

A RESPONSABILIDADE CIVIL NO CASO DE ABUSO DE PODER FISCAL

CIVIL LIABILITY IN FISCAL POWER ABUSE CASE

LIANA MARIA TABORDA LIMA

Advogada especialista em Direito Aduaneiro, mestranda do Centro Universitário Curitiba em Direito Empresarial e Cidadania - UNICURITIBA.

VIVIANE COELHO DE SÉLLOS-KNOERR

Advogada empresarial, Doutora, Mestre e Especialista em Direito, Professora e Coordenadora do Programa de Mestrado em Direito Empresarial e Cidadania – UNICURITIBA.

RESUMO

O presente artigo trata da responsabilidade civil do Estado quando de uma atuação com abuso ou desvio perpetrada pelo agente fiscal e busca estabelecer a linha que separa a atuação estatal legítima da consecução deste da atuação nefasta ao contribuinte, demonstrando que pelo dano causado deverá responder não só o Estado como o agente público, se valendo da teoria do dano punitivo.

PALAVRAS CHAVE: Abuso de Poder, Agente Fiscal, Contribuinte, Dano, Responsabilidade Objetiva do Estado, Responsabilidade do Agente Público, Teoria do Dano Punitivo.

ABSTRACT

This article deals with the liability of the State when a performance with abuse or diversion perpetrated by the fiscal agent and seeks to establish the line between the legitimate state action for the achievement of this nefarious activity the taxpayer, demonstrating that the damage should respond not only the state as the public official, taking advantage of the theory of punitive damages.

KEYWORDS: Abuse of Power, Fiscal Agent, Tax, damage, liability aims of the state, the Public Accountability Agent, Theory of Punitive Damage.

1. INTRODUÇÃO

O Estado pratica múltiplas ações emanadas do poder administrativo que lhe é inerente, as quais irrompem diretamente na vida dos cidadãos, quer para protegê-los quer para lançá-los à própria sorte, refletindo como objeto de estudo em vários ramos do direito, mas sobretudo no direito fiscal e aduaneiro.

O presente artigo, se propõe a realizar uma análise não exaustiva, do exercício do poder de polícia fiscal por parte do Estado e o limite que separa a discricionariedade administrativa da arbitrariedade, bem como a responsabilidade civil pelos danos daí oriundos. O objetivo é demonstrar que a atuação do Fisco é necessária e legítima, mas não pode lesionar os direitos e garantias consagrados na Constituição Federal, sem que isso represente o devido ressarcimento ao contribuinte. Sem demérito à função fiscalizatória do Estado, é preciso considerar que o interesse do Fisco, ainda que legítimo, não pode pôr em risco interesse, não menos legítimo, dos cidadãos e das empresas.

O direito à indenização decorre da mácula aos direitos fundamentais da pessoa física ou jurídica pela conduta ilícita da Fazenda Pública, sendo tênue linha que separa o exercício legítimo do poder fiscal pelo Estado do abuso ou desvio lesivo do patrimônio, moral ou material, do contribuinte. Daí decorre a importância do tema proposto.

2. PODER ADMINISTRATIVO DO ESTADO

O Estado detém um plexo de poderes essenciais à ação administrativa que lhe compete, com o fim precípua do bem comum. E, dentre estes poderes se enquadra o poder administrativo fiscal, que engloba não só a função tributária enquanto meio para a obtenção dos recursos necessários à satisfação das necessidades coletivas, como também a função de fiscalização e do controle sobre o comércio exterior, essenciais à defesa dos interesses fazendários nacionais, conforme dispõe o artigo 237 da Constituição da República.

Para realização desta tutela especial o Estado é legitimamente investido do que Kelsen denominava de “poder-dever”, quais sejam a competência tributária e o poder de polícia fiscal.

A competência tributária está delimitada na Constituição Federal brasileira nos artigos 153, 155 e 156 e especifica a divisão desta competência entre a União, Estados-membros, Municípios e o Distrito Federal, de forma fechada, sendo a mesma indelegável.

Podemos definir a competência tributária como sendo a aptidão para criar tributos e nos dizeres de Sainz de Bujanda¹ é sinônimo de “*poder tributário conferido aos entes públicos que estão facultados a estabelecer tributos, vale dizer, a editar normas tributárias*”, sendo que a criação desses tributos só se fará por meio de lei, em respeito ao Princípio da Legalidade, como defende Carraza² ao dizer que

De fato, entre nós, a força tributante estatal não atua livremente, mas dentro dos limites do direito positivo. Como veremos em seguida, cada uma das pessoas políticas não possui, em nosso País, poder tributário (manifestação do *ius imperium* do Estado), mas competência tributária (manifestação da autonomia da pessoa política e, assim, sujeita ao ordenamento jurídico-constitucional). A competência tributária subordina-se às normas constitucionais, que, como é pacífico, são de grau superior às de nível legal, que prevêm as concretas obrigações tributárias.

Nesse passo, ao Fisco compete o que hodiernamente chamamos de “rulemaking”, ou seja, a possibilidade de editar atos legais e infra legais de cunho tributário e fiscal, regulando a atividade administrativa e obrigações aos administrados, desde que não contrarie os preceitos constitucionais.

Já o poder de polícia administrativo fiscal decorre da manifestação do poder de coerção baseada em seu poder de império, o *ius imperii*, e consiste em intervenções genéricas ou específicas do poder estatal na esfera privada tendo em vista os interesses sociais. O jurista argentino Rafael Bielsa já dizia que a idéia de Estado é inseparável da idéia de polícia.³

Sendo que o Código Tributário Nacional no artigo 78 delimita o que seja poder de polícia fiscal, como a “*atividade da Administração Pública que,*

limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranqüilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos.

O excesso de conceituação sobre “*poder de polícia*” a seguir exposto, não pretende enfadar o nobre leitor, mas de trazer o tema à luz dos mais avalizados

¹ BUJANDA, Fernando Sainz de. **Notas de Derecho Financeiro**, vol. 2. p. 5

² CARRAZA, Roque Antônio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**, p. 435

³ BIELSA, Rafael. **Ciência de la Administración**, p. 349

juristas nacionais e estrangeiros, uns contemporâneos outros não, demonstrando assim que independente da diferença espaço-temporal entre eles e das conjunturas vividas, todos os juristas apontam que pelo cerne do poder fiscal gravitam limitações às liberdades e aos direitos essenciais do homem, a propriedade e a livre iniciativa e conforme os desmembramentos, inclusive, da liberdade do próprio indivíduo.

No direito espanhol, sobressai os ensinamentos do professor Jayme Rodriguez-Araña Muñoz, o qual elucida que “a atividade de polícia, uma das funções inerentes ao Estado, pode caracterizar-se como aquele conjunto de potestades ou técnicas administrativas que têm como finalidade a defesa da ordem pública e o cumprimento da legalidade vigente.”⁴

O doutrinador português, Marcello Caetano entende por poder de polícia

o modo de actuar da autoridade administrativa que consiste em intervir no exercício das actividades individuais susceptíveis de fazer perigar interesses gerais, tendo por objecto evitar que se produzam, ampliem ou generalizem os danos sociais que as leis procuram prevenir.⁵

Sobre os limites do exercício do poder de polícia o referido Professor Marcello Caetano, deduz o seguinte:

- A polícia não deve intervir no âmbito da vida privada dos indivíduos, desdobrado em duas regras: a polícia não deve ocupar-se de interesses particulares; a polícia tem de respeitar a vida íntima e o domicílio dos cidadãos;
- A polícia deve actuar sobre o perturbador da ordem e não sobre aquele que legitimamente use o seu direito;
- Os poderes de polícia não devem ser exercidos de modo a impor restrições e a usar de coacção além do estritamente necessário, apelando à ideia de “proporcionalidade entre os males a evitar e os meios a empregar para a sua prevenção” .

Nos dizeres de Caio Tácito o “*O poder de policia é, em suma, o conjunto de atribuições concedidas a Administração para disciplinar e restringir, em favor do interesse público adequando, direitos e liberdades individuais.*”⁶

Para Diógenes Gasparini o poder de polícia ou atribuição de polícia administrativa é “*o poder que dispõe a Administração Pública para condicionar o uso, o gozo e a disposição da propriedade e restringir o exercício da liberdade dos administrados no interesse público ou social*”.⁷

⁴ RODRIGUEZ-ARAÑA MUÑOZ, Jayme (coordenador). **Manual de Derecho Administrativo Español**. p. 295.

⁵ CAETANO, Marcello. **Manual de Direito Administrativo**, vol. II, p. 1150.

⁶ TÁCITO, 1975, apud MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**.

⁷ GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**, 7. ed.

O doutrinador alemão Otto Mayer preferiu definir o poder de polícia, como sendo *"a atividade do Estado que visa defender, pelos meios do poder da autoridade, a boa ordem da coisa pública contra as perturbações que as realidades individuais possam trazer."*⁸

Os apontamentos de Friede também somam aos dizer que

o poder de polícia pode ser entendido como o conjunto de restrições e condicionantes a direitos individuais em prol do interesse público prevalente. Traduz-se, portanto, no conjunto de atribuições outorgadas à Administração para disciplinar e restringir, em favor do interesse social, determinados direitos e liberdades individuais.⁹

Como bem afirma Themístocles Cavalcanti, poder de polícia é a faculdade de manter os interesses coletivos, de assegurar os direitos individuais feridos pelo exercício de direitos individuais de terceiros. O poder de polícia visa à proteção dos bens, dos direitos, da liberdade, da saúde, do bem-estar econômico. Constitui limitação à liberdade e os direitos essenciais do homem.¹⁰

As relevantes ponderações de Sundfeld, dizem que *"A idéia de poder de polícia foi cunhada para um Estado mínimo, desinteressado em interferir na economia, voltado, sobretudo, à imposição de limites negativos à liberdade e à propriedade, criando condições para convivência dos direitos."*¹¹

A jurista portuguesa Catarina Sarmiento e Castro¹² refere que, dentre as diferentes perspectivas com que a doutrina portuguesa encara o conceito de polícia, desponta também um sentido orgânico ou institucional, *"enquanto conjunto de órgãos e agentes pertencentes a serviços administrativos cuja função essencial consiste no desempenho de tarefas materiais de polícia"*, ou como definiu Sérvulo Correia¹³, *"todo o serviço administrativo que, nos termos da lei, tenha como tarefa exclusiva ou predominante o exercício de uma actividade policial."*

Sobre a impropriedade da terminologia "poder de polícia", José Maria Pinheiro Madeira relata a tentativa da doutrina em minimizar os impasses produzidos pela expressão poder de polícia, momento em que se troca o título para atividade de

⁸ MAYER, Otto. **Derecho Administrativo Alemán**, t. II, p. 5.

⁹ FRIEDE, Reis. **Curso Analítico de Direito Constitucional e da Teoria Geral do Estado**, p.109

¹⁰ CAVALCANTI, Themístocles Brandão. **Tratado de Direito Administrativo**. Vol.II

¹¹ SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo Ordenador**. 1ª Ed. 2º Tiragem, pág. 14.

¹² SARMENTO e CASTRO, Catarina **As Questões das Polícias Municipais**, Dissertação Universidade de Coimbra, 1999

¹³ CORREIA, Sérvulo. **Noções de Direito Administrativo**, Vol I

limitação, procedimentos ablatórios, administração de vigilância; atividade interventora, poder ordenador, poder regulador.¹⁴

Em apertada síntese, pode-se dizer então, que as restrições aos direitos individuais ou ingerência na vida privada em razão da ordem pública denomina-se *Poder de Polícia*. Ponderando que Maurice Hariou¹⁵, considera como ordem pública “a ordem material e exterior considerada como um estado oposto à desordem, isto é, uma situação de paz pública oposta a uma situação de alterações à ordem ou insegurança”.

A rigor a autoridade da administração pública, está em confronto com a liberdade do individual, este é o ponto nevrálgico que pretendemos ver analisado à luz do direito. De um lado o Fisco pretende cumprir sua função arrecadatória e fiscal e de outro o indivíduo visa manter seus bens e direitos intactos. A conciliação destas esferas legítimas do direito requer sabedoria jurídica e bom senso.

É correto o raciocínio de Augustin Gordillo, ao sustentar que no Estado de polícia se falava de um "poder de polícia" que era um poder estatal juridicamente ilimitado de coagir e ditar ordens para realizar o que o soberano entendia como conveniente; ao se passar para o Estado de Direito a noção foi diminuída, excluindo o emprego ilimitado da coação, mas de todo modo se mantém como instrumento jurídico não fundado conceitualmente e que freqüentemente desemboca em abusos.

16

Pelo que a Constituição Federal, ao consagrar os direitos fundamentais, estabelece a tênue linha que separa o exercício legítimo da atividade estatal do exercício degenerado da mesma.

3. ABUSO OU DESVIO DO PODER DE POLÍCIA ADMINISTRATIVO FISCAL

Como é sabido se a falta de poder gera o caos, o excesso a tirania, ambos nefastos à humanidade. Essa ordem de coisas determina que os limites ao exercício do poder, sejam claros a fim de não atingir os direitos e garantias individuais.

Inobstante a luta para a manutenção da liberdade do homem no que concerne à sua pessoa e seus bens, é irrefutável que, mesmo estando elencados na Carta

¹⁴ MADEIRA, José Maria Pinheiro. **Reconceituando o Poder de polícia**, pág.14/15.

¹⁵ HARIOU, Maurice. **Précis de Drois Administratif et de Droit Public**, 9ª ed.

¹⁶GORDILLO, Augustin. **Tratado de Derecho Administrativo**: Parte General, 7ª ed, p. II – 6.

Magna tais direitos continuam sendo aviltados, sob os mais diferentes argumentos. Surge então o grande desafio dos juristas hodiernos: blindar o cidadão contra estes ataques aos seus direitos fundamentais.

No que concerne ao poder do Fisco esse desafio é tanto maior, pelo fato de que o discurso protecionista do Estado ao “*interesse comum*” para justificar sua sanha arrecadatória é, no mais das vezes, convincente. Em que se pese haverem agentes do Fisco extremamente preparados e preocupados em manter a ética fiscal no exercício de suas funções, balizando os interesses do Fisco e os direitos do contribuinte, essa não é regra.

Alerta Sidou que desta mui digna função surgiram abusos de governantes, principalmente para fazer frente a despesas de utilidade ou vantagem questionáveis.¹⁷ E, complementa Baleeiro dizendo que

o poder extasia o ego e a vaidade embriaga. Os ébrios tornaram-se ávidos pelo aumento de impostos para justificarem seus gastos. É um histórico de luta para conter as imposições fiscais do Estado, saber qual o seu alcance e finalidades que fizeram nascer o Estado de Direito e — por extensão — o Direito Tributário.¹⁸ Desse esforço surgiu à lei como instrumento apto a regular a atividade tributante, originando o chamado princípio da legalidade.¹⁹

Mas vale salientar que nem toda a interferência do Fisco é ilegal, pois na perseguição do bem comum este tem legitimidade para assim agir, tornando-se imperioso então estabelecer a diferenciação do que seja exercício legítimo deste poder e o verdadeiro abuso ou desvio do poder. Com esta finalidade convocaremos, mais uma vez, os ensinamentos de festejados juristas. Confira-se:

Para o jurista francês Marcel Waline,

o desvio de poder é uma noção teleológica, ou seja, ele é considerado como o objetivo perseguido pelo autor de um ato para que se julgue este último. O desvio de poder aproxima-se assim de outras duas noções jurídicas importantes: a do abuso do direito e a da causa ilícita ou imoral.” Diz ainda que: “A lei só permite que o administrador se manifeste no interesse público. “Desvia”, pois, seus poderes do fim legal a autoridade que os põe a serviço de interesses puramente privados.²⁰

Já Cretella Jr., esclarece que “desvio de poder é o uso indevido, que a autoridade administrativa, nos limites da faculdade discricionária de que dispõe, faz da “potestas” que lhe é conferida para concretizar finalidade diversa daquela que a

¹⁷SIDOU, J. M. Othon. **A natureza social do tributo**. 2.^a ed

¹⁸BALEEIRO, Aliomar. **Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar**. 5. ed, pág. 42.

¹⁹ MOTTA, Arthur Alves, **A crise do princípio da legalidade**.

²⁰ WALINE, Marcel. **Précis de droit administratif**

lei preceituara”. Em outras palavras, desvio de poder é a distorção do poder discricionário, é o afastamento da finalidade do ato.²¹

Não menos esclarecedora é a lição de Odete Medauar, ao dizer que “O defeito de fim, denominado desvio de poder ou desvio de finalidade, verifica-se quando o agente pratica ato visando a fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência”.²²

Para o mencionado jurista Brandão Cavalcanti

...em sua essência, o desvio de poder, pressupondo a legalidade do ato administrativo (em tese) e a competência da autoridade, declara, entretanto, que no uso de suas finalidades discricionárias desviou-se a autoridade da finalidade da norma legal ou regulamentar, atribuindo-lhe sentido estranho àquele que orientou o legislador.²³

Seabra Fagundes dá uma idéia do seu conceito de desvio de poder ao assinalar que “atividade administrativa, sendo condicionada pela lei à obtenção de determinados resultados, não pode a Administração deles se desviar, demandando resultados diversos dos visados pelo legislador”²⁴.

Para Roger Bonnard, como para a doutrina francesa em geral, é utilizada a expressão *détournement de pouvoir*: “A designação é bastante expressiva porque a ilegalidade consiste em que um poder foi exercido com fim diverso daquele em vista do qual foi estabelecido. O poder concedido é desviado de seu fim.”²⁵

Da análise dos conceitos acima esposados se pode extrair que o abuso de poder do agente estatal ocorre quando este extrapola os limites da discricionariedade que tinge o ato administrativo praticado.

Lembrando que a discricionariedade se dá quando a lei deixa certa margem de liberdade para determinadas situações, mesmo porque, ao legislador, não é dado prever todas as hipóteses possíveis. Em vários casos a Administração terá que decidir qual o melhor meio, momento e sanção aplicável para determinada situação. Neste caso o poder de polícia é discricionário, pois é a Administração que irá escolher a melhor forma de resolver determinada situação.

Ao lume de realizar a atividade estatal, o agente poderá atingir direitos básicos do cidadão, com reflexos em sua dignidade. No caso do Fisco em

²¹ CRETELLA JR, José. **Manual de Direito Administrativo**, 5ª Ed

²² MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo moderno**, p. 435.

²³ CAVALCANTI, Temístocles Brandão. **Tratado de Direito Administrativo**, 3 ed., vol. IV, p.490.

²⁴ SEABRA FAGUNDES, **O Controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**, 3ª ed, p.89.

²⁵ *Precis de droit administratif*, 1953, p.228 apud CRETELLA JUNIOR, José. **Administração Indireta Brasileira**

específico, ao deflagrar ações fiscais que refoquem aos princípios basilares que regem a atividade administrativa, de forma a interferir abusiva ou injustamente os bens ou atividade do contribuinte, maculando toda a extensão individual e coletiva da vida do cidadão, aviltando-o nos domínios de sua liberdade, estará cometendo abuso ou desvio do poder. A atuação fiscal não poderá ocorrer nos moldes do que ocorria nos regimes despóticos que atuavam sem lei e sem regras limitadoras, reduzindo a condição do indivíduo à de mero súdito.

No panorama nacional, em nome do chamado “interesse público”, não raras vezes, são editados atos legislativos, editados de interesses eleitoreiros ou protecionistas à determinada classe econômica ou social, estes dados empíricos ou prognósticos podem vir a ser a real motivação de determinado ato legal ou infra legal. Vários abusos ou desvios de poder são cometidos em nome deste chamado “interesse público” e que na verdade não passam de “interesse do Estado”. Cabe sinalizar que o interesse público é aquele adstrito a sociedade como um todo, promovendo justiça, soberania e paz social, ao passo que o interesse do Estado, diz respeito ao interesse de determinado grupo ou categoria de pessoas em detrimento da coletividade. O legislador, portanto, tem que estar voltado para o interesse público, não cultivando o prazer do poder pelo poder.

A intromissão do Fisco na iniciativa privada deve estar teleologicamente orientado, vez que a preservação desta guarda íntima correlação com o interesse público, pois através da iniciativa privada são gerados bens e riquezas que movem o país. A maior prova do cuidado da Constituição com os limites da interferência estatal no âmbito da vida privada das pessoas é o teor do § 1º do art. 145, que antepõe, expressamente, ao dever do Estado de fiscalizar, o respeito aos direitos e garantias individuais.

Para Luís Roberto Barroso²⁶

nem mesmo a lei poderá invadir o espaço de reserva de direitos individuais aqui explicitados. A determinação desses limites e o efetivo respeito é uma questão recorrente no direito constitucional. A regra é clara: mesmo o interesse público - quando inequivocamente existente - deve reverência aos direitos individuais básicos. E isto porque o arbítrio, em qualquer de suas expressões - da tortura física à voracidade fiscal - sempre se veste de interesse público.

²⁶ BARROSO, Luis Roberto. **Mudança Compulsória de Sede de Entidade Privada. Inadmissibilidade, seja por Ato Legislativo ou Administrativo**

O ordenamento jurídico deve estar a serviço da comunidade e não o contrário, como se pretende em nosso país, onde alguns órgãos estatais imiscuem-se na esfera privada desrespeitando direitos individuais consagrados na Constituição, gerando prejuízos no âmbito material e moral do cidadão, e como não poderia deixar de ser, um descrédito à administração pública.²⁷

Em particular no direito aduaneiro, não raras vezes, a edição de instruções normativas pela Secretaria da Receita Federal com exigências desarrazoadas, que acabam culminando em sanções desproporcionais afetando sobremaneira a atividade do comércio exterior. Como é o caso da exigência da prestação de caução do valor aduaneiro da mercadoria para nacionalização da mesma, enquanto tramita o procedimento fiscal. Notadamente abusiva essa exigência, uma vez que a prestação de caução já configura uma sanção anterior a conclusão do procedimento fiscal.

Vale ponderar que muitas vezes o depósito do valor aduaneiro da mercadoria, entenda-se aí o valor do bem acrescido do frete internacional, taxas de armazenagem, impostos e consectários acaba por comprometer a saúde financeira da empresa, por manter o capital de giro paralisado em um banco à disposição do Fisco.

Outro abuso de poder resta evidenciado quando da paralisação do despacho aduaneiro por excesso de rigorismo do Fisco, tome-se como exemplo o erro de digitação no preenchimento do *Bill of Lading* (conhecimento de embarque), que acaba invariavelmente implicando em presunção pelo Fisco da existência de fraude, remetendo ofício ao ministério público federal para apuração de crime em tese, resultando em prejuízos de grande monta ao importador que além de ter a mercadoria parada no porto, se onera com despesas de armazenagem alfandegária e *demurrage*.

Vislumbramos ainda o abuso de poder do Fisco, quando este órgão da administração pública pretende aplicar normas para liberação da mercadoria diferente daquelas vigentes na época do preenchimento e deferimento do licenciamento de importação da mercadoria, em desrespeito ao princípio da segurança jurídica.

²⁷ TABORDA, Lílian, *in* palestra inaugural ministrada no Simpósio de Direito Urbanístico, 2003.

O excesso de prazo para ulatimação dos atos administrativos fiscais é prática escorreita do Fisco, desrespeitando inclusive os prazos estipulados em suas próprias instruções normativas, tome-se como exemplo o prazo para a conclusão do desembaraço aduaneiro e de encerramento dos procedimentos fiscais em geral, resultando transtornos constantes aos operadores do comércio exterior, vez que as empresas enquanto aguardam o desfecho administrativo são lançadas à própria sorte.

Da mesma forma o abuso resta configurado, quando do enquadramento indiscriminado das empresas importadoras ao instituto da interposição fraudulenta ensejando a inaptidão do CNPJ da pessoa jurídica, acarretando da impossibilidade de acesso ao sistema de comércio exterior SISCOMEX, impossibilitando ainda o preenchimento e licenciamento de importações, declarações de importações, bem como fechamento de câmbio e ROF- Registro de operações financeiras.

Outras práticas que contrariam a boa administração pública e também tem sido objeto de estudo de vários juristas preocupados com a supremacia constitucional, são: a quebra do sigilo bancário, a violação do direito à intimidade pelo acesso aos dados pessoais, a banalização da aplicação da pena de perdimento, imputação leviana de crimes fiscal, inaptidão do CNPJ por meros indícios.

Alguns julgados bem ilustram os casos acima expostos, quais sejam:

TRIBUTÁRIO E CONSTITUCIONAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. MANDADO DE SEGURANÇA. DESEMBARAÇO ADUANEIRO. CONDICIONAMENTO AO PAGAMENTO INTEGRAL DOS TRIBUTOS. INAPLICABILIDADE DO ART. 7º, PARÁGRAFO 2º, DA LEI Nº 12.016/2009. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 323 DO STF. IMPROVIMENTO. 1. Agravo de instrumento desafiado contra decisão que determinou a liberação de mercadoria (DI nº 09/1187984-0), independentemente do pagamento dos tributos incidentes sobre a importação - Imposto de Importação, Imposto sobre Produtos Industrializados e Contribuições Sociais - se este for o único impedimento à referida liberação. 2. A vedação constante do art. 7º, parágrafo 2º, da Lei nº 12.016/2009 não se aplica indistintamente a todos os casos, devendo o magistrado fazer uma interpretação casuística do indigitado diploma normativo, e aferindo, nos termos do art. 5º, da Lei de Introdução ao Código Civil, qual seria a mens legis. 3. A Súmula 323, do STF, não se encontra superada pelo disposto no art. 7º, parágrafo 2º, da Lei nº 12.016/2009, eis que, tendo a súmula embasamento no princípio constitucional da proibição da utilização de sanções políticas como instrumento de cobrança de tributo, a lei não poderia dispor em sentido contrário ao entendimento consagrado pela Corte Suprema. Caso pudesse, estar-se-ia a admitir a possibilidade de instrumento normativo legal limitar a eficácia de um princípio constitucional. 4. Existência de outros meios legais

para que o Fisco Nacional tenha cumprida a obrigação tributária. Incidência da Súmula 323, do STF. 5. Agravo de instrumento improvido.²⁸

TRIBUTÁRIO. ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. MERCADORIA IMPORTADA. LIBERAÇÃO CONDICIONADA AO PAGAMENTO DE DÉBITOS TRIBUTÁRIOS. SANÇÃO POLÍTICA. IMPOSSIBILIDADE. LIBERAÇÃO DEFERIDA POR LIMINAR E CONFIRMADA PELA SENTENÇA. EFEITOS DO FATO CONSUMADO. PRECEDENTES. 1. À autoridade administrativa descabe impor sanções de ordem política - Súmulas 70, 323 e 547 do STF. 2. A liberação de mercadoria importada, condicionada ao cumprimento de obrigação tributária, é forma de coerção indireta, para os fins de recolhimento de tributo, portanto, é ilícita. 3. Ademais, a ordem liberatória do desembaraço aduaneiro dos bens foi concedida há quase 09 (nove) anos. Fato consumado. Precedentes. Apelação e Remessa Necessária improvidas.²⁹

Tributário. Importação. Direitos Antidumping. Desembaraço aduaneiro. Depósito prévio. Sanção política. Impossibilidade. 1. Mandado de segurança objetivando liberar mercadoria importada, que se encontra retida no Porto de Pécem, no Estado do Ceará, objeto de aplicação de direito antidumping, por estar a empresa importadora discutindo a matéria, isto é, a não aplicação do direito antidumping, em processo administrativo. 2. Inexistência de qualquer direito, visto que a discussão na esfera administrativa não é suficiente para criar o direito da liberação. 3. Inaplicação ao caso das sanções políticas condenadas pelas Súmulas 343 e 547, do Supremo Tribunal Federal, por não se cuidar o direito antidumping de tributo, de taxa, de contribuição de melhoria, de contribuições sociais, nem, enfim, de empréstimo. Seria o verdadeiro caos se a discussão na esfera administrativa se tornasse em direito para permitir a liberação de mercadoria alienígena, sobre a qual foi aplicado o direito antidumping. 4. Improvimento do recurso.³⁰

DESEMBARAÇO ADUANEIRO. IMPORTAÇÃO DE MERCADORIAS. ERRO NA DI. CLASSIFICAÇÃO DA MERCADORIA. MULTA.

- Nada obsta seja dado prosseguimento ao desembaraço aduaneiro, visto que o Fisco detém meios próprios para a cobrança da multa, não cabendo condicionar a ulatimação do procedimento ao pagamento de penalidade pecuniária. A TURMA, POR UNANIMIDADE, DEU PROVIMENTO AO AGRAVO DE INSTRUMENTO E JULGOU PREJUDICADO O AGRAVO LEGAL, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.³¹

AUTORIDADE ADUANEIRA. RETENÇÃO DE MERCADORIA. IN Nº 228/02 - SRF. OFERECIMENTO DE GARANTIA. EMPRESA REGULAR.DESNECESSIDADE.1. As leis (Lei nº 9.430/96) e medidas provisórias (MP nº2.158-35/2001 e MP nº 66/2002) referidas na IN nº

²⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, TRF-5, Segunda Turma. AGTR: 101533 CE 0096098-56.2009.4.05.0000. Agravo de Instrumento. Relator: Desembargador Federal Francisco Wildo. Recife/CE, 27/04/2010. **Diário da Justiça Eletrônico** - Data: 06/05/2010 - Página: 326 - Ano: 2010

²⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, TRF-5, Terceira Turma. AMS: 77815 CE 0011321-06.2000.4.05.8100. Mandado de Segurança. Relator: Desembargador Federal Élio Wanderley de Siqueira Filho. Recife/CE, 05/02/2009. **Diário da Justiça** - Data: 23/03/2009 - Página: 167 - Nº: 55 - Ano: 2009

³⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, TRF-5, Terceira Turma. AMS: 464706 CE 0017506-16.2007.4.05.8100. Mandado de Segurança. Relator: Desembargador Federal Vladimir Carvalho. Recife/CE, 29/10/2009. **Diário da Justiça Eletrônico** - Data: 17/12/2009 - Página: 414 - Ano: 2009

³¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, TRF-4, Primeira Turma. AG: 2005.04.01.041724-0 PR 2005.04.01.041724-0. Agravo de Instrumento. Relator: Desembargador Vilson Dáros. Porto Alegre/RS, 09/11/2005. **Diário de Justiça da União** - Data: 30/11/2005 - Página: 604 - Ano: 2005

228/2002 da SRF regulam providências voltadas para o cancelamento de inscrição da pessoa jurídica no CNPJ; não aludem a nenhum prejuízo de natureza fiscal; sua expressa finalidade é identificar e coibir a ação fraudulenta de interpostas pessoas em operações de comércio exterior, como meio de dificultar a verificação da origem dos recursos aplicados, ou dos responsáveis por infração à legislação em vigor, bem como apurar eventuais irregularidades na existência da pessoa jurídica importadora. 2. Verifica-se, na verdade, que o procedimento instituído prende-se a todo um contexto investigativo com repercussão restrita a sanções administrativas, eventualmente municiando uma representação criminal, nunca de cunho fiscal, pelo que não parece justificável a adoção de uma medida com sérios reflexos no desempenho de atividades de uma empresa regular no CNPJ. Ademais, é de estatura constitucional o direito ao regular processo administrativo, assegurado o contraditório e a ampla defesa, com meios e recursos a ela inerentes (art. 5º, LV).3. Antes disso, é fora de dúvida que o contribuinte (in casu, isento) não deverá sofrer qualquer consequência na sua esfera jurídico-patrimonial até que haja conclusão segura acerca da irregularidade da empresa, sendo de repudiar-se qualquer restrição a esta condição. De outra finta, na eventualidade de procedência da imputação de irregularidade jurídica da empresa, a decisão da autoridade fazendária não ostenta efeitos retrooperantes, em homenagem ao direito adquirido e à segurança das relações jurídicas, como, mais uma vez, preceituou o legislador constitucional (art. 5º, XXVI). A TURMA, POR UNANIMIDADE, DEU PROVIMENTO AO AGRAVO DE INSTRUMENTO, JULGANDO PREJUDICADO O AGRAVO REGIMENTAL.³²

IRREGULARIDADE NA IMPORTAÇÃO NÃO CONFIGURADA – SEGURANÇA CONCEDIDA – PENA DE PERDIMENTO AFASTADA. 1 – O que a lei coíbe, no tipo infracional do art. 23, V, do DL 1455/37, são as operações de comércio exterior (importação ou importação) em que ocorra a "ocultação do sujeito passivo, do real vendedor, comprador ou responsável pela operação". Esse o núcleo do tipo infracional. O meio para sua realização será a fraude, à qual se equipara a simulação. Entre as hipóteses de fraude ou simulação, encontra-se, por fim, a da interposição fraudulenta de terceiros. 2 - É certo que a lei (§ 2º) presume a interposição fraudulenta na operação de comércio exterior ocorrendo "a não-comprovação da origem, disponibilidade e transferência dos recursos empregados". Essa presunção, porém, é relativa, admitindo prova em contrário. Parte ela da suposição de que a falta de origem dos recursos empregados na operação mercantil indica que há um importador ou comprador oculto, que a financia - oculto, porque estaria impedido de realizar diretamente a operação, ou porque não lhe interessa nela figurar ostensivamente. 3 - Suficientemente justificada a origem dos recursos com que a impetrante opera no mercado externo, não há como subsistir a presunção de que haveria um terceiro "real comprador", ou "real financiador", oculto pela operação comercial. 4 - A Lei 10.637/2002, ao modificar o art. 23 do DL 1455/76 e o art. 81 da Lei nº 9.430/96, cuidou também de disciplinar a prova da origem dos recursos empregados na importação, quando provenientes do exterior. 5 - Quando os recursos foram oriundos do exterior, caberá ao importador provar o regular fechamento da operação de câmbio, inclusive com a identificação da instituição financeira no exterior, encarregada da remessa, e a identificação do remetente e de seus sócios. Tal exigência, porém, diz respeito a hipótese de financiamento prestado por terceiro, e não de financiamento concedido pelo próprio exportador, pois nesta hipótese, à evidência, não há qualquer remessa de recursos ao importador, que lhe permita provar "o regular fechamento da

³² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, TRF-4, Primeira Turma. AR: 137472 PR 2003.04.01.012167-6. Agravo de Regimental. Relator: Desembargador Luiz Carlos Castro Lugon. Porto Alegre/RS, 17/09/2003. **Diário de Justiça da União** - Data: 17/09/2003 - Página: 664 - Ano: 2003

operação de câmbio", e sim de mera venda a prazo. 7 - Caso em que a impetrante se desincumbiu satisfatoriamente de provar a origem dos recursos que financiaram a importação, de modo que a retenção dos bens importados e a decretação de seu perdimento importam em ofensa a seu direito líquido e certo de obter o desembaraço aduaneiro. Garantido, pela Constituição, o direito de propriedade, sua perda só poderá se dar nos estritos casos previstos na própria Carta. O confisco, caracterizando-se como a mais severa das penalidades patrimoniais, exige a certeza quanto à ocorrência da infração, não se podendo fundar em meras suspeitas ou presunções. ACÓRDÃO Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia 2ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por unanimidade, dar provimento à apelação, nos termos do relatório, voto e notas taquigráficas que ficam fazendo parte integrante do presente julgado."³³

TRIBUTÁRIO. DESEMBARAÇO ADUANEIRO. PRODUTOS À BASE DE TRIGO. RECLASSIFICAÇÃO FISCAL. PRINCÍPIO DA BOA-FÉ. DIVERGÊNCIA QUANTO À DENOMINAÇÃO DA MERCADORIA. SANÇÕES AFASTADAS. 1. As penalidades aplicadas em razão de divergência quanto à classificação fiscal necessitam, além do evidente erro de fato quanto ao correto enquadramento das mercadorias, a intenção de lesar o erário. Nessa banda, importa a verificação, in concreto, da intenção do agente na consecução do ato objeto de autuação. 2. Da análise da legislação pertinente e dos documentos que instruem a operação de importação, infere-se que não se pode atribuir má-fé à empresa, porque o que ocorreu foi uma séria divergência a respeito da denominação da mercadoria, confundindo-se, por conseguinte, a sua classificação fiscal. 3. Nota-se uma situação de extrema falta de clareza, visto que a Secretaria da Receita Federal não possui uma instrução normativa ou resolução que descreva detalhadamente quais os componentes que devam conter as misturas ou pré-mistura.³⁴

DIREITO TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. APREENSÃO DE MERCADORIAS. MEIO COERCITIVO PARA PAGAMENTO DE TRIBUTOS. CONTRIBUINTE DESCRENCIADO. ABUSIVIDADE. ATOS FUTUROS MOTIVADOS POR FATOS ABSOLUTAMENTE IDÊNTICOS. LIMINAR PREVENTIVA. POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE CONCESSÃO DE EFEITOS NORMATIVOS À AÇÃO MANDAMENTAL. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. Versa o agravo de instrumento em apenso acerca de possibilidade de a Fazenda Pública reter mercadoria para fins de percepção de tributos. 2. Figura o mandado de segurança como medida assecuratória de direito líquido e certo, a ser utilizada quando desrespeitado este por autoridade pública, ressalvadas disposições constitucionais, ex-vi do art. 5º, LXIX, da Constituição Federal de 1988. E não se pode tolerar que a Fazenda Pública, atuando sob proteção de todo um arcabouço jurídico-instrumental que lhe confere uma gama vultosa de poderes sobre o contribuinte, possa se valer da superioridade para, injustamente, colocar por terra direitos e anseios legítimos seus. 3. Insculpido está entendimento do Supremo Tribunal Federal, em sua Súmula nº 323, que bem se enquadra ao caso em tela, aplicável analogicamente às multas tributárias: "É inadmissível a apreensão de mercadorias como meio coercitivo para

³³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, TRF-4, Segunda Turma. AMS 2003.70.08.000960-0 PR. Apelação em Mandado de Segurança. Relator: Desembargador Antônio Albino Ramos de Oliveira. Porto Alegre/RS, 05/04/2005. **Diário de Justiça da União** - Data: 27/04/2005 - Página: 73 - Ano: 2005

³⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, TRF-4, Primeira Turma. AC 5043872-85.2011.404.7100/RS. Apelação Cível. Relator: Desembargador Joel Ilan Paciormol. Porto Alegre/RS, 02/10/2013. **Diário Eletrônico** - Data: 03/10/2013

pagamento de tributos". Como se sabe, a Administração Pública dispõe de meios bastantes para autuação e cobrança de tributos e multas, não sendo a apreensão meio admissível à consecução deste fim. 4. O Estado dispõe de meios coercitivos próprios para o recolhimento dos tributos devidos por seus contribuintes, não podendo lançar meios impróprios, posto que não previstos em lei, para obter aquilo que é devido ao Erário. O princípio da legalidade, que deve ser observado sempre pelo Estado, impõe o permissivo legal prévio para que a Fazenda Pública exerça sua conduta constrictiva de bens. Não havendo previsão normativa para a retenção de mercadorias como forma de satisfação da dívida existente perante o Fisco, ocorre flagrante violação ao direito do impetrante em circular com seu patrimônio. Não obstante exista previsão legal para apreensão de mercadorias, somente é lícita tal medida quando não existir outra forma de se comprovar a irregularidade, não houver condições de se apurar o montante do tributo devido ou não seja possível a identificação do contribuinte, o que não se apresenta no caso em análise, já que tais ocorrências seriam facilmente identificadas sem a necessidade da retenção das mercadorias. Tal ato, sem a real necessidade, encontra-se eivado de ilegalidade, por ser arbitrário, consubstanciando abuso de poder. 5. A boa doutrina adverte: "Estando o contribuinte inscrito no cadastro da Secretaria de Fazenda do Estado, ou por qualquer outra forma identificado, e a suposta infração devidamente comprovada, não há motivo lícito para a apreensão das mercadorias, ou para a retenção destas na repartição fazendária".³⁵

Da análise destes julgados se extrai que o contribuinte, particular ou empresa, sofre danos de ordem material e moral diante dos desmandos do Fisco, que com exigências desproporcionais ou desmotivadas atinge frontalmente a esfera jurídica daqueles.

A utilização dos mecanismos constitucionais de controle do poder, a exigência administrativa de reprimenda ao agente estatal que exacerbar do poder em seu ofício, a exigência de indenização pelo Estado por todo e qualquer prejuízo causado ao contribuinte, seja pessoa física ou jurídica, na atuação desmedida do agente, são algumas das armas que devem ser utilizadas invariavelmente, e sem medo de represálias, para que se desfrute do Estado Democrático de Direito.

4. A RESPONSABILIDADE DO ESTADO E DO AGENTE PÚBLICO

O tema da responsabilidade por fato do fisco não tem acompanhado a evolução acadêmica da responsabilidade civil da administração pública em geral, em desacordo com as aspirações do Estado moderno, o que contribui, de certo modo, para a despreocupação com as garantias fundamentais dos contribuintes.

³⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça de Pernambuco, 3ª Câmara de Direito Público. AGR 160971320128170000 PE 0017947-05.2012.8.17.0000. Agravo Regimental. Relator: Desembargador Luiz Carlos Figueredo. Recife/PE, 11/10/2012. **Diário de Justiça de Pernambuco** - Data: 11/10/2012

Como dito, a responsabilidade civil dos agentes públicos vem se aperfeiçoando ao longo do tempo e nos últimos anos nota-se o avanço da matéria no meio acadêmico, de tal forma que a aplicação deste estudo aos agentes fiscais se mostra oportuna.

Se no Estado absoluto, não se poderia conceber a idéia de reparação de danos causados pelo poder público, dado que se não admitia a constituição de direitos contra o Estado soberano, em terras *brasilis* não se concebeu a irresponsabilidade do Estado. Mesmo à falta de disposição legal específica, a tese da responsabilidade do Poder Público sempre foi aceita como princípio geral e fundamental de Direito.³⁶

Assim, o ordenamento jurídico pátrio sempre positivou a regra de que o prejuízo causado pela atuação estatal deve ser reparado, como acentua DALLARI:

Responsabilidade é algo elementar. Tem que haver. Onde houver exercício irregular de poder haverá responsabilização. O sistema jurídico brasileiro comporta várias espécies de responsabilidade aplicáveis aos agentes políticos, conforme a específica ação praticada: política, patrimonial, penal, por improbidade administrativa, popular e fiscal.

Comungando da mesma hóstia Afonso da Silva³⁷:

A obrigação de indenizar é da pessoa jurídica a que pertencer o agente. O prejudicado há que mover a ação de indenização contra a Fazenda Pública respectiva ou contra a pessoa jurídica privada prestadora de serviço público, não contra o agente causador do dano. O princípio da impessoalidade vale aqui também". Após referir que o terceiro prejudicado não tem ônus de provar culpa ou dolo do agente, menciona que qualquer dos dois "é problema das relações funcionais que escapa à indagação do prejudicado. Cabe à pessoa jurídica acionada verificar se seu agente operou culposa ou dolosamente para o fim de mover-lhe ação regressiva assegurada no dispositivo constitucional, visando a cobrar as importâncias despendidas com o pagamento da indenização. Se o agente não se houve com culpa ou dolo, não comportará ação regressiva contra ele, pois nada tem de pagar.

É evidente que a Fazenda Pública, seja a federal, a estadual ou a municipal, tem responsabilidade objetiva pelos danos que os seus agentes causarem aos contribuintes. E não há dúvida também de que estes são responsáveis por tais danos quando agirem com culpa, ou dolo. Não apenas os agentes fiscais, funcionários públicos, mas todos os agentes públicos.

O direito à indenização decorre da conduta ilícita da Fazenda Pública, lesiva do patrimônio, moral ou material, do contribuinte. Como qualquer outra pessoa, o contribuinte tem direito a que a Fazenda Pública seja obediente às leis na relação de

³⁶ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 3ª ed.

³⁷ DA SILVA. José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**.

tributação. Em outras palavras, tem direito a que a Fazenda Pública não adote na vivência da relação tributária nenhum comportamento contrário ao direito. Se adota, e se daquele comportamento ilícito seu decorre qualquer dano para o contribuinte, tem este o direito à indenização correspondente.³⁸

A Constituição Federal estabelece que as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviço público 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 (Constituição Federal de 1988, art. 37, § 6º).

A sanha arrecadatória do fisco pode acabar por obnubilar o agente, de tal forma a este se sentir justificado em agir com abuso ou desvio de autoridade, vindo a atingir a esfera jurídica do contribuindo e via de conseqüência causar danos dignos de reparação.

A jurisprudência ainda vacilante no assunto, têm se revelado mais atenta ao tema nos últimos anos, em caso recente julgado no Distrito Federal, o pedido de reparação dos danos morais formulado em desfavor do Estado, que o teria intimado o contribuinte pelo diário oficial, para pagar o crédito tributário ou impugná-lo maculando o sigilo fiscal intimamente ligado à proteção dos direitos fundamentais da intimidade e privacidade, reconhecendo o direito à reparação, como se depreende a seguir:

A regra é que órgãos fazendários e seus agentes deverão guardar sigilo das informações obtidas ou fornecidas pelo contribuinte, sob pena de serem responsabilizados civil e criminalmente. A possibilidade de compartilhar tais informações com outras entidades tributárias, das diversas esferas da administração pública, depende de prévio convênio, sem prejuízo da preservação do sigilo de quem recebê-las. O sigilo fiscal está intimamente ligado à proteção dos direitos fundamentais à intimidade e à privacidade, cuja violação enseja na reparação civil e moral, conforme preceitua a Carta Magna (art. 5º, inciso X). A Administração Pública sujeita-se aos princípios da legalidade e da moralidade (art. 37, CF). De igual forma, a legalidade e a legitimidade dos seus atos devem ser analisados também à luz dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Restam malferidos esses princípios, quando a administração, podendo atingir o fim almejado sem violar direitos fundamentais do contribuinte e causar qualquer prejuízo, opta pelo meio que expõe sua intimidade e privacidade, conferindo publicidade a atos dentro do procedimento fiscal, cuja divulgação alcança caráter vexatório, por figurar caráter sancionatório e ao mesmo tempo forma de agilização no pagamento do tributo. Na arbitragem da indenização do dano moral, devem ser observados os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, de modo que o valor amenize a dor psicológica do

³⁸ MACHADO, Hugo de Brito. **Responsabilidade pessoal do agente público por danos ao contribuinte.**

lesado, sem lhe proporcionar o enriquecimento indevido, ao mesmo tempo desestimule a reiteração de ato semelhante pelo agente, mas sem proporcionar sua ruína. No caso de notificação de lançamento tributário pela imprensa oficial, deve-se considerar o prejuízo possível segundo o senso e a experiência, pois a indenização tem caráter mais eminentemente sancionatório a compensatório, uma vez que não há demonstração de maiores repercussões na esfera sócio-econômica. - Recurso parcialmente provimento.³⁹

Quanto a responsabilidade pessoal do agente público em ressarcir o dano, já que a Fazenda Pública, uma vez condenada a indenizar, pode acionar o seu agente regressivamente, o tema é controvertido.

Por agente público entende-se todas as pessoas que agem corporificando o Estado, incluindo-se além dos funcionários públicos, os agentes políticos e os particulares que atuam em colaboração com a Administração Pública, inclusive os contratados temporariamente.⁴⁰

São também agentes públicos os agentes administrativos, categoria integrada pelos servidores públicos que não se qualificam como membros dos poderes do Estado, nem o representam. Sobre essa categoria de agentes públicos escreveu Hely Lopes Meirelles:

Os agentes administrativos não são membros de Poder de Estado, nem o representam, nem exercem atribuições políticas ou governamentais; são unicamente servidores públicos, com maior ou menor hierarquia, encargos e responsabilidades profissionais dentro do órgão ou entidade a que servem, conforme o cargo ou a função que estejam investidos. De acordo com a posição hierárquica que ocupam e as funções que lhes são cometidas, recebem a correspondente parcela de autoridade pública para o seu desempenho no plano administrativo, sem qualquer poder político. Suas atribuições, de chefia, planejamento, assessoramento ou execução, permanecem no âmbito das habilitações profissionais postas remuneradamente a serviço da Administração. Daí por que tais agentes respondem sempre por simples culpa pelas lesões que causem à Administração ou a terceiros no exercício de suas funções ou a pretexto de exercê-las, visto que os atos profissionais exigem perícia técnica e perfeição de ofício.⁴¹

Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁴² se vale dos termos “agente público” para designar “*toda pessoa física que presta serviços ao Estado e às pessoas jurídicas da Administração Indireta*”. Para ela, tal gênero se divide nas seguintes categorias:

³⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, 1ª Turma Recursal dos Juizados Especiais do Distrito Federal. AP 2013 01 1 170884-7. Recurso Extraordinário ACJ. Relator: Desembargador Leandro Borges de Figueiredo. Brasília/DF, 01/04/2014. **Diário de Justiça do Distrito Federal** 5648431617933312 - Data: 01/08/2014

⁴⁰ FIGUEIREDO, Lúcia Valle., **Curso de Direito Administrativo**, 5ª edição, pág. 263

⁴¹ MEIRELLES, Hely Lopes., **Direito Administrativo Brasileiro**, 17ª ed, pág. 74 e 75

⁴² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**, pág. 688

“[...] a) agentes políticos, servidores públicos, militares e particulares em colaboração com o Poder Público. [...]”⁴³

Conforme se sabe, a conceituação dos agentes políticos não é uniforme na doutrina. Todavia, pode ainda ser usado como um delimitador de seu sentido a característica fundamental de sua atuação, ligada intrinsecamente ao governo e à função política.

Reduzindo-se o foco da análise à categoria dos servidores públicos, podem estes, por seu turno, ser desmembrados nas espécies de servidores estatutários, empregados públicos e servidores temporários.

Independentemente da categoria de agente público, é claro que todos se submetem ao regime jurídico de responsabilidade tríplice, ou seja, respondem pelos atos ilícitos que praticarem tanto na esfera administrativa, quanto na esfera civil e penal.

A responsabilidade civil é a de ordem patrimonial, decorrente da norma de direito civil, segundo a qual todo aquele que causar dano a outrem é obrigado a indenizá-lo. Nesta responsabilidade é relevante a investigação do elemento subjetivo (culpa ou dolo), sendo, contudo, em algumas hipóteses legais, permitida a responsabilidade objetiva. Também, para a sua perfeita configuração, é indispensável investigar a relação de causalidade e a comprovação do dano sofrido pela vítima.

Duas são as dimensões da responsabilidade civil do servidor público, uma voltada aos danos causados por sua ação ou omissão ao patrimônio público e outra ao patrimônio do particular.

No que tange a derradeira dimensão, adota-se a regra do artigo 37, §6º, da Constituição Federal de 1988, segundo a qual o Estado responde objetivamente pelos danos sofridos pelo particular, decorrentes de ação ou omissão de seus agentes, exercendo o seu direito regressivo perante tais agentes causadores, caso comprovada sua responsabilidade individual.

Assim, não é incomum a instalação de procedimento administrativo de apuração de responsabilidade, com ampla defesa e contraditório, para se definir a responsabilidade do servidor público que pode ser compelido a indenizar o dano

⁴³ Idem, ref 42

causado ao patrimônio do Estado, seja este decorrente de indenização paga ao particular (direito de regresso do Estado), seja de dano direto.

A responsabilidade administrativa é aquela que decorre do estatuto ao qual estiver submetido o servidor público, que prevê uma série de deveres e sanções disciplinares.

Já a responsabilidade penal é aplicável na hipótese de cometimento de crime ou contravenção penal pelo servidor público. Para fins penais, em virtude da regra do artigo 327, do Código Penal, o conceito de “funcionário público” se assemelha ao de agente público, conforme exposto neste artigo. Para o direito penal, é considerado “funcionário público” mesmo aquele que exerce atividade em caráter transitório ou sem remuneração, independentemente de ser um cargo, função ou emprego público.

O dever e a responsabilidade, embora ordinariamente estejam ligados, são coisas distintas. A distinção, quase imperceptível no mais das vezes, é importante para justificar-se a necessidade da sanção jurídica como elemento que contribui para a eficácia das normas. O dever situa-se no âmbito da liberdade humana. A responsabilidade é um estado de sujeição. Quem é responsável está sujeito a alguma consequência quando deixa de cumprir o seu dever.

É indubitável que o agente público tem deveres, mas há quem estabeleça sérias limitações à respectiva responsabilidade.

Mais uma vez as palavras de Hugo de Brito Machado socorre a questão:

Qualquer pessoa que analise as relações entre o Estado e o cidadão há de concluir que o ente público é contumaz violador da lei. Disso, aliás, é eloqüente atestado o número cada vez maior de ações ajuizadas contra o Poder Público, perante um Judiciário que se revela cada dia menor e menos eficaz no controle da legalidade dos atos da Administração Pública. Quem exerce atividade direta ou indiretamente ligada à tributação sabe muito bem que os agentes do fisco geralmente não respeitam os direitos do contribuinte e tudo fazem para arrecadar mais, ainda que ilegalmente. Pode-se mesmo afirmar, sem exagero, que na relação tributária quem mais viola a ordem jurídica é a Fazenda Pública. Desde as violações mais flagrantes, como a não devolução de empréstimos compulsórios, e de tributos pagos indevidamente até as violações oblíquas, como as denominadas sanções políticas, que configuram verdadeiros desvios de finalidade ou abusos de poder.⁴⁴

⁴⁴ MACHADO, Hugo de Brito. **Responsabilidade pessoal do agente público por danos ao contribuinte.**

Diante de todos esses desmandos e do número crescente de ações contra o Fisco, entende-se que a responsabilização pessoal do agente público poderá amenizar esse quadro, como elemento inibitório de cometimentos ilícitos.

Ainda se valendo das palavras de Hugo de Brito Machado,

Realmente, é sabido que a indenização por cometimento ilícito tem dupla finalidade. Uma, a de tornar indene, restabelecer, o patrimônio de quem sofreu o dano. A outra, a de desestimular a conduta ilícita de quem o causou. A responsabilidade objetiva do Estado por danos ao cidadão pode assegurar a esta a indenização correspondente, e assim fazer com que se efetive a primeira dessas finalidades da indenização, mas não faz efetiva a segunda, porque não atua como fator desestimulante da ilegalidade, pois quem a pratica não suporta o ônus da indenização que, sendo paga pelos cofres públicos, recai a final sobre o próprio universo de contribuintes.⁴⁵

Embora de natureza diversa a responsabilidade do Estado (responsabilidade objetiva) e a do agente público (culpa), não há impedimento processual e se cinge ao alvito do autor a inclusão de ambos no pólo passivo, uma vez que se não incluído o agente desde logo na lide surgiria a denúncia à lide face ao direito de regresso, pelo mais viável que o agente acompanhe deste logo o pleito.

Sérgio Cavalieri Filho⁴⁶, acerca do tema, preconiza que a teoria do risco, adaptada para a atividade pública, serviu como fundamento para a responsabilidade objetiva do Estado, resultando daí, a teoria do risco administrativo. Para esta, a Administração Pública, em decorrência de suas atividades normais ou anormais, acaba por gerar risco de dano à comunidade. Considerando que as atividades são exercidas em favor de todos, não seria justo que apenas alguns arcassem com os ônus por elas gerados, motivo pelo qual deve o Estado, como representante do todo, suportar os ônus, independente de culpa de seus agentes

Algumas decisões judiciais se apegam ao princípio da impessoalidade da administração pública para afastar do pólo passivo o agente público, a qual mencionou que

O § 6º do artigo 37 da Magna Carta ... consagra, ainda, dupla garantia: uma, em favor do particular, possibilitando-lhe ação indenizatória contra a pessoa jurídica de direito público, ou de direito privado que preste serviço público, dado que bem maior, praticamente certa, a possibilidade de pagamento do dano objetivamente sofrido. Outra garantia, no entanto, em

⁴⁵ Idem.

⁴⁶ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil.**

prol do servidor estatal, que somente responde administrativa e civilmente perante a pessoa jurídica a cujo quadro funcional se vincular.⁴⁷

Mas a matéria está longe de ter tratamento uniforme em todos os tribunais. Recentemente o STJ decidiu, contrariando o entendimento acima explanado do STF, que a ação pode ser ajuizada diretamente contra o agente público supostamente responsável pelo dano causado ao particular, defendendo que cabe ao lesado optar entre ajuizar a ação contra o Estado ou contra o servidor público. Eis o trecho mais importante do julgamento:

...não há previsão de que a demanda tenha curso forçado em face da administração pública, quando o particular livremente dispõe do bônus contraposto; tampouco há imunidade do agente público de não ser demandado diretamente por seus atos, o qual, se ficar comprovado dolo ou culpa, responderá de qualquer forma, em regresso, perante a Administração. Dessa forma, a avaliação quanto ao ajuizamento da ação contra o agente público ou contra o Estado deve ser decisão do suposto lesado.⁴⁸

Pode-se valer aqui da teoria do dano punitivo, moldado no sistema de *common law*, que defende que a condenação civil, além de reparar os danos causados pelo agente à vítima, deve também dissuadir o agente de cometer atitudes lesivas semelhantes (teoria do valor do desestímulo).

Os *punitive damages* uma soma de valor variável, estabelecida em separado da indenização devida ao ofendido, quando o dano é decorrência de um comportamento lesivo marcado por grave negligência, malícia ou opressão.

Uma eventual condenação neste sentido, portanto, deverá discriminar o valor da condenação quanto a eventual dano material, quanto a eventual dano moral e também quanto ao dano punitivo. O dano punitivo abarcaria, então, as funções de punir, uma vez que atinge o patrimônio do agente infrator para além da mera reparação do dano, e de prevenir, servindo de alerta não só ao agente, mas também a toda a sociedade.

⁴⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Primeira Turma. RE 327904 SP. Recurso Extraordinário. Relator Ministro Carlos Britto. Brasília/DF, 15/08/2006. **Diário Oficial de Justiça** v. 08/09/2006 PP-00043 EMENT VOL-02246-03 PP-00454 RNDJ v. 8, n. 86, 2007, p. 75-78

⁴⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Quarta Turma, REsp 1.325.862-PR 2011/0252719-0. Recurso Especial. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília/DF, 5/09/2013. **Informativo 0532** - Data: 19/12/2013

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O tema é desafiador e o presente artigo não teve a intenção de esgotá-lo, mas de provocar a reflexão.

Seja o cidadão ou a empresa, enquanto contribuintes vêm sendo achacados com desmando de toda a ordem pelo poder fiscal e isso está a merecer a devida contra partida financeira, não somente pelo Estado que de maneira oblíqua também refletirá no contribuinte, mas no agente estatal que de forma abusiva provocou o dano.

A aplicação da teoria do dano punitivo é acertada para inibir comportamentos que transbordem do regular exercício do poder pelo agente fiscal e ao mesmo tempo configura a sensação de justiça e proteção ao contribuinte, através da atuação do poder jurisdicional.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BALEEIRO, Aliomar. **Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

BARROSO, Luis Roberto. Mudança Compulsória de Sede de Entidade Privada. Inadmissibilidade, seja por Ato Legislativo ou Administrativo. **Revista de Direito Administrativo**, Vol. 220, Ed. 328, p. 330/339. Rio de Janeiro: Editora Renovar.

BIELSA, Rafael. **Ciência de la Administración**, 2ª ed. Buenos Aires: Roque Depalma Ed., 1955.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Primeira Turma. RE 327904 SP. Recurso Extraordinário. Relator Ministro Carlos Britto. Brasília/DF, 15/08/2006. **Diário Oficial de Justiça** v. 08/09/2006 PP-00043 EMENT VOL-02246-03 PP-00454 RNDJ v. 8, n. 86, 2007, p. 75-78

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Quarta Turma, REsp 1.325.862-PR 2011/0252719-0. Recurso Especial. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília/DF, 5/09/2013. **Informativo 0532** - Data: 19/12/2013

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, TRF-4, Primeira Turma. AC 5043872-85.2011.404.7100/RS. Apelação Cível. Relator: Desembargador Joel Ilan Paciormol. Porto Alegre/RS, 02/10/2013. **Diário Eletrônico** - Data: 03/10/2013

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, TRF-4, Primeira Turma. AG: 2005.04.01.041724-0 PR 2005.04.01.041724-0. Agravo de Instrumento. Relator: Desembargador Vilson Dáros. Porto Alegre/RS, 09/11/2005. **Diário de Justiça da União** - Data: 30/11/2005 - Página: 604 - Ano: 2005

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, TRF-4, Primeira Turma. AR: 137472 PR 2003.04.01.012167-6. Agravo de Regimental. Relator: Desembargador Luiz Carlos Castro Lugon. Porto Alegre/RS, 17/09/2003. **Diário de Justiça da União** - Data: 17/09/2003 - Página: 664 - Ano: 2003

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, TRF-4, Segunda Turma. AMS 2003.70.08.000960-0 PR. Apelação em Mandado de Segurança. Relator: Desembargador Antônio Albino Ramos de Oliveira. Porto Alegre/RS, 05/04/2005. **Diário de Justiça da União** - Data: 27/04/2005 - Página: 73 - Ano: 2005

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, TRF-5, Segunda Turma. AGTR: 101533 CE 0096098-56.2009.4.05.0000. Agravo de Instrumento. Relator: Desembargador Federal Francisco Wildo. Recife/CE, 27/04/2010. **Diário da Justiça Eletrônico** - Data: 06/05/2010 - Página: 326 - Ano: 2010

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, TRF-5, Terceira Turma. AMS: 77815 CE 0011321-06.2000.4.05.8100. Mandado de Segurança. Relator: Desembargador Federal Élio Wanderley de Siqueira Filho. Recife/CE, 05/02/2009. **Diário da Justiça** - Data: 23/03/2009 - Página: 167 - Nº: 55 - Ano: 2009

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, TRF-5, Terceira Turma. AMS: 464706 CE 0017506-16.2007.4.05.8100. Mandado de Segurança. Relator: Desembargador Federal Vladimir Carvalho. Recife/CE, 29/10/2009. **Diário da Justiça Eletrônico** - Data: 17/12/2009 - Página: 414 - Ano: 2009

BRASIL. Tribunal de Justiça de Pernambuco, 3ª Câmara de Direito Público. AGR 160971320128170000 PE 0017947-05.2012.8.17.0000. Agravo Regimental. Relator: Desembargador Luiz Carlos Figueredo. Recife/PE, 11/10/2012. **Diário de Justiça de Pernambuco** - Data: 11/10/2012

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, 1ª Turma Recursal dos Juizados Especiais do Distrito Federal. AP 2013 01 1 170884-7. Recurso Extraordinário ACJ. Relator: Desembargador Leandro Borges de Figueiredo. Brasília/DF, 01/04/2014. **Diário de Justiça do Distrito Federal** 5648431617933312 - Data: 01/08/2014

BUJANDA, Fernando Sainz de. **Notas de Derecho Financiero**, vol. 2. Madrid: Universidad de Madrid, Selección y Intercambio, 1967.

CAETANO, Marcello. **Manual de Direito Administrativo**, vol. II, 9.ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1980.

CARRAZA, Roque Antônio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

CAVALCANTI, Temístocles Brandão. **Tratado de Direito Administrativo**. Vol.II. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1964.

_____. **Tratado de Direito Administrativo**, 3 ed., vol. IV. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1956.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

CORREIA, Sérvulo. **Noções de Direito Administrativo**, Vol I. Lisboa: Danúbio, 1982.

CRETELLA JUNIOR, José. **Manual de Direito Administrativo**, 5ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

_____. **Administração Indireta Brasileira**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001.

DA SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2007

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**, 5ª edição. São Paulo: Malheiros, 2001

FRIEDE, Reis. **Curso Analítico de Direito Constitucional e da Teoria Geral do Estado**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**, 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

GORDILLO, Augustin. **Tratado de Derecho Administrativo: Parte General**, 7ª ed. Belo Horizonte: Del Rey y Fundación de Derecho Administrativo, 2003.

HARIOU, Maurice. **Précis de Droit Administratif et de Droit Public**, 9ª ed. Paris: Librairie Recueil Sirey, 1919.

MACHADO, Hugo de Brito. **Responsabilidade pessoal do agente público por danos ao contribuinte**. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 58, 1 ago. 2002. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/3014>>. Acesso em: 24 jun. 2014.

MADEIRA, José Maria Pinheiro. **Reconceituando o Poder de polícia**. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2000.

MAYER, Otto. **Derecho Administrativo Alemán**, t. II. Buenos Aires: De Palma. 1951.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo moderno**. São Paulo: RT, 1999

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**, 17ª ed.. São Paulo: Malheiros, 1992

_____. **Direito Administrativo Brasileiro**, 29ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MOTTA, Arthur Alves, **A crise do princípio da legalidade**. Disponível em <http://www.presidencia.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_42/Artigos/art_artur.htm>. Acesso em 27/11/2014.

RODRIGUEZ-ARAÑA MUÑOZ, Jayme (coordenador). **Manual de Derecho Administrativo Español**. La Coruña: Universidad de la Coruña, 2004.

SARMENTO e CASTRO, Catarina. **As Questões das Polícias Municipais**, Dissertação Universidade de Coimbra, 1999.

SEABRA, Fagundes. **O Controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**, 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense 1957.

SIDOU, J. M. Othon. **A natureza social do tributo**. 2.ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978

SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo Ordenador**. 1ª Ed. 2º Tiragem. São Paulo: Malheiros, 1997.

TABORDA, Lílian. in palestra inaugural ministrada no Simpósio de Direito Urbanístico, 2003.

WALINE, Marcel. **Précis de droit administratif**. Paris: Montchrestien, 1969.