



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Registro: 2017.0000326987

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1015915-68.2015.8.26.0577, da Comarca de São José dos Campos, em que é apelante FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO, são apelados DORALINA FERRARI ARDUIN (ESPÓLIO) e ELIANE ARDUIN DOS SANTOS (INVENTARIANTE).

ACORDAM, em 1ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V. U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ALIENDE RIBEIRO (Presidente sem voto), VICENTE DE ABREU AMADEI E DANILO PANIZZA.

São Paulo, 9 de maio de 2017.

MARCOS PIMENTEL TAMASSIA
RELATOR
Assinatura Eletrônica



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Apelação nº 1015915-68.2015.8.26.0577

Apelante: Fazenda do Estado de São Paulo

Apelados: Doralina Ferrari Arduin e Eliane Arduin dos Santos

Comarca: São José dos Campos

Voto nº 4477

Julgador de Primeiro Grau: *Silvio José Pinheiro dos Santos*

APELAÇÃO – DIREITO TRIBUTÁRIO - ITCMD –
Demanda objetivando o reconhecimento do direito ao abatimento do monte-mor das dívidas deixadas pelo *de cujus*, viabilizando que a base de cálculo do ITCMD apanhe tão somente o patrimônio líquido transmitido – Preliminar de ilegitimidade ativa do espólio afastada – Estando ainda em curso o inventário, desponta a legitimidade do espólio, representado pela inventariante (artigo 75, inciso VII, do CPC/2015), para defender em juízo os interesses titulados pelo todo unitário e indivisível – Mérito - Ofensa à separação de Poderes – Inocorrência – Entendimento esposado pelo julgador de primeiro grau no sentido de que, no embate entre o artigo 12 da Lei Estadual nº 10.705/2000 e os artigos 1792 e 1997, ambos do Código Civil, devem prevalecer estes últimos, em dicção conjugada, pondo fim a uma antinomia entre normas jurídicas – Exercício do controle de legalidade sobre os atos dos outros Poderes - Embora o artigo 12 da Lei Estadual nº 10.705/2000 estabeleça que “*no cálculo do imposto, não serão abatidas quaisquer dívidas que onerem o bem transmitido, nem as do espólio*”, é de se reconhecer que o dispositivo vai de encontro ao que estatuem os artigos 1.792 e 1.997, ambos do Código Civil - Acervo patrimonial transmitido que corresponde ao monte-mor líquido, razão por que as dívidas do *de cujus* não podem integrar a base de cálculo do ITCMD – Norma do artigo 12 da Lei Estadual nº 10.705/2000 que não pode prevalecer, na medida em que foi revogada tacitamente pelos artigos 1792 e 1997 do Código Civil, normas federais posteriores incompatíveis com a primeira, conforme preconiza o artigo 2º, § 1º, da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro – Sentença de procedência mantida – Honorários advocatícios sucumbenciais majorados de R\$ 2000,00 para R\$ 2500,00, ante o trabalho adicional realizado pelo patrono do demandante – Dicção do artigo 85, *caput* e §11, do NCPC – Recurso desprovido.

Vistos etc.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Trata-se de ação proposta pelo **ESPÓLIO DE DORALINA FERRARI ARDUIN** contra a **FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO** objetivando o reconhecimento do direito ao abatimento do montem das dívidas deixadas pelo *de cujus*, viabilizando que a base de cálculo do ITCMD apanhe tão somente o patrimônio líquido transmitido.

A r. sentença (fls. 101/103), de relatório adotado, julgou procedente a demanda para declarar o direito do demandante de abater as dívidas do *de cujus* do valor dos bens e direitos por ele deixados, de modo a calcular o ITCMD apenas sobre o saldo a ser transferido à herdeira. Mercê da sucumbência, a Fazenda do Estado de São Paulo foi condenada ao pagamento de honorários advocatícios fixados em R\$ 2.000,00 (dois mil reais).

Apela o Estado de São Paulo (fls. 106/112), arguindo, preliminarmente, a ilegitimidade do espólio para figurar no polo ativo da demanda, ao argumento de que o interesse material em jogo é da única herdeira, Eliane Arduin dos Santos. No mérito, sustenta, em síntese, que o artigo 12 da Lei Estadual nº 10.705/2000 determina, para fins de cálculo do ITMCD, o não abatimento de quaisquer dívidas que onerem o bem transmitido, sequer as do espólio. Aduz, ainda, que o magistrado de primeiro grau invadiu seara da Administração Pública ao afastar a aplicação da Lei Estadual nº 10.705/2000. Pede, nessa conformidade, a reforma da sentença.

O juízo *a quo* certificou a interposição do apelo (fls. 113), tendo o autor, regularmente intimado, apresentado contrarrazões (fls. 116/127), nos termos dos artigos 1009 e 1010 do NCPC.

É o relatório. **DECIDO.**

A apelação é tempestiva, o Estado de São Paulo, sendo ente público, goza de isenção (artigo 1.007, *caput* e § 1º, do CPC/2015), e os demais requisitos de admissibilidade estão contemplados, de modo que recebo o apelo no duplo efeito, nos moldes do artigo 1.012, *caput*, do CPC/2015.

De início, afasto a preliminar de ilegitimidade ativa levantada pela apelante.

Com a morte do *de cujus*, abre-se a sucessão, e a herança (universalidade de direito ou complexo de relações jurídicas economicamente apreciáveis, tomadas dos lados ativo e passivo) transmite-se desde logo aos herdeiros legítimos e testamentários (artigo 1784 do Código Civil), deferindo-se, até a partilha, como um todo unitário e indivisível, regido pelas normas do condomínio (artigo 1791 do Código Civil).

O espólio, entendido como massa patrimonial hereditária dotada de personalidade anômala, é a herança em juízo, situação que se mantém até que se ultime o inventário e se proceda à partilha, quando se põe termo à indivisibilidade.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Nessa perspectiva, estando ainda em curso o inventário, desponta a legitimidade do espólio, representado pela inventariante (artigo 75, inciso VII, do CPC/2015), para defender em juízo os interesses titulados pelo todo unitário e indivisível.

No mérito, o recurso não comporta provimento.

Anoto que não houve ofensa à separação de Poderes.

Como é cediço, uma das funções precípua do Poder Judiciário é corrigir ilegalidades perpetradas pelos outros Poderes de Estado, apreciando lesão ou ameaça a direito (artigo 5º, inciso XXXV, da CF). Para tanto, interpreta as normas jurídicas a fim de aplicá-las ao caso concreto por elas regulado, extirpando, quando necessário, eventuais antinomias, aparentes ou reais, que se instauram entre aquelas, mantendo, assim, a coerência do ordenamento jurídico.

Exercendo tal função, o julgador de primeiro grau entendeu que, no embate entre o artigo 12 da Lei Estadual nº 10.705/2000 e os artigos 1792 e 1997, ambos do Código Civil, devem prevalecer estes últimos, em dicção conjugada, pondo fim a uma antinomia entre normas jurídicas. Daí não ressalta qualquer invasão das atividades legiferante ou administrativa, mas sim se divisa lícito controle de legalidade sobre os atos dos outros Poderes.

A controvérsia posta nos autos é exclusivamente de direito e cinge-se a analisar se da base de cálculo do ITCMD devem ou não ser abatidas as dívidas que oneram o patrimônio transmitido *mortis causa*.

Com efeito, o ITCMD tem por fato gerador a transmissão dos bens e direitos em decorrência do falecimento de seu titular, por sucessão legítima ou testamentária (artigo 2º, inciso I, da Lei Estadual nº 10.705/2000), e a sua base de cálculo corresponde ao valor venal dos bens ou direitos transferidos (artigos 38 do CTN e 9º da Lei Estadual nº 10.705/2000).

Embora o artigo 12 da Lei Estadual nº 10.705/2000 estabeleça que “*no cálculo do imposto, não serão abatidas quaisquer dívidas que onerem o bem transmitido, nem as do espólio*”, é de se reconhecer que o dispositivo vai de encontro ao que estatuem os artigos 1.792 (“*O herdeiro não responde por encargos superiores às forças da herança; incumbe-lhe, porém, a prova do excesso, salvo se houver inventário que a escuse, demonstrando o valor dos bens herdados*”) e 1.997 (“*A herança responde pelo pagamento das dívidas do falecido; mas, feita a partilha, só respondem os herdeiros, cada qual em proporção da parte que na herança lhe coube*”), ambos do Código Civil.

Na inteligência conjunta destes dispositivos do Código Civil, o patrimônio transmissível aos herdeiros do *de cujus* confina-se ao saldo entre o ativo e o passivo, neste abrangidos os impostos sucessórios. Para se chegar à

importância que será objeto da sucessão, é mister primeiro apurar o montante de suas dívidas para saldá-las; caso estas absorvam todo o ativo, os herdeiros nada receberão – mas também não responderão por encargos superiores às forças da herança.

É dizer: o acervo patrimonial transmitido é o **monte-mor líquido**, razão por que as **dívidas** do *de cuius* **não podem integrar a base de cálculo do ITCMD**. Como lecionam NELSON NERY JÚNIOR e ROSA MARIA DE ANDRADE NERY:

“6. Dívidas do falecido e da herança. Exclusão da base de cálculo do ITCM. O patrimônio destinado à satisfação das dívidas do falecido, bem como das dívidas da herança, não se sujeita ao ITCM, justamente por visar o adimplemento das dívidas pretéritas, assumidas pelo de cuius em vida, ou do autor da herança (v. comente. CC 1997). Não é objeto de transmissão aos herdeiros em virtude da morte do de cuius - hipótese de incidência do ITCM -, por isso é que não ocorre, na hipótese, sucessão mortis causa. Ou seja, por não se configurar sobre essa quota patrimonial o fato gerador da obrigação tributária, ela deve, destarte, ser reduzida do monte-mor no momento da avaliação do imposto. Nesse sentido: “Imposto de transmissão causa mortis. Incide sobre o montante líquido do autor da herança, sendo lícito abater do cálculo as despesas funerárias previstas no CC/1916 1797 [CC 1998]” (STF, 1ª T., RE 109416-MG, rel. Min. Octávio Gallotti, v.u., j. 16.6.1987).” (Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante, 12ª Edição, Editora Revista dos Tribunais, p. 1437). (Negritei).

Portanto, a norma do artigo 12 da Lei Estadual nº 10.705/2000 não pode prevalecer, na medida em que foi **revogada tacitamente** pelos artigos 1792 e 1997 do Código Civil, normas federais posteriores incompatíveis com a primeira, conforme preconiza o artigo 2º, § 1º, da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (“A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior”).

Nessa direção aponta a jurisprudência deste Tribunal de Justiça:

“MANDADO DE SEGURANÇA - Impetração para o fim de que seja conferido o abatimento das dívidas do espólio da base de cálculo do ITCMD - Inteligência dos artigos 1.997 e 1.792, ambos do Código Civil -

TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Sentença concessiva da ordem mantida - Lei Federal de competência legislativa concorrente prevalece sobre Lei Estadual - Exegese do art. 24, inc. I, § 4º, da Constituição Federal - Lei posterior revoga anterior quando com ela incompatível - Artigo 2º, §1º, da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro - Precedente jurisprudencial - Apelação da Fazenda Paulista e remessa necessária não providas.” (Apelação/Reexame Necessário nº 1002226-76.2015.8.26.0408, 5ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. Fermino Magnani Filho, j. 06.09.2016);

“Inventário. ITCMD. Fato gerador do imposto que é a transmissão causa mortis de bens e direitos do de cujus a seus herdeiros. Despesas médicas e hospitalares da falecida pagas e abatidas do patrimônio do espólio que não são objeto de transmissão. Inexistência de fato gerador. Dívidas que não integram a base de cálculo do imposto. Recurso provido.” (Agravado de Instrumento nº 0271899-60.2012.8.26.0000, 4ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Maia da Cunha, j. 16.05.2013); e

“INVENTÁRIO - Base de cálculo do ITCMD - Monte líquido tributável, correspondente ao montemor, deduzidas as dívidas e encargos do de cujus Inteligência dos artigos 1.792 e 1.997 do Código Civil de 2002, que revogaram o art. 12 da Lei Estadual nº 10.705/00 - Recurso provido, para cassar a decisão que reputou devido o recolhimento do imposto mesmo na hipótese de as dívidas superarem os bens e direitos deixados pelo de cujus.” (Agravado de Instrumento nº 0548892-34.2010.8.26.0000, 4ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Francisco Loureiro, j. 07.04.2011).

Logo, é mesmo o caso de julgar procedente a pretensão inicial para declarar o direito do demandante de abater as dívidas do *de cujus* do valor dos bens e direitos por ele deixados, de forma que o ITCMD seja calculado apenas sobre o saldo a ser transmitido à herdeira.

Por derradeiro, haja vista que a sentença foi prolatada já sob a vigência do CPC/2015, devem ser majorados nesta sede recursal os honorários advocatícios sucumbenciais, ante o trabalho adicional realizado pelo patrono do autor, que venceu a demanda, segundo a disciplina insculpida no artigo 85, *caput* e §11, do diploma processual:



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

“Art. 85. A sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor.

(...)

§11. O tribunal, ao julgar recurso, majorará os honorários fixados anteriormente levando em conta o trabalho adicional realizado em grau recursal, observado, conforme o caso, o disposto nos §§2º a 6º, sendo vedado ao tribunal, no cômputo geral da fixação de honorários devidos ao advogado do vencedor, ultrapassar os respectivos limites estabelecidos nos §§ 2º e 3º para a fase de conhecimento”. (Negritei).

'Segundo o § 11 do art. 85 do Novo CPC, o tribunal, ao julgar recurso, majorará os honorários fixados anteriormente levando em conta o trabalho adicional realizado em grau recursal, observando, conforme o caso, o disposto nos §§ 2º a 6º. É vedado ao tribunal, no cômputo geral da fixação de honorários devidos ao advogado do vencedor, ultrapassar os respectivos limites estabelecidos nos §§ 2º e 3º para a fase de conhecimento. É nesse sentido o Enunciado 241 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis (FPPC): “Os honorários de sucumbência recursal serão somados aos honorários pela sucumbência em primeiro grau, observados os limites legais.” Entendo que a previsão legal faz com que a readequação do valor dos honorários advocatícios passe a fazer parte da profundidade do efeito devolutivo dos recursos, de forma que, mesmo não havendo qualquer pedido das partes quanto a essa matéria, o tribunal poderá analisá-la para readequar os honorários conforme o trabalho desempenhado em grau recursal.' (NEVES, Daniel Amorim Assumpção, *Novo Código de Processo Civil – Lei 13.105/2015*, Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015, pp. 87/88).

A essa luz, majoro de R\$ 2.000 (dois mil reais) para R\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais) a verba honorária devida ao patrono do demandante.

De resto, para facultar eventual acesso às vias especial e extraordinária, considero prequestionada toda a matéria infraconstitucional e constitucional, observando a remansosa orientação do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que, na hipótese de prequestionamento, é desnecessária a citação numérica dos dispositivos legais, bastando que a questão colocada tenha sido decidida¹.

Ante o exposto, pelo meu voto, **NEGA-SE PROVIMENTO** ao recurso.

MARCOS PIMENTEL TAMASSIA
RELATOR

¹ EDROMS 18205/SP, Ministro Felix Fischer, DJ. 08.05.2006, P. 240.