.sefin.ro.gov.br/textoLegislacao.jsp?texto=766
Roraima	Lei nº 59/1993	https://www.sefaz.rr.gov.br/downloads/category/475-02-codigo-tributario-estadual-atualizado-lei-n-59-93
Santa Catarina	Lei nº 13.136/2004	http://legislacao.sef.sc.gov.br/Consulta/Views/Publico/Frame.aspx?x=/html/leis/2004/Lei_04_13136.htm
São Paulo	Lei nº 10.705/2000	https://legislacao.fazenda.sp.gov.br/Paginas/lei10705.aspx
Tocantins	Lei nº 1.287/2001	http://dttri.sefaz.to.gov.br/legislacao/ntributaria/Leis/Lei1.287-01Consolidada.htm
Distrito Federal	Lei nº 3.804/2006	http://www.fazenda.df.gov.br/aplicacoes/legislacao/legislacao/TelaSaidaDocumento.cfm?txtNumero=3804&txtAno=2006&txtTipo=5&txtParte=

Fonte: Arquivo Pessoal. Elaborado a partir de consultas aos portais fazendários em Set/21.

Como se pode observar, a instituição do ITCMD transita pela tríade CF, CTN (que tenta cumprir a função de LC estabelecida no art. 146 da Carta Magna) e a lei ordinária de cada ente federativo.

Em parte, essa forma destoante como os Estados e DF estão cobrando o ITCMD (conforme quadros 2 e 3), com alguns incluindo a incidência de transações relativas à PGBL/VGBL, ocorre por uma desatualização do CTN, deixando de cumprir a contento o seu papel designado na CF.

3.2 ASPECTOS GERAIS: FATO GERADOR, BASE DE CÁLCULO, ALÍQUOTA, LANÇAMENTO E CONTRIBUINTE

A instituição de um imposto pressupõe que a lei defina alguns aspectos básicos. Nesse tópico abordaremos os principais aspectos, atinentes ao ITCMD, tais como fato gerador, base de cálculo, alíquota, lançamento e contribuinte.

Existe, ainda, o aspecto espacial, de suma importância na instituição do imposto, que consiste em estabelecer onde a exação será devida, ou seja, qual ente terá o poder de exigir o pagamento. Ilustrando: o ITCMD deverá ser recolhido na Paraíba ou no Pernambuco?

Devido a sua importância e o problema que acarreta, o critério espacial será abordado especificamente no tópico 3.3, adiante.

a) Fato gerador

Conforme art. 114, do CTN, o fato gerador da obrigação de pagar o tributo é a situação definida em lei como necessária e suficiente à sua ocorrência.

Para o ITCMD, a situação necessária e suficiente é determinada pela tríade CF, que apresenta o norte básico; o Código Tributário, que a complementa; e a lei ordinária do ente federativo, que detalha o fato gerador.

As linhas gerais da Constituição estão no art. 155, I, que diz ser fato gerador a transmissão causa *mortis* e doação, de quaisquer bens ou direitos.

O CTN, por sua vez, deve ser interpretado conforme repartição de competências estabelecidas pela Carta Magna de 1988, de modo que, cabem aos

Estados e ao DF, as transmissões de quaisquer bens (móveis e imóveis) ou direitos de forma não onerosa, ou seja, decorrentes de herança ou doação.

A lei instituidora de Goiás⁴⁸, por exemplo, assim destrincha o fato gerador, com atualização em 2013, que passou a prever expressamente a incidência do PGBL/VGBL:

Art. 72. O ITCD incide sobre a transmissão de quaisquer bens ou direitos por:
I - sucessão legítima ou testamentária, inclusive na sucessão provisória;
[...]

§ 7º A hipótese prevista no inciso I do caput compreende a transmissão do montante acumulado na provisão constituída com os aportes financeiros realizados em planos de previdência privada e seguro de pessoas nas modalidades de Plano Gerador de Benefício Livre (PGBL), Vida Gerador de Benefício Livre (VGBL) ou outra semelhante, decorrente de resgate promovido pelos beneficiários em razão do falecimento do participante ou segurado na fase de diferimento do plano.

Por ser um imposto de competência estadual, cabe a essa esfera governamental a instituição do tributo, com o detalhamento do fato gerador, a exemplo da lei que instituiu o ITCMD em Goiás, transcrita acima.

b) Base de cálculo

A base de cálculo, como a expressão sugere, “é a grandeza econômica sobre a qual o tributo incide⁴⁹”. Regra geral, a essa grandeza se multiplica a porcentagem da alíquota, para se chegar ao valor do imposto para recolhimento.

A base de cálculo é um dos pressupostos básicos para a instituição de um tributo, por isso, deve ser definida mediante lei.

Cumprindo uma das suas funções de Lei Complementar estabelecidas na CF, qual seja, de fornecer dispositivos norteadores, o Código Tributário, em seu art. 38, prescreve que a base de cálculo do ITCMD é o valor venal dos bens ou direitos transmitidos.

A Lei nº 373, instituidora do imposto sobre heranças e doações no Estado do Acre⁵⁰, no art. 25, traça as regras para definir a base de cálculo sobre os planos PGBL e VGBL.

⁴⁸ GOIÁS. Lei nº 11.651, de 26 de dezembro de 1991, [2021]. **Institui o Código Tributário do Estado de Goiás**. Disponível em: <https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=127513>. Acesso em: 5 out. 2021.

⁴⁹ MAZZA, Alexandre. **Manual de direito tributário**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 141.

⁵⁰ ACRE. Lei Complementar nº 373, de 11 de dezembro de 2020, [2021]. **Dispõe sobre o ITCMD**. Disponível em: <http://www.al.ac.br/leis/wp-content/uploads/2021/07/LeiComp373.pdf>. Acesso em: 8 out. 2021.

De acordo com o citado artigo, a base de cálculo desses planos é o valor total das quotas dos fundos de investimento de que o falecido era titular na data do fato gerador, desde que o óbito tenha ocorrido anteriormente ao recebimento do benefício. A outra hipótese de base de cálculo é o valor total do saldo da provisão matemática de benefícios concedidos, na data do fato gerador, desde que o óbito ocorra na fase de recebimento da renda.

Retornemos ao CTN para comentar uma importante regra contida no § único do art. 35: “nas transmissões causa mortis, ocorrem tantos fatos geradores distintos quantos sejam os herdeiros ou legatários”.

Essa regra tem relevante repercussão na definição do valor do ITCMD. Traduzindo: significa que a base de cálculo a ser considerada no cômputo do imposto será o valor a ser transmitido para cada herdeiro ou legatário, e não o montante dos bens do *de cujus*.

A obediência a esse dispositivo implicará em evitar cobranças a maior imputadas pelo fisco, notadamente nos entes que adotam alíquotas progressivas, explanada na alínea seguinte.

c) Alíquota

A Constituição da República, no seu § 1º, inciso IV, do artigo 155, prescreve que caberá ao Senado Federal fixar as alíquotas máximas do ITCMD.

Em cumprimento a tal determinação, o Senado Federal publicou a Resolução nº 9⁵¹, em 06 de maio de 1992, a qual estabelece, no art. 1º, a alíquota máxima de oito por cento (8%).

O art. 2º da referida Resolução estabelece, também, que as alíquotas do ITCMD a serem fixadas em lei estadual, poderão ser progressivas em função do quinhão que cada herdeiro efetivamente receber.

Essa regra causou controvérsia no microssistema tributário, por prever alíquotas progressivas para um imposto real, como é o caso do ITCMD. Os opositores defendiam a aplicação de alíquotas progressivas apenas para os impostos pessoais, pois, somente nesses, seria possível se falar em aferição da capacidade contributiva.

⁵¹ BRASIL. Senado Federal. Resolução n. 09/1992, [2021]. Disponível em <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/ressen/1992/resolucao-9-5-maio-1992-451294-publicacaooriginal-1-pl.html>. Acesso em: 11 out. 2021.

A celeuma pacificou-se em 2013, quando o Supremo Tribunal Federal (STF) julgou o Recurso Extraordinário 562.045/RS⁵², cujo Acórdão decidiu pela constitucionalidade da progressividade nas alíquotas.

A fixação de alíquotas progressivas se coaduna com o princípio da capacidade contributiva, previsto no §1º, do art. 145 da Constituição, além de estimular a redistribuição de renda no Brasil⁵³.

Nas alíquotas progressivas, à medida que se aumenta a base de cálculo, incrementa-se a porcentagem daquelas, limitada ao teto estabelecido pela Resolução do Senado Federal. Por isso, a importância do § único, art. 35, do CTN, ao dispor que, os fatos geradores ocorrem, distintamente, para cada herdeiro ou legatário. Assim, a alíquota será progressiva em função do quinhão recebido individualmente, e não pelo total dos bens do falecido

No Estado de Pernambuco (PE)⁵⁴, a Lei nº 13.974, de 16 de dezembro de 2009, instituidora do ITCMD, foi alterada em 2015, para aplicar alíquotas progressivas. A nova regra prevê alíquota de 2% quando o valor do quinhão for de até R\$ 200.000,00; de 4% para valores acima de R\$ 200.000,00 até R\$ 300.000,00; 6% nos valores acima de R\$ 300.000,00 até R\$ 400.000,00; e, por último, 8% nos valores acima de R\$ 400.000,00.

d) Lançamento

O art. 142, do CTN, ajuda a entender o lançamento: o procedimento administrativo que verifica a ocorrência do fato gerador, calcula o valor do tributo e identifica o sujeito passivo, fazendo nascer o crédito tributário.

O lançamento é privativo do fisco, podendo haver, durante o seu processamento, uma maior ou menor participação do contribuinte⁵⁵.

Quando há uma menor participação do contribuinte, diz-se que o lançamento se processa de ofício; quando a legislação estabelece uma participação intermediária do contribuinte, o lançamento será por declaração. Por fim, quando

⁵² STF. Recurso Extraordinário nº 562.045/RS. Publicado em: 27 nov. 2013.

⁵³ MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 41ª ed. São Paulo: Malheiros, 2020.

⁵⁴ PERNAMBUCO. Lei nº 13.974, de 16 de dezembro de 2009, [2021]. Disponível em: https://www.sefaz.pe.gov.br/Legislacao/Tributaria/Documents/Legislacao/Leis_Tributarias/2009/Lei13974_2009.htm. Acesso em: 6 out. 2021.

⁵⁵ SABBAG, Eduardo. **Direito Tributário Essencial**. 8ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2021.

praticamente todas as informações para a constituição do crédito são fornecidas pelo contribuinte, tem-se o lançamento por homologação.

Assim, existem três tipos de lançamento: de ofício, por declaração ou por homologação.

O ITCMD, em regra, tem seu lançamento processado por declaração. O crédito tributário é constituído pela autoridade administrativa mediante informações prestadas pelo sujeito passivo, que declara o valor transmitido. No entanto, caso o fisco identifique fatos geradores omitidos, ainda dentro do prazo decadencial, poderá a autoridade efetuar novo lançamento, de ofício⁵⁶.

e) Contribuintes

Pela regra contida no art. 121, caput, e parágrafo único do CTN, a pessoa obrigada ao pagamento do imposto é o sujeito passivo, sendo este dividido em contribuinte e responsável. O contribuinte é aquele que tem relação pessoal e direta com o fato gerador, enquanto o responsável assume essa condição por expressa determinação legal.

O art. 42, que encerra a seção no CTN sobre o ITCMD, diz que o contribuinte desse imposto é qualquer das partes na operação tributada, como dispuser a lei.

A lei, à qual se refere o Código, é a norma instituidora do ITCMD no respectivo Estado, ficando a critério deste a definição de quem será o contribuinte do imposto.

Assim, em uma doação, pode haver ente federativo que atribua ao doador a condição de contribuinte, ao passo que, em outro Estado, o contribuinte pode ser o donatário.

Em caso de transmissão de herança, subentende-se que essa liberdade na escolha desaparece, restando ao herdeiro, a condição de contribuinte. Pode acontecer de o inventariante vir a ser compelido a pagar o tributo, mas na condição de responsável, e não de contribuinte, conforme preconiza o art. 134, II, do CTN.

⁵⁶ ALEXANDRE, Ricardo. **Direito Tributário**. 12ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2018.

Na lei maranhense⁵⁷, com alteração ocorrida em 2019 para prever especificamente a incidência sobre o PGBL e VGBL, seu art. 111 define como contribuinte do imposto o herdeiro, o legatário ou o beneficiário nas transmissões *causa mortis*.

Ainda sobre essa lei, o art. 112-A atribui a responsabilidade pela retenção e recolhimento do ITCMD às entidades de previdência complementar, seguradoras e instituições financeiras, na hipótese de “transmissão *causa mortis* ou doação de bem ou direito sob sua administração ou custódia, inclusive aquele relativo aos planos de previdência privada e seguro de pessoas nas modalidades” nos planos PGBL, VGBL ou semelhantes.

3.3 POTENCIAL MINIGUERRA FISCAL DO IMPOSTO

Conforme mencionado no tópico anterior, a definição do critério espacial constitui uma das regras básicas para a instituição de um imposto. É imprescindível que seja definido onde o imposto será cobrado, e consequentemente, para qual ente tributante é devido o imposto. Esse *locus* deve ser definido em lei, em sentido amplo.

Naturalmente, em um imposto de competência estadual, as regras gerais para definir o ente responsável pela arrecadação caberão à União, pois do contrário, cada Estado tentará puxar para si o direito de exigir o imposto, para aumentar a sua arrecadação.

Um sistema tributário mal formulado pode ocasionar conflito de competência, em que mais de um Estado exija o mesmo imposto, que é a denominada bitributação, algo abominável em um sadio ordenamento jurídico.

Na Carta Magna de 88, destaque para o § 1º do art. 155, que delineia as linhas gerais sobre a competência do ente tributante. O inciso I trata de bens imóveis e respectivos direitos, situação em que a competência será do Estado ou DF onde esteja situado o bem. A regra dos bens móveis, títulos e créditos é inserida no inciso II, que diz ser competente o Estado ou DF onde se processar o inventário ou arrolamento, ou tiver domicílio o doador.

⁵⁷ MARANHÃO. Lei nº 7.799, de 19 de dezembro de 2002, [2021]. **Dispõe sobre o Sistema Tributário do Maranhão**. Disponível em: <https://sistemas1.sefaz.ma.gov.br/portalsefaz/pdf?codigo=39>. Acesso em: 10 out. 2021.

Assim, tratando-se de transmissão de bens imóveis, a regra parece não deixar margem para dúvidas e nem conflitos de competência entre entes federativos, pois onde estiver localizado o imóvel, nesse Estado deverá ser pago o ITCMD.

O problema surge no inciso II acima, que disciplina a transmissão de bens móveis, títulos e créditos, que é a categoria onde se insere os planos PGDL e VGDL. O texto diz que a cobrança do ITCMD caberá ao Estado onde se processar o inventário ou arrolamento ou tiver domicílio o doador.

Considerando que as movimentações entre titulares e beneficiários no PGDL/VGDL ocorrem diante do falecimento daqueles, e não em uma doação entre vivos, a análise focará no problema da sucessão.

A princípio, a bitributação do ITCMD não existiria sobre bens móveis, títulos e créditos incidindo sobre o fato gerador herança, “dada a impossibilidade de dois inventários se processarem paralelamente (se duas partes legitimamente derem início a inventários, acabar-se-á por verificar a litispendência, implicando, afinal, apenas um processo)⁵⁸”.

Em que pese ser, teoricamente, afastada a possibilidade de bitributação, pela necessária premissa de inventário único, existe uma lacuna no que tange ao local que será devida a incidência do ITCMD.

Isso porque o dispositivo diz apenas que o imposto será devido no Estado onde se processar o inventário. Ocorre que, existe uma certa liberdade sobre o local desse processamento.

Conforme ensina Carlos Roberto Gonçalves, amparado em uma coleção de julgados, essa liberdade se verifica quando o falecido tinha regularmente mais de um domicílio, permitindo “o legislador a abertura do inventário em qualquer foro correspondente a um dos domicílios do finado⁵⁹”.

Por causa dessa fenda legislativa, os interessados na sucessão poderão processar o inventário no Estado que melhor atenda aos seus interesses, como por exemplo, escolher a unidade da federação em que não haja a cobrança de ITCMD sobre os planos PGDL e VGDL.

⁵⁸ SCHOUERI, Luis Eduardo. Opus citatum. p. 158.

⁵⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro – Direito das Sucessões**. 14ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 47.

Em parte, a anomalia é verificada pela ausência de uma lei complementar suficientemente apta a evitar conflitos de competência, que é uma das três funções dessa espécie normativa, previstas no art. 146, I, da CF, e já comentado.

O CTN não cumpre essa função quanto ao ITCMD. Os artigos que disciplinam o imposto sobre herança não sofreram nenhuma atualização desde a sua promulgação, em 1966.

Essa ausência de evolução dos artigos do ITCMD com os fatos sociais é também sentida na outra função de uma lei complementar, que é a prevista no art. 146, III, “a”, qual seja, a de estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente na definição dos respectivos fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes. Segundo Hugo de Brito Machado, cabe à LC tornar mais precisa a descrição do âmbito constitucional do tributo, asseverando que:

A rigor, portanto, o imposto sobre heranças e doações ainda não poderia ser instituído, à míngua da lei complementar na qual seu âmbito constitucional deve ser detalhado, explicitado, **de sorte a evitar que os legisladores dos diversos Estados brasileiros estabeleçam tratamentos diferentes⁶⁰**”. (Grifo nosso)

Evidencia-se que, a ausência de uma Lei Complementar que detalhe a contento os principais aspectos do ITCMD, entre eles o critério espacial, dá azo ao tratamento diferenciado dos entes tributantes, a exemplo de alguns pretenderem exigir ITCMD sobre os planos PGBL/VGBL, enquanto outros não.

Para além dessa desnecessária miniguerra fiscal, a inexistência de leis nacionais adequadas provoca, ainda, cobranças de impostos inconstitucionais, conforme abordagem no capítulo ulterior.

⁶⁰ MACHADO, Hugo de Brito. Opus citatum. p. 366.

4 DA INCONSTITUCIONALIDADE DO IMPOSTO SOBRE TRANSMISSÃO CAUSA MORTIS E DOAÇÃO - ITCMD SOBRE PLANO GERADOR DE BENEFÍCIO LIVRE - PGBL/ VIDA GERADOR DE BENEFÍCIO LIVRE - VGBL

Da análise até aqui realizada, além da legislação e jurisprudência que serão exploradas no presente capítulo, há uma convergência no sentido da inconstitucionalidade da cobrança do ITCMD sobre valores oriundos do PGBL) e do VGBL.

A jurisprudência será basicamente a dos Tribunais de Justiça Estaduais, uma vez que os tribunais superiores ainda não têm um posicionamento sobre o tema capaz de estabilizar o tumultuado cenário em que atualmente se encontram os fiscos tributantes do ITCMD, os contribuintes e as instâncias jurídicas iniciais.

Ressalta-se o Recurso Especial nº 1.961.488⁶¹, no qual a Segunda Turma do STJ decidiu, em novembro de 2021, que os valores de VGBL não podem ser considerados herança e, portanto, não podem incidir o ITCMD.

Infelizmente, nesse tópico não há como se socorrer da doutrina tradicional, as obras dos destacados autores tributários, mesmo as mais recentes, não abordam especificamente a temática da cobrança de ITCMD sobre os dois planos alvos da pesquisa.

4.1 DA FINALIDADE SOCIAL DA PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR ABERTA

Conforme contextualizado no primeiro capítulo, paralelamente à Previdência Social, surgiu o regime de previdência privada, previsto no art. 202, da CF. Tal regime, de caráter complementar e facultativo, é baseado na formação de reservas que garantam o benefício contratado, regulado por Lei Complementar.

A regulação da previdência privada fechada se deu pela LC nº 108/01, enquanto a aberta, onde se inserem os planos PGBL e VGBL, são regulados pela LC nº 109/01, que em seu art. 36 diz que as entidades, devidamente autorizadas, “têm por objetivo instituir e operar planos de benefícios de **caráter previdenciário** concedidos em forma de renda continuada ou pagamento único, acessíveis a quaisquer pessoas físicas.” (Grifo nosso)

⁶¹ STJ. Recurso Especial nº 1.961.488-RS. Julgado em: 17 nov. 2021.

Surge relevante indicativo de não incidência do ITCMD, quando a lei complementar diz que os planos de benefícios têm caráter previdenciário.

Notadamente, as previdências complementares abertas surgem como opção aos demais sistemas de previdência. É cediço que as incontáveis reformas empreendidas na Previdência Social no passado, e a certeza de que, infinitamente, outras virão, mostram que é um instituto instável e perigoso, incapaz de garantir uma aposentadoria segura aos seus filiados.

Na mesma linha, colocam-se os fundos de previdência privada fechada, que igualmente não transmite a segurança aos seus participantes, pelas incertezas atuariais e os sucessivos ataques de corrupção, que comprometem a saúde financeira das entidades administradoras.

Por isso, as entidades abertas surgem como uma esperança para aqueles que querem investir, eles mesmos, em um fundo de previdência, e com isso, garantir uma aposentadoria digna para o contratante, ou, extensivamente, aos beneficiários por ele escolhidos, caso o titular não usufrua dos benefícios em vida.

Não faz sentido os Estados ignorarem a finalidade social e essencial da previdência aberta e querer convertê-la em aplicações financeiras. E com esse malabarismo, enquadrar os recursos advindos da previdência como se herança fossem para, em seguida, aplicarem a incidência do ITCMD.

A comentada finalidade social da previdência complementar aberta se alinha com o posicionamento do STJ, ao decidir que os valores referentes aos planos desse tipo de previdência são impenhoráveis, por sua intrínseca afinidade com verbas de natureza alimentar⁶².

Na evolução do entendimento, o STJ⁶³ mitigou a impenhorabilidade, passando a admitir a penhora quando tais recursos fossem utilizados de maneira indevida, ou seja, quando os envolvidos estivessem disfarçando de previdência privada verdadeiras aplicações financeiras, para com isso desviar das regras inerentes ao direito sucessório.

Porém, essa mitigação seria realizada diante do caso concreto, a ser analisada pelo juiz, no decorrer do processo. O que confirma que a regra geral é a impenhorabilidade dos recursos provenientes dos planos PGBL e VGBL.

⁶² STJ. EREsp. nº 1.121.719-SP. Data da publicação: 12 fev. 2014.

⁶³ Precedentes do STJ apud AMADO, Frederico. Opus citatum. p. 1587.

E a mitigação da impenhorabilidade, por uso indevido dos planos abertos, não seria justificativa para a cobrança do ITCMD. A descaracterização ocorre no âmbito de um processo judicial, com a garantia do contraditório e da ampla defesa, o que difere do procedimento de lançamento tributário, que ocorre administrativamente, distante dos princípios que regem o processo judicial.

Conforme explicado, o lançamento do crédito tributário do ITCMD acontece, em regra, por declaração do contribuinte. Assim, não teria como a autoridade administrativa deduzir que os recursos provenientes dos planos estariam descaracterizados, concluindo pela ocorrência do fato gerador herança e submeter à cobrança do tributo. Seria algo como inverter o que seria uma exceção, para converter em regra geral.

Continuando na exploração legislativa, menciona-se o parágrafo único do citado art. 36, da LC nº 109/2001, que diz que as sociedades seguradoras autorizadas a operar exclusivamente no ramo vida poderão ser autorizadas a operar os planos previdenciários mencionados, a elas se aplicando as disposições desta LC.

Observa-se que a LC autoriza, sob certas condições, que seguradoras comercializem planos de previdência privados abertos, hipótese em que eles se submeterão às regras da LC 109/2001. O art. 73 dessa mesma lei diz que o inverso também ocorrerá, ou seja, que as entidades abertas também serão reguladas, no que couber, pela legislação aplicável às sociedades seguradoras.

Isso explica o porquê dos planos PGBL e VGBL serem regulamentados pela SUSEP e, nessa regulação, os planos PGBL são enquadrados como previdência complementar, enquanto o VGBL seria uma espécie de seguro.

A jurisprudência tem endossado essa divisão da SUSEP, ou seja, de o PGBL ser uma previdência complementar aberta, ao passo que o VGBL seria uma espécie de seguro:

[...] os planos de previdência privada, sujeitos a regras próprias, inclusive através de edição de normas administrativas baixadas pela SUSEP – Superintendência de Seguros Privados e Conselho Nacional de Seguros, e operados por entidades abertas, que gerenciam essas modalidades, que tem, repita-se, caráter previdenciário.

[...] o art. 2º, da Circular SUSEP nº 338/2007, enuncia:

Art. 2º. Os planos de previdência complementar aberta com cobertura por sobrevivência deverão ter sua denominação precedida das respectivas siglas, e serão dos seguintes tipos: I – PGBL - Plano Gerador de Benefício Livre, para designar planos que, durante o período de diferimento, tenham a remuneração da provisão matemática de benefícios a conceder baseada na rentabilidade da(s)

carteira(s) de investimentos de FIE(s), no(s) qual(is) esteja(m) aplicada(s) a totalidade dos respectivos recursos, sem garantia de remuneração mínima e de atualização de valores e sempre estruturados na modalidade de contribuição variável⁶⁴.

O denominado VGBL (Vida Gerador de Benefício Livre) é classificado como um seguro de pessoa, tanto que a Circular SUSEP nº 339/2007, em seu artigo 2º, o inclui entre os planos de seguro de pessoas com cobertura por sobrevivência⁶⁵.

A classificação como previdência complementar para o PGDL, e seguro para o VGBL, é reforçada pelo disposto no art. 76 da Lei nº 11.196⁶⁶, de 21 de novembro de 2005, ao versar que as entidades abertas de previdência complementar e as sociedades seguradoras poderão constituir fundos de investimento, vinculados a planos de previdência complementar ou a seguros de vida com cláusula de cobertura por sobrevivência.

Ainda sobre essa Lei, destaque para o seu art. 79, ao estabelecer que aos beneficiários dos planos de previdência aberta ou seguros é garantida a opção de resgatar as quotas ou receber o benefício continuado, em caso de morte do contratante.

A parte final do art. 79 garante aos beneficiários apontados no contrato, o recebimento dos benefícios **“independente da abertura de inventário ou procedimento semelhante”**. (Grifo nosso)

Observa-se que, a lei garante que a entidade administradora pague aos indicados beneficiários os valores contratuais devidos, sem condicionar a abertura ou conclusão do inventário, o que facilmente se deduz que tais recursos não são classificados como herança.

Importante destacar, ainda, que a lei igualou essa prerrogativa para os fundos de previdência complementar abertos e os seguros, vale dizer, para os planos PGDL ou VGBL, evidenciando tratamento bastante semelhante entre eles.

Na verdade, a diferença maior entre os planos PGDL e VGBL ocorre em relação ao momento em que é possível a dedução dos valores pagos da base de cálculo do imposto de renda, consoante explanado no primeiro capítulo, de modo que essa distinção entre previdência para um, e seguro para outro, está mais para uma ficção criada pelo ordenamento jurídico.

⁶⁴ TJPB. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 0805225-76.2020.8.15.0000. Julgada em: 12 jul. 2021.

⁶⁵ TJRJ. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 0032730-06.2016.8.19.0000. Julgada em 10 jun. 2019.

⁶⁶ BRASIL. Lei 11.196, de 21 de novembro de 2005, [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11196.htm. Acesso em: 18 out. 2021.

No julgamento do REsp. 1583638/SC, em 03/08/2021, analisando uma disputa sobre isenção de imposto de renda, o STJ decidiu que os planos de previdência privada PGBL ou VGBL são duas espécies do mesmo gênero (planos de caráter previdenciário), diferenciando-se pelo fato de “pagar parte do IR antes (sobre o rendimento do contribuinte) ou depois (sobre o resgate do plano)⁶⁷”.

O regramento sobre a diferença de tratamento tributário do PGBL e VGBL está previsto na Lei nº 11.053⁶⁸, de 29 de dezembro de 2004, que dispõe sobre a tributação dos planos de benefícios previdenciários e dá outras providências.

Independentemente de ser plano de previdência ou seguro, ambos não devem ser considerados herança e consequentemente não devem incidir o ITCMD, por força do art. 79 da Lei 11.196/2005.

Caso consideremos os planos (ou somente o PGBL) como uma previdência privada, a tese da não incidência se reforça pela sua finalidade social. Considerando-os como modalidade de seguro (ou apenas o VGBL), o fato gerador herança não acontecerá pelos motivos a seguir.

4.2 DO ENQUADRAMENTO COMO SEGURO

Foi visto que, o art. 73, da LC nº 109/2001, prevê que as entidades administradoras da previdência privada aberta serão reguladas, no que couber, pela legislação aplicável às sociedades de seguros.

Com isso, atrai-se para os planos PGBL e VGBL a regra do art. 794, do CC: “no seguro de vida ou de acidentes pessoais para o caso de morte, o capital estipulado não está sujeito às dívidas do segurado, nem se considera herança para todos os efeitos de direito”.

Para Luiz Paulo Vieira de Carvalho, a regra do art. 794 faz com que o capital estipulado entre o segurado e a seguradora seja transmitido aos beneficiados apontados nas apólices, pois se trata de designação *intuitu personae*, e não aos sucessores hereditários do contratante⁶⁹.

⁶⁷ STJ. Recurso Especial nº 1.583.638/SC. Julgado em: 03 ago. 2021.

⁶⁸ BRASIL. Lei 11.053, de 29 de dezembro de 2004, [2021]. **Dispõe sobre a tributação dos planos de benefícios de caráter previdenciário**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/l11053.htm. Acesso em: 19 out. 2021.

⁶⁹ DE CARVALHO, Luiz Paulo Vieira. **Direito das Sucessões**. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2019.

Nessa linha de entendimento, destaque para o Recurso Especial nº 1.961.488⁷⁰, no qual a Segunda Turma do STJ decidiu, em novembro de 2021, que os valores de VGBL não podem ser considerados herança, e, portanto, não podem incidir o ITCMD.

A fundamentação foi que o VGBL tem natureza de seguro, com sustentação baseada nos artigos 794 do CC, e 79, da Lei nº 11.196/2005. O fato de o Acórdão ter decidido pela não incidência do ITCMD sobre o VGBL, não significa que seja legal a cobrança sobre o PGBL, mas sim, que este não foi apreciado. A celeuma do caso concreto versava tão somente sobre o VGBL.

Além da indicação legal, doutrinária e jurisprudencial de que seguros não se classificam com herança, existe uma característica peculiar dos planos PGBL e VGBL: a possibilidade de o titular do contrato escolher livremente quem seriam os beneficiários em eventual morte do titular.

Essa liberdade é impensável no direito sucessório, uma vez que, ocorrendo o falecimento de alguém, automaticamente abre-se a sucessão, que gera direitos especificamente direcionados para determinada classe, quais sejam: os herdeiros legítimos e testamentários, conforme art. 1.784 do Código Civil.

No microssistema jurídico do direito sucessório, os herdeiros legítimos e testamentários serão, necessariamente, os indicados na sucessão legítima e testamentária, respectivamente. Ao primeiro grupo, o CC se encarrega de elencá-los taxativamente, a partir do art. 1.829, no capítulo dedicado à ordem de vocação hereditária.

De maneira singela, e se abstendo de todas as nuances correlacionadas com o Direito de Família, para não expandir assuntos que não fazem parte da pesquisa, os herdeiros legítimos, por determinação expressa da lei, são os cônjuges/companheiros, descendentes, ascendentes e colaterais até o quarto grau.

Ou seja, na sucessão legítima, os herdeiros que, obrigatoriamente, participarão da herança, seriam esses e somente esses. Não há discricionariedade para escolher outros.

Da mesma forma, na sucessão testamentária, que é “aquela em que a transmissibilidade da herança é disciplinada por um ato jurídico negocial, especial e

⁷⁰ STJ. Recurso Especial nº 1.961.488/RS. Julgado em: 17 nov. 2021.

solene, denominado testamento⁷¹, os herdeiros necessitam estarem nominados em um testamento válido.

Diferentemente, os beneficiários serão escolhidos livremente pelo titular dos planos PGBL e VGBL, bastando para isso a indicação no contrato, e não necessariamente serão os herdeiros legítimos ou testamentários.

Essa possibilidade permitida nos planos de previdência aberta faz com que os benefícios advindos não possam ser considerados herança, afastando, assim, cobrança do ITCMD.

Nessa linha de entendimento, apresentamos alguns julgados de Tribunais de Justiça:

Acórdão do Tribunal de Justiça da Paraíba (TJPB):

Pode-se afirmar que ostentam [os planos de previdência complementar aberta] natureza jurídica de seguro de vida, refugindo, pois, a teor do art. 794, do CC, à incidência do ITCMD, uma vez que[...] [não] podem ser considerados herança para efeitos de direito.

Eventual beneficiário apenas adquirirá qualquer direito com o passamento do participante do plano, não podendo se cogitar, aqui, de herança do direito. Há, em verdade, o surgimento de um crédito, que advém de relação contratual, nunca sucessória...ao titular é dado indicar qualquer pessoa para figurar como beneficiária do plano, sem relação direta com herdeiros legítimos ou testamentários. Fôssemos imaginar que tais planos estivessem sujeitos à exação pelo ITCMD, impositiva seria a transmissão da importância acumulada aos herdeiros do instituidor, em observância às disposições legais que tratam de sucessão, hereditária ou testamentária.

[...] representa extrapolação do poder legiferante [alterar a lei que institui o ITCMD para incidir sobre PGBL] do Estado da Paraíba, ao definir fato gerador/hipótese de incidência que transcende o objetivo estampado na CE e em norma geral⁷².

Acórdão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (TJRJ):

Dessa forma, sendo o VGBL considerado um produto securitário, não é considerado herança, nos termos do que dispõe o art. 794 do Código Civil⁷³.

Acórdão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG):

Com efeito, o plano VGBL possui natureza jurídica securitária, de modo que os saldos existentes, não levantados em vida, não se confundem com a herança, posto que, se transmite diretamente ao patrimônio dos beneficiários, sem a necessidade de inclusão dos valores no inventário. Portanto, se não há direito sucessório sobre tais valores, não há que se falar na exigência do ITCD, cuja hipótese de

⁷¹ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil – Direito das Sucessões**, vol. 7. 8ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. p. 19.

⁷² TJPB. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 0805225-76.2020.8.15.0000. Julgada em: 12 jul. 2021.

⁷³ TJRJ. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 0008135.2016.8.19.000. Julgada em: 10 jun. 2019.

incidência tributária pressupõe a transmissão do patrimônio, decorrente do evento morte (art.155, I, CR/88)⁷⁴.

Acrescenta-se, ainda, o acórdão do Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul (TJMS), que negou provimento ao Recurso de Apelação impetrado pelo Estado. Na decisão, o TJMS sustentou a natureza securitária do VGBL, posicionando-se pela não incidência do ITCMD, embasando-se no Resp. 877.965/SP:

Esse foi o entendimento explicitado no julgamento do Resp. 877.965/SP, segundo o qual, “o contrato de previdência privada com plano de pecúlio por morte se assemelha ao seguro de vida, podendo também as normas aplicáveis às sociedades seguradoras se estender, no que couber, às normas aplicáveis às entidades abertas de previdência privada⁷⁵”.

As unidades federativas que estão ignorando os dispositivos legais inerentes aos planos de previdência complementar aberta, para converter em herança benefícios que não deveriam constar no inventário, contrariam não apenas os dispositivos elencados, como também o CTN. Vejamos o disposto no art. 110:

Art. 110. A lei tributária não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado, utilizados, expressa ou implicitamente, pela Constituição Federal, pelas Constituições dos Estados, ou pelas Leis Orgânicas do Distrito Federal ou dos Municípios, para definir ou limitar competências tributárias.

O mencionado artigo cumpre umas das três funções inerentes a uma LC, que é a de estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária. Dessa forma, não poderiam os Estados converter em herança algo que os institutos de direito privado dizem ter natureza diferente, somente para aumentar suas arrecadações.

Para Roque Antonio Carrazza⁷⁶, o art. 110 (e o 109⁷⁷) se relaciona com o emprego das ficções, presunções e equiparações, que, em essência, “vedam à lei instituidora do tributo ignorar ou alterar conceitos e formas consagrados no direito privado”.

Dessa forma, o apetite arrecadatário não justifica o uso indiscriminado de ficções, presunções e equiparações na seara tributária para ampliar fatos geradores,

⁷⁴ TJMG. Apelação Cível/Remessa Necessária nº 1.0000.21.111674-4/001. Julgada em: 19 ago. 2021.

⁷⁵ TJMS. Apelação Cível nº 0842989-53.2015.8.12.0001. Publicada em: 15 fev. 2017.

⁷⁶ CARRAZZA, Roque Antônio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 29ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2013. p. 807.

⁷⁷ Art. 109 do Código Tributário Nacional: “Os princípios gerais de direito privado utilizam-se para pesquisa da definição, do conteúdo e do alcance de seus institutos, conceitos e formas, mas não para definição dos respectivos efeitos tributários”.

agredindo os direitos constitucionais dos contribuintes. Foi exatamente o que fizeram os Estados que ampliaram o campo de incidência do ITCMD para onerar descabidamente os beneficiários dos planos de previdência.

Em adição à regra do art. 110, do Código Tributário, ressalta-se o teor do art. 22, da Carta Magna, que diz ser competência privativa da União legislar sobre direito civil. O que resulta em mais uma motivação para os Estados não alterarem suas leis para considerar como herança os benefícios dos planos PGBL e VGBL, haja vista os dispositivos contidos no art. 22 da Carta, bem como em diversos dispositivos da Lei Complementar nº 109/2001, no art. 794 do CC e no art. 110 do CTN.

O Tribunal de Justiça do Paraná (TJPR)⁷⁸, em recente acórdão, decidiu pela não incidência do ITCMD sobre o PGBL, utilizando como argumentos os artigos 110 do Código Tributário combinado com o 794 do CC.

O art. 110 também está presente nas fundamentações de decisões do TJPB, que julgou inconstitucional a cobrança do ITCMD sobre o PGBL e VGBL frente à sua Constituição Estadual, respectivamente, na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI⁷⁹) nº 0805225-76.2020.8.15.0000, julgada em 12.jul.2021, e na ADI⁸⁰ nº 0805230-98.2020.8.15.0000, julgada em 11.nov.2021.

O STF, ao firmar a denominada tese do século, advinda do julgamento do Recurso Extraordinário 574.706⁸¹ (tema 69), enfrentou um problema análogo ao objeto dessa pesquisa.

O voto do Ministro Celso de Mello, que formou maioria, teve como argumentação base o art. 110, do CTN. Repetindo: a lei tributária não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado.

Seguindo a linha do art. 110, o Ministro justificou que as leis nº 10.637/2002⁸² (art. 1º) e nº 10.833/2003⁸³ (art. 1º), instituidoras das Contribuições PIS e COFINS, respectivamente, afrontaram a CF ao ampliarem o conceito de faturamento. Tais leis estabeleceram, em seus arts.1º, que as contribuições incidiriam

⁷⁸ TJPR. Apelação Cível nº 0007057-75.2019.8.16.0004. Publicada em: 31 mar. 2021.

⁷⁹ TJPB. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 0805225-76.2020.8.15.0000. Julgada em: 12 jul. 2021.

⁸⁰ TJPB. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 0805230-98.2020.8.15.0000. Julgada em: 11 nov. 2021.

⁸¹ STF. Recurso Extraordinário nº 574.706/PR. Julgado em: 15 mar. 2017.

⁸² BRASIL. Lei 10.637, de 30 de dezembro de 2002, [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10637.htm. Acesso em: 21 out. 2021.

⁸³ BRASIL. Lei 10.833, de 29 de dezembro de 2003, [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10833.htm. Acesso em: 21 out 2021.

sobre o faturamento, **independentemente de sua denominação ou classificação contábil**. (Grifo nosso)

Com esse alargamento do conceito de faturamento, a Receita Federal do Brasil exigia indevidamente que a base de cálculo das contribuições sociais incluísse o Imposto Sobre Circulação de Mercadorias e Prestação de Serviços (ICMS).

No voto, Mello refutou que leis tributárias ampliassem o conceito de faturamento para além do que estabeleciam a CF e as práticas comerciais. Reforçou seus argumentos com semelhantes entendimentos anteriores de vedação à ampliação ou modificação de conceitos, a exemplo de folha de salários, que não pode ser equiparada ao que se paga a administradores, autônomos e avulsos, bem como, que a locação não é prestação de serviços, matéria esta objeto da Súmula Vinculante nº 31⁸⁴.

A prática da Receita Federal do Brasil em ampliar o conceito de faturamento para incluir o ICMS na base de cálculo do PIS/COFINS é praticamente idêntica ao que tentam os Estados, quando ampliam o conceito de herança para incluírem valores advindos de previdência/seguro e com isso fazerem incidir o ITCMD sobre os planos PGBL/VGBL. A semelhança é tão notória que trechos do voto do ministro encaixam com perfeição à inconstitucionalidade da cobrança estadual ora analisada:

A necessidade de preservação da incolumidade do sistema consagrado pela Constituição Federal repudia pretensões fiscais contestáveis do Poder Público, que, ao divorciarem-se dos parâmetros estabelecidos pela Lei Magna, buscam impor ao contribuinte um estado de submissão tributária absolutamente inconvivente com os princípios que informam e condicionam, no âmbito do Estado Democrático de Direito, a ação das instâncias governamentais⁸⁵.

Por todo o exposto, constata-se os Estados exorbitaram sua competência tributária, ao incluir indevidamente os pagamentos de benefícios decorrentes dos planos PGBL e VGBL aos beneficiários indicados em contrato, como hipótese de incidência do imposto sobre heranças.

Os entes federativos atropelaram uma constelação de dispositivos com hierarquia superiores para satisfazer o seu feroz apetite arrecadatório, pois parece ser

⁸⁴ Súmula Vinculante nº 31: “É inconstitucional a incidência do imposto sobre serviços de qualquer natureza – ISS sobre locação de bens móveis”.

⁸⁵ STF. Recurso Extraordinário nº 574.706/PR. Julgado em: 15 mar. 2017.

mais cômodo tentar esticar a receita tributária, ao invés envidar esforços para uma melhor gestão das suas despesas públicas.

Em concurso com a sanha arrecadatória, menciona-se o CTN que, publicado em 1966, não se atualizou para cumprir a contento sua função de lei complementar delineada no art. 146 da Constituição de estabelecer normas gerais e dirimir sobre conflitos de competência.

Sem dúvida, essa desatualização contribui para a forma destoante como os entes federativos tratam de maneira diferente idêntica situação. Com isso, vemos Estados exorbitando sua competência e fazendo acrobacias para subverter o instituto do inventário, conforme Quadro 2 anterior, enquanto outros foram menos astutos.

Esse “carnaval” de alterações legislativas estaduais tem repercutido na disformia como os Tribunais de Justiça, que são os órgãos competentes para julgar ações do ITCMD, têm decidido o assunto.

A exemplo do TJRJ⁸⁶, que em uma ADI, considerou irregular a cobrança do ITCMD apenas sobre os benefícios advindos do plano VGBL, autorizando a cobrança para o PGBL.

Por sua vez, o TJPB, também em Ações Diretas já mencionadas, considerou indevida a cobrança dos dois institutos de previdência complementar. Assim, enquanto o TJRJ liberou a cobrança do imposto sobre o PGBL, o TJPB a considerou irregular.

Alguns outros tribunais estaduais vêm considerando irregular a cobrança do ITCMD sobre o VGBL, mas não significa que, sobre o PGBL, possa ser tributado. Apenas, o caso concreto levava para julgamento planos na modalidade VGBL. Inclusive, essa peculiaridade se aplica ao recente e mencionado Recurso Especial nº 1.961.488/RS⁸⁷, julgado em 17 de novembro de 2021.

Essa divergência de entendimento jurisprudencial não se justifica. Conforme mencionado alhures, a diferença entre os planos PGBL e VGBL é, basicamente, nas deduções da base de cálculo do imposto de renda, de forma que a inconstitucionalidade da incidência do ITCMD deve recair sobre ambos.

⁸⁶ TJRJ. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 0008135.2016.8.19.000. Julgada em: 10 jun. 2019.

⁸⁷ STJ. Recurso Especial nº 1.961.488/RS. Julgado em: 17 nov. 2021.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A inovação dos entes federativos em considerarem herança, os recursos oriundos dos planos de previdência abertos e, assim, cobrar o ITCMD sobre o PGBL e VGBL, quando do resgate pelos beneficiários em função do falecimento do titular, afronta o ordenamento jurídico pátrio por diversos ângulos.

A começar pela finalidade social que reveste a previdência complementar aberta. Ganhando uma maior adesão após a estabilização da moeda, essa modalidade de previdência surge como uma opção de proteção e manutenção do padrão de vida e dignidade para o titular do plano e para os indicados como beneficiários, frente à insegurança demonstrada pelas outras previdências.

A Previdência Social tem em desfavor as incertezas provocadas pelas múltiplas reformas do passado, e as infinitas que virão, enquanto os fundos de pensão de previdência privada geram desconfiança em algumas pessoas por causa das constantes notícias de corrupção e gestão fraudulenta das verbas.

Assim, dada a finalidade social da previdência complementar aberta, não é razoável que esta tenha tratamento diferenciado das demais espécies de previdência, sendo incabível os entes pretenderem converter tal instituto em herança.

Nessa linha, o STJ decidiu pela impenhorabilidade como regra geral dos planos públicos de previdência devido ao seu caráter alimentar. Em julgado posterior, a impenhorabilidade foi mitigada, autorizando os magistrados, diante do caso concreto e após o devido processo legal, penhorar valores dos planos quando verificassem que sua finalidade estava sendo desvirtuada.

Porém, essa excepcionalidade seria constatada pontualmente, com direito ao contraditório e ampla defesa, não justificando que os fiscos estaduais imponham uma exação no âmbito de um procedimento administrativo inerente ao lançamento de um crédito tributário, notadamente quando este ocorre por declaração, como é o caso do ITCMD.

Outra característica dos planos PGBL e VGBL que apontam para cobrança indevida do ITCMD é a possibilidade de o titular, contratualmente, poder estipular livremente quem são os seus beneficiários.

Se há essa liberdade na escolha, não se pode enquadrar os recursos oriundos dos planos como se herança fossem. É cediço que o direito sucessório

engessa quem são os beneficiados em caso de morte. Necessariamente serão os herdeiros definidos pela lei, ou os testamentários. Sem exceção.

Por fim, menciona-se a seguir um conjunto de leis que apontam para a inconstitucionalidade da incidência do ITCMD.

Antes, convém lembrar que existe uma discussão a respeito de o plano PGBL ter caráter previdenciário, e o VGBL natureza securitária. Conforme exposto anteriormente, essa diferença é mera ficção normativa, uma vez que os planos detêm enormes semelhanças, em que, praticamente, a única diferença é em relação ao tratamento tributário para fins de dedução dos valores investidos sobre o imposto de renda.

A questão da diferença tributária do imposto de renda em nada interfere na incidência do ITCMD, de forma que a inconstitucionalidade da cobrança do PGBL igualmente se aplica ao VGBL, e vice-versa.

Feita essa ponderação, voltemos à legislação. O art. 79 c/c art. 76 da Lei 11.196 estabelece que no caso de morte do participante de entidades abertas de previdência complementar, ou do segurado nas sociedades seguradoras, os benefícios deverão ser pagos independentemente da abertura de inventário.

Nesse sentido, acrescenta-se o art. 794 do CC, que determina que no seguro de vida o capital estipulado não é considerado herança.

Lembrando que legislar sobre seguro é matéria inerente ao direito civil, de competência privativa da União, conforme art. 22 da CF, o que torna inconstitucionais as leis estaduais que pretendem desnaturar tais institutos, para, acrobaticamente, transformar em herança aquilo que normas superiores disciplinam que não é.

Arrematando esse entendimento, cita-se o art. 110, do CTN, ao prescrever que a lei tributária não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado.

Ou seja, lei tributária estadual não pode alterar os conceitos securitários, convertendo-os em herança somente para gerar arrecadação, em detrimento dos princípios gerais de um sadio sistema tributário. O STF já coibiu comportamento análogo quando firmou a chamada tese do século (tema nº 69), decorrente do julgamento do RE 574.706, ao considerar inconstitucional lei federal que alterava o conceito de faturamento para incluir neste o ICMS, e com isso aumentar a arrecadação do PIS/COFINS.

Esse “carnaval” empreendido para alargar a incidência do ITCMD em parte é devido à desatualização do CTN, que mantém os artigos que disciplinam as linhas gerais do ITCMD com a mesma redação desde a sua publicação, em 1966.

Uma das funções do Código Tributário estabelecida pela CF, em seu art. 146, é dispor sobre conflitos de competência e estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária.

Desatualizado, o Código permite inovações grosseiras, como essa cobrança do ITCMD sobre os planos de previdência, além de um comportamento distinto entre os fiscos estaduais, o que contribui para uma miniguerra fiscal entre eles. A desatualização permitiu uma fenda na legislação, no tocante à liberdade existente para processar o inventário quando o falecido possuía mais de um domicílio.

Essa confusão legislativa se reflete na jurisprudência dos tribunais. O TJRJ, ao julgar uma ADI frente à Constituição Estadual, considerou regular a cobrança sobre o PGBL, e inconstitucional sobre o VGBL. O TJPB, por sua vez, em apreciação de ação dessa mesma natureza, considerou ambos inconstitucionais.

Acertadamente, a maioria dos tribunais estaduais aonde as demandas chegaram em segunda instância estão considerando indevida a cobrança do ITCMD sobre o VGBL, a exemplo do TJRS, TJMG, TJPR e TJMS, além de recente decisão do STJ, nesse mesmo sentido.

As decisões estão recaindo sobre o VGBL, pois é sobre esse instituto que versam grande parte das disputas, não significando que a cobrança do PGBL seja legal. Conforme foi exposto, as semelhanças entre os dois planos de previdência não justificam tratamento jurisprudencial distinto.

Assim sendo, espera-se que as decisões judiciais se uniformizem no sentido da inconstitucionalidade da cobrança do ITCMD sobre os planos PGBL e VGBL, contrapondo, dessa forma, o infinito apetite arrecadatário dos entes públicos, que preferem buscar malabarismos nos incrementos das suas receitas, ao invés de executarem de maneira eficiente as despesas governamentais.

REFERÊNCIAS

ABC da Previdência. **Baixe a Cartilha**. Disponível em: http://www.abcbrasilprev.com.br/wp-content/uploads/2018/04/Brasilprev_Cartilha.pdf. Acesso em: 8 set. 2021.

ACRE. Lei Complementar nº 373, de 11 de dezembro de 2020, [2021]. **Dispõe sobre o ITCMD**. Disponível em: <http://www.al.ac.leg.br/leis/wp-content/uploads/2021/07/LeiComp373.pdf>. Acesso em: 8 out. 2021.

AGOSTINHO, Theodoro. **Manual de Direito Previdenciário**. São Paulo: Editora Saraiva, 2020.

ALEXANDRE, Ricardo. **Direito Tributário**. 12ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2018.

AMADO, Frederico. **Curso de Direito e Processo Previdenciário**. 12ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

AMARO, Luciano. **Direito Tributário Brasileiro**. 24ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2021.

ARAUJO, Dayane de Almeida. **Planejamento Tributário Aplicado aos Instrumentos Sucessórios**. 1ª ed. São Paulo: Editora Almedina, 2018.

ASSAF NETO, Alexandre. **Mercado Financeiro**. 15º ed. São Paulo: Editora Atlas / Grupo Gen, 2021.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**, [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 8 set. 2021.

BRASIL. Decreto 3.048, de 06 de maio de 1999, [2021]. **Regulamenta a Previdência Social**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3048.htm. Acesso em: 6 set. 2021.

BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002, [2021]. **Institui o Código Civil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 30 set. 2021.

BRASIL. Lei 10.637, de 30 de dezembro de 2002, [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10637.htm. Acesso em: 21 out. 2021.

BRASIL. Lei 10.833, de 29 de dezembro de 2003, [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.833.htm. Acesso em: 21 out. 2021.

BRASIL. Lei 11.053, de 29 de dezembro de 2004, [2021]. **Dispõe sobre a tributação dos planos de benefícios de caráter previdenciário**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/l11053.htm. Acesso em: 19 out. 2021.

BRASIL. Lei 11.196, de 21 de novembro de 2005, [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11196.htm. Acesso em: 18 out. 2021.

BRASIL. Lei Complementar nº 108, de 29 de maio de 2001, [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp108.htm. Acesso em: 25 set. 2021.

BRASIL. Lei Complementar nº 109, de 29 de maio de 2001, [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp109.htm. Acesso em: 25 set. 2021.

BRASIL. Lei n. 5.172, de 25 de outubro de 1966, [2021]. **Institui o Código**

Tributário Nacional. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172compilado.htm. Acesso em: 6 out. 2021.

BRASIL. Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, [2021]. **Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social**. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm. Acesso em: 6 set. 2021.

BRASIL. Senado Federal. Resolução n. 09/1992, [2021]. Disponível em

<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/ressen/1992/resolucao-9-5-maio-1992-451294-publicacaooriginal-1-pl.html>. Acesso em: 11 out. 2021.

CARRAZZA, Roque Antônio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 29ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2013.

Código de Hamurabi. Disponível em:

https://pt.wikipedia.org/wiki/C%C3%B3digo_de_Hamurabi. Acesso em: 9 set. 2021.

DE CARVALHO, Luiz Paulo Vieira. **Direito das Sucessões**. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2019.

DE CASTRO, Carlos Alberto Pereira; LAZZARI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário**. 23ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil – Direito das Sucessões**, vol. 7. 8ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

GALLAGHER, Lilian Massena. **Planeje seu Futuro Financeiro**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Editora Alta Books, 2020.

GOES, Hugo. **Manual de Direito Previdenciário**. 14ª ed. Rio de Janeiro: Editora Ferreira, 2018.

GOIÁS. Lei nº 11.651, de 26 de dezembro de 1991, [2021]. **Institui o Código Tributário do Estado de Goiás**. Disponível em:

<https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=127513>. Acesso em: 5 out. 2021.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro – Direito das Sucessões**. 14ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 47.

KERSTEN, Vinícius Mendez. **O Código de Hamurabi através de uma visão humanitária**. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/o-codigo-de-hamurabi-atraves-de-uma-visao-humanitaria/>. Acesso em: 9 set. 2021.

LEITÃO, André Studart; MINEIRINHO, Augusto Grieco Sant'Anna. **Manual de Direito Previdenciário**. 5ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2018.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 41ª ed. São Paulo: Malheiros, 2020.

MARANHÃO. Lei nº 7.799, de 19 de dezembro de 2002, [2021]. **Dispõe sobre o Sistema Tributário do Maranhão**. Disponível em: <https://sistemas1.sefaz.ma.gov.br/portalsefaz/pdf?codigo=39>. Acesso em: 10 out. 2021.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Curso de Direito Previdenciário**. Disponível em: <https://vlex.com.br/vid/escorco-historico-671052405>. Acesso em: 9 set. 2021.

MAZZA, Alexandre. **Manual de direito tributário**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

NESE, Arlete; GIAMBIAGI, Fábio. **Fundamentos da Previdência Complementar - Da Administração à Gestão de Investimentos**. São Paulo: Editora Atlas, 2019.

PERNAMBUCO. Lei nº 13.974, de 16 de dezembro de 2009, [2021]. Disponível em: https://www.sefaz.pe.gov.br/Legislacao/Tributaria/Documents/Legislacao/Leis_Tributarias/2009/Lei13974_2009.htm. Acesso em: 6 out. 2021.

REIS, Adacir. **Curso Básico de Previdência Complementar**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

ROCHA, Ricardo Humberto. **Invista seu Dinheiro – Volume 1**. 1ª ed. São Paulo: Editora Saint Paul, 2016.

SABBAG, Eduardo. **Direito Tributário Essencial**. 8ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2021.

SCHOUERI, Luís Eduardo. **Direito Tributário**. 10ª ed. São Paulo, Editora Saraiva: 2021.

STF. Recurso Extraordinário nº 562.045/RS. Publicado em: 27 nov. 2013.

STF. Recurso Extraordinário nº 574.706/PR. Julgado em: 15 mar. 2017.

STJ. EREsp nº 1.121.719-SP. Data da publicação: 12 fev. 2014.

STJ. Recurso Especial nº 1.583.638/SC. Julgado em: 03 ago. 2021.

STJ. Recurso Especial nº 1.961.488-RS. Julgado em: 17 nov. 2021.

SUSEP. **Definições Básicas – Glossário**. Disponível em <http://www.susep.gov.br/menu/informacoes-ao-publico/planos-e-produtos/previdencia-complementar-aberta#defbas>. Acesso em: 28 set. 2021.

SUSEP. **Tipos de Planos e Benefícios**. Disponível em <http://www.susep.gov.br/menu/informacoes-ao-publico/planos-e-produtos/previdencia-complementar-aberta#tipodeplano>. Acesso em: 29 set. 2021.

TEPEDINO, Gustavo. **Fundamentos do Direito Civil** – Direito das Sucessões – Vol. 7. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2021.

TJMG. Apelação Cível/Remessa Necessária nº 1.0000.21.111674-4/001. Julgada em: 19 ago. 2021.

TJMS. Apelação Cível nº 0842989-53.2015.8.12.0001. Publicada em 15 fev. 2017.

TJPB. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 0805225-76.2020.8.15.0000. Julgada em: 12 jul. 2021.

TJPB. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 0805230-98.2020.8.15.0000. Julgada em: 11 nov. 2021.

TJPR. Apelação Cível nº 0007057-75.2019.8.16.0004. Publicada em: 31 mar. 2021.

TJRJ. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 0032730-06.2016.8.19.0000. Julgada em 10 jun. 2019.

TJRJ. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 0008135.2016.8.19.000. Julgada em: 10 jun. 2019.