

DA NÃO INCIDÊNCIA DO ITCMD NO CASO DE MORTE PROVENIENTE DA RESPONSABILIDADE EXTRACONTRATUAL DO ESTADO

Amanda Aparecida da Costa MARCELINO¹

RESUMO: O presente artigo, tem por base a análise acerca da hipótese de, quando aberta a sucessão, decorrente de morte causada pela sociedade política, houver a incidência legal de tributação, o chamado Imposto de Transmissão de Causa Morte, devendo os herdeiros, por meio de advogado, no prazo de dois meses, segundo, o Código Processual Civil, fazer abertura de inventário e arrolar os bens deixados pelo *de cuius* sob pena de multa. Demonstra-se o interesse público pelo tema, pois, não raro, algumas vidas são ceifadas em decorrência da má prestação de serviço pelo Estado, seja na área da saúde pública, segurança, ou seja, atos omissivos ou comissivos do ente estatal. Nessa linha de raciocínio, o presente artigo tem por objetivo à análise, quanto a legalidade da exigência deste imposto, quando proveniente de danos causados por atos do Príncipe, visto que, nesses casos, a sua aplicação seria uma forma de prejudicar novamente o contribuinte, isto é, com base nos métodos utilizados, o indutivo nos mostra que, o Estado, causador do dano (morte), não deveria ter legitimidade para auferir receita, pois, considerando que a responsabilidade gera o dever de indenizar, se à família da vítima for imposta a obrigação de recolher do tributo, acarretaria o chamado *bis in idem*, dessa forma, conjuntamente com o método dialético, verifica-se um contrassenso o dever de recolher valores decorrentes de impostos àquele que causou a sua hipótese de incidência.

Palavras-chave: Sucessão. Imposto de Transmissão de Causa Morte e Doações. Responsabilidade Civil do Estado. Dano. Direito à Propriedade.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo abordou um tema não muito comum, mas que, na prática, tem levantado muitos questionamentos quanto à obrigatoriedade de recolher imposto àquele que causou o dano, o que, algumas vezes pode causar uma extrema dissintonia com o princípio constitucional da propriedade.

Foi feita uma análise amparada em um conjunto de legislações, e doutrinas englobando o Direito Civil, Tributário, Constitucional e Administrativo, com objetivo de demonstrar a completa desarmonia prática em relação à obrigatoriedade

¹ Discente do curso de Pós-Graduação em Direito Penal e Processual Penal do Centro Universitário “Antônio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. e-mail: amandacostam@outlook.com.

do herdeiro ter que pagar, para que possa registrar os bens do espólio para si, vale dizer, para usufruir seu direito de herança tem-se que, antes, que pagar ao Estado, mesmo quando este é o causador do evento danoso, no caso, morte.

O presente trabalho justifica-se pela análise de que, de certa forma, sempre que nos deparamos com óbitos que não sejam naturais, ou seja, toda vez que uma pessoa morre em função de causas que poderiam ser prevenidas mediante a intervenção do Estado, estamos diante de uma situação que não deveria incidir tributos no momento de se fazer a transferência patrimonial do “de cuius”.

Assim, foram delimitadas, com espeque no Direito Administrativo, as responsabilidades objetivas e subjetivas do ente federativo, apontando as eventuais condutas (omissiva ou comissiva), não se pretendendo discutir a culpa, mas sim a forma com que pode refletir no processo sucessório.

Não se esqueceu do Direito Civil, necessário para que se dê enfoque ao direito sucessório, suas nuances, os momentos em que nascem, não só a transmissão, mas também seu corolário, o imposto gerado, e as consequências de não se fazer efetivar as formalidades legais.

Explanou-se acerca da tributação, a forma de incidência e o porquê de, eventualmente, não se coadunar a morte do “de cuius” e o recebimento, pelo Estado, de impostos, o que pode consistir em “dupla pena” para o bom exercício do direito à propriedade.

Por fim, num perfeito enlace, também foi trazido para o presente, os ditames constitucionais que tem referência com o tema apresentado, numa tentativa harmônica de entrelaçar os direitos, discutir acerca da representatividade estatal e suas funções para com o cidadão e promover desfecho com análise crítica quanto à cobrança de tributos em momento que a família já se encontra demasiadamente atingida pela perda de uma pessoa do clã, decorrente da ineficiência estatal (ação ou omissão) e ainda se vê obrigada a ter/possuir recursos para que possa desembaraçar eventual desfrute dos bens arrecadados.

O trabalho foi dividido em cinco tópicos, sendo o primeiro utilizado para conceituarmos o fenômeno da sucessão e os efeitos jurídicos decorrentes da morte, já no segundo capítulo, analisou-se acerca do ITCMD, suas características, ou seja, alíquotas, prazos e isenções, depois, ainda foi feito um tópico estritamente ligado ao Direito Administrativo, em que contém um breviário acerca da responsabilidade extracontratual do Estado, esclarecendo as teorias adotadas pelo direito brasileiro, e

ainda, no quarto capítulo, mostrou-se o dever de reparar o dano e a possibilidade de isenção às pessoas prejudicadas por atos estatais, finalizando o trabalho, com a conclusão, partindo da reflexão acerca do prejuízo que o Estado pode causar ao ente familiar, quando existe o recolhimento do imposto para validar a herança, decorrente de seus próprios atos.

2 DIREITO DAS SUCESSÕES

Podemos conceituar sucessão como forma de transferir a titularidade de qualquer coisa para outra pessoa, nesse sentido:

sucessão é o ato ou o efeito de suceder. Tem o sentido de substituição de pessoas ou de coisas, transmissão de direitos, encargos ou bens, numa relação jurídica de continuidade. Implica a existência de um adquirente que sucede ao antigo titular de determinados valores. (OLIVEIRA, 2016, p. 27).

Iremos trabalhar com exclusividade na sucessão decorrente de morte (*successio causa mortis*), que também é conhecida como a sucessão hereditária.

Esse tipo de sucessão poderá ser a título universal ou a título singular, na qual é possível diferenciar tendo em vista que, nesta, haverá a transmissão de direito ou coisa especificada e aquela, a transmissão é da totalidade de bens ou direito.

A sucessão pode ainda ser distinguida em legítima, que é decorrente de lei, será sempre de forma universal ou testamentária, sendo que nesta há prévia manifestação do autor da herança quanto à destinação de seus direitos ou bens (legado).

É importante esclarecer que o autor da herança, é aquele que, por sua morte, deu causa à sucessão, sendo certo que os herdeiros receberão, se houver e se quiserem, a herança, que é o monte ou acervo a ser posteriormente partilhado.

Essa herança, será legalmente partilhada por meio do inventário, que é um processo judicial ou extrajudicial, a depender dos casos previstos em lei², em

²Art. 610. Havendo testamento ou interessado incapaz, proceder-se-á ao inventário judicial.
§ 1º Se todos forem capazes e concordes, o inventário e a partilha poderão ser feitos por escritura pública, a qual constituirá documento hábil para qualquer ato de registro, bem como para levantamento de importância depositada em instituições financeiras.

que haverá um arrolamento dos bens deixados pelo “*de cujus*”, nomeação de inventariante (aquele que irá administrar os bens e assumir deveres), liquidação do acervo hereditário, pagamento do ITCMD (imposto de transmissão causa *mortis*) e realização de partilha, ou, carta de adjudicação (quando houver um único herdeiro).

Ocorrendo a hipótese de ser chamado à sucessão um só herdeiro, nem por isso se dispensa o inventário, que é sempre necessário, quer se realize em juízo, quer mediante escritura pública, nos casos em que a lei processual o permite (novo Código de Processo Civil, art. 610, §§ 1º e 2º). Afora os direitos dos credores do falecido, que podem pretender o recebimento de seus créditos na via do inventário, sem os incômodos da instauração de outro processo contencioso, há ainda o interesse inequívoco da Fazenda Pública, na percepção do imposto de transmissão *causa mortis*, cobrado sob forma percentual, segundo a alíquota incidente no valor da herança líquida. (PEREIRA, 2017, p. 402).

A Constituição Federal, nos garante o direito de herança (art. 5º, XXX), todavia, para que isso ocorra, é necessário à transferência dos bens ou direito aos herdeiros, e, há um procedimento a ser cumprido como acima descrito, e um deles, é o recolhimento do ITCMD, quando no caso em concreto não houver previsão legal de isenção.

Diante disso, de acordo com o artigo 1.784 do Código Civil: “Aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos ou testamentários”. (Teoria do *saisine*).

Por derradeiro a respeito das ilustrações do *droit de saisine*, os Tribunais Superiores entendem que, para os fins tributários de incidência do Imposto de Transmissão Causa Mortis (ITCMD), deve-se levar em conta o momento do falecimento do autor da herança, outra decorrência da máxima da *saisine* (Súmula 112 do STF). [...] Como se pode notar, e isso consta da última decisão colacionada, o direito de *saisine* faz com que o inventário tenha mero intuito declaratório da morte anterior. De toda sorte, há a necessidade de um ato de confirmação do recebimento da herança, o que tem relação com a categoria da aceitação e adição da herança. (TARTUCE, 2017, p. 27).

Pelo exposto, é mais que óbvio que a morte é fato juridicamente relevante, pois, como consequência, ocorre a sucessão da herança (dívidas e bens) *ipso iure* (por meio de lei) que traz prazos para que se faça a transferência e ainda para recolhimento de impostos que, , em valores que muitas vezes, não há como se cumprir, no tempo formal estabelecido, fazendo com que o tributo fique mais oneroso, dificultando legalização da sucessão hereditária.

Pela quadra acima, não restam dúvidas de que a exação do tributo pode ferir o direito constitucional da propriedade e ainda “impedir” a transmissão

definitiva da sucessão.

2.1 Efeitos Jurídicos da Morte

Em que pese ser substantivo abstrato, vida é concreta, detectável de forma objetiva – pulsação, batimentos cardíacos, atividade cerebral - é um bem maior que se imbrica com a dignidade humana, direito maior, sem o qual, não há que se falar em todos os códex que encontram lastro na palavra vida.

A vida é centro de estudo em diversos ramos, que vai desde a filosofia, religião, biologia, bem como no campo jurídico. Basicamente, trata-se de estado de atividade comum aos seres humanos que decorre desde o nascimento até a morte, no que diz respeito ao aspecto da vida orgânica.

Dessarte, a Constituição Federal traz em seu artigo quinto:

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade...

Trata-se talvez do direito mais protegido pelo ordenamento jurídico, de forma que a legislação proíbe o aborto, o homicídio e qualquer outra forma de degradação desse bem inerente a todo e qualquer ser humano, e, em especial no Código Civil brasileiro, que adotou a Teoria Natalista para que se tenha início a personalidade jurídica.

Porém, não há definição jurídica de vida, devendo sempre nos pautar das outras áreas de conhecimento, como por exemplo a biologia.

Uma coisa é certa na natureza humana, como consequência natural, todo ser vivo morrerá, fato incontroverso, porém, a causa da morte, pode-se dizer que é de impossível previsão, salvo nos casos de males em estágios avançados por exemplo.

Sob o prisma eminentemente jurídico, temos que a morte, em sentido amplo, é um fato jurídico, ou seja, um acontecimento apto a gerar efeitos na órbita do Direito. No entanto, a depender da circunstância, o enquadramento deste fato poderá, em nível subtipológico, variar: a morte natural de uma pessoa de avançada idade é, nessa linha, um “fato jurídico em sentido estrito”; ao passo que um homicídio traduz um “ato ilícito” Outro interessante aspecto atinente à morte é no Plano de Eficácia do Negócio

Jurídico, quando se estudam os seus elementos acidentais, especialmente o termo e a condição. (STOLZE, 2017, p. 1702).

A morte, ao ser analisada juridicamente, traz uma série de consequências; sobre o tema, o Código Civil manifesta em seu artigo 6º: “a existência da pessoa natural termina com a morte; presume-se esta, quanto aos ausentes, nos casos em que a lei autoriza a abertura da sucessão definitiva”.

O artigo deixa claro que a personalidade jurídica de qualquer pessoa se extingue com a morte, portanto, por meio de um atestado de óbito, elaborado por médico legal competente, haverá a declaração da extinção da personalidade jurídica, sua causa e, na falta desse, por declaração por meio de duas pessoas idôneas, e somente assim, poderá haver o sepultamento.

A morte analisada no campo civil, conforme já pontuado, produz diversos efeitos jurídicos, como por exemplo: extingue a personalidade jurídica, inicia-se a abertura da sucessão, causa dissolução da sociedade conjugal, extingue deveres, direitos e obrigações, obviamente, se não forem transmissíveis.

A morte de um dos contratantes só acarreta a dissolução dos contratos personalíssimos (*intuitu personae*), que não poderão ser executados pela morte daquele em consideração do qual foi ajustado. Subsistem as prestações cumpridas, pois o seu efeito opera-se *ex nunc*. (GONÇALVES, 2012, p. 204).

No campo penal, ocorrerá a chamada extinção de punibilidade, nos termos do artigo 62 do Código de Processo Penal, o Estado perde o seu direito ao *jus puniendi*, não transmitindo qualquer consequência penal aos herdeiros, pelo princípio da intranscendência da pena.

E, não menos importante, devemos analisar a morte no aspecto tributário quanto aos seus efeitos.

Tendo em vista que o Estado é estruturado com base nos tributos, com a morte de qualquer pessoa, os herdeiros, salvo nas hipóteses de isenção, terão que arcar, quando houver herança a ser partilhada, rendas a distribuir, entre outros, com os custos decorrente do ITCMD (Imposto sobre Transmissão de Causa Mortis e Doação).

Sendo assim, a responsabilidade na sucessão *causa mortis*, de acordo com Ricardo Alexandre (2017, p. 391), iniciada a sucessão (morte) e concluído o processo de inventário (partilha dos bens), a responsabilidade pelos tributos devidos

pelo *de cuius*, até a data de sua morte, é do espólio, que se traduz como “ a universalidade de coisas (*universitas rerum*), até que a sua individualização pela partilha determine os quinhões ou pagamentos dos herdeiros”. (PEREIRA, 2017, p. 12), de forma que, podemos considerar espólio como conjunto de bens e direitos deixado pelo *de cuius*, que irão ser partilhados entre os herdeiros após a formalização do inventário.

3 IMPOSTO SOBRE TRANSMISSÃO DE CAUSA MORTIS E DOAÇÕES (ITCMD)

No tópico abaixo, iremos abordar o conceito legal, fato gerador, as hipóteses de incidência, isenção do referido imposto.

3.1 Conceito

Primeiramente é importante conceituar o que é um imposto. Pois bem, podemos conceitua-lo como adjetivo daquilo que é imposto, obrigado, não dá abertura a discussões.

Os impostos são, por definição, tributos não vinculados que incidem sobre manifestações de riqueza do sujeito passivo (devedor). Justamente por isso, o imposto se sustenta sobre a ideia da solidariedade social. As pessoas que manifestam riqueza ficam obrigadas a contribuir com o Estado, fornecendo-lhe os recursos de que este precisa para buscar a consecução do bem comum.(ALEXANDRE, 2017, p. 58).

Trata-se do montante arrecado pelo Estado em que os contribuintes devem pagar, independentemente de sua vontade, pecúnia para garantir a funcionalidade dos serviços considerados públicos.

De acordo com o Código Tributário Nacional, em seu artigo 16: “imposto é o tributo cuja obrigação tem por fato gerador uma situação independente de qualquer atividade estatal específica, relativa ao contribuinte”.

Trata-se também de receita considerada ordinária pelo direito financeiro: “são as receitas que ocorrem regularmente em cada período financeiro.

Correspondem às receitas correntes e são fonte permanente e regular de receitas destinadas a financiar as despesas públicas.” (PALUDO, 2017, p. 162).

Todavia, o ITCMD é definido pela doutrina nos seguintes termos:

O imposto *causa mortis* tem essa denominação por incidir sobre a transmissão do domínio e da posse dos bens “em razão da morte”, ou seja, pela abertura da sucessão aos herdeiros legítimos e testamentários. Dá-se, pois, com o óbito do autor da herança, aplicando-se o imposto pela alíquota vigente e conforme o valor atribuído aos bens nessa ocasião. (AMORIM, 2016, p. 331).

Este imposto é de competência dos Estados e do Distrito Federal, tem como fato gerador a transmissão de bens causado pela morte do autor da herança, ou doações de quaisquer bens ou direitos *inter vivos* ou também no processo de inventário, exemplo: renúncia imprópria.

A previsão legal desse imposto está na nossa Carta Magna, que assim dispõe:

Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre: [\(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993\)](#)

I - transmissão causa mortis e doação, de quaisquer bens ou direitos;

[...]

§ 1º O imposto previsto no inciso I:

I - relativamente a bens imóveis e respectivos direitos, compete ao Estado da situação do bem, ou ao Distrito Federal

II - relativamente a bens móveis, títulos e créditos, compete ao Estado onde se processar o inventário ou arrolamento, ou tiver domicílio o doador, ou ao Distrito Federal;

III - terá competência para sua instituição regulada por lei complementar:

a) se o doador tiver domicílio ou residência no exterior;

b) se o de cujus possuía bens, era residente ou domiciliado ou teve o seu inventário processado no exterior;

IV - terá suas alíquotas máximas fixadas pelo Senado Federal;

E de acordo com o doutrinador Pablo Stolze (2017, p. 2.273):

(...) o tributo mais peculiar ao procedimento sucessório é o imposto causa mortis (preferimos dizer “mortis causa”, pois ele deriva do fato do óbito), de competência estadual, conhecido pela sigla ITCMD, por se aplicar também às doações: “O imposto causa mortis”, afirmam os cultos Sebastião Amorim e Euclides de Oliveira, “tem essa denominação por incidir sobre a transmissão do domínio e da posse dos bens ‘em razão da morte’, ou seja, pela abertura da sucessão aos herdeiros legítimos e testamentários. Dá-se, pois, com o óbito do autor da herança.

Fica claro que, o fato gerador do referido imposto se dá quando ocorre a transmissão causa mortis (sucessão legítima ou testamentária) ou a doação (intervivos) de bens móveis ou imóveis e/ou direitos a ele relativo, tem como base de

cálculo o valor venal do bem doado ou transmitido, por meio de declaração feita pelo contribuinte.

Terá incidência específica na herança, caso haja cônjuge, diante de eventual meação, esta não se sujeitará à incidência, pois não integra a base de cálculo de emolumentos nas escrituras de inventário.

A alíquota máxima é limitada a 8% sobre herança e doações conforme determinado pelo Senado Federal, por meio da Resolução de n.º 9/92.

Não podemos deixar de considerar que, há outros tributos incidentes sobre o espólio para que haja a regular partilha, ou seja, o inventariante deverá comprovar quitação de IPTU (imposto territorial e predial urbano) ou ITR, IR (imposto de renda) etc.

A certidão negativa de tributos (de todas as esferas) é requisito essencial para legitimar a partilha dos bens, salvo se houver garantia de pagamento, onde poderá haver o julgamento da partilha, assim nos direciona a lei processual civil:

Art. 654. Pago o imposto de transmissão a título de morte e juntada aos autos certidão ou informação negativa de dívida para com a Fazenda Pública, o juiz julgará por sentença a partilha.

Parágrafo único. A existência de dívida para com a Fazenda Pública não impedirá o julgamento da partilha, desde que o seu pagamento esteja devidamente garantido.

Além das hipóteses de isenção legal, não haverá a incidência do ITCMD no caso de renúncia da herança, que se formalizará por meio de termo nos autos ou escritura pública, nos termos do parágrafo único, artigo 1.805 do Código Civil, gerando o dever de recolher àquele que se habilitar para herdar.

4 DA RESPONSABILIDADE EXTRACONTRATUAL DO ESTADO

Devido à constante presença estatal nas relações sociais, agindo de forma imperativa na vida dos cidadãos, o Estado tem, assim como qualquer pessoa apta a responder legalmente pelos seus atos, a obrigação de reparar

economicamente os danos morais ou financeiros causados a terceiros. Trata-se do dever de reparar minimamente aos lesados pela conduta dolosa ou culposa, lícita ou ilícita, omissiva ou comissiva.

Dessa forma, o entendimento da doutrina na seara administrativa é no seguinte sentido:

Esse dever de responder caracteriza a responsabilidade extracontratual que não decorre de um contrato anterior, de um vínculo anterior. Representa uma obrigação imposta ao Estado de reparar economicamente os danos ocasionados a terceiros, por atos praticados pelos seus agentes, no exercício das suas atribuições.(MARINELA, 2016, p. 1.153).

Assim também dispõe Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo (2015, p. 835): “A responsabilidade civil, também denominada responsabilidade extracontratual, tem sua origem no Direito Civil. Consubstancia-se na obrigação de indenizar um dano patrimonial ou moral decorrente de um fato humano”.

Podemos diferenciar a responsabilidade civil ainda como direta ou indireta, sendo que aquela se dá quando o agente causador do dano é o único responsável pela sua reparação, ao contrário da indireta, hipótese em que o dano é reparado por agente distinto de seu causador, art. 932 do Código Civil.

Desta forma, fica claro que para o Estado seja responsabilizado civilmente, é necessário a ocorrência de dano, por meio de uma ação ou omissão, nexos causal entre o dano e a ação ou omissão, bem como à ausência de excludentes de responsabilidade do Estado.

4.1 Da Responsabilidade Civil Objetiva e Teorias

O Brasil adotou a teoria do órgão, que consiste em:

Com efeito, a impessoalidade deve ser enxergada também sob a ótica do agente. Nesse sentido, quando o agente público atua, não é a pessoa do agente quem pratica o ato, mas o Estado - órgão que ele representa. Corresponde, portanto, à já conhecida teoria do órgão (ou teoria da imputação volitiva). (CARVALHO, 2016, p. 65).

Assim, as consequências, decorrentes de atos que envolvam a administração pública não serão transferidas para seus agentes, caso se trate da chamada responsabilidade objetiva, contudo, há o direito de regresso.

A responsabilidade civil do Estado de forma objetiva, está prevista na Constituição Federal, em seu artigo 37, parágrafo 6º, que assim dispõe: “ as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”. Que difere da responsabilidade civil subjetiva pelo dever imprescindível de provar o dolo ou culpa do causador do dano, bem como nos casos de omissão da Administração Pública.

Assim é o entendimento jurisprudencial:

ADMINISTRATIVO. APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. OMISSÃO DE AGENTE PÚBLICO DE SEGURANÇA. TEORIA DA FAUTE DU SERVICE OU DA CULPA ADMINISTRATIVA. RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA DO ESTADO. NECESSIDADE DE DEMONSTRAÇÃO DO NEXO DE CAUSALIDADE NORMATIVO E DA CULPA DO AGENTE PÚBLICO. [...].1. EM SE TRATANDO DE OMISSÃO POR PARTE DO ESTADO NO QUE TANGE A GARANTIR A SEGURANÇA PÚBLICA EM PROL DA COLETIVIDADE, TEM-SE A INCIDÊNCIA DA TEORIA DA FAUTE DU SERVICE OU TEORIA DA CULPA ADMINISTRATIVA. 2. NÃO HAVENDO RESPONSABILIDADE OBJETIVA ESTATAL NESTES CASOS, MAS SIM SUBJETIVA, DEVE-SE COMPROVAR QUE O DANO RESULTOU DIRETAMENTE DA INAÇÃO OU DO MAU FUNCIONAMENTO DE SERVIÇOS ESTATAIS, OU SEJA, EXIGE-SE A COMPROVAÇÃO DO NEXO DE CAUSALIDADE NORMATIVO E DA CULPA DO AGENTE PÚBLICO. 3. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. (TJ-DF - APC: 20120110734659 DF 0004023-46.2012.8.07.0018, Relator: GILBERTO PEREIRA DE OLIVEIRA, Data de Julgamento: 17/07/2013, 1ª Turma Cível, Data de Publicação: Publicado no DJE: 22/07/2013. Pág.: 85). (g.n).

Um exemplo não muito distante de responsabilidade civil estatal causada por omissão, se refere ao evento ocorrido no dia 5 de novembro de 2015, quando houve rompimento da barragem da mineradora Samarco, causada por ausência de fiscalização estatal, que além da degradação ambiental, resultou em mortes e colocou centenas de famílias em situação prejudicial.

Não há o que se questionar acerca do dever dos entes estatais em indenizar as populações prejudicadas pelos danos causados por seus representantes e concessionárias, na medida do prejuízo incorrido, visto que, os entes federativos têm elencado na carta magna a titularidade dos bens naturais,

jazidas de minério, rios, lagos..., nos termos do art. 20, inciso III e 26, I da referida constituição.

Assim, a conduta omissiva do Estado, por meio do Departamento Nacional de Produção de Minério (DNPM), nos termos da Lei nº 8.876/1994, em não prevenir ou sequer fiscalizar a atuação das empresas brasileiras que utilizam recursos públicos, gera o dever de responder e indenizar *in re ipsa* todas as pessoas afetadas, de forma coletiva ou individual.

Trataremos agora, acerca da evolução teórica do tema de responsabilidade civil, na qual, aplica-se atualmente a regra da teoria do risco administrativo:

A teoria do risco administrativo pressupõe que o Estado assume prerrogativas especiais e tarefas diversas em relação aos cidadãos que possuem riscos de danos inerentes. Em razão dos benefícios gerados à coletividade pelo desenvolvimento das atividades administrativas, os eventuais danos suportados por determinados indivíduos devem ser suportados, igualmente, pela coletividade. O ressarcimento dos prejuízos é efetivado pelo Estado com os recursos públicos, ou seja, oriundos das obrigações tributárias e não tributárias suportadas pelos cidadãos. (OLIVEIRA, 2017, p. 871).

Devemos observar que, esta pode ser considerada uma teoria ordinária (risco administrativo), pois o Estado, extraordinariamente, assume a integralidade de risco (teoria do risco integral), em certas atividades, a título de exemplo, os danos nucleares, ambientais (art. 21, inciso XXXIII e 225, parágrafo 3º da Constituição Federal).

[...]pela teoria do risco administrativo, a responsabilização civil da administração pública dispensa a prova de culpa na sua atuação, mas é possível ela eximir-se da obrigação de indenizar, caso comprove culpa exclusiva do particular que sofreu o dano, ou alguma outra excludente (ou ainda atenuar a sua responsabilidade, se ela provar a existência de culpa recíproca). [...] Já à teoria do risco integral consiste em uma exacerbação da responsabilidade civil da administração pública. Segundo essa teoria, basta a existência do evento danoso e do nexo causal para que surja a obrigação de indenizar para o Estado, sem a possibilidade de que este a legue excludentes de sua responsabilidade. (ALEXANDRINO, 2015, p. 886).

Desta forma, pela teoria do risco administrativo a obrigação de indenizar o dano do ato lesivo e injusto causado à vítima pela Administração surge, independentemente de qualquer do serviço público, nem culpa de seus agentes. Basta a lesão, sem o concurso do lesado, admitindo excludentes, diferentemente do risco integral, em que não se admite qualquer excludentes da responsabilidade,

como o caso fortuito e a força maior, ou seja, basta o dano e o nexo, fundamentada apenas e tão somente pela causalidade da atividade desenvolvida pelo ente estatal.

5 DO DEVER DE REPARAR O DANO E DA ISENÇÃO DO ITCMD

Vislumbrada a hipótese de responsabilidade civil do Estado, e, em decorrência da má prestação de serviços, ocorrer a morte de qualquer pessoa, exemplo: erro médico, queda de ciclovias, acidentes decorrentes de estradas mal preservadas e ainda aquele decorrente de morte de detento em estabelecimento penitenciário, é inconteste o dever de indenizar, ou seja, verificada a ação ou omissão, seja lícita ou ilícita e ocorrer dano, o Estado deverá reparar o lesado ou quem direta ou indiretamente, pelo dano reflexo (ricochete), for também prejudicado.

Assim dispõe o art. 927 do Código Civil: “Aquele que, por ato ilícito (art. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.”

A título de exemplo, segue entendimento do Supremo Tribunal Federal:

Em caso de inobservância de seu dever específico de proteção previsto no art. 5º, inciso XLIX, da CF/88, o Estado é responsável pela morte de detento. (STF. Plenário. RE 841526/RS, Rel. Min. Luiz Fux, julgado e 30/03/2016 (repercussão geral) (Info 819).

A constituição Federal nos garante em seu art. 5º, inciso XXII, e art. 170, II o direito à propriedade, que inclui o direito ao patrimônio, porém, conforme nos ensina Bernardo Gonçalves Fernandes (2017, p, 470), “a noção de patrimônio inclui ainda o conjunto, não apenas de direitos, mas ainda de obrigações de um indivíduo. Coligado também ao direito de propriedade está a proteção constitucional à herança (art. 5º, XXX, da CR/88)”.

Quando se logra uma ação decorrente do ente público em que se pleiteia o dever de reparação, seja moral ou material, em regra, o contribuinte irá se deparar com o chamado precatório ou RPV (requisição de pequeno valor), com previsão constitucional no art. 100:

Com previsão de recebimento, após o trânsito em julgado e, apresentados até o dia 1º de julho, até o final do exercício seguinte, todavia, de

longe essa norma tem aplicabilidade prática, o que acontece, é que os lesados pelos entes federativos ficam anos e anos a espera de receberem seu justo direito, ferindo, de morte o seu direito à propriedade.

Em poucos Estados há a possibilidade da chamada compensação de crédito tributário.

A definição de compensação pode ser extraída do Direito Privado, conforme os arts. 368 a 380 do Código Civil (Lei n. 10.406/2002), segundo o qual a compensação é modalidade extintiva de obrigação, quando se é devedor e credor, concomitantemente. Ocorre, portanto, a “extinção de obrigações recíprocas entre as mesmas pessoas que se reputam pagas (totalmente ou parcialmente)”. Trata -se de modalidade indireta (por lei) de extinção do crédito tributário, por meio do confronto entre créditos e débitos, evitando -se a desnecessária “(...) multiplicação de providências administrativas e demandas judiciais. (SABBAG, 2016, p. 1.038).

E, para sua consumação, é necessária uma lei autorizativa, que não é o caso também em alguns Estados, a título de exemplo, vejamos o entendimento jurisprudencial no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

APELAÇÃO – Declaratória – Pretensão de compensação de débitos tributários (ITCMD) com precatórios alimentícios – Sentença de Improcedência – Pretensão de inversão do julgamento – Impossibilidade – Compensação Tributária Inadmissível – Não incidência, no caso, da hipótese prevista no art. 78, parágrafo 2º do ADCT, Ausência de Lei estadual a regulamentar a questão – EC 26/2009 que não alterou a situação. (APL nº 1000998720158260053 SP, 6ª Câmara de Direito Público, Publicação 15 de setembro de 2015, Rel. Maria Olívia Alves).

Dessa forma, ao se habilitar como herdeiro, e não pagar o ITCMD pelo período de 5 (cinco) anos³, não terei o direito de receber a herança. E, nesse caso, posso perder o direito de recebê-la, o que gera certa indignação, pois, não se verifica a incidência do ITCMD nas transmissões em que figurem como herdeiro, legatário ou donatário à União, o Estado ou o Município, (art. 150, VI, a, CF/88).

O Estado não é um herdeiro. Não lhe é reconhecido o direito de *saisine*, em nosso e alheio Direito. Nestas condições, não entra na propriedade e posse da herança pelo fato da abertura da sucessão. É necessária uma sentença de vacância, declarando os bens vagos e sua devolução à Fazenda Pública. Mas somente se considera definitiva a sua integração no erário público depois de escoado o prazo legal, sem que apareça algum herdeiro reclamando os bens. Em verdade, a sucessão do Estado envolve a

³ Código Civil: Art. 1.822. A declaração de vacância da herança não prejudicará os herdeiros que legalmente se habilitarem; mas, decorridos cinco anos da abertura da sucessão, os bens arrecadados passarão ao domínio do Município ou do Distrito Federal, se localizados nas respectivas circunscrições, incorporando-se ao domínio da União quando situados em território federal.

devolução da herança a quem representa a coletividade a que pertenceu o defunto. (PEREIRA, 2017, 186).

O Estado fica obrigado a ressarcir os danos morais e materiais sofridos pelos sucessores da vítima fatal, todavia, nunca se viu a imposição legal de forma a fazer com o dano morte seja extensivo quanto ao ressarcimento em favor do espólio, violando claramente aquele que teve seu direito maior retirado, ou seja, a vida.

Fica claro que, o ônus de qualquer falha estatal causadora de dano, deverá ser indenizado, adotando o do princípio da repartição dos encargos sociais, que está estritamente ligado ao princípio da igualdade (isonomia), tem-se que, em regra, se a análise do fato for devidamente minudenciada, não restarão dúvidas de que na maior parte das vezes, há interferência estatal direta ou indireta quando se fala de falecimento.

6. CONCLUSÃO

A gênese se dá quando ocorre a reflexão sobre a importância que a sociedade confere aos seus indivíduos, que por sua vez formam seus clãs e, derradeiramente, forma-se a sociedade, representada pelo Estado.

Ao adotar a teoria do risco administrativo, o Estado chama para si a responsabilidade de todos os atos que pratica ou deixa de praticar e que assim, causa danos na vida do cidadão.

Nesse diapasão, qualquer evento danoso que ocorra nos serviços essenciais (saúde, segurança, transporte) tem, ainda que de forma indireta, a chancela estatal e assim, surgiria, em tese, o dever de indenizar, de reparar o dano suportado.

No prisma constitucional, há o direito à herança, receber do “de cujus” aquilo que ele conseguiu amontoar ao longo da vida, cabendo aos herdeiros, respeitada a linha sucessória, amealharem seus quinhões. Assim prevê a Carta Maior.

No âmbito tributário, o Estado, ávido por receita, sobretaxa essa transferência patrimonial, por meio do Imposto de Transmissão Causa Mortis ou Doação, e raramente algum recebedor de herança consegue se desvencilhar da cobrança do imposto.

Interessante que não há isenção direta dos tributos em hipótese alguma (salvo quando concedidos os benefícios da justiça gratuita), ou seja, o causador (direto ou indireto) do dano, Estado, não tem nenhum meio de possibilitar condições mais favoráveis aos familiares dos falecidos, o que poderia “remir”, ainda que de forma minorada, as mazelas do ente estatal.

Porém, se estivéssemos na seara penal ou cível, é indiscutível o dever de reparar que surge para o autor dos fatos em relação aos danos sofridos pela vítima.

Agora, em decorrência da falha da prestação do serviço público, para que a família possa incorporar a herança, é obrigada a pagar o causador do dano.

Não seria o caso de criar uma hipótese de isenção do ITCM quando a morte for decorrente da responsabilidade do Estado?

Noutro prisma, ainda que reste a possibilidade de indenizar a família do falecido, o montante pode atingir valor que acabará por se tornar precatório, ou seja, enquanto o imposto tem que ser pago à vista, por quem já sofreu pela perda do ente e não raro, pelo descaso do Estado, terá, talvez, a possibilidade de receber importância, mas a perder de vista.

Dessarte, mister se faz que antes de auferir receita, em tese destinada para o coletivo, a melhor exegese constitucional preza pela dignidade, ou seja, privilegia o indivíduo, por conseguinte, os pequenos grupos, para, enfim, chegar ao termo lato de sociedade.

Ignorar a melhor interpretação da Carta Mor é majorar a importância do todo, em detrimento constante de sua célula formadora com o quê, não podemos coadunar.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXANDRE, Ricardo. **Direito Tributário**. 11ª edição, ed. JusPodivm. Salvador – BA, 2017.

ALEXANDRINO, Marcelo. PAULO, Vicente. **Direito Administrativo Descomplicado**. 23ª ed. Método, Rio de Janeiro, 2015.

AMORIM, Sebastião. OLIVEIRA, Euclides de. **Inventário e Partilha: Teoria e Prática do Direito das Sucessões**. 24ª ed. Editora Saraiva, São Paulo, 2016.

BRASIL. Lei Federal n.º 10.406/2002. **Código Civil**, Brasília, Senado, 2002.

BRASIL. Lei Federal n.º 13.105/2015. **Código de Processo Civil**, Brasília, Senado, 2015.

BRASIL. Lei Federal n.º 3.689/1941. **Código de Processo Penal**, Brasília, Senado, 1941.

BRASIL. Lei Federal n.º 5.172/1966. **Código Tributário Nacional**, Brasília, Senado, 1966.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**, Brasília, Senado, 1988.

CENTRO UNIVERSITÁRIO “ANTONIO EUFRÁSIO DE TOLEDO” de Presidente Prudente. **Normalização de apresentação de monografias e trabalhos de conclusão de curso**. 2007 – Presidente Prudente, 2007, 110p.

FERNANDES, Barbosa Gonçalves. **Direito Constitucional**. 9ª ed. Editora JusPodivm. Salvador, 2017.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**, volume 3: contratos e atos unilaterais. 9ª edição, ed. Saraiva, 2012.

MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. 7ª ed. Editora Forense, Rio de Janeiro, 2017.

MARILENA, Fernanda. **Direito Administrativo**. 10ª edição, ed. Saraiva, São Paulo, 2016.

MIGALHAS, **Valor da meação do cônjuge não integra base de cálculo de emolumentos das escrituras de inventário**. Disponível em:<
<http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI255204,41046-Valor+da+meacao+do+conjuge+nao+integra+base+de+calculo+de+emolumentos>>.
Acesso em 31 de janeiro de 2018, 18h24min.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de Direito Administrativo**. 5ª ed. Editora Método, São Paulo, 2017.

PALUDO, Agostinho Vicente. **Orçamento Público, Administração Financeira e Orçamentária e LRF**. 7. Ed. Editora Método, 2017.

PAULSEN, Leandro. **Curso de Direito Tributário**. 8ª ed. Editora Saraiva, São Paulo, 2017.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **INSTITUIÇÕES DE DIREITO CIVIL: Direito das Sucessões**. Volume VI, 24ª ed. Forense, Rio de Janeiro, 2017.

SABBAG, Eduardo. **Manual de Direito Tributário**. 8ª ed. Editora Saraiva, São Paulo, 2016.

STOLZE, Pablo. **Direito Civil**. Volume Único, Ed. Saraiva, São Paulo, 2017.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Direito das Sucessões**. V. 6, 10ª ed., editora Forense, Rio de Janeiro. 2017.