

Coordenação de
Ricardo Mariz de Oliveira, Luís Eduardo Schoueri
e Fernando Aurelio Zilveti

ISSN 1415-8124

REVISTA

DIREITO TRIBUTÁRIO ATUAL

27



INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO TRIBUTÁRIO

DIALÉTICA

Responsabilidade do Agente Público: Distinção entre Agente Político e Agente Administrativo

Hugo de Brito Machado

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

Resumo

Este artigo examina a responsabilidade do agente público enquanto agente administrativo. O autor comenta precedente do Supremo Tribunal Federal sobre a responsabilidade pessoal do agente público. Contesta eventual alteração no posicionamento da corte sobre a questão. Procura distinguir agente político de agente administrativo. Propõe, afinal a responsabilidade do agente público por lesões que pratique a direitos do contribuinte.

Palavras-chave: Direito Administrativo, Direito Tributário, responsabilidade do Estado, agente político, agente administrativo.

Abstract

This work examines the public agent liability as administrative agente. The author comments a Federal Supreme Court precedent about the personal liability of the public agent. He refuses any eventual change of the court position about this issue. He aims to distinguish political agent and administrative agent. Finally, he proposes the public agent liability for damages against the taxpayer rights.

Keywords: Administrative Law, Tax Law, responsibility of the State, political agent, administrative agent.

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 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. Recurso extraordinário a que se nega provimento.”¹

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.”

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 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.

O adequado entendimento da questão da responsabilidade pessoal do agente público exige que se admita a distinção que existe entre agente administrativo e agente político.

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 um agente político.

¹ STF, 1ª Turma, RE 327.904-1/SP, Rel. Min. Carlos Britto, julgado em 15.8.2006, *DJ* de 8.9.2006.

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 à 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.²

Não temos dúvida, portanto, 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.

Sobre o tema já escrevemos:

“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,^[3] 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.^[4] Em se tratando de magistrado, porém, como acima ficou registrado (item 4.5.), o Supremo Tribunal Federal entendeu incabível a ação do particular prejudicado diretamente contra o agente público que qualificou como agente político, sem responsabilidade civil pelos atos jurisdicionais praticados.

² STF, Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 167.659/PR, Rel. Min. Carlos Velloso, julgado em 18.6.1996, com 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. CF., art. 37, § 6º.

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

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

³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

⁴ RE 90.071, em *RTJ* 96, p. 237; RE 94.121/MG, Rel. Min. Moreira Alves, *RTJ* 105, pp. 225 a 234; entre outros julgados.

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 a final sai do bolso de todos nós contribuintes.

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 a final não restar convencido da presença do elemento subjetivo indispensável ao atendimento do pedido principal.”⁵

Como se vê, o prestígio que o eminente Ministro Carlos Britto concedeu ao ilustre administrativista, ao invocar sua doutrina, nos permite acreditar que exista alguma sintonia de pontos de vista, 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, de sorte a deixar claro que no mesmo se referiu apenas ao agente político.

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.

Sobre o tema já escrevemos:

“5.1. Insuficiência da responsabilidade do ente público

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.

⁵ MACHADO, Hugo de Brito. “Responsabilidade pessoal do agente público por danos ao contribuinte”. *Revista Dialética de Direito Tributário* nº 95. São Paulo: Dialética, 2003, pp. 93-94.

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,^[6] 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 públicos, 'por não serem os perpetradores de tais atentados os que pagam', como já advertia Rui Barbosa em sua oração aos moços.^[7]

A responsabilização pessoal do agente público suprirá, sem dúvida, essa insuficiência da responsabilidade objetiva do Estado como elemento inibitório de cometimentos ilícitos.

5.2. O 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 a final 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.^[8] Não se conhece 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,

⁶ 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.

⁷ BARBOSA, Rui. "Oração aos moços". In: BARBOSA, Rui. *Discursos, orações e conferências*. São Paulo: Iracema, 1965, p. 225.

⁸ 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.

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.

(...)

5.3. Efeito moralizador

A responsabilização do agente fiscal terá também um significativo efeito moralizador. Evitará 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.

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.”⁹

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 eminentemente político no desempenho de suas funções. Agen-

⁹ MACHADO, Hugo de Brito. *Op. cit.*, nota 5, pp. 88-91.

te Político, portanto. Não em se tratando de agente administrativo, cujos atos devem ser pautados pelo princípio da estrita legalidade e se assim são praticados não podem causar danos ao cidadão. Aos agentes políticos, exatamente para que possam ter a liberdade de atuar plenamente no desempenho de suas atribuições, e porque não dispõem de superiores aos quais possam recorrer para decidir com acerto, é necessária a 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.

Outra, porém, é a situação do agente administrativo, que não pode desfrutar daquela proteção, como a seguir se verá.

5.2. Garantia do agente administrativo e do cidadão

Realmente, em relação aos agentes administrativos 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 frequentes 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 isso, busca todos os meios para compelir o contribuinte ao pagamento, sem se preocupar com a legalidade. Um agente fiscal que pratica autuações ilegais, portanto, jamais é responsabilizado pelo Estado por danos que eventualmente causa ao contribuinte. Ainda quando o Estado 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.

5.3. *Garantia do agente administrativo*

Não se venha dizer que nosso entendimento deixa o agente administrativo inteiramente desprotegido. Não é assim. Para proteger-se basta agir de acordo com a lei, aplicando-a, nos termos da interpretação preconizada pela Administração. Em outras palavras, basta que o agente administrativo atue nos termos do entendimento oficial da entidade pública à qual se vincula.

Sabemos todos que, em princípio, a Administração não adota, oficialmente, entendimento que seja flagrantemente ilegal, embora de fato às vezes oriente os seus agentes no sentido da prática de ilegalidades. Se a orientação é dada oficialmente, mediante atos publicados nos órgãos oficiais, o agente administrativo que a cumpre não pode ser pessoalmente responsabilizado. Entretanto, se a orientação é dada extraoficialmente, o agente administrativo não está obrigado a cumpri-la. E se mesmo assim executa a conduta ilegal, responderá pessoalmente pelos danos que da mesma eventualmente decorram.

A rigor, quem age ilegalmente não está presentando o Estado porque este atua sempre, ao menos em princípio, nos termos da lei. Assim, os agentes públicos que agem ilegalmente, em princípio, não estão agindo como “na qualidade de agentes públicos”, e, sim, “como pessoas comuns”. Note-se a diferença, que está clara na ementa do acórdão com o qual o Supremo Tribunal decidiu pela ausência de responsabilidade pessoal do agente público.¹⁰

5.4. *Relação tributária como relação de poder*

A impossibilidade de responsabilização direta do agente administrativo pelos danos causados ao contribuinte é uma forte e decisiva contribuição para que a relação tributária siga sendo uma relação predominantemente de poder, em vez de uma relação jurídica. Como o agente administrativo realiza a vontade do Estado, ainda que em desconformidade com a lei, o Estado jamais cobra de seu agente a responsabilidade pelos danos decorrentes de sua conduta ilegal. Assim, como a sanção não pesa sobre o agente administrativo, continua este a agir livremente, como representante do Estado, que através desse meio realiza a sua vontade de arrecadar, ainda que em desconformidade com a lei.

Como se vê, o não se admitir que o contribuinte lesionado em seus direitos cobre diretamente do agente administrativo a indenização correspondente, contribui decisivamente para que a relação tributária siga sendo uma relação predominantemente de poder.

¹⁰ STF, 1ª Turma, RE 327.904-1/SP, Rel. Min. Carlos Britto, julgado em 15.8.2006, DJ de 8.9.2006.