

VOTO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

INTRODUÇÃO

Cuida-se de três recursos extraordinários interpostos contra acórdão mediante o qual o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, julgando parcialmente procedente a ação direta de inconstitucionalidade local, declarou a inconstitucionalidade da expressão “Vida Gerador de Benefício Livre (VGBL)”, presente no art. 23 da Lei Fluminense nº 7.174, de 28 de dezembro de 2015, bem como dos arts. 24, inciso III, e 42 da citada lei.

No julgado em questão, o Tribunal Local concluiu pela inconstitucionalidade da incidência do ITCMD sobre o repasse para os beneficiários de direitos e valores atinentes ao VGBL na hipótese de morte do titular dos planos e pela constitucionalidade da incidência desse tributo quando em jogo o Plano Gerador de Benefício Livre (PGBL) no mesmo contexto.

Transcrevo os dispositivos da Lei Estadual nº 7.174/15 que interessam à presente controvérsia:

“Art. 23. Na transmissão causa mortis de valores e direitos relativos a planos de previdência complementar com cobertura por sobrevivência, estruturados sob o regime financeiro de capitalização, tais como Plano Gerador de Benefício Livre (PGBL) ou **Vida Gerador de Benefício Livre (VGBL)**, para os beneficiários indicados pelo falecido ou pela legislação, a base de cálculo é:

I - o valor total das quotas dos fundos de investimento, vinculados ao plano de que o falecido era titular na data do fato gerador, se o óbito ocorrer antes do recebimento do benefício; ou

II - o valor total do saldo da provisão matemática de benefícios concedidos, na data do fato gerador, se o óbito ocorrer durante a fase de recebimento da renda” (grifo nosso).

“Art. 13. São responsáveis pela retenção e recolhimento do imposto:

I - as instituições autorizadas pelo Banco Central do Brasil a operar no mercado de câmbio, nas doações realizadas por meio de transferências financeiras para o exterior e do exterior

para o País; e

II - as entidades de previdência complementar, bem como as sociedades seguradoras autorizadas, na hipótese da transmissão causa mortis referida no art. 23.

Parágrafo único - Não efetuada a retenção referida no caput deste artigo, o pagamento do imposto pode ser exigido do responsável ou do contribuinte” (grifo nosso).

“Art. 42. Por ocasião da extinção de direito real reservado pelo transmitente quando da transmissão da titularidade do bem, realizada anteriormente à produção de efeitos deste artigo, deverá ser paga a segunda parcela do imposto, em complemento à primeira parcela de 50% (cinquenta por cento), recolhida no momento da ocorrência do fato gerador.”

O Estado do Rio de Janeiro sustenta a constitucionalidade da incidência do ITCMD em relação ao VGBL na hipótese de morte do titular do plano (art. 23 da Lei Estadual nº 7.174/15), bem como do art. 42 da lei questionada. Já a Federação Nacional das Empresas de Seguros Privados, de Capitalização e de Previdência Complementar Aberta (FENASEG) defende a inconstitucionalidade da incidência do imposto no que diz respeito ao PGBL no referido contexto (morte do titular do plano), disciplinada no art. 23 e no art. 13, inciso II e parágrafo único, da Lei Estadual nº 7.174/15. A Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro, por seu turno, alega que o acórdão recorrido carece de fundamentação adequada e que a ação direta não serve para se analisar eventual ofensa reflexa ao texto constitucional.

O presente feito é paradigma do Tema nº 1.214, o qual está assim intitulado: “Incidência do ITCMD sobre o plano Vida Gerador de Benefício Livre (VGBL) e o Plano Gerador de Benefício Livre (PGBL) na hipótese de morte do titular do plano”.

DO IMPOSTO SOBRE TRANSMISSÃO CAUSA MORTIS E DOAÇÃO DE QUAISQUER BENS OU DIREITOS

Estabelece o texto constitucional que compete aos estados e ao Distrito Federal instituir o imposto sobre transmissão **causa mortis** e doação de quaisquer bens ou direitos (ITCMD).

No presente caso, importa a incidência do ITCMD considerando a causa morte. Segundo Regina Celi Pedrotti Vespero Fernandes, a palavra transmissão se relaciona com a ideia de sucessão. E, na causa em questão,

“sucessão é a transmissão dos bens que uma pessoa natural, ao morrer, deixa a **sucessores herdeiros e legatários**”¹ (grifo nosso). Há, assim, relação entre tal transmissão e as ideias de heranças e legados.

Preceitua também o texto constitucional caber a lei complementar estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre, entre outros assuntos, os fatos geradores, as bases de cálculo e os contribuintes dos impostos nele discriminados, o que abrange o ITCMD.

Como se sabe, o Código Tributário Nacional (CTN) foi recepcionado como lei complementar. Alguns doutrinadores aduzem que o CTN, no art. 35², dispõe sobre o tributo em questão apenas em parte. Com efeito, na época em que o código foi editado, vigia a Constituição Federal de 1946 com as alterações promovidas pela EC nº 18/65. Na época, o imposto sobre a transmissão de bens imóveis e de direitos a eles relativos tinha, de acordo com o CTN, como um dos fatos geradores a transmissão **causa mortis**. O que vale atentar é para o fato de que esse código também relaciona (como indicou Fernandes) a transmissão **causa mortis** às ideias de heranças e legados: “Nas transmissões causa mortis, ocorrem tantos fatos geradores distintos quantos sejam os **herdeiros ou legatários**” (art. 35, parágrafo único).

É preciso realçar, ademais, que o fato de ainda não ter a União editado, à luz da Constituição Cidadã, lei complementar regulamentando o ITCMD, não impede que os estados e o Distrito Federal, com base na competência suplementar (art. 24, § 3º, da Constituição Federal), disciplinem a matéria para atender a suas peculiaridades quando presentes as hipóteses referidas nos incisos I e II do § 1º do art. 155. Apenas nos casos em que estiverem em jogo as hipóteses previstas nas alíneas do inciso III do § 1º do art. 155 da Carta Magna, nas quais há relevantes conexões com o exterior, é que se faz necessária a lei complementar federal dispondo sobre o assunto para a cobrança do

1 FERNANDES, Regina Celi Pedrotti Vespero. **Impostos sobre transmissão causa mortis e doação** – ITCMD. São Paulo: RT, 2002. p. 76.

2 “O imposto de que se cuida, como se sabe, sofreu importantes modificações com o advento da Constituição promulgada em 1988. (...) Considerando que a Constituição é posterior e superior ao CTN, os artigos 35 e seguintes deste devem ser vistos com esse cuidado, e aplicam-se, dentro do possível, tanto ao ITBI como ao ITCD” (MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. Código Tributário Nacional: anotações à Constituição, ao Código Tributário Nacional e às Leis Complementares 87/1996 e 116/2003. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 173).

imposto. Sobre esse tema:

“Recurso extraordinário. Repercussão geral. Tributário. Competência suplementar dos estados e do Distrito Federal. Artigo 146, III, a, CF. Normas gerais em matéria de legislação tributária. Artigo 155, I, CF. ITCMD. Transmissão causa mortis. Doação. Artigo 155, § 1º, III, CF. Definição de competência. Elemento relevante de conexão com o exterior. Necessidade de edição de lei complementar. Impossibilidade de os estados e o Distrito Federal legislarem supletivamente na ausência da lei complementar definidora da competência tributária das unidades federativas. 1. Como regra, no campo da competência concorrente para legislar, inclusive sobre direito tributário, o art. 24 da Constituição Federal dispõe caber à União editar normas gerais, podendo os estados e o Distrito Federal suplementar aquelas, ou, inexistindo normas gerais, exercer a competência plena para editar tanto normas de caráter geral quanto normas específicas. Sobrevindo norma geral federal, fica suspensa a eficácia da lei do estado ou do Distrito Federal. Precedentes. (...). **3. A combinação do art. 24, I, § 3º, da CF, com o art. 34, § 3º, do ADCT dá amparo constitucional à legislação supletiva dos estados na edição de lei complementar que discipline o ITCMD, até que sobrevenham as normas gerais da União a que se refere o art. 146, III, a, da Constituição Federal. De igual modo, no uso da competência privativa, poderão os estados e o Distrito Federal, por meio de lei ordinária, instituir o ITCMD no âmbito local, dando ensejo à cobrança válida do tributo, nas hipóteses do § 1º, incisos I e II, do art. 155.** 4. Sobre a regra especial do art. 155, § 1º, III, da Constituição, é importante atentar para a diferença entre as múltiplas funções da lei complementar e seus reflexos sobre eventual competência supletiva dos estados. Embora a Constituição de 1988 atribua aos estados a competência para a instituição do ITCMD (art. 155, I), também a limita ao estabelecer que cabe a lei complementar – e não a leis estaduais – regular tal competência em relação aos casos em que o ‘de cujus possuía bens, era residente ou domiciliado ou teve seu inventário processado no exterior’ (art. 155, § 1º, III, b). **5. Prescinde de lei complementar a instituição do imposto sobre transmissão causa mortis e doação de bens imóveis – e respectivos direitos -, móveis, títulos e créditos no contexto nacional. Já nas hipóteses em que há um elemento relevante**

de conexão com o exterior, a Constituição exige lei complementar para se estabelecerem os elementos de conexão e fixar a qual unidade federada caberá o imposto. 6. (...) 8. Tese de repercussão geral: 'É vedado aos estados e ao Distrito Federal instituir o ITCMD nas hipóteses referidas no art. 155, § 1º, III, da Constituição Federal sem a edição da lei complementar exigida pelo referido dispositivo constitucional' (...)” (RE nº 851.108/SP, Tribunal Pleno, de **minha relatoria**, DJe de 20/4/21 – grifo nosso).

Feita essa breve digressão sobre o ITCMD e a competência dos estados e do Distrito Federal para a cobrança do imposto, passo a tratar do VGBL e do PGBL.

DAS NOÇÕES SOBRE O SISTEMA DE PREVIDÊNCIA

Ensina Adacir Reis³ que o sistema de previdência social brasileiro é dividido, basicamente, em regime geral de previdência social, regimes próprios de previdência dos servidores públicos civis e regime de previdência complementar (ou previdência privada, art. 202). O doutrinador diz que há, ainda, outros regimes especiais de previdência, nos quais ele incluiu o dedicado aos militares. Destaca o especialista, ademais, que, no regime de previdência complementar, se enquadra aquele a que se refere o art. 40, § 14, da Constituição Federal, isso é, o regime de previdência complementar dos servidores públicos ocupantes de cargo efetivo.

O presente caso possui conexões com o regime de previdência complementar.

Esse regime tem sede no art. 202 da Constituição Federal, cujo **caput** determina que ele será regulado por meio de lei complementar. O § 4º do referido artigo determina que lei complementar também deve disciplinar a relação entre as unidades federadas, inclusive suas autarquias, fundações, sociedades de economia mista e empresas controladas direta ou indiretamente, enquanto patrocinadores de planos de benefícios previdenciários, e as entidades de previdência complementar (LC nº 108/01).

A LC nº 109/01 é que dispõe sobre o regime de previdência complementar, nos termos do **caput** daquele art. 202 do texto

3 REIS, Adacir. **Curso básico de previdência complementar**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

constitucional. Tal regime é operado por entidades de previdência complementar abertas ou fechadas, as quais têm como objetivo principal instituir e executar planos de benefícios de caráter previdenciário (arts. 2º e 4º). Esses planos devem atender às normas e aos padrões mínimos estabelecidos pelo órgão regulador e fiscalizador (art. 7º).

As entidades abertas de previdência complementar (EAPC) estão sujeitas ao órgão normativo Conselho Nacional de Seguros Privados (CNSP) e ao órgão supervisor Superintendência de Seguros Privados (Susep)⁴. Já as entidades fechadas de previdência complementar (EFPC), também conhecidas como fundos de pensão, estão sujeitas ao órgão normativo Conselho Nacional de Previdência Complementar (CNPC) e ao órgão supervisor Superintendência Nacional de Previdência Complementar (Previc)⁵.

DO PLANO VIDA GERADOR DE BENEFÍCIO LIVRE (VGBL) E DO PLANO GERADOR DE BENEFÍCIO LIVRE (PGBL)

De acordo com a Susep (órgão supervisor das EAPC), o VGBL⁶ consiste **em seguro de pessoa**⁷.

No âmbito da CNPS (órgão normativo das EAPC), a Resolução CNSP nº 464, de 19 de fevereiro de 2024⁸, traz disciplinas relevantes sobre

4 Para consultar atos normativos: <https://www2.susep.gov.br/safe/bnportal/internet/pt-br/>. Acesso em: 17 de out de 2023.

5 **Vide** página Sistema Financeiro Nacional (SFN), do Banco Central do Brasil (Bacen). Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/estabilidadefinanceira/sfn>. Acesso em: 17 de out de 2023.

6 “Em 2001, o CNSP regulou a criação do VGBL – Vida Gerador de Benefício Livre, por meio da Resolução nº 49/2001 e a SUSEP editou a Circular Susep nº 172/2002, estabelecendo os critérios de funcionamento e de operação da cobertura por sobrevivência oferecida em planos de seguro de vida” (<https://www.gov.br/susep/pt-br/arquivos/arquivos-dos-documentos-e-publicacoes/arquivos-normas-em-consulta-publica/consultas-publicas-passadas-de-2022/cp-27-exposicao-de-motivos.pdf>).

7 SUSEP – SUPERINTENDÊNCIA DE SEGUROS PRIVADOS. PGBL & VGBL. Disponível em: <https://www.gov.br/susep/pt-br/assuntos/meu-futuro-seguro/seguros-previdencia-e-capitalizacao/providencia-complementar-aberta/pgbl-vgbl>. Acesso em: 17 de out de 2023.

8 Disponível em: <https://www2.susep.gov.br/safe/scripts/bnweb/bnmap.exe?router=upload/28107>. Acesso em: 5 de jul. de 2024.

o plano. Esse diploma dispõe sobre “as regras de funcionamento e os critérios para operação da **cobertura por sobrevivência oferecida em plano de seguro de pessoas (...)**” (grifo nosso).

Consoante a resolução (art. 5º, inciso X), cobertura por sobrevivência consiste na cobertura que garante o pagamento do **capital segurado**, pela sobrevivência do segurado ao período de acumulação contratado ou à data de início de renda contratada por adesão à oferta de renda, ou pela compra, mediante pagamento único, de renda imediata. **Segurado** é justamente o proponente, cuja inclusão foi aceita, que contrata o plano ou adere a esse (art. 5º, inciso XL), podendo ele ser qualificado (inciso XLI); assistido é a pessoa física em gozo do recebimento do **capital segurado** sob a forma de renda (art. 5º, inciso II); capital segurado é o pagamento a ser efetuado ao assistido ou beneficiário, sob a forma de pagamento único ou de renda (art. 5º, inciso IV); beneficiário é a pessoa física (podendo ser mais de uma) indicada livremente pelo **segurado** para receber o **capital segurado** ou o resgate, na hipótese de seu falecimento, de acordo com a estrutura do plano e na forma prevista em tal resolução (art. 5º, inciso III); resgate é o direito dos **segurados** e, quando tecnicamente possível, dos **beneficiários** de, durante o período de acumulação e na forma regulamentada, retirar os recursos da provisão matemática de benefícios a conceder (art. 5º, inciso XXXIX). Ainda segundo aquela resolução, o VGBL é um dos tipos de planos nos quais há a cobertura por **sobrevivência** (art. 6º).

Já no que diz respeito ao PGBL, a Susep informa que ele consiste em plano de previdência complementar⁹.

No âmbito do CNSP, a Resolução CNSP nº 463, de 19 de fevereiro de 2024¹⁰, dispõe sobre “as regras de funcionamento e os critérios para operação da **cobertura por sobrevivência oferecida em plano de previdência complementar aberta (...)**” (grifo nosso). Os conceitos relevantes para o debate trazidos nessa resolução são basicamente os mesmos existentes na resolução anteriormente citada (relativa ao VGBL), com pequenas distinções. No lugar de “capital segurado”, fala-se em

9 SUSEP – SUPERINTENDÊNCIA DE SEGUROS PRIVADOS. PGBL & VGBL. Disponível em: <https://www.gov.br/susep/pt-br/assuntos/meu-futuro-seguro/seguros-previdencia-e-capitalizacao/providencia-complementar-aberta/pgbl-vgbl>. Acesso em: 17 de out de 2023.

10 Disponível em: <https://www2.susep.gov.br/safe/scripts/bnweb/bnmap.exe?router=upload/28103>. Acesso em: 5 de jul. de 2024.

“benefício”; e, no lugar de “segurado”, fala-se em “participante”.

Nessa toada, no âmbito do PGBL, a cobertura por sobrevivência consiste na cobertura que garante o pagamento do **benefício** pela sobrevivência do participante ao período de acumulação contratado ou à data de início de renda contratada por adesão à oferta de renda, ou pela compra, mediante pagamento único, de renda imediata (art. 5º, inciso X); **participante** é o proponente, cuja inscrição foi aceita, que contrata o plano ou adere a esse (art. 5º, inciso XXIV), podendo ele ser qualificado (inciso XXV); assistido é a pessoa física em gozo do recebimento do **benefício** sob a forma de renda (art. 5º, inciso I); benefício é o pagamento a ser efetuado ao assistido ou beneficiário, sob a forma de pagamento único ou de renda (art. 5º, inciso IV); beneficiário é a pessoa física (podendo ser mais de uma) indicada livremente pelo **participante** para receber os valores de **benefício** ou resgate, na hipótese de seu falecimento, de acordo com a estrutura do plano e na forma prevista na resolução em comento (art. 5º, inciso III); resgate é o direito garantido aos participantes e beneficiários de, durante o período de acumulação e na forma regulamentada, retirar os recursos da provisão matemática de benefícios a conceder (art. 5º, inciso XLII). De acordo com o art. 6º, o PGBL é um dos tipos de planos nos quais há a cobertura por **sobrevivência**.

DA IMPOSSIBILIDADE DA INCIDÊNCIA DO ITCMD SOBRE O VGBL NA HIPÓTESE DE MORTE DO TITULAR DO PLANO

No que diz respeito ao VGBL, já se viu que a Susep e o CNSP, órgãos supervisor e normativo das EAPC, expressamente preveem ter ele natureza de **seguro de pessoa**.

O seguro, conforme estabelece o Código Civil, consiste em contrato no qual o “segurador se obriga, mediante o pagamento do prêmio, a garantir interesse legítimo do segurado, relativo a pessoa ou a coisa, contra riscos predeterminados” (art. 757). No seguro de pessoa, o referido código prevê que “o capital segurado é livremente estipulado pelo proponente, que pode contratar mais de um seguro sobre o mesmo interesse, com o mesmo ou diversos seguradores” (art. 789).

Na hipótese de o próprio segurado-assistido gozar do capital segurado, seja por meio de pagamento único, seja por meio de renda complementar, o VGBL cumpre sua função principal de atuar na cobertura por **sobrevivência** do titular do plano, como bem explicou o Procurador-Geral da República. Contudo, **se o segurado falece, sobressai do VGBL o caráter de seguro de vida, no qual há estipulação em favor**

de terceiro.

Pode o segurado indicar **livremente** quem, no caso de seu falecimento, será o beneficiário do capital segurado. É prescindível, assim, que esse seja herdeiro necessário daquele. Aliás, no seguro de vida, “o interesse do segurado não é somente egoístico, qual seja, o de permanecer vivo, como também altruístico, no intuito de proteger a família e os **entes que lhe estão próximos**”¹¹ (grifo nosso), como ensina Venosa. Para Sílvio Rodrigues, nesse contrato, o segurado deseja “assegurar a sobrevivência e o bem-estar de sua família **ou de outras pessoas que lhe são caras**”¹² (grifo nosso).

Muito embora o direito dos beneficiários do VGBL surja em razão do falecimento do titular do plano, isso não se confunde com o que se conhece por transmissão **causa mortis**. Com a ocorrência daquele evento, surge para o beneficiário direito próprio decorrente de contrato, e não de transferência do patrimônio do **de cujus**. O evento morte é imprescindível para o repasse de direitos e valores aos beneficiários, mas isso não quer dizer que a situação se enquadre no conceito de transmissão **causa mortis** própria do direito sucessório.

Sobressaindo do VGBL o caráter de **seguro de vida com estipulação em favor de terceiro**, no caso de falecimento do titular do plano, aplica-se a compreensão de que não consistem o direito e os valores recebidos pelos beneficiários em herança ou legado.

A propósito, vale ressaltar que, consoante o Código Civil, o capital estipulado no seguro de vida ou de acidentes pessoais para o caso de morte “não está sujeito às dívidas do segurado, **nem se considera herança para todos os efeitos de direito**” (art. 794). Em comentários a essa disciplina, Godoy leciona que, ocorrido o sinistro, “o capital segurado pertence a um beneficiário que é necessariamente um terceiro”¹³ e, “tratando-se de valor pertencente ao beneficiário, não se sujeita às dívidas do segurado nem se considera herança”.

Vai na mesma direção o art. 79 da Lei nº 11.196/05, o qual estabelece

11 VENOSA, Sílvio de Salvo. **Código Civil interpretado**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 806.

12 RODRIGUES, Sílvio. **Direito civil**: dos contratos e das declarações unilaterais de vontade. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 346.

13 GODOY, Claudio Luiz Bueno. Comentário ao art. 794. In: PELUSO, Cezar (coord.). **Código Civil comentado**: doutrina e jurisprudência. Barueri: Manole, 2018. p. 797.

que, no caso de morte do segurado de plano de seguro de vida com cláusula de cobertura por sobrevivência, ofertado por meio de fundo de investimento referido no art. 76, os beneficiários podem, “independentemente da abertura de inventário ou procedimento semelhante”, optar pelo resgate das quotas ou pelo recebimento de benefício de caráter continuado previsto em contrato.

Por ser esclarecedor, transcrevo o inteiro teor dos citados dispositivos:

Código Civil:

“Art. 794. 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.”

Lei nº 11.196/05:

“Art. 76. As entidades abertas de previdência complementar e as sociedades seguradoras poderão, a partir de 1º de janeiro de 2006, constituir fundos de investimento, com patrimônio segregado, vinculados exclusivamente a planos de previdência complementar ou **a seguros de vida com cláusula de cobertura por sobrevivência**, estruturados na modalidade de contribuição variável, por elas comercializados e administrados.

(...)

Art. 79. No caso de **morte** do participante ou **segurado** dos planos e **seguros** de que trata o art. 76 desta Lei, os seus beneficiários poderão optar pelo resgate das quotas ou pelo recebimento de benefício de caráter continuado previsto em contrato, **independentemente da abertura de inventário ou procedimento semelhante**” (grifo nosso).

Inexistindo transmissão **causa mortis** no repasse de direitos e valores para os beneficiários, no caso do falecimento do titular do VGBL, não se pode falar em incidência do ITCMD.

Doutrinadores especializados¹⁴ também entendem pela aplicação do

14 FERREIRA, Antonio Carlos; RODRIGUES JR., Otavio Luiz; ADAMEK, Carlos V. von. Natureza jurídica do VGBL no marco da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. In: RODRIGUES JR, Otavio Luiz; SOUSA, Jadson Santana de (Coords.). **Direito federal interpretado**: estudos em homenagem ao Ministro Humberto Martins. Cotia: GZ Editora, 2024. p. 1043-1059.

art. 794 do Código Civil e afastam o imposto do VGBL no referido contexto, destacando, v.g., o caráter securitário do VGBL (em que está presente, de maneira inequívoca, a álea¹⁵); e o fato de ele estar baseado em “técnicas atuariais, que consideram elementos como a tábua biométrica e outros que dependem de evolução estatística populacional e afins, além de uma política de investimentos estritamente regulada” (p. 1044).

Aduzem eles, ainda, que eventuais contribuições vultosas, realizadas pelo segurado, não podem, por si sós, servir de argumento para se afastar esse dispositivo. Em síntese, dizem que não há norma que impeça contribuições como essas e que existem mecanismos no sistema jurídico capazes de, caso a caso, serem invocados para combater má-fé ou fraude. Sobre a segregação e a incolumidade aplicáveis ao VGBL, lembram que, até o falecimento do titular do plano, haveres foram manejados pela entidade de previdência com o objetivo de capitalizá-los e protegê-los dos efeitos de diversas variáveis “próprias do regime atuarial e financeiro desses contratos” (p. 1052). E esclarecem que com a morte é que nasce para tal entidade “o dever jurídico, abatidos os *quanta* contratualmente definidos (...), de pagar os valores a quem for o beneficiário” (p. 1052).

Corroborando o entendimento pela impossibilidade da incidência do ITCMD em relação ao VGBL, no caso de morte do titular o plano, menciono o REsp nº 1.961.488/RS, Rel. Min. **Assusete Magalhães**, ao qual fiz referência em minha manifestação sobre a repercussão geral. Tal julgado foi assim ementado:

“TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. ITCMD. VALORES RECEBIDOS POR BENEFICIÁRIO DE PLANO VGBL INDIVIDUAL - VIDA GERADOR DE BENEFÍCIO LIVRE, EM DECORRÊNCIA DA MORTE DO SEGURADO. NÃO INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS 280 E 284/STF E 5 E 7/STJ. NATUREZA LEGAL DA

15 De acordo com Sílvio Rodrigues: “Aleatórios são os contratos em que o montante da prestação de uma ou de ambas as partes não pode ser desde logo previsto, por depender de um risco futuro, capaz de provocar sua variação. (...) Essa álea pode ser total ou parcial, isto é, a desproporção entre as prestações pode ser absoluta ou relativa. Ela é absoluta quando alguém oferece sua prestação sem nada receber em troca (...). A álea é relativa quando, embora desproporcionados os montantes, cada uma das partes fornece alguma prestação” (RODRIGUES, Sílvio. **Direito civil**: dos contratos e das declarações unilaterais de vontade. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 124-125).

CONTROVÉRSIA. PLANO VGBL. NATUREZA DE SEGURO DE VIDA. NÃO INCIDÊNCIA DO ITCMD. PRECEDENTES DO STJ. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E IMPROVIDO.

(...)

V. Alguns Estados editaram leis prevendo expressamente a incidência do ITCMD sobre o VGBL. Em casos tais, não cabe a esta Corte Superior verificar a compatibilidade da lei local com a lei federal. Com efeito, "nos casos em que há conflito entre lei local e lei federal, a questão só pode ser resolvida pelo Supremo Tribunal Federal, nos termos da EC 45/2004, que passou para a Corte Suprema a competência para apreciar, em Recurso Extraordinário, as decisões que julgarem válida lei local contestada em face de lei federal (art. 102, III, d da CF)" (STJ, AgInt no AREsp 1.588.963/RJ, Rel. Ministro MANOEL ERHARDT (Desembargador Federal convocado do TRF/5ª Região), PRIMEIRA TURMA, DJe de 20/05/2021). Isso não se dá, porém, no caso concreto, em que a legislação estadual, como transcrita no acórdão recorrido, é genérica, prevendo a incidência do ITCMD sobre a) propriedade ou domínio útil de bens imóveis e de direitos a eles relativos; e b) bens móveis, títulos e créditos, bem como dos direitos a eles relativos, além de ela não ter sido debatida, no aresto recorrido, que dela não extraiu fundamento para a sua conclusão.

(...)

VII. A par das razões técnicas acima apontadas, o conhecimento do Apelo traz vantagens institucionais. A controvérsia tem potencial multiplicador e pode ensejar decisões divergentes nos diversos Tribunais de Justiça do país. Prova disso é o acórdão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, apontado como paradigma, no Recurso Especial. Desse modo, o julgamento do mérito, por este Superior Tribunal de Justiça, permite o incremento de segurança jurídica, seja qual for o resultado, ao mercado financeiro, setor da atividade econômica que presumivelmente movimenta cifras elevadas, contribuindo para o desenvolvimento nacional.

VIII. Consoante esclarece a Superintendência de Seguros Privados - SUSEP, autarquia federal vinculada ao Ministério da Economia, responsável pelo controle e fiscalização dos mercados de seguro, previdência privada aberta, capitalização e resseguro, "o VGBL Individual - Vida Gerador de Benefício Livre é um seguro de vida individual que tem por objetivo pagar uma indenização, ao segurado, sob a forma de renda ou

pagamento único, em função de sua sobrevivência ao período de diferimento contratado".

IX. Não é outro o entendimento da Quarta Turma deste Superior Tribunal de Justiça, para a qual o VGBL "tem natureza jurídica de contrato de seguro de vida" (AgInt nos EDcl no AREsp 947.006/SP, Rel. Ministro LÁZARO GUIMARÃES (Desembargador Federal convocado do TRF/5ª Região), QUARTA TURMA, DJe de 21/05/2018). No julgamento do AgInt no AREsp 1.204.319/SP - no qual a Corte de origem concluíra pela natureza securitária do VGBL, não podendo ele ser incluído na partilha -, a Quarta Turma do STJ fez incidir a Súmula 83/STJ, afirmando que "o entendimento da Corte Estadual está em harmonia com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça a respeito do tema. Incidência da Súmula 83 do STJ" (STJ, AgInt no AREsp 1.204.319/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, DJe de 20/04/2018).

X. Embora tratando de questão tributária diversa, a Segunda Turma do STJ, no REsp 1.583.638/SC (Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, DJe de 10/08/2021), já teve a oportunidade de assentar que o plano VGBL constitui espécie de seguro. Também tratando de questão diversa, a saber, a constitucionalidade da cobrança de alíquotas diferenciadas de CSLL para empresas de seguros, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI 5.485/DF (Rel. Ministro LUIZ FUX, TRIBUNAL PLENO, DJe de 03/07/2020), já teve a oportunidade de afirmar, em obiter dictum, a natureza securitária do VGBL.

XI. Assim, não apenas a jurisprudência reconhece a natureza de seguro do plano VGBL, mas também a própria agência reguladora do setor econômico classifica-o como espécie de seguro de vida. Resta evidente, pois, que os valores a serem recebidos pelo beneficiário, em decorrência da morte do segurado contratante de plano VGBL, não se consideram herança, para todos os efeitos de direito, como prevê o art. 794 do CC/2002. Nesse sentido: STJ, AgInt nos EDcl no REsp 1.618.680/MG, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, DJe de 11/09/2018; AgInt nos EDcl no AREsp 947.006/SP, Rel. Ministro LÁZARO GUIMARÃES (Desembargador Federal convocado do TRF/5ª Região), QUARTA TURMA, DJe de 21/05/2018.

XII. Reforça tal compreensão o disposto no art. 79 da Lei 11.196/2005, segundo o qual, no caso de morte do segurado, "os seus beneficiários poderão optar pelo resgate das quotas ou

pelo recebimento de benefício de caráter continuado previsto em contrato, independentemente da abertura de inventário ou procedimento semelhante".

XIII. Não integrando a herança, isto é, não se tratando de transmissão causa mortis, está o VGBL excluído da base de cálculo do ITCMD. Nessa linha, a Resposta à Consulta Tributária 5.678/2015, em que o Fisco paulista conclui pela não incidência do ITCMD, na espécie.

XIV. Registre-se que, em precedentes recentes, a Terceira Turma do STJ tem reconhecido a natureza de "investimento" dos valores aportados ao plano VGBL, durante o período de diferimento, assim entendido "o período compreendido entre a data de início de vigência da cobertura por sobrevivência e a data contratualmente prevista para início do pagamento do capital segurado" (art. 5º, XXI, da Resolução 140/2005, do Conselho Nacional de Seguros Privados), de modo que seria possível a sua inclusão na partilha, por ocasião da dissolução do vínculo conjugal. Reconhece, ainda, que "a natureza securitária e previdenciária complementar desses contratos é marcante, no momento em que o investidor passa a receber, a partir de determinada data futura e em prestações periódicas, os valores que acumular ao longo da vida". Nesse sentido: STJ, REsp 1.880.056/SE, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, DJe de 22/03/2021; REsp 1.698.774/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, DJe de 09/09/2020.

XV. O aludido entendimento, contudo, não parece contradizer a tese ora esposada. Primeiro, porque ali estava em questão, não o art. 794, mas o art. 1.659, VII, do CC/2002, que dispõe sobre os bens excluídos do regime da comunhão parcial de bens. Em segundo lugar, porque, com a morte do segurado, sobreleva o caráter securitário do plano VGBL, sobretudo com a prevalência da estipulação em favor do terceiro beneficiário, como deixa expresso o art. 79 da Lei 11.196/2005.

XVI. Não se descarta a hipótese em que o segurado pratique atos ou negócios jurídicos com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do ITCMD. Nesse caso, incumbe à Administração tributária comprovar a situação e efetuar o lançamento tributário, nos termos do parágrafo único do art. 116 do CTN. Isto, porém, não foi o que ocorreu, na espécie, não tendo o Estado agitado qualquer alegação nesse sentido.

XVII. Recurso Especial conhecido e improvido “ (REsp nº 1.961.488/RS, Segunda Turma, Relatora a Ministra **Assusete Magalhães**, DJe de 17/11/21).

Em síntese, nesse caso, o Superior Tribunal de Justiça debatia, à luz do art. 794 do Código Civil, se o ITCMD poderia incidir sobre o VGBL na hipótese de falecimento do titular do plano. A conclusão da Corte Superior foi pela impossibilidade dessa tributação. A Relatora destacou que a Susep, a CNSP (Resolução nº 140/05) e a própria jurisprudência daquela Corte consideraram ter o VGBL natureza de seguro de vida, sendo imprescindível, assim, a observância daquele dispositivo do Código Civil. E realçou: “**não integrando a herança, isto é, não se tratando de transmissão causa mortis, está o VGBL excluído da base de cálculo do ITCMD**” (grifo nosso).

Outros julgados da Corte Superior corroboram essa orientação: AgInt no AgInt no AResp nº 1.766.626/RS, Segunda Turma, Relator o Ministro **Mauro Campbell Marques**, DJe de 29/4/22; AgInt no AgInt no AResp nº 1.797.886/RS, Segunda Turma, Relator o Ministro **Herman Benjamin**, DJe de 12/4/22; AgInt no AResp nº 1.676.655/RS, Relator o Ministro **Og Fernandes**, DJe de 25/2/22; AgInt no AResp nº 1.748.288/RS, Segunda Turma, Relator o Ministro **Francisco Falcão**, DJe de 15/12/21; AgInt no AResp nº 1.847.351/RS, Primeira Turma, Relator o Ministro **Manoel Erhardt** (Desembargador convocado do TRF5), DJe de 14/10/21.

Diversos Tribunais de Justiça do país têm ido na mesma direção, impossibilitando a incidência do ITCMD em relação ao VGBL, no caso de falecimento do titular do plano¹⁶.

16 Vide, por exemplo, os seguintes casos: a) **TJRS**: Recurso Inominado, nº 50022433420228210086, Terceira Turma Recursal da Fazenda Pública, Turmas Recursais, Relator: Laura de Borba Maciel Fleck, Julgado em: 28-04-2023; Recurso Cível, nº 71010404739, Terceira Turma Recursal da Fazenda Pública, Turmas Recursais, Relator: Sylvio José Costa da Silva Tavares, Julgado em 5/4/23; b) **TJPR**: 1ª Câmara Cível - 0003154-55.2020.8.16.0179 - Curitiba - Rel.: Juiz de Direito Substituto em Segundo Grau Fernando Cesar Zeni - J. 11.04.2022; 3ª Câmara Cível - 0003895-09.2018.8.16.0004 - Curitiba - Rel.: Desembargador Jorge de Oliveira Vargas - J. 04.06.2020; c) **TJMG**: Apelação Cível 1.0000.24.237522-8/001, Relator(a): Des.(a) Juliana Campos Horta , 1ª Câmara Cível, julgamento em 25/06/2024, publicação da súmula em 26/06/2024; Apelação Cível 1.0000.22.259569-6/001, Relator(a): Des. (a) Luís Carlos Gambogi , 5ª Câmara Cível, julgamento em 16/02/2023, publicação da súmula em 16/02/2023; c) **TJES**: Apelação Cível 0019475-07.2019.8.08.0024, Câmaras Cíveis Reunidas, Magistrado: Ewerton Schwab Pinto Junior, 25/5/23; d) **TJPE**: Apelação Cível 0040837-07.2016.8.17.2001, Rel. Abelardo Tadeu da Silva Santos, Gabinete da 2ª Vice Presidência

Acrescento ainda que, ao menos no Estado de São Paulo, há consultas tributárias respondidas nas quais o Fisco também reconheceu a impossibilidade da tributação em comento, considerando, entre outros argumentos, o caráter securitário do VGBL (seguro de vida, considerando-se o caso de falecimento do titular) e a ausência do fato gerador do imposto (os valores, à luz das leis federais, não se submeteriam às regras normais de sucessão e herança)¹⁷.

DA IMPOSSIBILIDADE DA INCIDÊNCIA DO ITCMD SOBRE O PGBL NA HIPÓTESE DE MORTE DO TITULAR DO PLANO

Em relação ao PGBL, os órgãos supervisor e normativo das EAPC indicam ter ele natureza de plano de previdência complementar. Não obstante essa classificação, julgo que também não pode o ITCMD incidir sobre repasse ao beneficiário de direitos e valores relativos ao PGBL no caso de morte do titular do plano.

De início, é importante afastar qualquer argumentação no sentido de que a incidência do imposto seria admitida pelo fato de PGBL se equiparar a fundos especulativos existentes no mercado financeiro. Tal equiparação é indevida, considerando o contexto que estamos julgando.

Especialistas¹⁸ no assunto apontam que os seguintes elementos existentes no contexto do PGBL evidenciam tal diferença: a cesta de títulos que compõem o fundo de investimento especialmente constituído (FIE) tem controle regulatório; os participantes do plano assumem riscos em relação a externalidades econômicas, biométricas e estatístico-atuariais; a existência de regimes tributários diferenciados para planos de previdência; a ausência de garantias mínimas de rentabilidade.

Segundo Grau, julgado em 09/11/2022; e) **TJCE**: Apelação/Remessa Necessária 0232077-38.2020.8.06.0001, Rel. Desembargador(a) Francisco Luciano Lima Rodrigues, 3ª Câmara Direito Público, data do julgamento: 30/10/2023, data da publicação: 31/10/2023; Apelação Cível - 0167151-19.2018.8.06.0001, Rel. Desembargador(a) Maria Iracema Martins do Vale, 3ª Câmara Direito Público, data do julgamento: 23/10/2023, data da publicação: 23/10/2023.

17 SEFAZ/SP. Respostas às consultas tributárias 1636/2013, de 12 de junho de 2013; 2074/2013, de 20 de setembro de 2013; 2597/2014, de 14 de fevereiro de 2014; 2740/2014, de 06 de março de 2014; 5678/2015, de 24 de agosto de 2015. SEFAZ/SP. Disponível em: <https://legislacao.fazenda.sp.gov.br/Paginas/Home.aspx>. Acesso em: 20 ago 2024.

18 RODRIGUES JR., Otávio Luiz; ADAMEK, Carlos V. von. PGBL: natureza jurídica, estrutura atuarial e direito sucessório. No prelo.

Quanto à externalidades, apontam que o PGLB pode ser impactado (i) pela inflação ou deflação, (ii) pelas tábuas biométricas (tábuas ou tabelas de mortalidade; tábuas ou tabelas de sobrevivência; tábuas ou tabelas atuariais) e (iii) pela evolução da taxa de juros. Sobre a primeira externalidade, referem que a inflação ou a deflação pode ensejar “incapacidade de se manter ‘apropriadamente o padrão médio de consumo das famílias’, quando comparada a contribuição e o benefício”. Em relação à segunda externalidade, aquelas tábuas em alusão consistiriam em instrumentos atuariais relacionados com a estipulação de taxa de mortalidade de uma população definida, num determinado ínterim. Elas, segundo os especialistas, sofrem alterações com o passar do tempo, em razão de causas diversas, como, v.g., o surgimento da COVID-19. Segundo eles, tábuas desatualizadas podem provocar gravíssimas consequências negativas em sistemas previdenciários. Nesse contexto, citam a crise dos fundos de pensão da década de noventa.

De acordo com os referidos doutrinadores, essa vinculação às tábuas biométricas e seu impacto global no plano já seriam suficientes “para distinguir o PGBL de uma aplicação financeira ordinária ou de um instrumento de planejamento sucessório elisivo das normas tributárias”. Relembrem, ainda, eles que tais tábuas dependem de diversas variáveis, como sobrevivência/mortalidade de pessoas válidas e inválidas, da entrada em invalidez, do número de filhos e da idade desses. Anotam também que as fórmulas atuariais, além de considerarem a sobrevivência do participante, podem incluir aspectos outros, como a morte do indivíduo, a reforma por velhice ou por incapacidade, sua saída de uma empresa. No PGBL, as dificuldades na formulação seriam maiores em comparação com os planos ofertados por um fundo de pensão, que tem um público mais homogêneo do que o abarcado por uma EAPC.

Em suma, não há que se falar em equiparação do PGBL a fundos especulativos existentes no mercado financeiro para fins de incidência do ITCMD, no caso de morte do titular do plano.

Ademais, tal como indiquei no capítulo anterior quanto ao VGBL, o PGBL cumpre sua função principal (cobertura por **sobrevivência**) quando o participante-assistido goza do benefício. De outro giro, **se o titular do plano falece, sobressai do PGBL (tal como no VGBL) o caráter de seguro de vida, no qual há estipulação em favor de terceiro**. Insta lembrar que, **também no PGBL, pode o participante indicar livremente o beneficiário** que receberá os valores de benefício ou resgate. Não é necessário que esse seja herdeiro legal daquele.

Sobrelevando o caráter de seguro de pessoa também no PGBL, no caso de falecimento do titular do plano, igualmente aqui se aplica aquela ideia constante do art. 794 do Código Civil, isso é, as importâncias repassadas aos beneficiários não integram o inventário do *de cujus*. Confirma esse racional o art. 79 da Lei nº 11.196/05, segundo o qual, no caso de morte do participante de plano de previdência complementar ofertado por meio de fundo de investimento referido no art. 76 os beneficiários podem, “independentemente da abertura de inventário ou procedimento semelhante”, optar pelo resgate das quotas ou pelo recebimento de benefício de caráter continuado previsto em contrato.

Corroborando o entendimento, os especialistas¹⁹ já referidos argumentam que, não obstante o VGBL seja classificado como seguro e o PGBL como previdência complementar, os planos convergem para um regime jurídico securitário que afasta a disciplina do regime sucessório. Aduzem que parte relevante da doutrina civilista²⁰ vai nesse sentido e, ainda nesse contexto, indicam que o art. 73 da LC nº 109/01 prevê a aplicação das normas de seguro privado às EAPC, no que couber²¹. Eles ainda fazem menção ao 11º Relatório de Análise e Acompanhamento dos Mercados Supervisionados de 2023, que, reproduzindo ideia presente em relatório anterior, indicou que “o VGBL possui características que, do ponto de vista econômico, se assemelham às dos produtos de acumulação, como o PGBL”. E concluem ser inevitável, também para o PGBL, a aplicação do já citado art. 794 do Código Civil, afastando a incidência do ITCMD.

19 RODRIGUES JR., Otávio Luiz; ADAMEK, Carlos V. von. PGBL: natureza jurídica, estrutura atuarial e direito sucessório. No prelo.

20 Citaram: MAIA JÚNIOR, Mairan Gonçalves. A previdência privada como instrumento de planejamento sucessório. *Pensar*, v.25, n.14, p.1-13, jan.-mar. 2020. p.9; NEVARES, Ana Luiza Maia. Os planos de previdência privada (VGBL e PGBL) na perspectiva familiar e sucessória: Critérios para sua compatibilização com a herança e a meação. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, v. 28, p. 257-274, abr./jun. 2021. p.268; GIRARDI, Viviane; MOREIRA, Luana Maniero. A previdência privada aberta como instrumento ao planejamento sucessório. In. TEIXEIRA, Daniele Chaves (Coord.). *Arquitetura do planejamento sucessório*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 644-645 .

21 “ Art. 73. As entidades abertas serão reguladas também, no que couber, pela legislação aplicável às sociedades seguradoras.”

O trecho a seguir sintetiza os principais argumentos utilizados pelos juristas em questão para afastar esse imposto quanto ao PGBL (e ao VGBL), no caso de falecimento do titular do plano:

“O Direito Civil, sob essa óptica, é reflexivo da natureza atuarial do PGBL, a saber: (a) um plano de previdência privada complementar e aberta; (b) que, no período de diferimento, tem a remuneração da Provisão Matemática de Benefícios a Conceder suportada na rentabilidade da carteira de investimentos do FIE, cuja composição é estritamente controlada por normas regulatórias; (c) todos os recursos alocados para lastrear as reservas técnicas empregam-se em investimentos sem garantia de remuneração mínima e de atualização; (d) atuarialmente, em regra, a contribuição é variável e os benefícios não são definidos ex ante. Essa conexão do PGBL, assim como do VGBL, com a estrutura securitária do arranjo negocial, dá-se em razão de questões próprias ao Direito Privado: a álea é o núcleo do PGBL e do VGBL. Não há comutatividade entre a alocação de haveres lastreadores e os benefícios a serem recebidos. Inexiste o controle pelo participante ou pela operadora sobre a rentabilidade do FIE ou a estabilidade da operação. E isso não ocorre por efeitos próprios do mercado de renda fixa, mas pela existência de um fator adicional de perturbação da previsibilidade do PGBL (...): as externalidades econômicas, atuariais, estatísticas e judiciais, que não se verificam total ou parcialmente em aplicações financeiras ordinárias.

Outro ponto de contato entre o VGBL e o PGBL: os riscos biométricos são tão prejudiciais ao arranjo securitário-previdenciário quanto as oscilações típicas das carteiras de investimentos do respectivo plano. Além disso, a taxa de juros, o tempo de diferimento (acumulação) e as variações biométricas expõem ambos os planos a um nível de incerteza que só é agravado pelos efeitos de políticas macroeconômicas ou de política regulatórias cambiantes. (...)

Quanto aos efeitos sucessórios, o PGBL favorece-se de sua especificidade securitário-previdenciária, assim como o VGBL, por ultrapassarem o caráter bilateral da relação entre duas partes contratantes. Há o elemento do mutualismo, que converte os haveres lastreadores das reservas técnicas em uma espécie de garantia global da solvabilidade do plano e do pagamento dos benefícios. É correta a afirmação, baseada no

art.794 do Código Civil, de que 'o capital estipulado, a rigor, consiste, por um lado, em obrigação do segurador e, por outro lado, o direito ao crédito do beneficiário. Exatamente por isso que não há incidência do imposto de transmissão causa mortis'.

Outras características do PGBL podem ser mobilizadas para sustentar a não-incidência do ITCMD sobre suas operações: (a) os benefícios devidos após o evento morte do titular do plano serão pagos às pessoas indicadas na apólice. Tal liberdade de eleição aproxima o PGBL, nesta cláusula, da estipulação em favor de terceiro do art.436 do Código Civil; (b) a já mencionada origem normativa comum, a Lei Complementar no 109/2001, especialmente seu art.73; (c) tanto o VGBL quanto o PGBL são "planos por sobrevivência" deferentes de benefícios de renda; (d) "o plano previdenciário é tipo especial de seguro, o que se confirma pela decisão do STF no RE n.º 115.308-3/RJ, razão pela qual incide o disposto no art.777 do CC/2002, o qual prevê que o disposto naquele capítulo (pertinente a seguro) somente é aplicável no que couber ao seguro regido por lei própria"²².

Acrescente-se a essas considerações o que aduziu o Desembargador **Luiz Antônio Araújo Mendonça**, do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade Estadual nº 201800106463.

Na linha do que sustentou a Fenaseg, Sua Excelência ressaltou que, no âmbito do PGBL, não ocorre transmissão de patrimônio enquadrável no contexto do direito sucessório do **de cujus** para o beneficiário. Com o falecimento do titular do plano, **o beneficiário passar a ter direito adquirido a um crédito contra a EAPC, decorrente de direito contratual, e não de direito sucessório**. Transcrevo passagem do voto de Sua Excelência:

"Na previdência complementar sob a modalidade PGBL, no entanto, não ocorre a transmissão de patrimônio do de cujus. (...) até o adimplemento das condições de elegibilidade, o titular do plano possui uma mera expectativa, que se converte em direito adquirido no marco determinado; ou seja, o beneficiário, por sua vez, somente adquire qualquer direito com a morte do

22 RODRIGUES JR., Otavio Luiz; ADAMEK, Carlos V. von. PGBL: natureza jurídica, estrutura atuarial e direito sucessório. No prelo.

participante do plano, mas ele não herda esse direito; nasce para ele um crédito, decorrente de direito contratual, e não sucessório.

A dois, como dissemos, porque não há qualquer transmissão de direitos, tanto que não é facultada, por exemplo, a transmissão da titularidade do plano para o beneficiário. Morto o titular, surge para o beneficiário indicado, contratualmente, o direito a um crédito, equivalente ao valor acumulado com as contribuições pagas pelo titular.

Ao fim, porque o titular pode, inclusive, indicar qualquer pessoa como beneficiário do plano, independentemente de sucessão legítima ou testamentária. A imaginar que os planos de previdência privada estivessem sujeitos à incidência do ITCMD, seria necessário que os valores acumulados fossem transmitidos aos herdeiro do titular, pelas regras de sucessão hereditária ou testamentária.”²³

O Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba, em sede de ação direta de inconstitucionalidade estadual (nº 0805225-76.2020.8.15.0000)²⁴, também já reconheceu a inconstitucionalidade da incidência do ITCMD de “transmissão” de valores e direitos relativos a PGBL, no caso de falecimento do titular do plano.

Na mesma linha do que já foi exposto, o Tribunal local, para chegar a tal conclusão, considerou que, na hipótese, sobressai o caráter securitário, e que os valores decorrentes do plano não são considerados herança para efeito de direito. O Redator do acórdão, Desembargador **Joás de Brito Pereira Filho**, enfatizou que, na espécie, inexistente transmissão **causa mortis** própria do direito sucessório, sendo certo que o direito dos beneficiários surge em razão de vínculo contratual. E lançou argumentos que convergem para aqueles acima transcritos, utilizados no

23 Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe. Acórdão nº 201820993. Ação direta de inconstitucionalidade. Processo nº 201800106463. Disponível em: https://www.tjse.jus.br/tjnet/jurisprudencia/relatorio.wsp?tmp_numprocesso=201800106463&tmp_numacordao=201820993&tmp.expressao= . Acesso em: 18 de out de 2023.

24 Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba. Ação direta de inconstitucionalidade. Processo nº 0805225-76.2020.8.15.0000. Disponível em: <https://pje-jurisprudencia.tjpb.jus.br/jurisprudencia/view/AXqdmHIYnwDqLYGXDWz2?words=>. Acesso em: 22 de ago de 2024.

controle concentrado de constitucionalidade estadual no âmbito do tribunal sergipano.

Também é possível encontrar em outros Tribunais de Justiça julgados, em casos concretos, assentando a impossibilidade da tributação em comento²⁵.

Registre-se, ainda que, ao menos no Estado de São Paulo, já houve resposta a consulta tributária na qual o Fisco assentou a impossibilidade da incidência do ITCMD em relação ao VGBL e ao PGBL, no caso de falecimento do titular dos planos, ressaltando, entre outros pontos, que sobressai o caráter de seguro de vida em tal contexto e que é aplicável o art. 794 do Código Civil²⁶.

Em suma, compartilho do entendimento do douto Procurador-Geral da República, para quem o PGBL e o VGBL, quando contratados em favor dos próprios titulares, garantem “ao assistido/segurado [titular] o pagamento de renda complementar à da aposentadoria”; e, no que diz respeito às importâncias vertidas aos beneficiários, o PGBL e o VGBL “passam a cumprir **finalidade acessória e a funcionar como verdadeiro seguro de pessoa/vida**” (grifo nosso).

Nessa toada, o ITCMD não incide sobre os direitos e os valores repassados aos beneficiários no caso de falecimento do titular do VGBL ou do PGBL. É, assim, inconstitucional o art. 23 Lei Fluminense nº 7.174/15 também no que diz respeito ao PGBL (lembrando que o Tribunal de Origem já reconheceu a inconstitucionalidade do dispositivo quanto ao VGBL).

Antes de passar para a análise da outra matéria debatida nos autos

25 **Vide**, por exemplo, os seguintes casos: a) **TJRS**: Embargos de Declaração em Apelação Cível, nº 50006183920208210084, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: **Francisco José Moesch**, Julgado em: 18-11-2021; Apelação/Remessa Necessária, nº 50548814220218210001, Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: **João Barcelos de Souza Junior**, Julgado em: 27-10-2021; Apelação/Remessa Necessária, nº 50887526320218210001, Primeira Câmara Cível, Relator: **Maria Isabel de Azevedo Souza**, Julgado em: 29-04-2022; b) **TJMG**: Ap Cível/Rem Necessária 1.0000.23.328230-0/001, Relator(a): Des.(a) **Juliana Campos Horta**, 1ª Câmara Cível, julgamento em 05/06/2024, publicação da súmula em 11/06/2024; Ap Cível/Rem Necessária 1.0000.23.199763-6/001, Relator(a): Des.(a) **Versiani Penna**, 19ª Câmara Cível, julgamento em 08/02/2024, publicação da súmula em 16/02/2024.

26 SEFAZ/SP. Resposta à consulta tributária 1625/2013, de 12 de junho de 2013. Disponível em: https://legislacao.fazenda.sp.gov.br/Paginas/RC1625_2013.aspx. Acesso em: 20 ago 2024

(art. 42 da lei impugnada), abro o tópico a seguir para versar sobre a possibilidade de o Fisco combater a dissimulação do fato gerador do ITCMD.

DA POSSIBILIDADE DE SE COMBATER A DISSIMULAÇÃO

Como registrado acima, entendo que o ITCMD não pode incidir em relação ao VGBL ou ao PGBL, no caso de falecimento do titular do plano. Isso, contudo, **não impede que o Fisco combata eventuais dissimulações do fato gerador do imposto, criadas mediante planejamento fiscal abusivo.**

Essas atitudes ilícitas, evidentemente, contrariam o dever fundamental de pagar tributos. Como já anotei em outra oportunidade (**vide** ADI nº 2.859/DF), José Casalta Nabais, no livro “O Dever Fundamental de Pagar Impostos”, demonstra, em síntese, que, no Estado contemporâneo – o qual é, essencialmente, um Estado Fiscal, entendido como aquele que é financiado majoritariamente pelos impostos pagos por pessoas físicas e jurídicas – pagar imposto é um dever fundamental.

Na doutrina brasileira, vale mencionar os estudos de Marciano Buffon²⁷, que, se debruçando sobre a conceito em referência, destacou a importância do dever fundamental de pagar tributos numa sociedade que se organiza sob as características do Estado Social – como é o caso do Brasil –, pois, nesse modelo, o Estado tem o dever de assegurar a todos uma existência digna, o que pressupõe a concretização de direitos sociais, econômicos e culturais do cidadão, por meio da prestações que demandam recursos públicos.

Nesse contexto, insta lembrar que o art. 116, parágrafo único, do CTN prevê que pode a autoridade administrativa “desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária, observados os procedimentos a serem estabelecidos em lei ordinária”.

Como se sabe, a Corte concluiu, no julgamento da ADI nº 2.446/DF, Relatora a Ministra **Cármem Lúcia**, pela constitucionalidade do referido dispositivo. Na oportunidade, o Tribunal foi claro ao assentar que a norma em questão (art. 116, parágrafo único, do CTN) **não teve por objetivo impedir formas lícitas de elisão ou planejamento tributário,**

²⁷ BUFFON, Marciano. **Tributação e dignidade humana:** entre os direitos e deveres fundamentais. Livraria do Advogado. Porto Alegre, 2009. p. 91.

mas sim atitudes ilícitas, cabendo à administração tributária o ônus da prova.

Na ocasião, assim me pronunciei:

“No mérito, cumpre destacar, de início, que o art. 116, parágrafo único, do Código Tributário Nacional não busca impedir, ainda que por vias transversas, o planejamento tributário lícito, mas sim inibir condutas ilícitas.

(...)

Como bem consignou a Relatora, somente a lei pode estabelecer a definição do fato gerador da obrigação tributária principal. Por seu turno, o parágrafo único do art. 116 do CTN prevê que pode a autoridade administrativa ‘desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a **ocorrência do fato gerador** do tributo ou a natureza dos **elementos constitutivos da obrigação tributária (...)**’. Ora, o fato gerador é propriamente aquele definido em lei. Anote-se que também são tratados por lei os outros elementos indispensáveis para a configuração da obrigação tributária principal, como a alíquota e a base de cálculo.

Isso significa que a administração tributária, ao invocar o parágrafo único em questão, tem de demonstrar a efetiva ocorrência do fato gerador previsto em lei ou a presença dos elementos constitutivos da obrigação tributária. Além disso, tem de demonstrar a ocorrência de atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência desse fato gerador ou a natureza dos citados elementos.

Corroborando o entendimento acerca da ausência de violação da legalidade tributária, convém ainda citar Marco Aurélio Greco: ‘a norma em questão não autoriza a exigência de tributo em relação à hipótese que não configure fato gerador; não autoriza a exigência sem lei ou fora dos tipos que a lei pertinente tiver previsto; não cria fato gerador novo!’ (Constitucionalidade do parágrafo único do artigo 116 do CTN. In **O planejamento tributário e a Lei Complementar 104**. São Paulo: Dialética, 2001, p. 183/204).

(...)

Em segundo lugar, é certo que tal medida somente poderá ser tomada pela autoridade fiscal respeitando o devido processo legal. Nesse ponto, ganha inegável importância aquela lei ordinária disciplinando os procedimentos a serem observados por essa autoridade.

Em terceiro lugar, a decisão tomada pela autoridade fiscal com base na norma debatida pode ser controlada pelo Poder Judiciário, na hipótese de esse ser provocado. Em outras palavras, tal decisão administrativa não é imune ao controle judicial.”

O julgamento da ação direta em alusão foi assim ementado:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI COMPLEMENTAR N. 104/2001. INCLUSÃO DO PARÁGRAFO ÚNICO AO ART. 116 DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL: NORMA GERAL ANTIELISIVA. ALEGAÇÕES DE OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE, DA LEGALIDADE ESTRITA EM DIREITO TRIBUTÁRIO E DA SEPARAÇÃO DOS PODERES NÃO CONFIGURADAS. AÇÃO DIRETA JULGADA IMPROCEDENTE” (ADI nº 2.446/DF, Tribunal Pleno, Relatora a Ministra **Cármem Lúcia**, DJe de 27/4/22).

Ressalto ainda que a orientação defendida no presente voto quanto à ao tema (impossibilidade de incidência do ITCMD quanto ao VGBL ou ao PGBL, no caso de falecimento do titular do plano) **não autoriza, evidentemente, que o VGBL ou o PGBL possam ser utilizados para se burlar o direito à legítima.**

Passo a tratar do art. 42 da lei impugnada.

DO ART. 42 DA LEI IMPUGNADA

Constata-se que o art. 42 da Lei Fluminense nº 7.174/15 foi declarado inconstitucional pelo Tribunal Local, com o argumento de que esse dispositivo estabeleceria a incidência do ITCMD sobre direitos reais que têm natureza de ônus, nos quais não se verificaria a transmissão de direitos. Nessa toada, relembrou orientação do Conselho da Magistratura de que a extinção de usufruto por renúncia ou morte do usufrutuário não consiste em fato gerador do imposto.

Julgo, entretanto, que o art. 42 em questão não trata da incidência do ITCMD em situação na qual não se verifica transmissão **causa mortis** ou doação, e sim de **diferimento do recolhimento de parte do imposto** cujo fato gerador (relacionado à transmissão da titularidade de bem) tenha ocorrido anteriormente.

Vejamus um exemplo. Suponhamos que **A** doou um imóvel seu a **B**, tendo o doador reservado para si o direito real de usufruto. O ITCMD,

como se sabe, incide sobre a doação em comento. Poderia, assim, o estado cobrar 100% desse imposto por ocasião de tal doação. Mas o que o Estado do Rio de Janeiro fez por meio do artigo em discussão? Determinou que, por ocasião da doação, apenas metade do imposto seria cobrado quando da doação, sendo a outra metade (relativa ao citado fato gerador doação) cobrada posteriormente, quando da extinção do usufruto.

Para corroborar esse entendimento, cito, mais uma vez, o parecer do Procurador-Geral da República:

“Conforme apontado pelo ente federado, nos termos da Lei nº 1.427/89, na hipótese de doação com reserva de usufruto, o contribuinte haveria de pagar 50% do tributo de forma imediata e recolher os outros 50% na sua extinção.

Nota-se que, efetivamente, o fato gerador do tributo é a transmissão por doação, mas diante da reserva de usufruto, o ente federado concedeu a possibilidade de diferimento do pagamento do valor integral do tributo.

A extinção do usufruto seria condição futura, que ao ocorrer tornaria exigível os outros 50% anteriormente diferido, pelo que inexistente inconstitucionalidade na previsão legislativa.”

É impróprio afirmar, portanto, que o art. 42 estabeleceu a incidência de ITCMD sobre situação na qual inexistente transmissão **causa mortis** do bem ou doação. Trata o artigo de prever simples diferimento, o que está no âmbito de conformação do legislador estadual, de recolhimento de parte do imposto cujo fato gerador já tenha ocorrido.

DA ANÁLISE DO CASO CONCRETO

Em relação ao recurso extraordinário da Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro (ALERJ), verifica-se ser o caso de a ele negar seguimento. Vale lembrar que a ALERJ sustentou ter havido ofensa aos arts. 93, inciso IX; e 125, § 2º, da Constituição Federal, com o argumento de que, no julgamento da ação direta, o Tribunal **a Quo** não teria procedido ao confronto direto e analítico entre as normas declaradas inconstitucionais e o texto constitucional, descaracterizando, assim, a via de controle abstrato de constitucionalidade. Ainda de acordo com a ALERJ, a Corte de Origem teria deixado de indicar qual teria sido a afronta à Constituição Estadual perpetrada em cada dispositivo invalidado.

Como aduzi na manifestação sobre a repercussão geral, não há como conhecer do recurso quanto ao art. 93, inciso IX, do texto constitucional, na medida em que a jurisdição foi prestada mediante decisões suficientemente motivadas, embora contrárias à pretensão da recorrente. Anote-se que o Plenário deste Supremo Tribunal Federal reconheceu a repercussão geral desse tema e reafirmou a orientação de que a referida norma constitucional não exige que o órgão judicante manifeste-se sobre todos os argumentos de defesa apresentados, e sim que ele fundamente, ainda que sucintamente, as razões que entendeu suficientes à formação de seu convencimento (AI nº 791.292/PE-RG-QO, Rel. Min. **Gilmar Mendes**, DJe de 13/8/10).

Ademais, é certo que o Tribunal de Origem realizou o controle de constitucionalidade das normas invalidadas tendo como parâmetro o art. 199, inciso I, alínea **a**, da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, o qual corresponde ao art. 155, inciso I, da Constituição Federal.

Em relação ao recurso extraordinário da Federação Nacional das Empresas de Seguros Privados, de Capitalização e de Previdência Complementar Aberta (FENASEG), constata-se ser o caso de a ele se dar provimento, de modo a assentar a inconstitucionalidade da incidência do ITCMD, disciplinada no art. 23 e no art. 13, inciso II e parágrafo único, da Lei Estadual nº 7.174/15, quanto ao repasse para os beneficiários de valores e direitos relativos ao Plano Gerador de Benefício Livre (PGBL) na hipótese de morte do titular do plano. Ressalto que não declaro a inconstitucionalidade integral do parágrafo único do art. 13 da referida lei, em razão de tal parágrafo continuar sendo aplicável quanto ao inciso I, **vide**:

“Art. 13. São responsáveis pela retenção e recolhimento do imposto:

I - as instituições autorizadas pelo Banco Central do Brasil a operar no mercado de câmbio, nas doações realizadas por meio de transferências financeiras para o exterior e do exterior para o País; e

II - as entidades de previdência complementar, bem como as sociedades seguradoras autorizadas, na hipótese da transmissão causa mortis referida no art. 23.

Parágrafo único - Não efetuada a retenção referida no caput deste artigo, o pagamento do imposto pode ser exigido do responsável ou do contribuinte.”

Quanto ao recurso extraordinário do Estado do Rio de Janeiro, entendo ser o caso de a ele dar parcial provimento, declarando-se a constitucionalidade do art. 42 da Lei Fluminense nº 7.174/15.

DISPOSITIVO

Ante o exposto, (i) nego seguimento ao recurso extraordinário da Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro (ALERJ); (ii) dou provimento ao recurso extraordinário da Federação Nacional das Empresas de Seguros Privados, de Capitalização e de Previdência Complementar Aberta (FENASEG), declarando a inconstitucionalidade da incidência do ITCMD, disciplinada no art. 23 e no art. 13, inciso II e parágrafo único, da Lei Estadual nº 7.174/15, quanto ao repasse para os beneficiários de valores e direitos relativos ao Plano Gerador de Benefício Livre (PGBL) na hipótese de morte do titular do plano; e (iii) dou parcial provimento ao recurso extraordinário do Estado do Rio de Janeiro, declarando a constitucionalidade do art. 42 da referida lei estadual.

Proponho a fixação da seguinte tese para o Tema nº 1.214:

“É inconstitucional a incidência do imposto sobre transmissão **causa mortis** e doação (ITCMD) sobre o repasse aos beneficiários de valores e direitos relativos ao plano vida gerador de benefício livre (VGBL) ou ao plano gerador de benefício livre (PGBL) na hipótese de morte do titular do plano.”

É como voto.