



Ordem dos Advogados do Brasil
Conselho Federal
Brasília - D. F.

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO PRESIDENTE DO
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

**CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS
ADVOGADOS DO BRASIL – CFOAB**, por seu Presidente, vem, à
presença de Vossa Excelência, por intermédio de seu advogado infra-
assinado, com instrumento procuratório específico incluso e endereço para
intimações na SAS Qd. 05, Lote 01, Bloco M, Brasília-DF, com base no
art. 103, inciso VII e art. 102, inciso I, alínea “a” da Constituição Federal e
no art. 2º, inciso VII da Lei nº 9.868/99, e de acordo com a decisão plenária
tomada nos autos do processo nº 4593/2002/COP – Conselho Pleno
(certidão anexa), propor

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE



Ordem dos Advogados do Brasil
Conselho Federal
Brasília - D. F.

em face da **ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE SÃO PAULO**, por intermédio de seu Presidente, com endereço para comunicações na Av. Pedro Álvares Cabral, 201. São Paulo - SP - CEP 04097-900, e do **GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO**, por meio de seu Exmo. Sr. Governador, com endereço para comunicações no Palácio dos Bandeirantes, Av. Morumbi 4500, São Paulo/SP, órgãos/autoridades responsáveis pela elaboração das **Lei nº 10.705, de 28 de dezembro de 2000 e do Decreto nº 46.655, de 1 de abril de 2002.**

1 - DOS DISPOSITIVOS LEGAIS IMPUGNADOS:

A Lei nº 10.705, de 28 de dezembro de 2000, do Estado de São Paulo, “*dispõe sobre a instituição do Imposto sobre Transmissão “Causa Mortis” e Doação de Quaisquer Bens ou Direitos – ITCMD*” e possui a seguinte redação, na parte que ora se impugna:

Artigo 10 - O valor do bem ou direito na transmissão "causa mortis" é o atribuído na avaliação judicial e homologado pelo Juiz.

§ 1º - Se não couber ou for prescindível a avaliação, o valor será o declarado pelo inventariante, desde que haja expressa anuência da Fazenda, observadas as disposições do artigo 9º, ou o proposto por esta e aceito pelos herdeiros, seguido, em ambos os casos, da homologação judicial.

(...)

§ 3º - As disposições deste artigo aplicam-se, no que couber, às demais partilhas ou divisões de bens sujeitas a processo judicial das quais resultem atos tributáveis.

(...)



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

Artigo 28 - Compete à Procuradoria Geral do Estado intervir e ser ouvida nos inventários, arrolamentos e outros feitos processados neste Estado, no interesse da arrecadação do imposto de que trata esta lei.

Por sua vez, o Decreto nº 46.655, de 1 de abril de 2002, baixado pelo Governador do Estado de São Paulo, “*aprova o Regulamento do Imposto sobre Transmissão “Causa Mortis” e Doação de Quaisquer Bens ou Direitos – (ITCMD), de que trata a Lei nº 10.705, de 28-12-00, alterada pela Lei nº 10.992, de 21-12-01*”, e possui a seguinte redação, no ponto aqui questionado:

Artigo 23 - Se o Fisco não concordar com os valores declarados, no mesmo prazo do artigo anterior, serão adotados os seguintes procedimentos:

I - na hipótese de arrolamento:

(...)

b) o Procurador do Estado, mediante petição, discordará expressamente da expedição de alvará, formal de partilha ou carta de adjudicação, enquanto o débito não for liquidado;

(...)

Ocorre, contudo, que referidos atos normativos estaduais apresentam vício de inconstitucionalidade formal em relação à Carta da República de 1988, em manifesta violação **ao disposto nos artigos 22, inciso I e 24, § 4º, invadindo competência da União**, como se demonstrará a seguir.

O Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, como legitimado universal para a propositura de ação direta de inconstitucionalidade e, portanto, defensor da cidadania e da Constituição, no exercício de sua competência legal (Art. 44, inciso I da Lei nº 8.906/94),



Ordem dos Advogados do Brasil
Conselho Federal
Brasília - D. F.

comparece ao guardião da Carta Magna, para impugnar os parágrafos 1º e 3º do artigo 10 e o artigo 28 da Lei nº 10.705/2000, bem como a letra “b” do inciso I do artigo 23 do Regulamento do Imposto de Transmissão “Causa Mortis” e Doação de Bens, objeto do Decreto nº 46.655/2001, ambos do Estado de São Paulo, pleiteando a declaração de sua inconstitucionalidade e conseqüente afastamento do sistema jurídico.

Feitas essas considerações, passa-se a demonstrar a inconstitucionalidade dos dispositivos legais contestados.

2 - FUNDAMENTOS JURÍDICOS:

2.1 - DA POSSIBILIDADE DA PROPOSITURA DE AÇÃO DIRETA CONTRA DECRETO REGULAMENTAR:

Como visto acima, além da impugnação da Lei Estadual, veicula a presente ação direta inconstitucionalidade da letra ‘b’ do inciso I do art. 23 do Regulamento do ITCMD, objeto do Decreto nº 46.655/2001.

Não há dúvidas acerca dessa possibilidade em ação direta, haja vista que compulsando a jurisprudência verifica-se que essa e. Corte Constitucional vem recusando-se a examinar em sede de ação direta a contrariedade constitucional dos atos regulamentares editados para facilitar a execução das leis, o que não é o caso.

A negativa de apreciação está ancorada, primordialmente, na tese de que a incompatibilidade entre Lei e Decreto deve ser averiguada pelas ações e medidas de controle difuso de constitucionalidade, como se vê no aresto que ora se transcreve:



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE: ATO NORMATIVO. DECRETO FEDERAL Nº 1990, DE 29.08.1996: ATO ADMINISTRATIVO. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DA AÇÃO. 1. A Lei nº 8.031, de 12.04.1990, criou o Programa Nacional de Desestatização e deu outras providências. 2. E o Decreto nº 1.990, de 29.08.1996, baixado pela Presidência da República, “no uso da atribuição que lhe confere o artigo 84, inciso IV, da Constituição e tendo em vista o disposto’ naquela Lei, visou a executá-la. 3. Trata-se, pois, de ato administrativo de mera execução da Lei. Não propriamente normativo. Insuscetível, assim, de controle concentrado de constitucionalidade, ‘in abstrato’, mediante Ação Direta de Inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, pois esta só é admitida pela C.F., quando impugna “ato normativo’ (art. 102, I, “a”). 4. Se o Decreto, eventualmente, tiver excedido os limites da Lei nº 8.031, de 12.04.1990, ou mesmo do Decreto nº 1.204, de 29.07.1994, que a regulamentou, conforme se alegou na inicial, então poderá ser acoimado de ilegal, nas instâncias próprias, que realizam o controle difuso, ‘in concreto’, de legalidade dos atos administrativos. 5. Aliás, o próprio controle jurisdicional de constitucionalidade de ato meramente administrativo, de execução de lei, pode, igualmente, ser feito nas instâncias ordinárias do Poder Judiciário. Não, assim, diretamente perante esta Corte. 6. Tudo conforme precedentes referidos nas informações. 7. A.D.I. não conhecida, prejudicado o requerimento de medida cautelar¹

Todavia, a questão *sub examinem* não se amolda a esse excerto da jurisprudência do STF, pois aqui não se suscita a incompatibilidade entre Lei e Decreto, mas sim, diretamente, entre o Decreto nº 46.655/2002 do Executivo de São Paulo e a Constituição Federal.

Tem- se, em síntese, a questão da violação direta e frontal, pelo regulamento paulista, da competência privativa da União para legislar

¹ Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno, ADI 1544/DF, Relator Ministro Sydney Sanches, Julgamento 25/06/1997, DJ 05/09/1997, p.1.



Ordem dos Advogados do Brasil
Conselho Federal
Brasília - D. F.

sobre o processo ou, se preferir, para editar normas gerais sobre procedimentos

Com efeito, os Decretos, embora ditos regulamentares, mas dotados de abstração, generalidade e autonomia normativa, como é o caso em apreciação, constituem verdadeiros atos normativos independentes e, por isso mesmo, passíveis de contestação na via da ação direta de inconstitucionalidade, conforme já proclamou iterativos acórdãos dessa Corte Suprema. Em textual:

EMENTA: Ação direta de inconstitucionalidade: inviabilidade: ato normativo de efeitos concretos. 1. O Decreto Legislativo 121/98, da Assembléia Legislativa do Estado do Piauí, impugnado, impõe a reintegração de servidores, que teriam aderido ao Programa de Incentivo ao Desligamento Voluntário do Servidor Público Estadual (L. est. 4.865/96). 2. O edito questionado, que, a pretexto de sustá-los, anula atos administrativos concretos - quais os que atingiram os servidores nominalmente relacionados - não é um ato normativo, mas ato que, não obstante de alcance plural, é tão concreto quanto aqueles que susta ou torna sem efeito. 3. É da jurisprudência do Supremo Tribunal que só constitui ato normativo idôneo a submeter-se ao controle abstrato da ação direta aquele dotado de um coeficiente mínimo de abstração ou, pelo menos, de generalidade. 4. Precedentes (vg. ADIn 767, Rezek, de 26.8.92, RTJ 146/483; ADIn 842, Celso, DJ 14.05.93)²

Nessa esteira, destaca-se, ainda, a seguinte decisão:

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. AÇÃO DIRETA QUE QUESTIONA A CONSTITUCIONALIDADE DE DECRETO ESTADUAL. FUNÇÃO NORMATIVA, REGULAMENTO E REGIMENTO. ATO NORMATIVO QUE DESAFIA O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE CONCENTRADO. NEGATIVA DE SEGUIMENTO. ARTIGO 102, INCISO I, ALÍNEA "a", DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. REFORMA DO ATO QUE NEGOU

² Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno, ADI- MC-QO 1937/PI, Julgamento 20/06/2007, DJ 31/08/2007 p 29.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

SEGUIMENTO A ADI. 1. Estão sujeitos ao controle de constitucionalidade concentrado os atos normativos, expressões da função normativa, cujas espécies compreendem a função regulamentar (do Executivo), a função regimental (do Judiciário) e a função legislativa (do Legislativo). Os decretos que veiculam ato normativo também devem sujeitar-se ao controle de constitucionalidade exercido pelo Supremo Tribunal Federal 2. O Poder Legislativo não detém o monopólio da função normativa, mas apenas de uma parcela dela, a função legislativa. 3. Agravo regimental provido.³

Para arrematar, oportuno trazer à transcrição recente acórdão, sob a relatoria do Senhor Ministro CEZAR PELUSO, admitindo o prosseguimento de **ADIn** frente a decretos que tenham o desiderato de executar normas inconstitucionais:

EMENTAS: 1. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Condição. Objeto. Decreto que cria cargos públicos remunerados e estabelece as respectivas denominações, competências e remunerações. Execução de lei inconstitucional. Caráter residual de decreto autônomo. Possibilidade jurídica do pedido. Precedentes. É admissível controle concentrado de constitucionalidade de decreto que, dando execução à lei inconstitucional, crie cargos públicos remunerados e estabeleça as respectivas denominações, competências, atribuições e remunerações. 2. INCONSTITUCIONALIDADE. Ação direta. Art. 5º da Lei nº 1.124/2000, do Estado do Tocantins. Administração pública. Criação de cargos e funções. Fixação de atribuições e remuneração dos servidores. Efeitos jurídicos delegados a decretos do Chefe do Executivo. Aumento de despesas. Inadmissibilidade. Necessidade de lei em sentido formal, de iniciativa privativa daquele. Ofensa aos Arts. 61, § 1º, inc. II, “a” e 84, inc. VI, “a”, da CF. Precedentes. Ações julgadas procedentes. São inconstitucionais a lei que autorize o Chefe do Poder Executivo a dispor, mediante decreto, sobre criação de cargos públicos remunerados, bem como os decretos que lhe dêem execução.⁴

³ Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno, ADI 2950 AGR, Relator Eros Grau, Julgamento 06/10/2004, DJ 09/02/2007, P.16.

⁴ Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno. ADI 3232/TO, Relator Ministro Cezar Peluso, Julgamento 14/08/2008, DJ 02/10/2008, p.44



Ordem dos Advogados do Brasil
Conselho Federal
Brasília - D. F.

2.2 – BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O INSTITUTO DO ARROLAMENTO:

Com efeito, a análise da validade constitucional das normas que disciplinam a cobrança do **ITCMD** no Estado de São Paulo impõe uma breve digressão acerca do instituto do arrolamento, em especial, sua normatividade de regência, principais características e sua função teleológica no ordenamento jurídico pátrio.

Antes de adentrar diretamente o instituto do arrolamento, releva lembrar algumas regras fundamentais que disciplinam o direito sucessório brasileiro.

Uma das regras mais relevantes deste sub-ramo do Direito Civil consiste na determinação de que a morte do autor da herança abre a sucessão e o patrimônio transmite-se de imediato e de forma una aos herdeiros, conforme preceitua os **arts. 1.784 e 1.791 do Código Civil.**⁵

A herança, no entanto, é recebida como um todo unitário indivisível, permanecendo em estado de comunhão até que se proceda à partilha dos bens que, por sua vez, pode se concretizar mediante ritos diversos, como, por exemplo, por meio do inventário solene, arrolamento sumário, arrolamento comum, pelo inventário ou partilha extrajudicial ou pela simples expedição de alvará judicial.

Dentre as diversas modalidades de transmissão dos bens do falecido, algumas delas são necessariamente procedimentos judiciais, como ocorre no caso do inventário solene e do arrolamento, consubstanciando, de

⁵ Art. 1.784. Aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários.



Ordem dos Advogados do Brasil
Conselho Federal
Brasília - D. F.

consequente, genuínos institutos do Direito Processual Civil, conquanto afetados ao Direito Civil, notadamente ao sub-ramo do Direito das Sucessões.

Nesse diapasão, vale colacionar a doutrina de PAULO NADER:

*Do exposto, depreende-se que o inventário, como os institutos de Direito Processual Civil em geral, se conecta ao Direito Civil, especialmente ao sub-ramo Sucessões. O procedimento desenrola-se na esfera judicial, sob a direção do juiz e participação dos herdeiros legatários, representados por causídicos. (...)*⁶

Para exame da presente ação direta é importante ater ao processo de inventário solene e ao arrolamento, haja vista o teor das normas estaduais indicadas como lesivas ao ordenamento constitucional.

Vale notar que os dois institutos em exame se assemelham por cumprirem a mesma função, qual seja, a de transmitir os bens do falecido, mas se distinguem pela forma mediante a qual são operacionalizados.

Aliás, o memorável Professor CAIO MARIO DA SILVA PEREIRA nos aponta a origem etimológica da palavra inventário, indicando tratar-se de um derivado do verbo *invenire*, que significa “achar, encontrar”. Bem por isso, conceitua o instituto como – **“o meio técnico de anotar e registrar o que “for encontrado”, pertencente ao morto, para ser atribuído aos seus sucessores”**.⁷

⁶ NADER, Paulo. Curso de Processo Civil: direito das sucessões. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 443.

⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009, p. 339.



Ordem dos Advogados do Brasil
Conselho Federal
Brasília - D. F.

O arrolamento, por sua vez, presta-se para os mesmos desígnios que o inventários, caracterizando-se, em verdade, como uma forma simplificada de consumá-los.

Veja-se a correlação dos institutos do inventário e do arrolamento, como formulada pelo não menos saudoso Professor ORLANDO GOMES:

*Em certas situações, como a de serem capazes todos os herdeiros ou de pequeno valor da herança, o inventário pode tomar forma de arrolamento (...)*⁸

Oportuno observar que o arrolamento foi concebido pelo legislador para ser um meio ágil, célere e eficaz de transmissão de bens, desde que observados certos requisitos legais, como, por exemplo, partes capazes e convergência de interesses.

Não há dúvidas, pois, que o arrolamento foi introduzido em nosso ordenamento em prestígio ao princípio da instrumentalidade do processo e da sua duração razoável, traduzindo-se, em última instância, em um procedimento verdadeiramente justo, na medida em que permite a adequação do meio (processo) ao fim do pretendido (transmissão de bens).

Isso porque, contrapondo o inventário solene ao arrolamento, é possível notar que a simplificação das regras relativas ao tramite do processo permite a realização da transmissão dos bens de forma mais célere e expedita, ao passo que o processo de inventário exige um longo e circunstanciado rito processual até que se ultime a partilha dos bens entre herdeiros e eventuais legatários.

⁸ GOMES, Orlando. Sucessões. Ed. Ver e aumentada de acordo com o Código Civil de 2002 por Mario Roberto Carvalho de Faria. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 284.



Ordem dos Advogados do Brasil
Conselho Federal
Brasília - D. F.

Em linhas gerais, essa simplificação se dá por meio da supressão de vários atos inerentes ao inventário solene.

No arrolamento, há a concentração de atos na petição inicial, pois os herdeiros estão obrigados a apresentar em um único requerimento à nomeação do inventariante por eles próprios indicados, o rol de herdeiros e a relação de bens, atribuindo-lhes o valor sumário, para fins de partilha.

Assim, ao contrário do inventário solene que exige atos distintos como, primeiras declarações, nomeação do inventariante, citação dos interessados, avaliação dos bens inventariados e declarações finais, no arrolamento todas essas fases estão concentradas na petição inicial.

Ademais, para alcançar a celeridade almejada, a legislação processual exige apenas que sejam anexadas à petição inicial do arrolamento a certidão de óbito e as certidões relativas aos tributos devidos pelos bens integrantes da universalidade do espólio.

Percebe-se que em relação à comprovação de regularidade fiscal só é exigível a comprovação do pagamento dos tributos incidentes sobre os bens do espólio, como, por exemplo, as certidões municipais que comprovam o pagamento do **IPTU** sobre as propriedades imobiliárias, as certidões estaduais que comprovam o recolhimento do **IPVA** sobre os veículos (caso esses sejam objeto de transferência) e a declaração do **Imposto de Renda** do espólio.

Não se exige, todavia, e nem sequer se permite discutir, constituir ou cobrar o **ITCMD** durante o processamento do arrolamento.

Afinal, a discussão tributária sobre o valor atribuído aos bens na petição inicial do arrolamento atentaria contra a *ratio essendi* do



Ordem dos Advogados do Brasil
Conselho Federal
Brasília - D. F.

instituto, pois ensejaria o indevido prolongamento do processo, retirando-lhe sua principal característica, como sejam a simplificação e a celeridade.

Essa é razão que induziu o legislador federal a prescrever expressamente, no **art. 1.034 do Código de Processo Civil**, a impossibilidade do conhecimento e do contraditório acerca de questões relacionadas ao imposto de transmissão. Eis, uma vez mais, o caráter peremptório da norma em comento:

Art. 1.034. No arrolamento, não serão conhecidas ou apreciadas questões relativas ao lançamento, ao pagamento ou à quitação de taxas judiciárias e de tributos incidentes sobre a transmissão da propriedade dos bens do espólio.

Impende assinalar que a atual redação do **art. 1.034 do Código de Processo Civil** foi introduzida pela **Lei n.º 7.019/1982**, cuja ementa sintomática já esclarece os fins pretendidos com a nova disciplina legislativa: “Altera o Código de Processo Civil, para simplificar o processo de homologação judicial da partilha amigável e da partilha de bens de pequeno valor.”

Não se trata, destarte, de retirar a Fazenda Pública o seu poder-dever de tributar, eis que ela poderá fazê-lo fora do processo de arrolamento, mas de tornar acessível aos jurisdicionados, desde que obedecidos os requisitos legais, uma modalidade processual mais simples e expedita para se proceder à divisão de bens deixados em herança.

Contudo, as normas paulistas da forma e com o conteúdo com que foram editadas ocasionam, sem dúvidas, um inevitável retardamento do rito processual. Tornam ineficazes as bem inspiradas alterações promovidas pela Lei n.º 7019/1982.



Ordem dos Advogados do Brasil
Conselho Federal
Brasília - D. F.

Vejam, no particular, as inconstitucionalidades:

2.3 - INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL – USURPAÇÃO, PELO ESTADO DE SÃO PAULO, DE COMPETÊNCIA LEGISLATIVA PRIVATIVA DA UNIÃO:

Com todo respeito, os atos normativos ora combatidos tratam de avaliação judicial de bens do espólio, em qualquer forma de inventário.

Tal matéria, por óbvio, é de direito processual, por isso regida pelo prescrito nos artigos 1.003 e seguintes do Código de Processo Civil, para o inventário em geral, e 1.033 e 1.034 para o inventário com o rito de arrolamento.

Ao disciplinar a matéria o Estado de São Paulo invade a competência privativa da União para legislar sobre matéria processual conforme disposto no artigo. 22, inciso I da CF/88, verbis:

*Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:
I – Direito civil, comercial penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho;*

Resta inequívoco, pois, que a Constituição da República reservou privativamente à União a competência para legislar sobre normas processuais.

Cumprindo esse mister, o **Código de Processo Civil**, nos **arts. 1.031 a 1.038**, cuidou especificamente do instituto do arrolamento, cabendo destacar, neste passo, o quanto dispõe os **arts. 1.033 e 1.034:**



Ordem dos Advogados do Brasil
Conselho Federal
Brasília - D. F.

Art. 1.033. Ressalvada a hipótese prevista no parágrafo único do art. 1.035 desta Lei, não se procederá a avaliação dos bens do espólio para qualquer finalidade.⁹

Art. 1.034. No arrolamento, não serão conhecidas ou apreciadas questões relativas ao lançamento, ao pagamento ou à quitação de taxas judiciárias e de tributos incidentes sobre a transmissão da propriedade dos bens do espólio.

Como se infere dos dispositivos citados, **o arrolamento não comporta a avaliação dos bens deixados pelo falecido, tampouco é o procedimento competente para as discussões relativas às questões tributárias relacionadas aos impostos de transmissão.**

É exatamente nessa esteira o entendimento do célebre jurista e Professor José Afonso da Silva em pareceres emitidos sobre a temática ora em discussão (docs 3 e 4), *verbis*

5. De fato, os dispositivos impugnados da lei paulista dispõem sobre avaliação judicial de bens do espólio, em qualquer forma de inventário. Ora, essa matéria é, de fato, de direito processual, por isso regida pelo disposto nos arts. 1.003 e seguintes, para o inventário em geral, e 1.033 e 1.034 para o inventário com rito de arrolamento. O fato de os dispositivos da lei paulista se harmonizarem, aparentemente, com o art. 1.007 do Código de Processo Civil não lhe subtrai o vício de invasão de competência, já que, nos termos do art. 22, I, da Constituição Federal compete à União legislar sobre matéria processual.

(...)

6. Relembro que, em parecer anterior (fl. 116-120), observei que o art. 28 da Lei paulista também é inconstitucional porque dá legitimação à Procuradoria Geral do Estado para ingressar nos processos de inventário, levando em conta que a legitimidade ad causam é de natureza processual e, por conseguinte, só pode ser estabelecida por lei processual federal (CF, art. 22, I).

⁹ Art. 1.035. A existência de credores do espólio não impedirá a homologação da partilha ou da adjudicação, se forem reservados bens suficientes para o pagamento da dívida.



Ordem dos Advogados do Brasil
Conselho Federal
Brasília - D. F.

7. Relembro, também, que no parecer que emiti no Processo 007/2005 (fl. 54-57), em apenso, encontrei inconstitucionalidade na letra “b” no inc. I do art. 23 do Regulamento do Imposto sobre Transmissão “causa mortis” e Doação de Quaisquer bens de que trata a Lei 10.705/2000, alterada pela Lei 10.992/2001 (Decreto 46.655/2002). Transcrevo o que disse ali:

“Segundo o art. 23, se o Fisco não concordar com os valores declarados serão adotados os seguintes procedimentos:

“I- na hipótese de Arrolamento:

(...)

“b) o Procurador do Estado, mediante petição, discordará expressamente da expedição de alvará, forma de partilha ou de carta de adjudicação, enquanto o débito não for liquidado”.

(...) no caso da alínea ‘b’ é que há uma interferência da Fazenda nos Autos do Arrolamento, por via do Procurador do Estado, que não se harmoniza com o art. 1034 do CPC que declara não caber ser conhecidas ou apreciadas questões relativas ao lançamento, ao pagamento ou à liquidação de tributos incidentes sobre a transmissão de bens do espólio”.

De tudo isso resulta a inconstitucionalidade da lei e do decreto impugnados, por nítida usurpação, pelo Estado Federado, da competência legislativa privativa da União.

2.4 - INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL – USURPAÇÃO, PELO ESTADO DE SÃO PAULO, DE COMPETÊNCIA LEGISLATIVA CONCORRENTE DA UNIÃO:

Diante das sintéticas considerações sobre o instituto do arrolamento acima apresentadas, demonstra-se que o instituto em exame é um produto do Direito Processual Civil afeto ao Direito das Sucessões.

Tratando-se verdadeiramente de um instituto de Direito Processual Civil somos forçados a reconhecer que a legislação estadual ora



Ordem dos Advogados do Brasil
Conselho Federal
Brasília - D. F.

impugnada invadiu a competência privativa da União ao criar entraves e até mesmo permitir a legitimidade e a oportunidade para a Procuradoria do Estado intervir no processo, em franca contradição à expressa vedação contida na codificação processual civil.

É assinalável, neste passo, à luz dos **arts. 22 e 24 da Constituição Federal**, que a competência para legislar sobre processo civil é **privativa** da União, ao passo que a competência para legislar sobre procedimentos em matéria processual é de natureza **concorrente**.

De fato, no arrolamento, em regra, não há partes contrapostas, pois os próprios herdeiros amigavelmente fazem a composição quanto à partilha dos bens deixados pelo falecido.

Logo, ainda que tais argumentos não fossem suficientes para definir a índole processual do arrolamento, com a conseqüente conclusão pela invasão da competência legislativa privativa da União, ainda assim a mácula de inconstitucionalidade persistiria sob o prisma da competência concorrente.

Tal se dá porquanto a Constituição da República adotou, no artigo 24 e parágrafos, a denominada competência concorrente não-cumulativa.

Vai daí que a competência dita concorrente não se traduz em autorização branca e irrestrita para que os entes estaduais possam legislar sobre as matérias atribuídas primariamente à esfera legiferante da União Federal.

Calha novamente, neste momento, salientar o entendimento do Professor José Afonso da Silva (doc._) :



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

(...) ainda que se quisesse argumentar que não se trata propriamente de questão processual, mas de procedimento e isto é matéria de competência concorrente (CF, art. 24, XI), ainda assim a inconstitucional (sic) persistiria porque a legislação estadual só seria legítima se inexistisse lei federal regendo a matéria (art. 24, § 3º).

Com efeito, o critério supralegal de competência concorrente impõe à União a edição das normas gerais sobre o processo de inventário, aí incluído o modelo de arrolamento, cabendo aos Estados-membros tão apenas o exercício da competência legislativa suplementar.

Em verdade, as normas estaduais editadas com supedâneo na competência concorrente devem ser particularizantes e explicativas das normas gerais federais, sendo-lhes vedado contrapor a legislação editada pelo Congresso Nacional, como flagrantemente ocorre no caso em exame.

Nessa linha de entendimento, esse Supremo Tribunal Federal já deixou claro o papel e limites da competência concorrente:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. EDUCAÇÃO. LEI DE DIRETRIZES E BASES DA EDUCAÇÃO. LEI 9.394, DE 1996. COMPETÊNCIA LEGISLATIVA CONCORRENTE: CF, ART. 24. COMPETÊNCIA ESTADUAL CONCORRENTE NÃO-CUMULATIVA OU SUPLEMENTAR E COMPETÊNCIA CONCORRENTE ESTADUAL CUMULATIVA. I – O art. 24 da CF compreende competência estadual concorrente não-cumulativa ou suplementar (art. 24, § 2º) e competência estadual concorrente cumulativa (art. 24, § 3º). Na primeira hipótese, existente a lei federal de normas gerais (art. 24, § 1º), poderão os Estados e o DF, no uso da competência suplementar, preencher os vazios da lei federal de normas gerais, a fim de afeiçoá-las às peculiaridades locais (art. 24, § 2º); na segunda hipótese, poderão os Estados e o DF, inexistente a lei federal de normas gerais, exercer a competência legislativa plena “para atender a suas peculiaridades” (art. 24, § 3º). Sobrevindo a lei federal de normas gerais, suspende esta a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário (art. 24, § 4º). II – A Lei 10.860, de 31.8.2001, do Estado de São Paulo foi além da competência estadual concorrente não-cumulativa e cumulativa,



Ordem dos Advogados do Brasil
Conselho Federal
Brasília - D. F.

*pelo que afrontou a Constituição Federal, art. 22, XXIV, e art. 24, IX, § 2º e § 3º. III – Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente, declarada a inconstitucionalidade da Lei 10.860/2001 do estado de São Paulo.*¹⁰

Diante desse cenário de cogência supralegal, **impõe-se concluir que a legislação paulista incorreu indubitavelmente em ofensa ao art. 22, inciso I, da Constituição Federal.**

E, ainda que se possa considerar o arrolamento como um simples procedimento, **haverá, de igual modo, vulneração ao art. 24, § 4º, da Lei Maior, visto que a matéria já se acha tratada, em sede de normas gerais, pela legislação federal.**

Conseqüentemente, conclui-se pela inconstitucionalidade da lei e do decreto impugnados, por usurpação, pelo Estado Federado, da competência legislativa privativa da União ou alternativamente por usurpação da competência concorrente da União.

2.5 - DO PODER-DEVER DE TRIBUTAR:

Cumpra observar que o eventual provimento da presente ação direta não afeta, em nenhuma hipótese, o poder conferido aos Estados, pelo **art. 155, inciso I, da Constituição Federal**, para tributarem as operações de transmissão de bens “*causa mortis*”.

Por certo, e como garante a legislação processual, na hipótese de discordância pelo Estado dos valores atribuídos aos bens no arrolamento, e a conseqüente diminuição do tributo devido, caberá a

¹⁰ Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno. ADI 3098/SP – São Paulo. Relator Min. Carlos Velloso, julgamento 24/11/2005, publicação DJ 10/03/2006, PP.6.



Ordem dos Advogados do Brasil
Conselho Federal
Brasília - D. F.

Autoridade Fiscal realizar o competente lançamento de ofício. Esta é a expressa disposição do **§ 2º do art. 1.034 do código de Processo Civil:**

Art. 1.034. (...)

§2º O imposto de transmissão será objeto de lançamento administrativo, conforme dispuser a legislação tributária, não ficando as autoridades fazendárias adstritas aos valores dos bens atribuídos pelos herdeiros.

Salienta-se, outra vez, que o legislador decidiu afastar do processo de arrolamento as cobranças relacionadas ao **ITCMD**, porém não impediu (nem poderia) que o Poder Tributante o fizesse por outros meios.

Nesse particular aspecto, duas informações relacionadas à atuação da Administração Pública no âmbito tributário se tornam relevantes.

A primeira delas consiste no fato de que a Fazenda Pública tem sempre a prerrogativa de constituir o crédito tributário a seu favor.

Em outras palavras, uma vez constatada a subavaliação dos bens pelos herdeiros no processo de arrolamento, a Fazenda Pública não necessita de qualquer autorização ou procedimento judicial para efetuar o lançamento tributário, pois a presunção de legalidade e legitimidade dos seus atos permite, nesse caso, que o credor fazendário constitua unilateralmente o crédito, por meio do lançamento tributário.

Com efeito, havendo subsídios que fundamentem a discordância pela Fazenda Pública do valor atribuído pelo contribuinte, estará o Estado de São Paulo desde logo autorizado, nos termos do **art. 142 do Código Tributário Nacional**, a realizar o lançamento de ofício.



Ordem dos Advogados do Brasil
Conselho Federal
Brasília - D. F.

Portanto, a vedação prevista no art. **1.034 do Código de Processo Civil** não impede a constituição do crédito tributário pelos meios próprios e inerentes à administração Fiscal.

Por outro lado, a Fazenda não precisa glosar os valores devidos de imediato, pois ela terá um quinquênio para praticar os atos de fiscalização e lavrar o auto de infração ou nota de lançamento tributário, inexistindo, portanto qualquer restrição de ordem legal ao exercício da “soberania administrativa” a que se refere JOSÉ CASALTA NABAIS, em sua obra intitulada “o dever fundamental de pagar impostos”:

A estas categorias veio a doutrina posterior acrescentar uma terceira figura - a “soberania” administrativa (Verwaltungshoheit) ou competência para administração ao gestão de impostos, em geral designada entre nós, na Espanha, e na Itália por competência tributária, a qual, em rigor se desdobra no poder de elaborar leis e os regulamentos necessários à sua disciplina normativa e no poder para editar toda um constelação de actos polarizados em torno do chamado acto tributário (acto de lançamento ou liquidação lato sensu), acto este que, que embora por via de regra, se traduza na identificação do contribuinte na determinação do imposto a pagar, também pode concretizar-se na identificação do correspondente benefício fiscal.¹¹

Certos é que o poder de tributar o **ITCMD** deve ser plenamente exercido pelo Estado de São Paulo, pois a transferência de bens revela a capacidade contributiva do herdeiro, nada obstante o poder de tributar não é absoluto e, conseqüentemente, deverá observar certos limites e regras constitucionais e legais.

¹¹ NABAIS, José Casalta. O dever de fundamental de pagar impostos: contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo. Coimbra: Edições Almedina, 2009, 275. P.



Ordem dos Advogados do Brasil
Conselho Federal
Brasília - D. F.

No presente caso, a limitação consiste na exigência legal de que a cobrança do **ITCMD** seja realizada, como os demais tributos, na via administrativa, sem qualquer efeito paralisante do processo de arrolamento.

Importante observar, inclusive, que a grande maioria dos tributos é constituída fora do âmbito judicial, e nem por isso causa incertezas à Administração Tributária, até porque esta possui amplos poderes de fiscalização para verificar se as declarações prestadas pelos contribuintes correspondem à realidade dos fatos.

Convém sublinhar, bem a propósito, que o vigente sistema tributário está fundamentalmente baseado nos denominados tributos lançados por homologação, como ocorre, por exemplo, no **Imposto de Renda, PIS, COFINS, ICMS, IPI, ISS**, que se caracterizam pela participação ativa do contribuinte na constituição do crédito tributário que apura, por si só o tributo devido, cabendo à Fazenda Pública, no prazo quinquenal, discordar, ou não, das declarações prestadas pelo contribuinte sob pena da extinção definitiva do crédito tributário.

Por esse prisma, pode-se concluir que a retirada da possibilidade da discussão dos valores devidos a título do **ITCMD** do processo de arrolamento não afeta, direta ou indiretamente, a sistemática tributária, tampouco diverge dos atuais procedimentos adotados pela Administração Pública para constituir seus tributos.

É preciso ter em conta que estamos vivendo na era da modernização das obrigações tributárias, haja vista a obrigatoriedade da **Nota Fiscal Eletrônica** e da introdução entre nós dos **Sistemas Públicos de Escrituração Digital – SPED**, pelos quais a Fazenda Pública recebe



Ordem dos Advogados do Brasil
Conselho Federal
Brasília - D. F.

eletronicamente, e quase em tempo real, as informações fiscais do contribuinte.

Destarte, exigir-se procedimentos burocráticos e demorados para a apuração do ITCMD em processo de arrolamento, cuja finalidade maior é a celeridade processual, conspira por certo contra o próprio desenvolvimento do Direito Tributário Brasileiro.

2.6 - DO PODER DE LEGISLAR E REGULAMENTAR TRIBUTOS

Convém relatar, em adição, na presente ação direta a grande quantidade de reclamações recebidas pela OAB, em especial pela Seccional da OAB de São Paulo, consiste nos inconvenientes decorrentes da inflação legislativa promovida pela multiplicidade de regras que regulamentam o **ITCMD**.

São conhecidos os estudos desenvolvidos pelo **Instituto Brasileiro de Planejamento Tributário – IBPT**, que constatam que no Brasil são editadas, a cada hora, duas normas de Direito Tributário, totalizando 240.210 normas nos primeiros 20 anos de vigência da Constituição Federal.¹²

Estima-se que as empresas devem cumprir 3.207 normas, o que corresponde a um custo operacional de cerca de 38 bilhões de reais por ano para manter pessoal especializado em gerenciamento fiscal, sistemas de auditoria interna e externa, além de sofisticados equipamentos de informática para o acompanhamento da aplicação da legislação que, se

¹² [HTTP://www.ibpt.com.br/home/publicacao.view.php?publicacao_id=13081&pagina=0](http://www.ibpt.com.br/home/publicacao.view.php?publicacao_id=13081&pagina=0).



Ordem dos Advogados do Brasil
Conselho Federal
Brasília - D. F.

enfileiradas, o cipoal de normas tributárias em todos os níveis de governo na Federação cobririam uma extensão de 5,5 quilômetros.

Os dados do **IBPT** ainda apontam que nos três anos anteriores à promulgação da Constituição Federal era editada uma norma geral para o grupo de 4.617 habitantes. Após Constituição de 1988 passou a ser editada uma norma para cada grupo de 789 habitantes.

Essa proliferação de regras tributárias gera efeitos danosos ao ordenamento jurídico, pois o trona assaz complexo e dificulta, sobretudo, a sua idônea aplicação.

Além disso, imprime ao sistema tributário brasileiro um alto grau de insegurança jurídica que afeta diretamente os investimentos produtivos, o desenvolvimento da nação e a paz social.

Nesse sentido, é digno de registro os estudos do jurista Carlos Roberto Siqueira Castro, ao tratar da questão da congestão normativa:

“(…) Bem caracteriza o Estado contemporâneo a fragmentação normativa, pela qual a maioria dos atos e regras para utilizar a conhecida classificação cunhada pro Léon Duguit, não mais promanam das Assembléias de representação popular, mas sim de uma miríade de órgãos e conselhos da Administração Pública, com freqüência conjugados ou em paralelo com instâncias representativas da sociedade civil, em testemunho da tendência institucional que consorcia o Poder Público com a coletividade administrada, predicado mais sensível da chamada democracia participativa, de que nos ocuparemos em tópico específico, e que traduz uma espécie de reserva normativa do corpo social. A rigor, pelo expediente de toda sorte de delegações legislativas, tanto nominadas quanto inominadas despregou-se em larga medida a função legiferente dos canais tradicionais de representação popular, para expressar-se por uma rede fragmentária de pautas normativas, de autoria plúrima e sujeitas a multiformes procedimentos de institucionalização. Essa inflação de normas e subnormas gerou uma congestão normativa que não raro



Ordem dos Advogados do Brasil
Conselho Federal
Brasília - D. F.

*asfixia a livre congestão e dificulta a implementação da ordem jurídica azo a uma crise de efetividade das regras de direito (...)*¹³

É forçoso reconhecer que o Estado Democrático de Direito, o Parlamento e as Assembléias Legislativas acham-se investidas de ampla autonomia política para legislar, sendo até mesmo antagônico ao princípio da separação de poderes, que entre nós constitui cláusula pétrea (CF – art. 60, § 4º, III), qualquer tentativa de cercear a produção legislativa.

Nessa linha de compreensão, é certo que a Constituição Federal não impôs limites quantitativos, mas apenas limites qualitativos e substanciais ao exercício do poder de legislar ou regulamentar. Em realidade, a questão toca muito mais à cultura política de cada país do que ao campo do controle de constitucionalidade.

Não obstante tais considerações, é fato que a declaração de inconstitucionalidade dos normativos suso indicados não afeta, em hipótese alguma, o poder de legislar e regulamentar tributos no âmbito do Estado de São Paulo, tampouco impulsiona restrições em relação ao ITCMD.

Espera-se, pois, a procedência do pedido e a conseqüente declaração de inconstitucionalidade dos parágrafos 1º e 3º do artigo 10 e o artigo 28 da Lei nº 10.705/2000, bem como da letra “b” do inciso I do artigo 23 do Decreto nº 46.655/2001, ambos do Estado de São Paulo.

3 - DOS PEDIDOS:

Pelo exposto, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil requer:

¹³ CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Rio de Janeiro: Forense, 2005, 82 e 83 pp.



Ordem dos Advogados do Brasil
Conselho Federal
Brasília - D. F.

a) a notificação da ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE SÃO PAULO, por intermédio de seu Presidente, e do Exmo. Sr. GOVERNADOR DO ESTADO DE SÃO PAULO, para que, como órgãos/autoridades responsáveis pela elaboração dos dispositivos legais impugnados, manifestem-se, querendo, sobre o mérito da presente ação, no prazo de trinta dias, nos termos do art. 6º, parágrafo único da Lei nº 9.868/99;

b) a notificação do Exmo. Sr. Advogado-Geral da União, para se manifestar sobre o mérito da presente ação, no prazo de quinze dias, nos termos do Art. 8º da Lei nº 9.868/99 e da exigência constitucional do Art. 103, § 3º;

c) a notificação do Exmo. Sr. Procurador Geral da República, para que emita o seu parecer, nos termos do art. 103, § 1º da Carta Política;

d) a procedência do pedido, para que seja **declarada a inconstitucionalidade dos parágrafos 1º e 3º do artigo 10 e o artigo 28 da Lei nº 10.705/2000, bem como da letra “b” do inciso I do artigo 23 do Decreto nº 46.655/2001, ambos do Estado de São Paulo.**

Deixa-se de atribuir valor à causa, em face da impossibilidade de aferi-lo.

Nesses termos, pede deferimento.

Brasília/DF, 23 de abril de 2010.

Ophir Cavalcante Junior
Presidente do Conselho Federal da OAB



Ordem dos Advogados do Brasil
Conselho Federal
Brasília - D. F.

Oswaldo Pinheiro Ribeiro Júnior
OAB/DF 16.275

Rafael Barbosa de Castilho
OAB/DF 19.979

RELAÇÃO DE DOCUMENTOS ANEXOS

- DOCUMENTO 01 – Certidão de decisão plenária do Conselho Federal da OAB tomada no processo nº 4593/2002-COP
- DOCUMENTO 02 – Ata de posse da atual diretoria do Conselho Federal da OAB;
- DOCUMENTO 03 – Texto Integral da Lei nº 10.705/2000 e do Decreto 46.655/2002.