

# REVISTA DIALÉTICA DE DIREITO TRIBUTÁRIO



136

# REVISTA DIALÉTICA DE DIREITO TRIBUTÁRIO

ISSN 1413-7097

136

Diretor da Revista  
**Valdir de Oliveira Rocha**

Diretores da Editora Dialética  
**Lidia Lobello de Oliveira Rocha**  
**Valdir de Oliveira Rocha**  
**Denise Lobello de Oliveira Rocha**  
**Trevisan**

Projeto Gráfico inicial de *Escrituras*  
*Editora*, com alterações procedidas por  
*Mars e Dialética*

Capa (fundo)  
*Detalhe da obra*  
*"100% Azul ou Quase",*  
*de Marola Omartem*

Ilustrações de faces dos autores  
*Fátima Lodo Andrade da Silva*

Fotolito da Capa  
*Duble Express*

Impressão  
*Gráfica Palas Athena*

(JANEIRO - 2007)



*Ângelo Milani*  
é o autor da obra reproduzida  
em destaque na capa desta edição.

Na página inicial do *site*  
**[www.dialetica.com.br](http://www.dialetica.com.br)**  
canto superior, esquerdo, pode-se  
realizar BUSCA que possivelmente  
facilitará muito a localização de textos  
sobre assuntos de seu interesse.

A Editora mantém em estoque os  
exemplares anteriores da  
*Revista Dialética de Direito Tributário*.  
Complete sua coleção.

Os acórdãos estampados na íntegra  
correspondem às cópias obtidas nas  
Secretarias dos Tribunais ou se originam  
de publicações oficiais de seus julgados.  
Tiragem superior a 3.000 exemplares.  
Distribuição em todo o País.

Os conceitos emitidos nos textos são  
de responsabilidade de seus autores.



Uma publicação mensal de  
**Oliveira Rocha - Comércio e Serviços Ltda.**  
Rua Sena Madureira, 34  
CEP 04021-000 - São Paulo - SP  
e-mail: [atendimento@dialetica.com.br](mailto:atendimento@dialetica.com.br)  
Fone/fax (0xx11) 5084-4544  
**[www.dialetica.com.br](http://www.dialetica.com.br)**

## SUMÁRIO

**Doutrina**

*Alexandre Macedo Tavares* - A desregrada aplicação do art. 166 do Código Tributário Nacional como "matéria-prima" da reprovável "indústria da inconstitucionalidade útil"

1. Intróito. 2. A assunção do custo tributário e sua desconexão com a relação jurídico-tributária. 3. Da repercussão econômica e jurídica dos tributos.

7

*André Parmo Folloni* - O repetro e os limites jurídicos à sua aplicação

1. Introdução. 2. Aplicação e cumprimento do Direito. 3. Direito aduaneiro. 4. Regimes aduaneiros especiais. 5. Repetro. 6. Conclusões.

16

*Guilherme Cezaroti* - A questão da competência para exigir o ICMS na importação de bens do exterior: análise à luz do RE nº 268.586-1/SP da 1ª Turma do STF

1. Introdução. 2. A previsão constitucional. 3. A legislação infraconstitucional em vigor. 4. O momento de ocorrência do fato gerador do ICMS. 5. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal a respeito da competência para exigir o ICMS na importação de bens do exterior. 6. As decisões monocráticas dos ministros do Supremo Tribunal Federal. 7. Conclusão.

36

*Hugo de Brito Machado* - O STF e a responsabilidade do agente público por danos ao contribuinte

1. Introdução. 2. Interpretando a ementa do julgado. 3. A doutrina de Celso Antônio e os precedentes do STF. 4. A responsabilidade pessoal do agente público no plano da política jurídica. 5. Garantia do agente público e do cidadão.

48

*Hugo de Brito Machado Segundo e Raquel Cavalcanti Ramos Machado* - Certidão negativa e recebimento de precatório

1. Introdução. 2. Aspectos de natureza formal. 3. Aspectos de natureza substancial. 4. Conclusões.

56

*Sergio André Rocha* - Existe um princípio da tipicidade no Direito Tributário?

1. Introdução. 2. Tipicidade e tipo na Teoria Geral do Direito. 3. O princípio da tipicidade no Direito Tributário. 4. A interpretação dos tipos jurídicos. 5. Conclusão.

68

*Tiago de Menezes Conceição* - A tributação do ato ilícito e a viabilidade do tratamento diferenciado ao contribuinte que atua ilicitamente

1) Introdução. 2) Fundamentos do Direito Tributário e a inserção da tributação do ato ilícito no sistema jurídico tributário. 3) Os fundamentos da tributação do ilícito. 4) Norma tributária, fato gerador, tipicidade, suporte fático e ilicitude. 5) O fundamento ético no Direito Tributário e a capacidade contributiva do infrator. 6) Conclusão.

80

**Pareceres**

*Ives Gandra da Silva Martins* - O princípio da não-cumulatividade no IPI - inteligência da Lei n. 9.779/99 em face do princípio - direito ao aproveitamento do crédito de tributos em operações finais imunes, isentas ou sujeitas à alíquota zero

Consulta. Resposta.

91

*Sacha Calmon Navarro Coêlho e Misabel Abreu Machado Derzi* - Da inexigibilidade de ICMS no transporte rodoviário intermunicipal, interestadual e internacional de passageiros

# O STF e a Responsabilidade do Agente Público por Danos ao Contribuinte

*Hugo de Brito Machado*

## 1. Introdução

Apreciando recurso extraordinário decidiu a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal não ser um ex-prefeito responsável perante o cidadão pelos danos a este causados. A responsabilidade civil do agente público, tanto quanto sua responsabilidade administrativa, existiria apenas perante a pessoa jurídica de Direito Público a cujo quadro funcional se vincula.

A decisão em tela porta a seguinte ementa:

“Ementa: Recurso Extraordinário. Administrativo. Responsabilidade Objetiva do Estado. § 6º do art. 37 da Magna Carta. Ilegitimidade Passiva *ad Causam*. Agente Público (Ex-prefeito). Prática de Ato Próprio da Função. Decreto de Intervenção.

O § 5º do artigo 37 da Magna Carta autoriza a proposição de que somente as pessoas jurídicas de direito público, ou as pessoas jurídicas de direito privado que prestem serviços públicos, é que poderão responder, objetivamente, pela reparação de danos a terceiros. Isto por atos ou omissão dos respectivos agentes, agindo estes na qualidade de agentes públicos, e não como pessoas comuns. Esse mesmo dispositivo constitucional 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 presté serviço público, dado que bem maior, praticamente certa, a possibilidade de pagamento do dano objetivamente sofrido. Outra garantia, no entanto, em prol do servidor estatal, que somente responde administrativa e civilmente perante a pessoa jurídica a cujo quadro funcional se vincula. Recurso extraordinário a que se nega provimento.”<sup>1</sup>

Essa tese tem, é certo, apoio em significativa parte da doutrina. E se justifica plenamente em se tratando da responsabilidade de agentes políticos, como era o caso apreciado. Aliás, com a referida decisão, o Supremo Tribunal Federal negou provimento a recurso extraordinário interposto contra acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo, assim ementado:

“Indenizatória - ilegitimidade passiva do agente político. Prática de atos próprios da função - legitimidade passiva da pessoa jurídica de direito público (entendimento do art. 37, § 6º, da C. Federal) - Recurso improvido.”



**Hugo de Brito Machado**

*é Professor Titular de Direito Tributário da UFC e Presidente do Instituto Cearense de Estudos Tributários.*

<sup>1</sup> STF, 1ª Turma, RE 327.904-1-SP, rel. Ministro Carlos Britto, julgado em 15.08.2006, DJ de 08.09.2006.

Por outro lado, como se vê do relatório feito pelo eminente Ministro Carlos Britto, no caso em questão cuidava-se de ação promovida por uma instituição beneficente de um município paulista contra o ex-prefeito, cobrando deste indenização por danos que teriam resultado de um decreto de intervenção do Município em hospital de propriedade da entidade autora. Ato próprio do Chefe do Poder Executivo, portanto. E ato de conteúdo eminentemente político.

A nosso ver, portanto, o acórdão em referência não implicou mudança na orientação jurisprudencial da Corte Maior que é, como se sabe, favorável à responsabilização pessoal do agente público enquanto agente administrativo. Mesmo assim, preocupa-nos a possibilidade de vir o acórdão em tela a ser invocado na defesa da tese segundo a qual o agente público, mesmo da categoria dos agentes administrativos, não responde diretamente perante o cidadão ao qual tenha causado dano agindo em nome do Estado. Por isto nos parece oportuna a abordagem do tema, para demonstrarmos, em primeiro lugar, que a ementa do julgado em tela não deve ser entendida como mudança de rumo na jurisprudência da Corte Maior. E depois a conveniência, no plano da Política Jurídica, de se preservar a orientação jurisprudencial que consagra a responsabilidade pessoal do agente público.

A possibilidade de interpretação indevida de acórdãos não constitui novidade. Nossa iniciativa de tentar explicar limitação do alcance de um julgamento para evitar indevidas invocações da jurisprudência já ocorreu em Rafael Santiago Costa, ilustre advogado em Belo Horizonte, que a revelou em excelente artigo sobre ICMS na importação, em que afirma:

“O que aqui se busca é a análise da jurisprudência recentemente produzida pelo Supremo Tribunal Federal sobre o assunto proposto (...) de forma a confrontá-la com o entendimento que já vinha sendo sustentado pelo Excelso Tribunal e tornar possível verificar se o mesmo sofreu ou não alguma alteração.”<sup>2</sup>

Com este artigo, pretendemos apenas demonstrar que a manifestação do Supremo Tribunal Federal, no RE 327.904-1-SP, do qual foi relator o eminente Ministro Carlos Britto, julgado em 15.08.2006, com ementa publicada no *Diário da Justiça* de 08.09.2006, não implicou mudança na orientação jurisprudencial da Corte Maior que é, como se sabe, favorável à responsabilização pessoal do agente público enquanto agente administrativo.

Talvez nossa interpretação não seja correta. Pode ser que estejamos influenciados pelo entendimento que temos sustentado de que a responsabilidade pessoal do agente público é o único instrumento eficaz para o combate do arbítrio estatal.

## 2. Interpretando a Ementa do Julgado

A ementa de qualquer julgado deve ser interpretada em razão do caso concreto. A tese que resume deve ser entendida em função das circunstâncias do caso deslindado e não raras vezes expressa enunciado que não deve ser generalizado de sorte a transbordar as circunstâncias do caso. E no caso todas as circunstâncias estão a indicar que o enunciado albergado pela ementa do julgado em tela não pode ser aplicado aos casos nos quais o agente público não seja uma agente político.

<sup>2</sup> Rafael Santiago Costa, “ICMS/Importação: Entendimento do STF acerca da Legitimidade Ativa”, *Revista Dialética de Direito Tributário* nº 133, Dialética, São Paulo, outubro de 2006, p. 88.

A nosso ver, portanto, o acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal, cuja ementa transcrevemos, alberga tese que somente se aplica aos agentes políticos. Não aos agentes administrativos. E nossa convicção restou fortalecida com o exame que fixamos do inteiro teor do acórdão em questão. Não foi feita no mesmo nenhuma referência a mudança de entendimento que estaria sendo consagrada, embora existam precedentes da Corte Maior que admitem a responsabilidade pessoal do agente público por danos causados ao cidadão. A única doutrina invocada para fundamentar o acórdão é a de Celso Antônio Bandeira de Mello, precisamente o autor que lidera a tese segundo a qual a responsabilidade do agente público pode ser cobrada diretamente pela vítima do dano. E o único precedente do próprio Supremo, invocado no julgado em tela, diz respeito a responsabilidade de agente político, o governador do Estado, e não de agente administrativo.<sup>3</sup>

Não temos dúvida de que o acórdão proferido no RE 327.904-1-SP, do qual foi relator o eminente Ministro Carlos Britto, não deve ser interpretado como modificador do entendimento jurisprudencial da Corte Maior,

### 3. A Doutrina de Celso Antônio e os Precedentes do STF

O único doutrinador invocado na fundamentação de seu voto pelo eminente Ministro Carlos Britto foi o notável administrativista Celso Antônio Bandeira de Mello. Administrativista que, na trilha de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, defende a tese segundo a qual é viável a responsabilização direta do agente público.

Admitindo a possibilidade de ação contra o Estado e também contra o agente público, manifestam-se, entre outros, Oswaldo Aranha Bandeira de Mello e Celso Antônio Bandeira de Mello,<sup>4</sup> este último invocando em seu apoio a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que, segundo verificamos; efetivamente tem reconhecido que o lesado pode mover ação contra o Estado e contra o agente, conjuntamente.<sup>5</sup>

Ao optar pela ação também contra o agente público, o autor estará buscando fazer valer o sentido punitivo da indenização, atitude que seguramente funcionará, na medida em que muitos a adotarem, como excelente remédio contra os abusos praticados em nome do Estado.

Aliás, só o fato de ser chamado a juízo como réu, e ter de contratar advogado para defender-se, posto que em geral haverá conflito entre a defesa do ente público e a de seu agente, impedindo o procurador do primeiro de atuar como advogado do segundo, já fará com que o agente público passe a tratar com mais cuidado com os direitos alheios. E uma condenação ao pagamento de indenização, por pequena que seja esta, certamente terá muito mais efeito contra as práticas abusivas do que uma vultosa indenização a ser paga pelo ente público, que afinal sai do bolso de todos nós contribuintes.

<sup>3</sup> STF, Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 167.659-PR, rel. Ministro Carlos Velloso. Ementa transcrita no item 3 deste texto.

<sup>4</sup> Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de Direito Administrativo*, 11ª edição, Malheiros, São Paulo, 1999.

<sup>5</sup> RE 90.071, em *RTJ* 96, p. 237; RE 94.121-MG, rel. Ministro Moreira Alves, *RTJ* 105, pp. 225 a 234; entre outros julgados.

Por isto, se a vítima do dano está convencida de que o agente público agiu com dolo ou culpa, deve promover ação contra ele e contra o Estado. Dirá que pretende provar a ocorrência de dolo, ou de culpa do primeiro réu, e pedirá a condenação de ambos, responsáveis solidários que são pela indenização correspondente. Formulará, porém, contra o Estado, que tem responsabilidade objetiva, pedido subsidiário a ser deferido na hipótese de o julgador afinal não restar convencido da presença do elemento subjetivo indispensável ao atendimento do pedido principal.<sup>6</sup>

Como se vê, o prestígio que o eminente Ministro Carlos Britto concedeu ao ilustre administrativista Celso Antônio Bandeira de Mello, ao invocar sua doutrina, permite-nos acreditar que exista alguma sintonia de pontos de vista, pelo menos no que concerne ao tema da responsabilidade civil do Estado e de seus agentes, de sorte que, ao colocar-se a distinção entre o agente político e o agente administrativo, certamente o culto magistrado vai especificar melhor a tese por ele consagrada no julgado em questão, deixando claro que no mesmo quis referir-se apenas ao agente político.

Registre-se, ainda, que os precedentes do Supremo Tribunal Federal no sentido de que os agentes públicos respondem civilmente apenas perante a Administração, em ação regressiva, foram formados em casos nos quais se apreciou a responsabilidade de agente político. O precedente invocado pelo Ministro Carlos Britto, o Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 167.659-PR, rel. Ministro Carlos Velloso, julgado em 18.06.1996, porta a seguinte ementa:

"Ementa: - Constitucional. Responsabilidade Civil do Estado. Ato do Agente Público: Governador. C.F., art. 37, § 6º.

I - No caso, o ato causador de danos patrimoniais e morais foi praticado pelo Governador do Estado, no exercício do cargo; deve o Estado responder pelos danos. C.F., art. 37, § 6º.

II - Se o agente público, nessa qualidade, agiu com dolo ou culpa, tem o Estado ação regressiva contra ele (C.F., art. 37, § 6º).

III - R. E. Inadmitido. Agravo não provido."

Em julgado mais recente, o Supremo Tribunal Federal afirmou:

"Pelos atos supostamente ofensivos praticados por autoridade judiciária, no exercício de suas funções, responde o Estado, ao qual é assegurado o direito de regresso nas hipóteses de dano ou culpa, e deu provimento a recurso extraordinário interposto contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo - que considerando existir responsabilidade concorrente entre o Estado e o magistrado pelos eventuais danos causados por este, no exercício de suas funções, a terceiros, determinara o regular prosseguimento de ação de reparação por dano moral ajuizada contra juiz - para reconhecer ilegitimidade passiva do magistrado demandado, já que a ação deveria ter sido proposta contra o Estado."<sup>7</sup>

Também nesse caso a questão era pertinente à responsabilidade de agente político e não de agente administrativo. Tratava-se de ação de indenização por danos

<sup>6</sup> Hugo de Brito Machado, "Responsabilidade Pessoal do Agente Público por Danos ao Contribuinte", *Revista Dialética de Direito Tributário* nº 95, Dialética, São Paulo, agosto de 2003, pp. 93/94.

<sup>7</sup> 2ª Turma, RE 228.977-SP, rel. Ministro Néri da Silveira, julgado em 03.03.2002, *Informativo STF* 259, 4 a 8 de março de 2002.

morais proposta contra juiz, com base nos termos usados em decisão prolatada em ação popular e em discurso proferido publicamente.

Tais decisões, negando a possibilidade de ação de indenização promovida diretamente contra o agente público, não infirmam a jurisprudência anterior, em sentido oposto, pois na verdade a responsabilidade do agente administrativo não se confunde com a responsabilidade do agente político. Este é, na linguagem de Pontes de Miranda, um *presentante* do Estado, enquanto aquele é apenas um servidor público, em sentido estrito.

#### **4. A Responsabilidade Pessoal do Agente Público no Plano da Política Jurídica**

Não temos dúvida de que no plano da Política Jurídica são consideráveis as vantagens da tese que afirma a responsabilidade pessoal do agente público por danos que, agindo em nome do Estado, cause ao cidadão. Vantagens em relação à tese oposta em face da insuficiência da responsabilidade objetiva do Estado, do efeito preventivo da responsabilidade pessoal do agente público e do efeito moralizador dessa responsabilidade pessoal.

Vejamos, em síntese, essas questões.

##### *4.1. Insuficiência da responsabilidade objetiva do Estado*

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 eloquente 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,<sup>8</sup> até as violações oblíquas, como as denominadas sanções políticas, que configuram verdadeiros desvios de finalidade ou abusos de poder.

A responsabilidade objetiva do Estado parece não ser suficiente para coibir os abusos praticados pelos agentes público, “por não serem os perpetradores de tais atentados os que pagam”, como já advertia Rui Barbosa em seu “Oração aos Moços”.<sup>9</sup>

<sup>8</sup> A Fazenda Pública tem o dever de restituir, de ofício, o tributo que eventualmente lhe seja pago indevidamente. Na prática, porém, não devolve nem de ofício nem a requerimento do interessado, dando lugar a uma plethora de ações de repetição do indébito, e mesmo quando vencida, com sentença transitada em julgado, protela o quanto pode o atendimento dos correspondentes precatórios, com expedientes que no mais das vezes chegam a ser, além de descabidos, verdadeiramente ridículos.

<sup>9</sup> Rui Barbosa, “Oração aos Moços”, *Discursos, Orações e Conferências*, Iracema, São Paulo, 1965, p. 225.

A responsabilização pessoal do agente público suprirá, sem dúvida, essa insuficiência da responsabilidade objetiva do Estado como elemento inibitório de cometimentos ilícitos. Por isto mesmo podemos dizer que a responsabilidade pessoal do agente público tem um efeito preventivo.

#### *4.2. Efeito preventivo*

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 este 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 afinal sobre o próprio universo de contribuintes.

Nos dias atuais, quem corporifica o Estado age de modo praticamente irresponsável no que diz respeito aos direitos individuais que eventualmente lesiona. O agente do Fisco, que formula em auto de infração exigência que sabe ou deveria saber indevida, não sofre nenhuma consequência de seu ato ilícito, não obstante esteja este legalmente definido como crime de excesso de exação.<sup>10</sup> Não conhecemos um único caso de ação penal por excesso de exação, e não é razoável acreditar-se que nenhum agente do Fisco o tenha praticado.

Preconizamos, pois, a responsabilidade do agente público por lesões que pratique a direitos do contribuinte, sem prejuízo da responsabilidade objetiva do Estado. Esta é a forma mais adequada de se combater o cometimento arbitrário do Fisco. Uma indenização, por mais modesta que seja, paga pessoalmente pelo agente público, produzirá, com certeza, efeito significativo em sua conduta. Ele não agirá mais com a sensação de absoluta irresponsabilidade como tem agido. Esse efeito salutar, aliás, começará logo com a citação. Tendo de defender-se em juízo, de prestar depoimento pessoal, o agente público vai pensar bem antes de praticar ilegalidades flagrantes, e assim já não cumprirá aquelas ordens superiores que de tão flagrantemente ilegais não podem ser dadas por escrito.

Terá, portanto, a responsabilização do agente fiscal um significativo efeito preventivo de litígios, evitando todos aqueles que sejam fruto de autuações irresponsáveis. E tem também efeito moralizador, como se passa a demonstrar.

#### *4.3. Efeito moralizador*

A responsabilização do agente fiscal alberga também um significativo efeito moralizador. Evita que o agente fiscal utilize o seu poder de lavrar autos de infração apenas para retaliar contra o contribuinte que não lhe atendeu as pretensões escusas. Certo de que lavrando auto de infração em situações nas quais não existe razão jurídica para tanto estará assumindo a responsabilidade pelos danos decorrentes de seu indevido comportamento, o agente fiscal evitará esse mau procedimento.

<sup>10</sup> Código Penal, art. 316, parágrafo 1º, com redação que lhe deu o art. 20, da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990.

Por outro lado, como não poderá lavrar irresponsavelmente tantos autos de infração, quando encontrar situação na qual o auto é cabível, tenderá a lavrá-lo como forma de justificar a sua atividade fiscalizadora.

Quando estiver em dúvida, tenderá a consultar oficialmente sua chefia, fazendo com que esta possa manter um efetivo controle da conduta de cada agente, tornando mais eficaz as normas internas de orientação dessa categoria funcional.<sup>11</sup>

Não temos dúvida, portanto, de que a responsabilidade pessoal do agente público tem um considerável efeito moralizador.

A responsabilidade objetiva do Estado implica responsabilidade da sociedade inteira. É realmente uma excelente garantia em favor de quem se considera vítima de dano decorrente de ação do Estado. Entretanto, exatamente porque recai sobre toda a sociedade e não sobre alguém individualmente, não se presta para criar no agente público, naquele que atua em nome do Estado, a consciência das limitações que a legalidade, própria do Estado de Direito, impõe ao comportamento do servidor público. Já a responsabilidade pessoal do agente público, esta sim, ajuda a criar tal consciência, fazendo com que o agir estatal, por seus agentes, seja responsável.

Não há dúvida de que a responsabilização direta do agente público, por quem se considere prejudicado por ilegalidades que pratique em nome do Estado, é o melhor instrumento que a ordem jurídica nos pode oferecer contra as ilegalidades e o arbítrio na atividade estatal.

## 5. Garantia do Agente Público e do Cidadão

### 5.1. Garantia do agente político

Segundo o julgado que nos motivou a escrever este pequeno artigo, o art. 37, parágrafo 6º, da Constituição Federal,

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

Essa tese é razoável quando se trata de agente que tem o dever de adotar decisões de conteúdo eminente político no desempenho de suas funções. Agente Político, portanto. Pessoa que corporifica o Estado, que o *apresenta* e nessa condição age como se fosse o próprio Estado.

Não é razoável, porém, em se tratando de agente administrativo, que não é o Estado, no sentido de que o agente administrativo não o *apresenta*, mas serve ao Estado, que representa. É um servidor público, em sentido estrito. Seus atos não são de conteúdo político. Nem predominantemente político. São atos jurídicos em sentido estrito e por isto mesmo devem ser pautados pelo princípio da estrita legalidade. E se assim são praticados não podem causar danos ao cidadão. Os agentes políticos, exatamente para que possam ter a liberdade de atuar plenamente no desem-

<sup>11</sup> Hugo de Brito Machado, “Responsabilidade Pessoal do Agente Público por Danos ao Contribuinte”, *Revista Dialética de Direito Tributário* nº 95, Dialética, São Paulo, agosto de 2003, pp. 88/91.

penho de suas atribuições, e porque não dispõem de superiores aos quais possam recorrer para decidirem com acerto, precisam da proteção a que alude o julgado em referência.

No caso naquela ocasião apreciado, tinha-se ação de indenização contra um ex-prefeito, promovida por uma instituição que afirmava haver sofrido prejuízos em decorrência da intervenção do município em um hospital de sua propriedade. O ato de intervenção teve, como sempre tem, conteúdo nitidamente político. Tanto que ninguém poderá dizer que o prefeito estaria agindo ilegalmente se não o praticasse. É razoável que esteja protegido contra a possibilidade de ser responsabilizado por quem sofre prejuízos com a intervenção. Sem essa proteção, certamente o agente político optaria pela omissão.

### *5.2. Garantia do agente administrativo e do cidadão*

Em relação aos agentes administrativos, porém, não é razoável cogitar-se dessa proteção porque tais agentes não têm o ônus da prática de decisões políticas. Todas as suas decisões, especialmente no campo da Administração Tributária, são plenamente vinculadas. Além disso, tais agentes dispõem de superiores hierárquicos aos quais podem recorrer para a solução das dúvidas que eventualmente possam ter no exercício de suas funções.

Sempre que sustentamos a possibilidade de responsabilização direta do agente administrativo, especialmente do agente fiscal, por danos causados ao contribuinte, os que reagem a essa tese utilizam o argumento de que a legislação tributária é complicada, além de extremamente instável, com freqüentes alterações, não se podendo exigir dos agentes fiscais que tenham dela conhecimento seguro. O argumento é curioso. Se o contribuinte é obrigado a conhecer a legislação tributária e muita vez sofre pesadas multas porque não a conhece, como se justifica que o fiscal, cuja preocupação essencial é exatamente a aplicação da legislação tributária, seja poupado de responsabilidade?

Por outro lado, não se pode desconhecer que a Administração Tributária tem grande interesse em arrecadar e por isto busca todos os meios para compelir o contribuinte ao pagamento, sem se preocupar com a legalidade. Um agente fiscal que pratique autuações ilegais, portanto, jamais seja responsabilizado pelo Estado por danos que eventualmente cause ao contribuinte. Ainda quando seja obrigado à indenização correspondente. Há sempre uma coincidência entre a atitude ilegal do agente fiscal que causa danos ao contribuinte e o interesse, embora escuso, da Administração Tributária, no aumento da arrecadação.

Assim, oferecer ao agente fiscal a garantia de que não será responsabilizado diretamente pelo contribuinte, em razão de ilegalidades que pratique no exercício de suas atividades, é amesquinhar as garantias constitucionais do contribuinte, e isto não se deve de nenhum modo admitir.