



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2017.0000287454

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1001854-38.2016.8.26.0103, da Comarca de Caconde, em que é apelante FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO, são apelados JOÃO CARLOS DE OLIVEIRA, TELMA ADRIANA MONTOVANI RODRIGUES OLIVEIRA, LOURDES DE FATIMA OLIVEIRA e JOSE CARLOS OMS.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 9ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento ao recurso, com observação. V.U., de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores REBOUÇAS DE CARVALHO (Presidente) e DÉCIO NOTARANGELI.

São Paulo, 27 de abril de 2017.

Carlos Eduardo Pachi  
relator  
Assinatura Eletrônica



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Voto nº 26.348

APELAÇÃO CÍVEL nº 1001854-38.2016.8.26.0103

Comarca de CACONDE

Apelante: FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Apelados: JOÃO CARLOS DE OLIVEIRA E OUTROS

(Juiz de Primeiro Grau: *Fábio Pando de Matos*)

REPETIÇÃO DE INDÉBITO – ITCMD – A base de cálculo do ITCMD, no caso em apreço, deve ser o valor venal do imóvel lançado para fins de ITR, em razão da ilegalidade do Decreto 55.002/09 – Ofensa ao artigo 150, inciso I, da Constituição Federal, e aos artigos 97 e 99 do CTN – Precedentes - R. Sentença mantida.

CONSECTÁRIOS LEGAIS – Juros moratórios e correção monetária – Tratando-se de restituição de pagamento indevido que ostenta natureza tributária, aplica-se a taxa SELIC, a partir do trânsito em julgado, conforme decidido no REsp nº 1.111.189-SP, na sistemática dos recursos repetitivos, c/c verbete 188 da Súmula do STJ – Indexador que tem a dupla finalidade de atualizar o poder de compra do capital e penalizar a mora – Correção monetária da data em que recolhido o tributo, pelos índices da Tabela Prática do TJ/SP até que comecem a ser contados os juros, a partir de quando só incidirá a SELIC – Inaplicabilidade da Lei nº 11.960/2009.

Recurso improvido, com observação.

Vistos, etc.

Trata-se de apelação tempestivamente deduzida pela Fazenda do Estado de São Paulo contra a r. sentença de fls. 183/188, cujo relatório é adotado, que julgou procedente a ação de repetição de indébito para o fim de declarar a inconstitucionalidade *incidenter tantum* do artigo 16 caput e parágrafo único do Decreto Estadual Paulista 46.655/2002, com as alterações inseridas pelo Decreto Estadual Paulista 55.002/2009 e condenar a requerida a restituir aos autores o valor de R\$ 70.013,77 (setenta mil treze reais e setenta e sete centavos), devidamente atualizado de acordo com a Tabela Prática do TJ/SP, desde o desembolso até o efetivo pagamento, com juros de mora conforme o art. 1º da Lei 9.494/97, e aplicação da partir da citação.

Afirma que compete ao legislador estadual a fixação de regras sobre impostos cuja instituição seja de sua competência, desde que respeitadas as limitações ao poder de tributar (arts. 150 e 152 da CF), e os princípios gerais (arts. 145 e 149 da CF). Alega que os artigos 2º, I, 9º e 13, II da Lei 10.705/00 estabelecem que o valor a ser utilizado para base de cálculo do ITCMD não seja inferior ao lançado pelo Município para cobrança do IPTU e do ITR. Sustenta que o artigo 16 do RITCMD não alterou a base de cálculo do referido imposto, apenas regulamentou a base de cálculo do ITCMD, inexistindo ofensa a qualquer princípio constitucional (fls. 191/199).

Contrarrazões a fls. 204/214.

Processado, subiram os autos.

Instadas as partes não se manifestaram quanto ao julgamento virtual, conforme certidão de fls. 218.

É o Relatório.

Trata-se de ação proposta pelos recorridos visando à repetição de indébito referente ao ITCMD, julgada procedente em Primeiro Grau.

Os artigos 2º, I, 9º, § 1º, e 13, inciso I e II, da Lei Estadual 10.705, de 28 de dezembro de 2000, com a redação dada pela Lei Estadual 10.992, 21 de dezembro de 2001, dispõem:

*“Artigo 2º - O imposto incide sobre a transmissão de qualquer bem ou direito havido:*

*I - por sucessão legítima ou testamentária, inclusive a sucessão provisória;*

*(...)*

*§ 2º - Compreende-se no inciso I deste artigo a transmissão de bem ou direito por qualquer título sucessório, inclusive o fideicomisso.*

*(...)*

*Artigo 9º - A base de cálculo do imposto é o valor venal do bem ou direito transmitido, expresso em moeda nacional ou em UFESPs (Unidades Fiscais do Estado de São Paulo).*

*§ 1º - Para os fins de que trata esta lei, considera-se valor venal o valor de mercado do bem ou direito na data da abertura da sucessão ou da realização do ato ou contrato de doação. (...)*

*Artigo 13 – No caso de imóvel, o valor da base de cálculo não será inferior:*

*I – em se tratando de imóvel urbano ou direito a ele relativo, ao fixado para o lançamento do Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana – IPTU;*

*II - em se tratando de imóvel rural ou direito a ele relativo, ao valor total do imóvel declarado pelo contribuinte para efeito de lançamento do Imposto sobre a Propriedade Territorial Rural - ITR. – g.n.*

O posicionamento fazendário arrima-se no art. 16, parágrafo único, item 1, do Decreto 46.655/02, com redação dada pelo Decreto 55.002/09, que assim estabelece:

*“Artigo 1º - Passa a vigorar com a redação que se segue o parágrafo único do artigo 16 do Regulamento do Imposto sobre Transmissão “Causa Mortis” e Doação de Quaisquer Bens ou Direitos - RITCMD, aprovado pelo Decreto 46.655, de 1º de abril de 2002:*

*“Parágrafo único - Poderá ser adotado, em se tratando de imóvel:*

*1 - rural, o valor médio da terra-nua e das benfeitorias divulgado pela Secretaria de Agricultura e Abastecimento do Estado de São Paulo ou por outro órgão de reconhecida idoneidade, vigente à data da ocorrência do fato gerador, quando for constatado que o valor declarado pelo interessado é incompatível com o de mercado;*

*2 - urbano, o valor venal de referência do Imposto sobre Transmissão de Bens Imóveis - ITBI divulgado ou utilizado pelo município, vigente à data da ocorrência do fato gerador, nos termos da respectiva legislação, desde que não inferior ao valor referido na alínea “a” do inciso I, sem prejuízo da instauração de procedimento administrativo de arbitramento da base de cálculo, se for o caso. ”*

Constata-se, portanto, que a lei instituidora do ITCMD definiu que sua base de cálculo é "*valor total do imóvel declarado pelo contribuinte para efeito de lançamento do Imposto sobre a Propriedade Territorial Rural – ITR*".

No caso em tela, a pretensão da Administração, no sentido de que o valor fixado para o lançamento do ITR não corresponde ao valor de mercado do imóvel não deve prosperar, já que a FESP não trouxe qualquer prova que evidenciasse a incompatibilidade do valor apresentado pelo impetrante (valor venal do ITR) e o valor corrente de mercado dos bens imóveis rurais.

No mais, o art. 150, inciso I, da Constituição Federal, preconiza, sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, ser vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, exigir ou *aumentar* tributo sem lei que o estabeleça.

No plano infraconstitucional, notadamente complementar ao preceito constitucional, o art. 97 do CTN estabelece que, somente a lei poderá majorar ou reduzir tributos (inciso II), assentando expressamente equipar-se à majoração do tributo a modificação de sua base de cálculo que importe torná-lo mais oneroso (§1º).

É o que acontece no caso em exame.

Deveras, a utilização de outra base de cálculo que não o valor declarado para fins de ITR surte o efeito deletério de tornar, via Decreto, o ITCMD mais oneroso.

LEANDRO PAULSEN, comentando o art. 97 do CTN, anota que: "*A legalidade estrita em matéria tributária constitui garantia fundamental prevista no art. 150, I, da CF, que é auto-aplicável. O art. 97 do CTN visa a regulamentar a legalidade, tendo a virtude de*

*esclarecer o seu alcance. Nessa medida, foi recepcionado*". (Direito Tributário – Constituição e Código Tributário à luz da doutrina e jurisprudência, 10ª edição, editora Livraria do Advogado, página 828).

E, de fato, bem pensada a questão, é forçoso reconhecer que a própria Lei Estadual 10.705/00 somente se limitou a estabelecer o que é o valor venal (no caso, o valor de mercado do bem), mas não trouxe critérios seguros para definir, enfim, o que seria o tal *valor mercadológico*.

Em tese, o Decreto 46.655/02, com redação dada pelo Decreto 55.002/09, teria o condão de regulamentar a Lei do ITCMD, fornecendo elementos para a conceituação e apuração do valor de mercado, desde que não tornasse a exação mais onerosa, ainda mais quando se tem na própria lei instituidora um critério menos oneroso ao contribuinte.

Eis o ponto nodal da causa.

Em suma, o Decreto vergastado não peca por sua finalidade, que é legítima – de complementar o dispositivo legal -, mas sim pelo impacto econômico (majoração) decorrente de sua eventual aplicação. Sem dúvida, gera vício pelo resultado.

Neste sentido é importante ressaltar que o art. 99 do CTN preceitua que o conteúdo e o alcance dos Decretos restringem-se aos das Leis em função das quais sejam expedidos, determinados com observância das regras de interpretação estabelecidas pelo referido diploma legal.

No julgamento do Agravo Regimental nº 032212-32.2011.8.26.0053/50000, reiterando o posicionamento adotado no desate da apelação anterior (tirada no âmbito de mandado de segurança abarcador de pretensão análoga a dos autos) o

Desembargador Coimbra Schmidt concluiu com proficiência:

*“Portanto, o indigitado Decreto Estadual nº 55.002, de 9 de novembro de 2009 extrapolou o limite regulamentar, estabelecendo base de cálculo diversa da prevista na Lei nº 10.705/00, afrontando o disposto no art. 99 do CTN, pelo qual o conteúdo e o alcance dos decretos restringem-se aos das leis em função das quais sejam expedidos”.*

No mesmo sentido:

*“DIREITO TRIBUTÁRIO - Mandado de Segurança - Impetração com o objetivo de lavrar escritura pública de doação de bem imóvel com o recolhimento do ITCMD calculado sobre o valor venal do imóvel lançado no ITR - A base de cálculo do ITCMD, no caso em apreço, deve ser o valor venal do imóvel lançado para fins de ITR, em razão da ilegalidade do Decreto 55.002/09 - Inteligência do art. 97, inciso II, §1º, do CTN e da Lei 10.705/2000 - Precedentes deste Egrégio Tribunal - Sentença mantida. Reexame necessário e recurso voluntário da ré desprovidos” (Apelação nº 1000754-05.2015.8.26.0452, 11ª Câmara de Direito Público, rel. Des. Oscild de Lima Júnior, j. em 03.05.2016)*

Portanto, diante destes fundamentos e com apoio nos precedentes de escol colacionados acima, tem-se que o reclamo fazendário não merece provimento.

Em se tratando de matéria de ordem pública a questão referente aos juros pode ser abordada e alterada de ofício.

Quanto ao valor a ser repetido e seus consectários, necessária breve explicação sobre a inaplicabilidade do índice determinado pelo artigo 5º, da Lei nº 11.960/2009, já que declarada a inconstitucionalidade por arrastamento.

Ainda que o Superior Tribunal de Justiça tenha firmado entendimento pacífico de que o art. 5º da Lei nº 11.960/2009 possua “natureza instrumental” e, portanto, incidente sobre os processos

em curso, mesmo os promovidos anteriormente à sua vigência, tal como consta da decisão exarada nos Embargos de Divergência no REsp nº 1.207.197-RS, relatado pelo Ministro Castro Meira, e também no REsp nº 1.205.946-SP, relatado pelo Ministro Benedito Gonçalves, este último julgado pelo regime dos recursos repetitivos, novo contorno jurídico há de ser seguido, agora com base no derradeiro posicionamento do Supremo Tribunal Federal.

O Plenário do STF, no julgamento das ADIs nºs 4.357 e 4.425, decidiu pela declaração de inconstitucionalidade por arrastamento do art. 5º da Lei nº 11.960/2009, em Seção de 13 e 14 de março de 2013, ocasião em que definida a sua invalidade.

Como dito pelo Ministro CELSO DE MELLO, relator da ADI nº 652-5, a declaração de inconstitucionalidade gera um “juízo de exclusão” da norma, ou seja:

*“A ativação da jurisdição concentrada do Supremo Tribunal Federal, deriva do ajuizamento da ação direta de inconstitucionalidade, enseja a esta Corte o exercício em abstrato da tutela jurisdicional do direito positivado na Constituição, autorizando-a a atuar como verdadeiro legislador negativo (RT 631/227).”*

*“A declaração de inconstitucionalidade em tese encerra um juízo de exclusão, que, fundado numa competência de rejeição, deferida ao Supremo Tribunal Federal, consiste em remover do ordenamento positivo a manifestação estatal inválida e desconforme ao modelo plasmado na Carta Política, com todas as consequências daí decorrentes, inclusive a plena restauração de eficácia das leis e das normas afetadas pelo ato declarado inconstitucional (RTJ 101/503).”*

Assim já se decidiu: *“Não podem ser desconsideradas as decisões do Plenário do STF que reconhecem a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade de diploma normativo. Mesmo quando tomadas em controle difuso, são decisões de incontestável e natural vocação expansiva, com eficácia imediatamente*



*vinculante para os demais tribunais, inclusive o STJ (CPC, art. 481, parágrafo único), e no caso das decisões que reconhecem a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, com força de inibir a execução de sentenças judiciais contrárias, que se tornam inexigíveis (CPC, art. 741, parágrafo único; art. 475-L, § 1º, redação da Lei 11.232/2005) (STJ – 1ª T., REsp 819.850, Min Teori Zavacki, j. 01.06.2006, DJU 19.06.2006)” (THEOTONIO NEGRÃO E OUTROS – Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor – Saraiva – 44ª ed. – nota 25 ao art. 475-L – pág. 572).*

E, tal entendimento deflui de decisão monocrática exarada pela Ministra Carmen Lúcia, no RE nº 747.702-SC, de 4 de junho de 2013 que, embora tenha tratado da inconstitucionalidade do art. 100, par. 12, da CF, com idênticas consequências em relação ao art. 5º, da Lei nº 11.960/09, fez regressar os autos ao Tribunal de Origem, ante o obstáculo de se aplicar o *“índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança”* e, com isso, adotar outro índice, impondo-se novo julgamento pelo Tribunal de Justiça Estadual (SC).

Note-se que os valores a serem repetidos têm natureza de dívida tributária.

Portanto, a hipótese dos autos reclama a aplicação da taxa SELIC, tanto para o fito de atualizar monetariamente o débito, como também para penalizar a mora, cujo termo inicial do consectário se dará a partir do trânsito em julgado, nos termos do art. 167, parágrafo único, do Código Tributário Nacional e do verbete 188 da Súmula do E. Superior Tribunal de Justiça que estabelece que: *“Os juros moratórios, na repetição do indébito, são devidos a partir do trânsito em julgado da sentença”*.

Esta solução atende ao quanto decidido no REsp nº 1.111.189/SP, relatado pelo Min. Teori Albino Zavascki, segundo a sistemática dos recursos repetitivos.

Confira-se:

*“RECURSO REPETITIVO. TRIBUTOS ESTADUAIS. REPETIÇÃO. INDEBITO. TAXA SELIC. A Seção, ao apreciar o REsp como recurso repetitivo (Res. n° 8/2008-STJ e art. 543-C do CPC), deu a ele provimento e reiterou que, relativamente a tributos federais, a sua jurisprudência está assentada no seguinte entendimento: na restituição de tributos, seja por repetição em pecúnia seja por compensação, são devidos juros de mora a partir do trânsito em julgado, nos termos do art. 167, parágrafo único, do CTN e da Súmula n° 188-STJ, sendo que os juros de 1% ao mês incidem sobre os valores reconhecidos em sentenças cujo trânsito em julgado ocorreu em data anterior a 1º/01/96. A partir de então, passou a ser aplicável apenas a taxa Selic, instituída pela Lei n° 9.250/95, desde cada recolhimento indevido. Relativamente a tributos estaduais ou municipais, a matéria continua submetida ao princípio geral adotado pelo STF e pelo STJ, segundo o qual, em face da lacuna do art. 167, parágrafo único, do CTN, a taxa dos juros de mora na repetição de indébito deve, por analogia e isonomia, ser igual à que incide sobre os correspondentes débitos tributários estaduais ou municipais pagos com atraso. E a taxa de juros incidente sobre esses débitos deve ser de 1% ao mês, a não ser que o legislador, utilizando a reserva de competência prevista no § 1º do art. 161 do CTN, disponha de modo diverso. Nessa linha de entendimento, a jurisprudência deste Superior Tribunal considera incidente a taxa Selic na repetição de indébito de tributos estaduais a partir da data de vigência da lei estadual que prevê a incidência de tal encargo sobre pagamento atrasado de seus tributos. No Estado de São Paulo, o art. 1º da Lei Estadual n° 10.175/1998 prevê a aplicação da taxa Selic sobre impostos estaduais pagos com atraso, o que impõe a adoção da mesma taxa na repetição do indébito. Precedentes citados: EREsp 399.497-SC, DJ 07/03/2005; EREsp 225.300-PR, DJ 28/01/2003; EREsp 291.257-SC, DJ 06/09/2004 e EREsp 610.351-SP, DJ 1º/07/2005. REsp 1.111.189-SP, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, julgado em 13/05/2009.*

Reforça a afirmação, o que ficou decidido na Questão

de Ordem nas ADIs 4.357 e 4.425, no item 2.2., que *os precatórios tributários deverão observar os mesmos critérios pelos quais a Fazenda Pública corrige seus créditos tributários.*

Assim, quanto aos juros moratórios incidentes no caso, deve-se observar o percentual fixado pela taxa SELIC, nos termos da Lei nº 9.250/95, não podendo haver cumulação na cobrança com qualquer outro índice de correção monetária, porquanto a inserção desta no aludido indexador.

E tendo em conta que o Superior Tribunal de Justiça pacificou o entendimento que a taxa SELIC envolve juros e correção monetária e como os termos iniciais são diversos e a fim de evitar a indevida acumulação, a correção monetária será contada da data do desembolso, aplicando-se a Tabela Prática do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

A partir do início da contagem dos juros, só será aplicada a taxa SELIC que, como se viu, engloba juros e correção monetária.

Ante o decidido, majora-se em dois por cento, os honorários advocatícios arbitrados em Primeiro Grau, na forma do artigo 85, § 11, do CPC.

Por todo o exposto, NEGÓ PROVIMENTO ao recurso, determinando, de ofício, a atualização do valor devido, nos termos deste Acórdão, mantida, no mais, a r. sentença por seus próprios fundamentos.

CARLOS EDUARDO PACHI  
*Relator*