

INTRODUÇÃO

O conteúdo valorativo da Constituição implica em um dever negativo do Estado de não tocar certas esferas da subjetividade do cidadão, ao mesmo tempo em que tem a responsabilidade de implementar ações positivas visando à concretização de valores constitucionalmente albergados. Considerando-se que essas práticas se fazem sem qualquer tipo de reação social efetiva, cumpre indagar se não seriam produto dos fatores estruturais da vida jurídica, compreendendo a cumplicidade do Poder Legislativo em atender, em larga escala, as encomendas governamentais.

Vale salientar a sensibilidade que vem atingindo o Poder Judiciário, não mais propenso a homenagear o mero interesse fazendário como se público fosse, mas sim em visualizar o contribuinte – individual ou empresa – como a personagem principal da atividade de tributar, exercida pelo Estado Fiscal.

Não raramente, a relação tributária que, em princípio se constitui em um liame jurídico, é materializada por imposições injustificadas de poder, as quais deixam os sujeitos passivos ao alvedrio das autoridades fazendárias, que não exitam em desrespeitar ordens judiciais de cunho tributário sem qualquer fundamentação plausível e, com tal conduta, ferem os direitos fundamentais dos contribuintes.

A pesquisa se volta para uma tentativa de explicação dos comportamentos ilegítimos dos agentes públicos que, no desvirtuado exercício de suas funções, causam danos aos contribuintes na esfera do contencioso tributário federal. Recorrer-se-á, somente a título de sugestão, aos ensinamentos da Psicologia Comportamental¹.

1 BREVE HISTÓRICO DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

A Responsabilidade Civil do Estado, em linhas gerais, encontra-se enunciada no art. 37, § 6º da Constituição Federal, segundo o qual as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus

¹ A Psicologia Comportamental enfatiza as interações entre as emoções, os pensamentos, os comportamentos e os estados fisiológicos. Seu ponto de partida foi o *behaviorismo*. Entende, em breves palavras, que o comportamento humano tende a ser repetido se for recompensado – reforço positivo – ou se for capaz de eliminar um estímulo aversivo – reforço negativo – quando da emissão de um comportamento, o qual será naturalmente evitado quando for alvo de uma punição.

agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa. Acredita-se produtiva a apresentação de um breve apanhado histórico sobre a evolução da responsabilidade civil do Estado.

Vigorou por muito tempo nos estados despóticos e absolutistas a tese da irresponsabilidade da Administração Pública. Tendo como principal orientação as concepções “*The king can do no wrong* – O rei não faz coisa errada” e “*L’état c’est moi* – O Estado sou eu”, prevalecia a inexistência do dever de indenizar os administrados pelos danos causados pelo setor público, que tinham apenas ação contra o próprio funcionário causador do dano, jamais contra o Estado, que se mantinha distante da situação. O resultado prático era frustrante ante a insolvência do agente estatal. Yussef Said Cahali (2007, p.21) apresenta alguns fundamentos que norteavam aquele período histórico:

Resguardava-se, assim, o Estado regalista, na sua prepotência de não contradição: o Estado é o órgão gerador do Direito, cabendo-lhe a tutela dele, ao exercer a tutela jurídica, o Estado não atenta contra a ordem jurídica, pois, sendo ele próprio o direito, jamais praticaria injustiças. [...] A irresponsabilidade aparece como um axioma cuja legitimidade não é posta em dúvida; a existência de uma responsabilidade pecuniária a cargo do patrimônio público é considerada como entrave perigoso à liberdade dos serviços; na ordem patrimonial, os administrados não têm à sua disposição senão a ação ressarcitória contra o agente causador do dano.

Sustentava-se que o Estado e o funcionário eram sujeitos diferentes, pelo que este, mesmo agindo fora dos limites de seus poderes ou abusando deles, não obrigava, com seu fato, a Administração. Sérgio Cavalieri Filho (2008, p.228), ao criticar esta postura, assevera que “de fato, se no Estado de Direito o Poder Público também se submete à lei, a responsabilidade estatal é simples corolário, consequência lógica e inevitável dessa submissão”. Questionava-se: se o Estado é o guardião do Direito, como deixar ao desamparo o cidadão que sofreu prejuízos por atos do próprio Estado?

O incremento das atividades estatais e o conseqüente crescimento da máquina pública, que aos poucos foi ocorrendo, fez com que os prejuízos causados aos administrados se tornassem cada vez mais frequentes. Assim, passou-se, ainda que de maneira paulatina, a perceber que a manutenção da irresponsabilidade estatal seria um elemento criador de um grande descontentamento social, que poderia repercutir negativamente sobre a própria ordem pública. Necessário foi, então, a reformulação deste pensamento.

A fase seguinte foi a concepção civilista, que vinculou a responsabilidade estatal à culpa do seu agente. A origem desta orientação, segundo a unânime doutrina, remonta à data de 1º de fevereiro de 1873, em que uma criança chamada Agnès Blanco, ao atravessar uma rua em Bordeaux, foi atropelada por um veículo da Companhia Nacional de Manufatura do Fumo. Inconformado, seu pai promoveu ação civil de indenização com base no princípio de que o Estado é civilmente responsável por prejuízos causados a terceiros em decorrência de ações danosas de seus agentes.

Suscitado o conflito de atribuições entre a jurisdição comum e o contencioso administrativo francês, o Tribunal de Conflitos decidiu que a controvérsia deveria ser solucionada pelo tribunal administrativo, porque se tratava de apreciar a responsabilidade decorrente de funcionamento do serviço público. Entendeu-se que a responsabilidade do Estado não pode se reger pelos princípios do Código Civil, porque se sujeita a regras especiais que variam conforme as necessidades do serviço e a imposição de conciliar os direitos do Estado com os direitos privados.

Buscou-se transportar os institutos do Direito Civil para o direito público. Para isso, fazia-se a distinção entre os atos de império e os atos de gestão. Os primeiros se materializavam quando o Estado atuava no exercício de sua soberania, como um poder supremo, supra-individual e a consequência era que restariam incólumes a qualquer julgamento, insuscetíveis de gerar reparação.

Já na prática dos atos de gestão, o Estado era equiparado ao particular, sendo admissível, portanto, a responsabilização pública pelos danos que seus agentes, agindo nesta qualidade, causassem a terceiros, mediante a apuração de culpa ou dolo. Fazia-se imprescindível a comprovação do elemento subjetivo. Logo se percebeu que a aplicação dos princípios privados não se coadunaria com a complexa vinculação do servidor e do setor público, pautada, após a superação de outras concepções, pela teoria do órgão².

² Haurida do Direito Alemão, a Teoria do Órgão foi concebida por Gierke e denota a aparição de uma personagem que faz supor a existência de uma só pessoa: o próprio Estado, um ente abstrato que investe seus servidores de atribuições, poderes, que transmitem suas manifestações, agindo em seu nome. Nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello (2008, p.140-141), trata-se de uma relação orgânica, em que os órgãos não passam de simples partições internas da pessoa cuja intimidade estrutural íntegra, isto é, não têm personalidade jurídica. Por isto, as chamadas relações interorgânicas se dão entre os agentes, enquanto titulares de respectivas competências (liame jurídico travado), e não entre os órgãos: “na intimidade do Estado, os que se relacionam entre si são os agentes manifestando as respectivas competências”. (MELLO, 2008, p.141).

Partiu-se para a concepção das teorias publicistas, em que pese a falta de contornos definidos nas suas origens. A despersonalização da culpa proporcionou o anonimato do agente, destacando a falha da máquina administrativa. Passou-se a sustentar a obrigação de reparar os danos causados pelo Estado aos particulares. O dever de indenizar pode surgir tanto de uma ação como de uma omissão e, no caso do Estado, será objetiva a responsabilidade no primeiro caso (Teoria do Risco Administrativo) e subjetiva no segundo (Teoria da *faute du service*).

A teoria do risco administrativo tem suas origens em Leon Duguit, ao conceber a ideia de um seguro social a ser suportado pela caixa coletiva, em proveito de quem sofre um prejuízo causado pelo funcionamento do serviço público, tendo como pilar básico a segurança social. Assim, a noção de culpa é substituída pela de nexos de causalidade entre o funcionamento do serviço público e o prejuízo sofrido pelo administrado. Em linhas gerais, pela teoria do risco administrativo, o que se tem que verificar é a existência de um dano, sofrido em consequência do funcionamento da máquina estatal. Não se cogita da culpa do agente ou do próprio serviço, nem se indaga se houve um mau funcionamento da atividade administrativa.

Podem-se apontar outras orientações que influenciaram na formação da teoria do risco. (FIORENTINI, *online*). A Teoria do sacrifício especial, de Otto Mayer (1950) foi desenvolvida a partir do princípio da equidade, consignando que a obrigação do Estado de indenizar surge sempre que um indivíduo for submetido a um sacrifício desigual e desproporcional frente aos demais administrados, em decorrência de uma atividade do ente estatal, lícita ou ilícita, ligada por um nexos de causalidade com o evento danoso. Era o chamado “sacrifício especial”, a consistir no prejuízo que extrapola os níveis medianos, razoavelmente toleráveis.

Pela Teoria da igualdade dos encargos públicos, oriunda dos franceses Tiraud, Teissier e Duez (2008, p.15), tem por fundamento o princípio da igualdade de todos na repartição dos encargos públicos e o dano excepcional, imposto ao particular, deve ser suportado por todos, salvo disposição legal em contrário. A Teoria do enriquecimento sem causa do patrimônio administrativo, tese defendida por Maurice Hauriou (1916), procurava fundamentar a obrigação de indenizar com base em uma adaptação do instituto do enriquecimento sem causa, de ordem civil, e as peculiaridades do Direito Administrativo. Pregava, portanto, que, se o patrimônio público cresceu em consequência

de um desfalque do patrimônio particular, sem uma causa jurídica que o autorizasse, impõe-se a necessidade de recomposição.

A corrente majoritária entende que a teoria do risco integral³ é uma modalidade extremada da doutrina do risco administrativo, fórmula em que a Administração ficaria obrigada a indenizar todo e qualquer dano suportado por terceiros, ainda que não resultante de culpa ou dolo da vítima, com esteio nos ensinamentos de Hely Lopes Meirelles (2001, p.616). Em suma, a teoria do risco administrativo admite a alegação de excludentes de responsabilidade, ao passo que a teoria do risco integral, não.

Os casos de omissão estatal são disciplinados pela teoria da *faute du service*, segundo a qual, nestes casos, a responsabilidade civil é subjetiva, de modo a exigir uma culpa especial da Administração, razão pela qual também é conhecida como teoria da culpa administrativa⁴.

Nas palavras do Superior Tribunal de Justiça, (v.g. REsp nº 703.471/RN), a responsabilidade civil por omissão, quando a causa de pedir da ação de reparação de danos assenta-se na *faute du service publique*, é subjetiva, uma vez que a ilicitude no comportamento omissivo é aferida sob a hipótese de o Estado deixar de agir na forma da lei ou como ela determina. Omitindo-se, o agente também pode causar danos. Para Carlos Roberto Gonçalves (2007, p.180):

São casos de inércia ou não-atos. Cruzam-se os braços ou não se vigia, quando deveria agir, o agente público omite-se, empenhando a responsabilidade do Estado por inércia ou incúria. Devendo agir, não agiu. Foi negligente, às vezes imprudente ou até imperito. Negligente, se a solécia o dominou; imprudente se confiou na sorte; imperito se não previu as possibilidades da concretização do evento. Em todos esses casos, tem-se a culpa, ligada à idéia de inação física ou mental.

No Brasil jamais foi aceita a teoria da irresponsabilidade. Seguindo a tradição nascida com a Constituição de 1946, mantêm o princípio da responsabilidade objetiva do Estado, fundamentada, em regra, pela teoria do risco administrativo.

³ A teoria do risco integral é aplicada para os casos de danos ambientais, de guarda de material radioativo e de pessoas perigosas.

⁴ Celso Antônio Bandeira de Mello (2008, p.988) alerta para que o vocábulo francês “*faute*” seja traduzido corretamente, em português, para “culpa”. O equívoco na translação dos termos ensejaria a deturpação da teoria, que traz em seu âmago a subjetividade da responsabilidade. Nas suas palavras, “seu significado [*faute*] corrente em francês é o de culpa. Todavia, no Brasil, como de resto em alguns outros países, foi inadequadamente traduzido como ‘falta’, o que traz no seu espírito a idéia de algo objetivo”.

2 A RESPONSABILIDADE PESSOAL DOS AGENTES PÚBLICOS POR DANOS CAUSADOS AO CONTRIBUINTE À LUZ DA PSICOLOGIA COMPORTAMENTAL

O dever profissional é representado por obrigações que, com o desgaste do cotidiano, acabam gerando nos indivíduos o tédio e a imobilidade. A Psicologia Comportamental denomina de reforçamento positivo as ações de um organismo que modificam o ambiente e produzem um novo estímulo, aumentando a probabilidade de um agir semelhante no futuro. Por outro lado, há o reforçamento negativo, que é uma atitude do organismo que modifica o ambiente, retirando um estímulo já presente e se apresenta por intermédio de um outro, agora aversivo, ou seja, aquele que será removido pela ação do organismo.

A apresentação de um estímulo aversivo é chamada de punição, traduzida, em termos práticos, pela privação de reforçadores positivos do comportamento de alguém. Exemplificando com um fato cotidiano: uma mãe proíbe o filho de ficar no computador até tarde enquanto ele não estudar. Qual a real intenção? Ela está retirando, temporariamente, os estímulos que são reforçadores positivos para o seu filho. Nesse contexto, o controle aversivo (CATANIA, 1999) se mostra patente como uma forma de influenciar ou controlar o comportamento: tanto a apresentação de um estímulo aversivo – cuja retirada é reforçada negativamente – como a remoção de um estímulo do tipo reforçador positivo, constitui uma punição, a qual diminui a probabilidade da ocorrência de comportamentos semelhantes no futuro.

Vale ressaltar que a punição possui um papel passageiro, na medida em que diminui temporariamente as chances do comportamento atacado se repetir apenas enquanto possa ser punido. Por este raciocínio, a sua presença em abstrato, por si só, será suficiente para condicionar as atitudes tidas como ilegítimas e, quando isso se verifica, entende-se, na linguagem psicológica, que o indivíduo aprendeu a evitá-la. Surgem, a partir daí, as denominadas auto-regras (JONAS, 2004), postulados que servem de orientadores das atitudes dos indivíduos que atingiram esta fase de controle comportamental, pois quando isso se verifica ele “estará mais preparado para lidar com estas situações quando o comportamento alvo de suas atribuições estiver enfraquecido”. (SKINNER, 1988, p.159). Terá, portanto, um domínio maior dos seus atos.

Emílio Mira y López (1956, p.275) ressalta que falta nos seres humanos desvendar o porquê tanto da necessidade de se cumprir um dever como de ser aplicada uma sanção, nos casos de inobservância das regras aplicáveis. E não se olvidem os comportamentos reflexos, haja vista que “não há um só gênero de trabalho em que um descuido ou erro não possa acarretar danos (morais ou materiais) a inocentes desconhecidos”. (MIRA Y LÓPEZ, 1956, p.296). Como processo de reação a estes elementos, pode emergir o denominado contracontrole: a tentativa de burlar a punição.

Transportando-se para o foco da dissertação, é importante asseverar que as sensações produzidas pela punição de um comportamento vão depender do contexto no qual ocorrem. Se a punição provier do Estado, o punido sentir-se-á responsável e desestimulado em repetir a atitude que a ensejou. Cabe, portanto, a elaboração de uma análise das contingências cujo resultado será apontar a função de tal comportamento: no âmbito da Administração Fazendária, é a causa de danos aos contribuintes desarrazoadamente e a impunidade, que permanece albergada pelo sistema atual.

Pelas palavras acima delineadas, depreende-se que a punição, nesta perspectiva, se relaciona diretamente com a vida de todas as pessoas que vivem em sociedade, pois é um mecanismo de controle social⁵ muito eficaz, ainda que tenha efeitos colaterais prejudiciais para os indivíduos punidos e para a própria sociedade. O reforçamento negativo seria representado pela aplicação de sanções aos servidores que desvirtuassem suas funções e causassem prejuízos aos contribuintes. O reforçamento positivo, pela certeza desta censura. Pela Análise Econômica do Direito, método orientador desta pesquisa, utilizando-se da licença concedida pela *Behavioral Law and Economics*, tem-se que:

O modelo do agente racional interpreta tendências importantes do comportamento humano, mas não explica nem quer explicar desvios cognitivos ou psicológicos do agente marginal. Em alguns casos estes desvios psicológicos da tendência majoritária podem ser bastante importantes, quer em termos da aplicação do Direito, quer na análise normativa. Por exemplo, a incapacidade que têm muitos grupos sociais de estimar ou mesmo entender a noção de risco pode ter um peso importante na forma de regular o mercado de seguros ou na imposição de determinadas regras de responsabilidade civil. Nos últimos anos surgiu a escola comportamental dentro da Análise Econômica do

⁵ O Controle Social é um conceito que se refere às maneiras como os pensamentos, os sentimentos, as aparências e os comportamentos das pessoas são regulados nos sistemas sociais. Até certo ponto, o controle é exercido através de várias formas de coerção. Porém, esta é em geral ineficaz como meio único e deve ser aliada à crença fundamental de que, nos sistemas sociais, as normas são legítimas e são de cumprimento obrigatório para os integrantes da sociedade. (JOHNSON, 1997, p.54).

Direito (*Behavioral Law and Economics*) que procura avaliar até que ponto certos desvios cognitivos podem ter importância na análise positiva e normativa. A área do Direito que trata a responsabilidade civil determina quem paga o quê quando um determinado acidente ou acontecimento que gera danos e perdas ocorre. Uma indenização não é uma simples transferência de recursos de um indivíduo para outro para que ambas as partes, causador do dano e vítima, tenham um comportamento eficiente. (GAROUPA, 2009, *online*).

Assim, forçoso é reconhecer que, no cotidiano forense, ocorre uma mitigação das disposições constitucionais e legais aplicáveis, prevalecendo, em regra, os interesses da Fazenda Pública. Encontra-se o contribuinte hodierno sujeito a uma ditadura da administração fiscal, que possui uma visão parcial e recortada da realidade, de modo a ignorar todo e qualquer respaldo legitimado. Hugo de Brito Machado (2003, p.25) denuncia que:

Quem vivencia a relação tributária sabe muito bem que ela, embora teoricamente seja uma relação jurídica, na prática é hoje muito mais uma relação de poder, na medida em que os direitos fundamentais do contribuinte são pública e flagrantemente desrespeitados pelas autoridades fazendárias.

Situações deste jaez não se justificam. Não se pode negar a existência de sonegação, a necessidade do Erário em defender-se contra as práticas evasivas dos contribuintes. Pagar tributo é atualmente um dever fundamental do cidadão e não há o que se discutir. A História demonstra que o homem, desde os primeiros momentos em que se organizou em sociedade, passou a contribuir para sustentar o grupo detentor do poder político e não vai ser diferente.

Passadas tantas gerações, ainda persiste esta resistência, pois “os cidadãos detestam pagar tributos e fazem o possível para evitar pagá-los, seja legal ou ilegalmente”. (CUNHA, 2002, p.01). Valores que, em princípio, deveriam ser utilizados em seu próprio benefício. Parte desta realidade se verifica porque o Estado usou sempre da força para obrigar ao pagamento de tributos, impondo-se numa relação de superioridade, estrutura que só recentemente, levando-se em conta os primeiros registros da atividade tributária estatal, foi substituída por um sistema jurídico organizado, aplicável tanto ao Fisco quanto aos contribuintes.

A cultura tributária do Brasil assim se mostra, dentre outras razões, porque o governo em sentido amplo, que deveria ser exemplar no exercício de suas atribuições, molda suas atividades pelo trinômio corrupção – irresponsabilidade – desperdício. “O cidadão não se sente bem representado”. (LOPES FILHO, 2009, *online*). E daí surge a

sonegação. O que se quer demonstrar para o Estado é a existência de meios para coibi-la sem violar o ordenamento jurídico. Não é razoável se admitir que a defesa do erário se faça mediante práticas arbitrárias, pois estas produzem evidente e progressivo desgaste da já tempestuosa relação fisco/contribuinte. Mesmo assim, em que pesem as normas constitucionais aplicáveis, nem sempre a atividade fiscal se desenvolve nos limites estabelecidos. As notícias de abusos de poder praticados pelos agentes públicos, em especial as autoridades fazendárias, fazem parte do cotidiano. Rui Barbosa (2005, p.36) já prelecionava que:

A presunção de ter a Fazenda Pública razão contra o resto do mundo, nenhuma lei lhes reconhece. Antes, se admissível fosse aí qualquer presunção, havia de ser em sentido contrário; pois essas entidades são as mais irresponsáveis, as que mais abundam em meios de corromper, as que exercem as perseguições administrativas, políticas e policiais, as que, demitindo funcionários indemissíveis, rasgando contratos solenes, consumando lesões de toda a ordem (por não serem os perpetradores de tais atentados os que pagam), acumulam, continuamente, sobre o tesouro público terríveis responsabilidades.

Nesse sentir, Rafael de Freitas Valle Dresh (2008, p.200) registra que “para realizar uma distribuição, é necessário determinar a quem atribuir responsabilidade, sendo que essa determinação tem que estar pautada pela igualdade proporcional”. A referência a atos de arbitrariedade do fisco por empresários, por advogados, por cidadãos comuns é uma constante. As próximas linhas serão dedicadas a apresentar os fundamentos da responsabilização pessoal do agente público por danos causados aos contribuintes, não obstante respeitáveis opiniões em contrário⁶. E esta providência mostra-se necessária, haja vista que:

O poder administrativo concedido à autoridade pública, tem limites certos e forma legal de utilização. Não é carta branca para arbítrios, violência, perseguições e favoritismos governamentais. Qualquer ato de autoridade, para ser irrepreensível, deve conformar-se com a lei, com a moral da instituição e com o interesse público. Sem esses requisitos o ato administrativo expõe-se a nulidade. (MEIRELLES, 2001, p.102).

⁶ Segundo Gustav Radbruch (1997, p.55), a eleição de uma entre as mais diferentes concepções jurídicas, sistematicamente desenvolvidas em função de diversos pressupostos que lhes servem de base, deságua na impossibilidade de se tirar do indivíduo a escolha, proporcionando a procura por diferentes posições: “deixa, porém, a escolha definitiva dum delas a um seu querer que emerge das profundezas de sua personalidade”. A divergência de opiniões sempre existirá, diante da relatividade dos conceitos. Nenhuma ideia ou argumento são absolutos. A individualidade dos seres humanos sempre conduzirá a pronunciamentos diferentes, às vezes coincidentes, outras não. Assim, nunca se chegará à unanimidade, apesar dos protestos lançados por David Hume, para quem o espírito humano se contentava e reputava natural a unanimidade de opiniões, refutando as opiniões diferentes.

José dos Santos Carvalho Filho (2007, p.514) considera que o fato de ter sido atribuída a responsabilidade objetiva à pessoa jurídica não significa a exclusão do direito de agir diretamente contra aquele que causou o dano, pois a disposição do art. 37, § 6º da Constituição Federal tem por objetivo precípuo favorecer o lesado. Não lhe retirou a possibilidade de se utilizar normalmente do direito de ação.

Os argumentos para esta linha de raciocínio, embora problemáticos do ponto de vista prático, se mostram convincentes. É certo que a Fazenda Pública pode oferecer maiores garantias no pagamento da indenização arbitrada em juízo, contando ainda com a sistemática que orienta a responsabilidade objetiva em juízo. Por outro lado, acionar pessoalmente o agente público, mesmo com as dificuldades que se apresentam na prova da responsabilidade subjetiva, livra o contribuinte prejudicado da conhecida e presente demora – e até mesmo inexistência – do pagamento da indenização, devido ao peculiar e inoperante sistema de precatórios, na forma do art. 100 da Constituição Federal de 1988, ou por Requisições de Pequeno Valor (RPV), a depender do valor pecuniário.

Celso Antônio Bandeira de Mello (2008, p.1024) registra que o Poder Público, com frequência, não obedece às exigências constitucionais concernentes aos precatórios, haja vista que deixa ultrapassar os prazos sem lhes dar qualquer atendimento. Para ele, seria caso de intervenção federal nos Estados-membros e destes nos municípios (intervenção estadual) e até mesmo o *impeachment* do Presidente da República, na forma do art. 85, VII CF/88. Assim, a responsabilidade do Estado nesses casos adquire o inquestionável caráter de ficção, ou seja, despida de eficácia. Denuncia que existem inúmeros documentos na Comissão de Precatórios da Ordem dos Advogados do Brasil de São Paulo, da Bahia, de Santa Catarina, do Rio Grande do Sul, dentre outros estados-membros, comprovantes desta iníqua realidade e que, *v.g.* no caso do Ceará, os precatórios trabalhistas não são pagos há cerca de 20 (vinte) anos. Como se pode acreditar em um sistema que comprovadamente não funciona?

Resgata os ensinamentos de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello (1979, p.487) ao considerar que a norma visa à proteção do administrado e, por isso, não cabe uma interpretação restritiva em seu desfavor. A letra constitucional, desta feita, não teria restringido a possibilidade de acionar em juízo quem, na qualidade de agente do Estado, causou o dano diretamente. A ação regressiva volta-se à proteção do erário público ou da pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviço público, e não do contribuinte: “a

interpretação deve coincidir com o sentido para o qual caminha a norma, ao invés de sacar dela conclusões que caminham na direção inversa, benéfica apenas ao presumido autor do fato”. (MELLO, 2008, p.1018).

A indenização, quando paga pelo Erário público, em última instância, sai do bolso dos próprios contribuintes, vítimas das atitudes arbitrárias dos agentes públicos fazendários. É um sistema pelo qual quem paga é a vítima! Resta, portanto, esvaziado o principal objetivo da reparação: incutir no responsável a cultura do não-fazer. Por esta ótica, conclui-se que o preceptivo deve ser voltado para a defesa do administrado prejudicado e do Estado, não se vislumbrando intenções que se destinam a salvaguardar os agentes públicos. Assinala Hugo de Brito Machado (2005, p.898) que:

É hora, portanto, de começar a responsabilizar pessoalmente o agente público que formular exigências assim tão flagrantemente ilegais, cobrando deste a indenização pelos danos de tais exigências decorrente. Uma indenização modesta, de mil reais, paga pelo agente público, pessoalmente à vítima do seu arbítrio, com certeza exercerá efeito positivo muito grande contra essas práticas ilegais. Mais grave é que, em muitos casos de ilegalidade subsiste mesmo diante de decisão judicial, que às vezes é desobedecida sob os mais diversos e descabidos pretextos, geralmente apoiados em interpretação literal da ordem expedida pelo juiz. Em casos assim, com mais razão, é cabível a responsabilização pessoal do agente público, do qual o prejudicado deve cobrar judicialmente a indenização cabível.

Retoma-se nesta fase da pesquisa a concepção de um direito fundamental à boa administração pública (FREITAS, 2009), que se materializa por meio do regular exercício das atribuições administrativas, em que o agente público precisa zelar pela eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais dos contribuintes, sob penal de responsabilidade. Apresenta-se, deste modo, condenável toda e qualquer omissão ou ação despida de motivos plausíveis, descumprindo flagrantemente decisões judiciais favoráveis aos contribuintes. Na verdade, o que existe é uma vinculação cogente, devendo ser abandonadas simples justificativas retóricas que só possuem uma meta: desrespeitar os direitos fundamentais dos contribuintes. O Poder Público, atuando do jeito que está, oscila impunemente pelo pecado assaz comum de negação de eficácia desses ditames constitucionais. E nada se faz para puni-lo. Para Juarez de Freitas (2009, p.67):

Por tudo, é vital evitar as arbitrariedades por ação e por omissão. Ambas desrespeitam as prioridades constitucionais e causam (não apenas oferecem condições favoráveis, mas causam) danos juridicamente injustos. De sorte que, no exercício legítimo do controle dos atos administrativos, nada impede a tomada de providências de caráter preventivo se a omissão resultar irreparável ou de difícil reparação. Ao revés, consubstancia-se a cogência de tomar medidas cautelares (se necessário, invocando a doutrina dos poderes

implícitos). Seria pecaminosa omissão deixar de coibir tanto prática abusiva como a insuficiente, preferencialmente no nascedouro. Força, nessa medida, desenvolver a tutela inibitória da omissão do Estado-administração.

Vale ainda mencionar, somente a título de demonstração de uma tendência que está chegando ao ordenamento brasileiro, que a lei nº 11.417/06 (Súmulas vinculantes) acrescentou, por meio do seu art. 9º, o art. 64-B ao corpo da lei nº 9.784/99, prevendo a responsabilização pessoal do servidor público nas esferas cível, administrativa e penal quando a reclamação for fundada em violação de enunciado de súmula vinculante. Paraphrasing Hugo de Brito Machado (2007), autoridades são temporárias, devido às rotatividades que permeiam os meandros administrativos. Mas a cidadania fiscal acompanha o ser humano que vive em um Estado Democrático de Direito por toda a sua existência. E precisa ser respeitada, assegurada, exercida:

Preconizamos, pois, a responsabilidade do agente público por lesões que pratique aos 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. (MACHADO, 2003, p.37).

Aliás, só o fato de ser chamado a juízo como réu, 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 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, ao final, sai do bolso de todos nós contribuintes. (MACHADO, 2004, p.384).

O valor pecuniário pelos danos causados aos contribuintes, sendo pagos diretamente pelo agente público causador do dano, certamente desempenhará dupla função: indenizar os prejuízos sofridos pelo contribuinte afetado e funcionar como medida educativa, de forma a produzir um efeito moralizador no causador do dano e impor uma padronização nos comportamentos. Egon Moreira (2003, p.135) ressalta que “o respeito a um Estado Democrático de Direito impõe à Administração a adoção de comportamento ativo e respeitoso aos cidadãos”.

Os fundamentos que suplantam a responsabilidade pessoal dos agentes públicos por danos aos contribuintes apresentam alguns entraves de ordem processual e normativa, haja vista que não existe previsão legal para referida forma de reparação de danos. Os tribunais pátrios e o Poder Legislativo ainda se mostram tímidos em admitir que o servidor público seja acionado diretamente, medida que, pelas razões acima delineadas, é necessária, oportunidade em que se buscou ir além dos meandros legais. Embora seja esta a tendência – como restou demonstrado pelo art. 64-B ao corpo da lei nº 9.784/99 – os avanços ainda não são visíveis. Outro impasse enfrentado neste tipo de responsabilização é a necessidade de comprovação de dolo ou culpa nas ações/omissões dos servidores, haja vista que se trata de responsabilidade subjetiva. Requer ainda a individualização do dano, algo que pode apresentar grande dificuldade pela complexidade das estruturas administrativas, muitas vezes desconhecidas pelos administrados. A Controladoria Geral da União (CGU) já se manifestou nesse sentido:

Complementando a análise, retornando o foco para a repercussão sobre o servidor, lembre-se que, conceitualmente, a responsabilização civil de reparar o dano causado no exercício do seu cargo **requer a prévia comprovação de que a conduta eivou-se de dolo ou culpa**. Não havendo esses elementos da conduta, resta apenas a responsabilização objetiva do Estado em indenizar o particular.

Ou seja, para o caso em que a atitude dolosa ou culposa do servidor, no exercício do seu cargo, causa dano a terceiro, têm-se duas relações jurídicas de naturezas totalmente distintas: além da já mencionada responsabilidade civil objetiva, na modalidade risco administrativo (que liga o particular à administração, para a qual basta a comprovação do dano e da relação causal entre a atividade pública e o prejuízo), surge ainda, entre a administração e o seu servidor, a responsabilidade subjetiva contra este último, que requer a prévia comprovação da sua atitude culposa ou dolosa. [...]

O art. 37, § 6º da CF assegura à administração, uma vez indenizada a vítima, o direito de propor ação regressiva contra seu servidor cuja culpa subjetiva já foi previamente comprovada. Assim, não há ação regressiva contra o servidor sem a anterior condenação definitiva da administração e comprovação da culpa subjetiva do agente. [...]

Os argumentos em desfavor da aplicabilidade da denunciação da lide nos casos de responsabilidade extracontratual do Estado por danos causados aos contribuintes se encontram albergados tanto pelo STJ como pelo STF, em que pese os protestos de minoria doutrinária. A lei nº 8.112/90, estatuto dos servidores públicos no âmbito federal, prevê em que termos se dá a responsabilização dos pertencentes aos seus quadros:

Art. 122. A responsabilidade civil decorre de ato omissivo ou comissivo, doloso ou culposo, que resulte em prejuízo ao erário ou a terceiros.

[...]

§ 2º Tratando-se de dano causado a terceiros, responderá o servidor perante a Fazenda Pública, em ação regressiva.

[...]

Art. 124. A responsabilidade civil-administrativa resulta de ato omissivo ou comissivo praticado no desempenho do cargo ou função.

A denunciação da lide está prevista no art. 70, III do Código de Processo Civil, segundo o qual aquele que estiver obrigado, pela lei ou pelo contrato, a indenizar, em ação regressiva, o prejuízo do que perder a demanda deve ser denunciado à lide. As raízes deste instituto processual remontam do Direito Romano (CALAMANDREI, 1972, p.30), conhecida como *denunciatio litis*. A sua aplicação mais relevante era para permitir ao adquirente de um bem que sofresse a sua perda em razão de sentença que reconhecesse um direito anterior à sua aquisição, voltando-se contra aquele de quem havia adquirido a coisa. Apresentam-se as definições de respeitadas processualistas pátrios sobre a denunciação da lide:

Denunciar a lide a alguém não é senão trazer esse alguém para o processo, por força de garantia prestada, ou em razão de direito regressivo existente em face desta pessoa, aproveita o denunciante do mesmo processo para exercer a ação de garantia ou a ação de regresso em face do denunciado; visa, pois, a dois objetivos: vincular o terceiro ao quanto decidido na causa e a condenação do denunciado à indenização. (DIDIER JÚNIOR, 2008, p.342).

A denunciação da lide constitui modalidade de ‘intervenção de terceiro’ em que se pretende incluir no processo uma nova ação, subsidiária àquela originariamente instaurada, a ser analisada caso o denunciante venha a sucumbir na ação principal. E em regra, funda-se a figura do direito de regresso, pelo qual aquele que vier a sofrer algum prejuízo, pode posteriormente recuperá-lo de terceiro que, por alguma razão, é seu garante. Na denunciação, portanto, inclui-se nova ação, justaposta à primeira, mas dela dependente, para ser examinada caso o denunciante (aquele que tem frente a alguém direito de regresso em decorrência da relação jurídica deduzida na ação principal) venha a sofrer prejuízo diante da sentença judicial relativa à ação principal. (MARINONI, 2007, p.182).

Pode-se definir a denunciação da lide como uma ação regressiva ‘*in simultaneus processus*’, proponível tanto pelo autor como pelo réu, sendo citada como denunciada aquela pessoa contra quem o denunciante terá uma pretensão indenizatória, pretensão de ‘reembolso’, caso ele, denunciante, vier a sucumbir na ação principal. Em outros termos, pode-se dizer que a denunciação da lide é a modalidade de intervenção forçada de terceiro provocada por uma das partes da demanda original, quando esta pretende exercer contra aquele direito de regresso que decorrerá de eventual sucumbência na causa principal. (CÂMARA, 2007, p.206).

O principal argumento para a negação da possibilidade de denunciação à lide no âmbito da responsabilidade estatal é que seria incluído um fundamento diverso daquele da ação originária, qual seja, a responsabilidade subjetiva do servidor em contraposição à responsabilidade objetiva do Estado. Seria o que se convencionou chamar de “elemento novo da lide”. Weida Zancaner (1981, p.64-65) já previa estas dificuldades, quando asseverou que:

Haveria prejuízos para o autor, porquanto procrastinar o reconhecimento de um legítimo direito da vítima, fazendo com que esta dependa da solução de outro conflito intersubjetivo de interesses (entre Estado e funcionário), constitui um retardamento injustificado do direito do lesado, considerando-se que este conflito é estranho ao direito da vítima, não necessário para a efetivação do ressarcimento a que tem direito.

É bem verdade que existem algumas poucas vozes defendendo a aplicação de denunciação da lide nos casos de responsabilidade civil do Estado, como é o caso de Humberto Theodoro Júnior (2005, p.119), mas esta parece não ser a orientação mais acertada. Também nesta esteira de pensamento e entendendo ser mais vantajoso para o Poder Público este instituto, Fernanda Salinas di Giácomo (2009, *online*) defende que:

Como a demanda inicial prejudica a segunda ação, só haverá necessidade de essa última persistir caso haja a obrigatoriedade de recomposição patrimonial por parte do Estado. Assim, com a denunciação, a Administração não mais precisará pagar o débito, uma vez que o funcionário já terá adentrado no processo, sendo abarcado pela decisão e condenado, caso seja a hipótese, a ressarcir diretamente a vítima, permanecendo o Estado como devedor subsidiário, nos termos do art. 37, § 6º, da CF, já que o ente assume os riscos pelos serviços prestados e pela contratação dos servidores, sendo responsabilizado objetivamente em caso de incapacidade do verdadeiro causador do prejuízo. Desse modo, caso o agente possua condições financeiras para pagar a indenização, o administrado receberá a quantia de forma direta, sem necessidade que o Estado lhe pague via precatório.

A sugestão apresentada seria o ajuizamento de uma ação diretamente contra o servidor público e, somente de maneira subsidiária, a assunção desta responsabilidade pelo Estado, dada a impossibilidade de denunciação da lide. As barreiras são inúmeras, aliadas ao fato de que não existe lastro legal, doutrinário ou jurisprudencial para albergar esta orientação. Acredita-se que esta é uma mudança que se faz urgente, pois resta claro que a sistemática atual não está funcionando, haja vista que os servidores públicos fazendários, em todas as esferas, continuam com a certeza da impunidade e, por isso, escondem-se nos mantos da Administração Pública. Respeitadas as limitações a que esta pesquisa está sujeita, passa-se a defender a efetivação da ação regressiva, já abraçada pelo ordenamento em vigor, mas sem materialização satisfatória no cotidiano administrativo.

CONCLUSÃO

Defendeu-se, neste artigo, a existência de um dever ético por parte da máquina administrativa, quando do atendimento aos contribuintes, da aplicação das normas tributárias no desempenho de suas atribuições, do cumprimento de decisões judiciais que se dirijam aos órgãos fazendários federais, enfim, atitudes que urgem permear no cotidiano administrativo.

Diante dos acontecimentos que caminham na contra-mão destas premissas, denunciados por advogados, contadores, contribuintes em geral, buscou-se encorajar a utilização de meios que coíbam ou pelo menos desestimulem o tratamento de baixa qualidade que é conferido pela Receita Federal do Brasil aos que a procuram. Como proposta, sugeriu-se a efetivação da ação regressiva, instrumento que, embora existente e pronto a ser aplicado, não é observado pela cúpula da Administração Fiscal Federal. Seja por corporativismo ou pelos dispêndios que causem, não pode é o contribuinte ser lesado e nada ser imputado àquele que foi o responsável pelo respectivo dano.

É preciso efetivar a letra constitucional, em especial, pelas mensagens proferidas pelo princípio da eficiência, e fornecer garantias aos direitos fundamentais dos contribuintes, que se vêem diminuídos frente ao aparato que se ergueu sobre a estrutura fazendária. A indenização, nem que seja por um valor irrisório, certamente servirá de lição ao agente fiscal que extrapole seus poderes, se utilizando de discricionariedades que não lhe foram conferidas. A situação é ainda mais preocupante quando se mostra necessária a intervenção do Poder Judiciário para casos que demandavam apenas a observância de deveres primários (v.g. a verificação de sistemas, de documentos), movimentando também a máquina burocrática judicial, a qual já possui demanda suficiente.

O Poder Legislativo, responsável pela edição das leis, deve caminhar ao lado do desenvolvimento da sociedade, das empresas, do contexto econômico nacional e internacional, sendo relevante observar a realidade que se circunscreve ao seu redor para balizar as determinações legais emanadas. De nada adianta a proliferação de leis, instruções normativas, emendas constitucionais, atos normativos em geral que sejam apartados do meio em se inserem e a quem se destinam.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, Rui. **Oração aos moços**. São Paulo: Rideel, 2005.

CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade Civil do Estado**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

CALAMANDREI, Piero. **Opere giuridiche: la chiamata in garantia**. Nápoles: Morano, 1972, v. V.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 18. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CATANIA, A. Charles **Aprendizagem: comportamento, linguagem e cognição**. 4. ed. Porto Alegre: Artmed, 1999.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

CONTROLADORIA GERAL DA UNIÃO. **Guia para Processo Administrativo Disciplinar**. Disponível em: <http://www.cgu.gov.br/cgu/guia_PAD_novo/Apostila%20de%20Texto%20CGU.pdf>. Acesso em: 11 out. 2009.

CUNHA, Aécio S. Os impostos e a História. In: _____. (Org.). **Textos para discussão**. Brasília: UnB, 2002, p. 01-12.

DRESH, Rafael de Freitas Valle. Análise Econômica do Direito: uma análise exclusiva ou complementar? In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direito e Economia**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2008, p. 193-202.

FIORENTINI, Luiz Augusto Iamassaki. **Responsabilidade extracontratual do Estado**. Disponível em: <<http://www.unifran.br/daltro/site/juridico/abril>>. Acesso em: 18 ago. 2009.

FREITAS, Juarez. **Discrecionalidade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

GAROUPA, Nuno. **Combinar a Economia e o Direito: a Análise Econômica do Direito**. Disponível em: <<http://www.revistassistemas.com.br/index.php/>>. Acesso em: 11 set. 2009.

GIÁCOMO, Fernanda Salinas di. **A aplicabilidade da denúncia da lide nas ações de responsabilidade civil do Estado**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11766>>. Acesso em: 11 out. 2009.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

HAURIOU, Maurice. **Principes de droit public**. Paris: Larose, 1916.

JONAS, André Luís. Regras e auto-regras no contexto terapêutico. **Integração**, São

LOPES FILHO, Osiris. **Camuflagem tributária**. Disponível em:
<<http://www.correiocidadania.com.br/content/view/927/52/>>. Acesso em: 04 ago. 2009.

MACHADO, Hugo de Brito. Responsabilidade pessoal do agente público por danos causados ao contribuinte. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 365, ano 99, p. 25-42, jan./fev. 2003.

_____. Responsabilidade do agente público: distinção entre agente político e agente administrativo. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, n. 45, p. 279-288, 2004.

_____. **Comentários ao Código Tributário Nacional (art. 139 a 218)**. São Paulo: Atlas, 2005, v. III.

MAYER , Otto. **Derecho Administrativo alemán**. Madrid: Depalma, 1950.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MIRA Y LÓPEZ, Emilio. **Os quatro gigantes da alma: o medo, a ira, o amor e o dever**. Trad. Cláudio de Araujo Lima. 4. ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 1956.

MOREIRA, Egon Bockmann. **Processo Administrativo, Princípios Constitucionais e a Lei 9.784/1999**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do Direito**. 6. ed. Coimbra: Armênio Amado, 1997.

SKINNER, B.F. **Sobre o behaviorismo**. Trad. M. da P. Villalobos. São Paulo: Cultrix, 1988.

ZANCANER, Weida. **Da responsabilidade extracontratual da Administração Pública**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.