

Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP

ALAN SIMOES DE ALBUQUERQUE

MULTAS TRIBUTÁRIAS EM FACE DO EMPRESARIADO

Brasília – DF

2015

ALAN SIMOES DE ALBUQUERQUE

MULTAS TRIBUTÁRIAS EM FACE DO EMPRESARIADO

Trabalho de Dissertação apresentado ao Curso de Pós-Graduação em Direito como requisito parcial para obtenção do título de Especialista em Direito Tributário e Finanças Públicas do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

Professor:

Brasília – DF

2015
ALAN SIMOES DE ALBUQUERQUE

MULTAS TRIBUTÁRIAS EM FACE DO EMPRESARIADO

Trabalho de Dissertação apresentado como requisito parcial à obtenção do título de Especialista em Direito Tributário e Finanças Públicas, no Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em Direito da Regulação do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

Aprovado pelos membros da banca examinadora em __/__/__, com menção ____
(_____).

Banca Examinadora:

Presidente: Prof.

Integrante: Prof.

Integrante: Prof.

RESUMO

Estudo que trata sobre as multas e penalidades abusivas na Administração Pública em face do empresariado. O trabalho de conclusão do curso de direito tem por objetivo demonstrar os direitos de empresários que sofrem com abusos de cobranças multas sobre impostos ou serviços e penalidades desproporcionais. As dificuldades que enfrentam ao sofrer penalizações como: a certidão de idoneidade, impedimentos de participação em processos licitatórios de dois a cinco anos e multas que chegam a valores fora da realidade, abusivos e desproporcionais. Portanto o estudo faz análise dos seguintes temas: a administração pública, os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, princípios norteadores, multas abusivas e fisco, discricionariedade administrativa na definição de infrações, controle exercido pela administração sobre seus próprios atos, as deficiências da administração pública, consequências, excesso de poder, desvio de finalidade, descumprimento aos princípios fundamentais da administração pública, deveres e poderes da administração pública e atos administrativos, princípio do não confisco, fator gerador presumido e substituição tributária, terceiro trata das condutas omissivas e responsabilidade primária e subsidiária da Administração, posição do STF, multas de fiscos, enriquecimento sem causa da Administração Pública, ilícito e dano erário

Palavras-chave: Administração, Empresariado, Multas, Confisco.

ABSTRACT

Study which deals with unfair fines and penalties in Public Administration in the face of the business. The work of completing the law course aims to demonstrate the rights of entrepreneurs who suffer from abuse of fines or charges imposed on services and disproportionate penalties. The difficulties they face when suffering penalties as the certificate of suitability, impediments to participate in bidding processes for two to five years and fines that reach values outside of reality, abusive and disproportionate. Therefore the study is examining the following topics: public administration, principles of legality , impersonality, morality, publicity and efficiency, guiding principles, unfair penalties and tax authorities, administrative discretion in the definition of offenses, control exercised by management on their own actions, the deficiencies of public administration, consequences, excess power, misuse of purpose, breach of fundamental principles of public administration , duties and powers of public administration and administrative acts , the principle of non-confiscation presumed factor generator and tax substitution third comes from ducts and primary responsibility and subsidiary of Directors, a position the Supreme Court, fines of treasuries, unjust enrichment Public Administration , illegal and purse damage.

Keywords : Management. Entrepreneurship. Fines. Confiscation.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	12
1 O SISTEMA ADMINISTRATIVO E TRIBUTÁRIO BRASILEIRO.....	14
1.1 PRINCÍPIOS NORTEADORES, MULTAS ABUSIVAS E FISCO.....	17
1.2 A IMPORTÂNCIA DO EMPRESÁRIO NO CENÁRIO BRASILEIRO.....	22
1.3 DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA NA DEFINIÇÃO DE INFRAÇÕES	24
1.4 CONTROLE EXERCIDO PELA ADMINISTRAÇÃO SOBRE SEUS PRÓPRIOS ATOS.....	25
1.5 AS DEFICIÊNCIAS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E AS CONSEQUÊNCIAS IRREPARÁVEIS EMANADAS DE SEUS ATOS.....	26
2 COMPETÊNCIA E O EXCESSO DE PODER.....	27
2.1 DESVIO DE FINALIDADE.....	30
2.2 DESCUMPRIMENTO AOS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....	31
2.3 DEVERES E PODERES DA ADM. PÚBLICA E ATOS ADMINISTRATIVOS.....	32
2.4 PRINCÍPIO DO NÃO CONFISCO.....	34
2.5 FATOR GERADOR PRESUMIDO E SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA.....	35
3 DAS CONDUTAS OMISSIVAS E RESPONSABILIDADE PRIMÁRIA E SUBSIDIÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO.....	36
4.1 POSIÇÃO DO STF: MULTAS DE FISCOS.....	39
4.2 ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....	42
4.3 ILÍCITO E DANO ERÁRIO.....	46
CONCLUSÃO.....	48
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	52

INTRODUÇÃO

O tema trata sobre a incidência de multas e o descontrole em referência as suas porcentagens abusivas. O estudo traz questões que evidenciam os Imposto de Renda de Pessoa Física, Imposto de Renda de Pessoa Jurídica e ainda indiretamente sobre os produtos ICMS, IPI, IEx, II, pelos serviços, operações financeiras e assim como IPVA, ITR, IPTU, ITBI, Imposto sobre doações e Heranças entre outros.

A administração pública tem o dever de seguir as normas constitucionais e a arrecadação objetiva sanar as despesas públicas para ofertar a sociedade serviços relevantes como saúde, educação, saúde, segurança e infraestrutura.

Em contrapartida, a incidência de multas em determinadas situações, não exercem os padrões constitucionais, o que gera um aumento exorbitante de juros e multas tributárias.

A atividade desenvolvida pela Administração Pública necessariamente deverá ser transparente em todo seu desenvolvimento, e, da mesma forma, quanto aos recursos financeiros dos quais advém do pagamento de tributos, multas e taxas da pessoa física ou jurídica, além disso, tem como princípios básicos, conforme texto constitucional a Legalidade, Impessoalidade, Moralidade, Publicidade e Eficiência.

Na esfera tributária, os princípios são dispostos em legalidade, isonomia, irretroatividade, anterioridade, capacidade contributiva, vedação do Confisco, liberdade de tráfego, transparência dos impostos, uniformidade geográfica, seletividade, não diferenciação tributária, não-cumulatividade, imunidades tributárias e competência, o que atualmente se observa falha na administração em seguir tais preceitos traçados nos princípios.

O trabalho busca responder a seguinte pergunta: - Faz jus a Administração Pública incidir multas exorbitantes acima do que é estipulado por lei?

O trabalho foi feito com base no método indutivo e se baseou em pesquisa bibliográfica de livros, artigos eletrônicos, julgados e leis em face do tema.

No passado, o estado brasileiro sofreu com o aumento inflacionário, o que gerou alterações na legislação tributária que se reflete nas multas e no confisco anticonstitucional que ainda perduram.

O trabalho possui três capítulos que tratam sobre a administração pública, os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, princípios norteadores, multas abusivas e fisco, assim como a importância do empresário no cenário brasileira, a discricionariedade administrativa na definição de infrações, controle exercido pela administração sobre seus próprios atos, as deficiências da administração pública e as consequências irreparáveis emanadas de seus atos.

Além disso, cita no segundo capítulo competência e o excesso de poder, desvio de finalidade, descumprimento aos princípios fundamentais da administração pública, deveres e poderes da administração pública e atos administrativos, princípio do não confisco, fator gerador presumido e substituição tributária, terceiro trata das condutas omissivas e responsabilidade primária e subsidiária da Administração, posição do STF, multas de fiscos, enriquecimento sem causa da Administração Pública, ilícito e dano erário.

1 O SISTEMA ADMINISTRATIVO E TRIBUTÁRIO BRASILEIRO

Para o entendimento do sistema tributário brasileiro, inicialmente, é necessário observar o funcionamento dos impostos que são pagos por pessoas físicas e jurídicas para o governo, seja na esfera federal, estadual ou municipal.

Nesse sentido, a incidência de tributos ocorrem de várias formas como pelo Imposto de Renda de Pessoa Física, Imposto de Renda de Pessoa Jurídica, indiretamente sobre os produtos ICMS, IPI, IEx, II, pelos serviços, operações financeiras e outros impostos como IPVA, ITR, IPTU, ITBI, Imposto sobre doações e Heranças, entre outros, considerando ainda que a rotatividade de capital diante do valor arrecadado torna-se aproximadamente 37% do PIB brasileiro, o que está acima de quatro trilhões.

A arrecadação serve para sanar as despesas públicas, entre elas a da própria administração, os serviços ofertados a sociedade como saúde, educação, segurança e infraestrutura, observando que os valores arrecadados são administrados pelo Poder Executivo com base em propostas orçamentárias das quais passam pelo crivo do Legislativo enquanto o Tribunal de Contas dos Estados e Municípios tem o poder de fiscalizar os gastos.

Destarte, o estado brasileiro mantém uma rotatividade de capital mediante as taxas e contribuições arrecadadas da pessoa física e jurídica, além da incidência de multas de várias classes, em especial na pessoa jurídica, ou seja, no empresariado brasileira que gera grande parcela de empregos e de capital do país.

A Administração pública em sentido subjetivo “é o conjunto de pessoas jurídicas, órgãos e agentes públicos incumbidos legalmente do exercício de atividades administrativas em proveito da satisfação dos interesses públicos.” (NASCIMENTO, 2008, p. 23).

Em sentido objetivo, a Administração Pública é explicada por Raphael Nascimento (2008, p. 27) “a própria atividade administrativa, desempenhada pelo aparelhamento estatal em prol da satisfação do interesse público.”

A atividade desenvolvida pela Administração Pública necessariamente deverá ser transparente em todo seu desenvolvimento, e, da mesma forma, quanto aos recursos financeiros dos quais advém do pagamento de tributos, multas e taxas da pessoa física ou jurídica.

Os princípios da Administração Pública são normas de caráter geral e servem para eliminar eventuais lacunas que existem nas normas jurídicas. Trata-se de proposições básicas que fundamentam todos os institutos e indicam a conduta a ser seguida, que deveria trazer harmonia e coerência no ordenamento jurídico e, tendo como princípios básicos, conforme texto constitucional a Legalidade, Impessoalidade, Moralidade, Publicidade e Eficiência.

O Princípio da legalidade é o princípio pelo qual a Administração Pública só pode fazer aquilo que a lei determina ou permite. Trata-se de um limite à atuação do Poder Público, visto que só poderá e deverá cumprir as exigências do Estado, se estiverem previstas na lei; é também uma garantia para os administrados, podendo estes, na qualidade de particulares, fazer tudo o que não é vedado pela lei.

Tem por objetivo combater o poder arbitrário do Estado; é a base, o fundamento do Estado de Direito, do princípio da autonomia da vontade, que pode ser expresso pelo seguinte conceito: “Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.” (BRASIL, 1988).

O princípio da impessoalidade refere-se ao fato de que de que as ações executadas pelo administrador não são do agente público. Na realidade, age em nome da Administração Pública, como veículo da manifestação de vontade estatal.

Araújo (2007, p. 56) cita que:

O sentido seria o da imparcialidade, significando que a Administração não pode agir motivada por interesses particulares, interesses políticos, de grupos, por animosidade ou simpatias pessoais, políticas, ideológicas etc., implicando sempre em regra de agir objetiva para o administrador.

O princípio da impessoalidade versa sobre a igualdade de tratamento à sociedade, garantindo e preservando sua participação em todas as atividades que o Estado oferece. Visa defender os cidadãos dos desvios e abuso de poder,

impedindo que alguns sejam privilegiados em detrimento de outros e que, por isso, o interesse público seja desvirtuado.

Tendo em vista o cargo que ocupa, o funcionário público não pode agir em favor próprio, ou de um grupo específico, vez que seus atos devem ser sempre dirigidos ao interesse público. A posição do administrador público, um representante temporário dos interesses da população, em relação aos administrados deve ser de neutra, impessoal o que, de forma diferente, caracterizaria abuso de poder.

Quanto ao princípio da moralidade, Alexandre de Moraes (2005, p.295) cita que:

Pelo princípio da moralidade administrativa, não bastará ao administrador o estrito cumprimento da estrita legalidade, devendo ele, no exercício de sua função pública, respeitar os princípios éticos de razoabilidade e justiça, pois a moralidade constitui, a partir da Constituição de 1988, pressuposto de validade de todo ato da administração pública.

A atuação da administração pública deve pautar-se pelo princípio da moralidade, pela qual deve observar o que é um ato imoral e distingui-lo de um ato ilegal.

O coroamento dos princípios fundamentais da atividade administrativa se dá com a observação da moralidade administrativa que, com efeito, não seria realmente princípio jurídico, mas de moral ou ética. Todavia, a Constituição de 1988, de certa forma, o "juridicizou", tornando-o pressuposto de validade dos atos da Administração e dando realce ao dever de probidade do administrador público, cuja ação deve sempre pressupor a honestidade de propósitos, a imparcialidade e a devoção ao interesse público (MORAES. 2005, p. 30).

O princípio da moralidade relaciona-se aos padrões morais, comportamentos tidos como honestos, condutas de boa-fé pelos membros da sociedade. Tais condutas são esperadas no ambiente administrativo.

O princípio da publicidade estabelece que todos os atos administrativos sejam públicos e de fácil acesso, com ampla divulgação, no intuito de dar conhecimento aos administrados e propiciar a validade aos atos, pois todos tem o direito de verificar quais são as atividades que estão sendo praticadas pelo Estado, no trato da coisa pública.

A publicidade possibilita a efetivação da moralidade administrativa, proporciona uma maior transparência dos atos e contribui para a estabilidade e segurança das relações jurídicas administrativas.

Quanto ao princípio da eficiência, Maria Sylvania Zanella Di Pietro (2005, p. 309), o princípio da eficiência “impõe ao agente público um modo de atuar que produza resultados favoráveis à consecução dos fins que cabem ao Estado alcançar.”

Destarte, a administração teria que atuar com presteza, rendimento e perfeição funcional, trazendo o melhor resultado possível, de forma objetiva e imparcial.

O estudo do primeiro capítulo aborda os princípios que norteiam o direito tributário, multas e atuação do fisco, o empresário brasileiro, a administração em face das infrações, o controle da administração, suas deficiências e consequências de seus atos.

1.1 PRINCÍPIOS NORTEADORES, MULTAS ABUSIVAS E FISCO

Na esfera tributária, os princípios são do direito tributário são da legalidade, isonomia, irretroatividade, anterioridade, capacidade contributiva, vedação do Confisco, liberdade de tráfego, transparência dos impostos, uniformidade geográfica, seletividade, não diferenciação tributária, não-cumulatividade, imunidades tributárias e competência.

O princípio da competência está disposto no artigo 150, I, da CF/88, o qual restringe a União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios estabelecer ou majorar tributo sem o advento de lei anterior. O princípio da igualdade ou da isonomia citado no art. 150, II, da CF/88 se respalda na igualdade entre contribuintes que se enquadrem em situações similares (BRASIL, 1988)

No princípio da irretroatividade disposta no art. 150, III, “a” da CF/88, ocorre a vedação de cobrança de tributos em quando se tratar de fatos geradores ocorridos antes do início da vigência da lei que os instituir ou aumentar (BRASIL, 1988).

O princípio da Anterioridade (do exercício e nonagesimal), citada no art. 150, III, “b” e “c” da CF/88, discorre sobre a vedação de cobrança de tributos no mesmo exercício financeiro e antes da passagem dos noventa, com exceção do imposto de importação (II), imposto de exportação (IE), imposto sobre produto industrializado (IPI), imposto sobre operações financeiras (IOF), entre outros aumentar (BRASIL, 1988).

No princípio da capacidade contributiva, elencado no art. 145, §1º da CF/88, faz referência aos impostos serem adequados à capacidade econômica do contribuinte aumentar (BRASIL, 1988).

Amaro (2008, p. 138) afirma que esse princípio se baseia na preservação do contribuinte em face de uma tributação excessiva ou inadequada que possa comprometer sua própria subsistência.

O princípio da vedação do Confisco (art. 150, IV da CF/88) dispõe sobre a vedação em se utilizar o tributo como meio de confisco ou posse de bens do contribuinte aumentar (BRASIL, 1988).

O princípio liberdade de tráfego citado no art. 150, V da CF/88 sugere a vedação quanto a criação de limitações ao tráfego de pessoas ou bens, por meio de tributos, observando apenas a cobrança de pedágio (ALEXANDRE, 2008, p. 213).

O princípio da transparência dos impostos (Art. 150, §5º da CF/88) cita que a lei trará em seus dispositivos sobre as normas para serem estabelecidas aos consumidores sobre os impostos que irão incidir sobre as mercadorias (BRASIL, 1988).

Na uniformidade geográfica (art. 151, I da CF/88), há a vedação da instituição de tributos disformes que possam incidir em um determinado estado ou município, assim como no DF, observando apenas a abertura de incentivos fiscais direcionados

ao equilíbrio do desenvolvimento socioeconômico entre as cidades ou estados aumentar (BRASIL, 1988).

Na seletividade (Art. 153, §3º da CF/88) ocorrerá uma tributação com valor adequado a essencialidade do bem. Esse princípio é aplicado ao IPI, sendo facultativo para o ICMS e IPVA aumentar (BRASIL, 1988).

No princípio da não-diferenciação tributária (Art. 152 da CF/88) tem-se a vedação dos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios quanto o estabelecimento de “diferenças tributárias entre bens e serviços, de qualquer natureza, em razão de sua procedência ou destino”. (BRASIL, 1988).

Quanto ao princípio da Não-Cumulatividade (Art. 155, §2º, I, art. 153, §3º, II, e art. 154, I da CF/88), se observa que no ICMS, IPI e Impostos Residuais da União haverá uma compensação quanto ao que for devido nas operações que tratem de circulação de mercadorias ou prestação de serviços.

No princípio das imunidades tributárias (Art. 150, VI, “a” da CF/88), será vedada a imposição de impostos em face de templos, partidos políticos, fundações, entidades, que não tenham efetivamente um fim lucrativo aumentar (BRASIL, 1988).

Princípio da Vedação do Confisco (art. 150, IV da CF/88) É vedada a utilização do tributo com efeito de confisco, impedindo que o Estado, com o pretexto de cobrar tributo, se aposses dos bens do contribuinte aumentar (BRASIL, 1988).

Apesar dos princípios dispostos no direito tributário e a questão da vedação do confisco, elencado no artigo 150, IV da CF/88, tem-se muitas fiscais que ultrapassam a proporcionalidade e a razoabilidade, o que gera ao empresariado dificuldades de se manterem no mercado.

Haidar (2010) esclarece que, se a multa não acompanhar o tributo em eventual descumprimento de alguma obrigação que seja acessória, não há fundamento para que ultrapasse o limite da razoabilidade, ou seja, o poder fiscalizador não poderia fixar uma multa abusiva que afronte o princípio da

razoabilidade, da proporcionalidade e da moralidade, o que poderia culminar na ruína do empresariado e apesar do artigo 150, IV citar os tributos, o dispositivo se estende as multas.

Haidar (2010) ainda explica que as multas exorbitantes são dispostas a empresas de forma incoerente, exemplo disso, cita-se autuação no montante de R\$ 700 mil reais a uma empresa que não entregou arquivos digitais de operações, mas, em contrapartida, apresentou as devidas guias de informações e apurações do ICMS, a multa foi fixada em 2% sobre o valor das operações.

As multas são fixadas sem razoabilidade, como por exemplo, em apresentação da Declaração de Débitos e Créditos Tributários Federais fora da data prevista, mesmo com o pagamento de tributos pontualmente. Daí se observa que se o débito foi sanado em tempo previsto, não se torna razoável e nem proporcional multa exorbitante.

O Tribunal de Justiça de Pernambuco traz julgado sobre multa acima da previsão em lei, conforme cita o Agravo nº 2672295 PE 0018632-12.2012.8.17.0000, *in verbis*:

CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. RECURSO AGRAVO. ICMS. MULTA DE 200% SOBRE O VALOR DO DÉBITO. CARÁTER CONFISCATÓRIO. OFENSA AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA RAZOABILIDADE. REDUÇÃO PARA 30% DO VALOR DO DÉBITO TRIBUTÁRIO COBRADO. RECURSO IMPROVIDO. DECISÃO POR MAIORIA.1. A jurisprudência dessa Corte de Justiça pacificou o entendimento de que a aplicação de multa pela fazenda pública no valor de 200% revela-se desproporcional e desarrazoada, constituindo-se em clara ofensa ao princípio constitucional da razoabilidade, de modo que a sua confirmação agredirá ao patrimônio do contribuinte restringindo o exercício de sua atividade profissional e do comércio, violando, assim, os artigos 5º, XIII e 170, "caput" da Constituição Federal de 1988. 2. O caráter confiscatório que constitui a multa sofrida pela parte agravada não está na própria multa em si, cuja aplicabilidade é prevista em lei e tem o louvável intuito de compelir o contribuinte a cumprir com suas obrigações tributárias, e sim na exorbitância do percentual de 200% fixado pela legislação, que se revela deveras desproporcional e, por consequência, abusivo, conclusão essa que já é suficiente para determinar a redução desse montante para apenas 30% do valor do débito cobrado.3. Recurso improvido por maioria de votos. Valor do débito cobrado.3. Recurso improvido por maioria de votos (TJ-PE - AGV: 2672295 PE 0018632-12.2012.8.17.0000, Relator: José Ivo de Paula Guimarães, Data de Julgamento: 11/10/2012, 2ª Câmara de Direito Público).

A Fazenda Pública no ato de multar acima dos 30% ofende os princípios constitucionais da razoabilidade e proporcionalidade o que poderá resultar na própria restrição do exercício da atividade comercial.

Portanto, a incidência mostra-se abusiva, descumprindo o princípio da capacidade contributiva, nessa esfera, subtende-se que o Estado não poderá legislar ofendendo os direitos e garantias.

Rodrigues acrescenta que:

O alcance do preceito constitucional que veda o confisco é também extensivo às penalidades, pois sendo desdobramento da garantia do direito de propriedade (art. 5º, XXII e art. 170, II) proíbe o confisco ao estabelecer prévia e justa indenização, nos casos em que autoriza a desapropriação, não poderia ficar de fora do alcance dessa proteção constitucional a imposição de multas confiscatórias.

O valor das multas a serem aplicadas deve ser proporcional ao valor objeto da obrigação tributária, sob pena de destruição do bem de onde surgirão os recursos para o Estado, à título de tributo, ou seja, a proporcionalidade da multa se impõe sob pena de destruição da fonte do tributo, que é o contribuinte (RODRIGUES *apud* HAIDAR, 2010).

Destarte, tem-se que a própria doutrina traz entendimento no qual sustenta que as multas de cunho confiscatório são ilegais. Balera (2009, p. 535) afirma que a multa não poderá ser entendida como uma segunda obrigação ou ter seu valor mais oneroso do que a própria obrigação principal.

A circulação de capitais e valores é feito em grande parte pelas empresas e indústrias existentes no país, e, mesmo multas de valores de trinta por cento, podem ser exorbitantes e inversamente proporcionais ao que possa representar. Existindo uma necessidade de valorização e alteração de normatizações.

1.2 A IMPORTÂNCIA DO EMPRESÁRIO NO CENÁRIO BRASILEIRO

Historicamente, o comércio sempre foi uma atividade exercida pelo ser humano do passado remoto e, atualmente possui destaque e relevância no próprio desenvolvimento da sociedade.

Rodrigues (2004, p. 87) explica: “[...] não se pode afirmar, pela escassez de elementos históricos, haver nas remotas sociedades um direito autônomo, com princípios, normas e institutos sistematizados, voltado à regulamentação da atividade mercantil.”

Desde a antiguidade, sempre alguém tomava a frente ou a iniciativa em busca de satisfazer as necessidades básicas dos grupos e uma das atividades desenvolvida era o escambo que permitia a transação de troca de bens, como por exemplo, a troca de alimentos por outro gênero diferenciado.

Dessa forma, aqueles que tomavam frente da negociação de troca, já possuíam personalidade empreendedora.

Bruscato (2008, p. 52) afirma:

[...] As pessoas que se envolvem em negociações na busca de lucro, consideradas as peculiaridades e as diversidades de cada época, sempre foram pessoas dotadas do chamado tino comercial e que se dispõem a correr riscos para obter resultados econômicos da exploração de atividades voltadas a atenderem às necessidades alheias mediante uma contraprestação pecuniária.

Infere-se que surgiu na Idade Média o chamado mercador e nessa época, as pessoas buscavam proteção nos feudos. Com o passar dos tempos, foi preciso que as pessoas se protegessem de abusos dos próprios senhores feudais. Parte do trabalho era artesanal e adveio Muitos passaram a se dedicar à fabricação artesanal de produtos, utilizando poucos instrumentos e produzindo alimentos para o seu próprio sustento. A partir da dedicação ao artesanato veio o surgimento às corporações de ofício, vindo ocorre o direito comercial.

Franco (2004, p. 106) explica que no passado: “[...] alguns estudiosos denunciam, já no ano de 2083 a.C., a existência de normas particulares tendo por finalidade regular o tráfico mercantil, mas também reconhece que o direito comercial, somente começa a ter forma na Idade Média.”

Na Idade Média, o comércio atingiu um estágio avançado. Ocorre que não havia ainda um poder político central sendo capaz de colocar as regras e aplicá-las, sendo um poder descentralizado, ocorrendo assim vários direitos nas diversas regiões da Europa.

Em 1806 com o Código Napoleônico exercido em um sistema de liberalismo econômico com influências da legislação de Savary, adveio o conceito de comerciante na língua francesa.

Bruscato (2008, p. 56) faz considerações quanto à atividade comercial em que “as pessoas se uniram para, juntas, desenvolver as atividades atinentes à produção ou intermediação de mercadorias e congregar o capital e demais recursos necessários a se obter o fim lucrativo. Disso surgiram as sociedades comerciais.”

Assim como no passado, a prática comercial é um fator de relevância e rotação de capital de giro e, indo ao cenário brasileiro, se observa a necessidade das empresas no país, sejam pequenas, médias, micro e de grande porte.

No presente, elas somam uma parcela bastante significativa geram milhares de emprego, movimentando a economia local e nacional do país.

Diante das circunstâncias se faz necessário uma atenção especial por parte dos governantes na criação de projetos e programas voltados para o meio ambiente, onde empresas, empregados, fornecedores e clientes sejam beneficiados, almejando um futuro promissor.

Visualizando os problemas das empresas no presente, entende-se que estas não estão tendo seu devido valor, mesmo abrindo um campo de empregabilidade, o setor possui grandes responsabilidades fiscais, e, quando recebem multas desproporcionais, isto interfere diretamente na própria geração de empregabilidade

e no desenvolvimento do negócio. Não há que se comentar sobre o crescimento positivo das empresas sem observar a existência de direitos dispostos que não são utilizados em prol dessas organizações. Uma reforma tributária em benefício dessas organizações seria de grande valia para a rotatividade comercial, possibilitando dessa forma a criação de mais postos de empregos nessa área.

Bulgarelli (2005, p. 100) adiciona que para a caracterização do empresário é necessário que a atividade econômica se concretize, criando bens ou serviços valoráveis para o mercado consumidor, isto é, não depende só da produção financeira, mas também de sua utilidade.

1.3 DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA NA DEFINIÇÃO DE INFRAÇÕES

No passado, o estado brasileiro sofreu com o aumento inflacionário, o que gerou alterações na legislação tributária que se reflete nas multas e no confisco anticonstitucional que ainda perduram.

Destarte, a fixação de multas que superam a capacidade contributiva, torna-se elemento que auxilia na própria ruína empresarial. Um empresário que cumpre com todas as suas obrigações tributárias e trabalhistas, e, em determinado momento se vê obrigado a pagar multas excessivas e ter prejuízos meteóricos pelo simples erro de envio de informações ou formulários, não se sentirá estimulado em investir no país que abusa em multas e juros diante de tributos (HAIDAR, 2010).

Faz-se necessário proposta de emenda constitucional quanto a fixação de limites diante das multas tributárias. O Superior Tribunal de Justiça dispôs que o limite da multa seria de 20% incidindo no tributo, enquanto a multa isolada deverá incidir apenas 1% da receita bruta anual ou 1% do patrimônio líquido ou capital social (HAIDAR, 2010).

A Administração tem a finalidade de aplicar sanções ao contribuinte que deixar de cumprir as obrigações tributárias, com o fulcro de executar o interesse público.

Bandeira de Mello (2011, p. 401) explica que:

Não se confundem discricionariedade e arbitrariedade. Ao agir arbitrariamente o agente está agredindo a ordem jurídica, pois terá se comportado fora do que lhe permite a lei. Seu ato, em consequência, é ilícito e por isso mesmo corrigível judicialmente. Ao agir discricionariamente o agente estará, quando a lei lhe outorgar tal faculdade (que é simultaneamente um dever), cumprindo a determinação normativa de ajuizar sobre o melhor meio de dar satisfação ao interesse público por força da indeterminação quanto ao comportamento adequado à satisfação do interesse público no caso concreto.

Nesse pensar, subentende-se que a discricionariedade está interligada a abertura de atos do administrador para estabelecer critérios baseados na Carta Magna pelos princípios da razoabilidade para cumprir os dispositivos em lei.

1.4 CONTROLE EXERCIDO PELA ADMINISTRAÇÃO SOBRE SEUS PRÓPRIOS ATOS

O controle exercido pela Administração se baseia na própria na hierarquia, disciplina e autotutela, com o objetivo de corrigir condutas e fiscalizar seus próprios atos, alcançando o Legislativo, Executivo e Judiciário.

A autotutela da Administração Pública se edifica nas súmulas 346 e 473 do Supremo Tribunal Federal, *in verbis*:

Súmula 346: “Administração pública pode declarar a nulidade de seus próprios atos.” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 1963)

Súmula 473: “A Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivos de conveniência e oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvado, em todos os casos, a apreciação judicial.” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 1969)

Destarte, a Administração Pública poderá anular seus próprios atos, quando eivados de ilegalidade, ou, se for necessário revogá-los. Portanto, aplica-se o autocontrole. A anulação de atos é conferido para este ente com o fim de análise de suas ações. No caso de multas indevidas, a Administração poderá conferir a sua anulação, nos ditames da lei.

1.5 AS DEFICIÊNCIAS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E AS CONSEQUÊNCIAS IRREPARÁVEIS EMANADAS DE SEUS ATOS

Em Recurso de Apelação nº AC: 200933000167599 BA 2009.33.00.016759-9, se observa erros da Administração Pública quanto a seus atos:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO - EXECUÇÃO FISCAL - CANCELAMENTO DA CDA - EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE NÃO APRESENTADA - ERRO DA FONTE PAGADORA NO PREENCHIMENTO DA DIRF - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS INDEVIDOS. 1. Afasta-se a condenação da FN em honorários advocatícios porque a executada não apresentou exceção de pré-executividade; a EF foi extinta tendo em vista o cancelamento do débito pela exequente. 2. Não há falar em culpa da exequente se a execução fiscal foi ajuizada por conta de erro da fonte pagadora da executada, que informou rendimentos não percebidos pela exequente, sendo que a correção só foi realizada quando já ajuizada a EF. 3. Apelação provida para decotar a condenação da FN em honorários advocatícios. 4. Peças liberadas pelo Relator, em Brasília, 17 de setembro de 2013., para publicação do acórdão. (TRF-1 - AC: 200933000167599 BA 2009.33.00.016759-9, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL LUCIANO TOLENTINO AMARAL, Data de Julgamento: 17/09/2013, SÉTIMA TURMA, Data de Publicação: e-DJF1 p.1215 de 27/09/2013)

Apesar da Administração Pública ter o condão de anular seus próprios atos quando eivados de erros, no caso em comento, a execução fiscal só foi afastada após abertura de processo, assim como a correção de devidos erros.

2 COMPETÊNCIA E O EXCESSO DE PODER

A Administração Pública é investida de agentes públicos para que socorram os atos administrativos que terão efeitos jurídicos alcançando o fim público. Alexandrino e Paulo (2013, p. 445) explicam que os atos administrativos são formas de gênero do ato jurídico.

Destarte, quanto aos atos da Administração Pública tem-se que são:

[...]manifestação ou declaração da administração pública, nesta qualidade, ou de particulares no exercício de prerrogativas públicas, que tenha por fim imediato a produção de efeitos jurídicos determinados, em conformidade com o interesse público e sob regime predominante de direito público (ALEXANDRINO; PAULO, 2013, p. 446-447).

O ato terá validade pelo agente público quando apresentar os cinco requisitos dos atos administrativos que são a competência, finalidade, forma, motivo e objeto e caso não estejam em desacordo com a norma, poderão ser nulos dependendo do caso (ALEXANDRINO; PAULO, 2013, p. 472).

A competência é definida como o poder legal conferido ao agente público para o desempenho das atribuições do cargo sendo que somente a lei poderá estabelecer competências administrativas (ALEXANDRINO; PAULO, 2013, p. 472).

Quanto à ocorrência de vícios administrativos, a Lei nº 4.717, de 1965 cita que:

Art. 2º São nulos os atos lesivos ao patrimônio das entidades mencionadas no artigo anterior, nos casos de:

- a) incompetência;
- b) vício de forma;
- c) ilegalidade do objeto;
- d) inexistência dos motivos;
- e) desvio de finalidade.

Parágrafo único. Para a conceituação dos casos de nulidade observar-se-ão as seguintes normas: a) a incompetência fica caracterizada quando o ato não se incluir nas atribuições legais do agente que o praticou; [...] (BRASIL, 1965).

O ato administrativo necessita advir pela Administração Pública pelas prerrogativas conferidas ao agente resultando em efeitos jurídicos com fins público o que faz com que os atos sejam regidos pelo direito público. O artigo 82 do Código Civil de 2002, cita que : “A validade do ato jurídico requer agente capaz, objeto e forma prescrita ou não defesa em lei” (BRASIL, 2002).

Carvalho Filho, (2004, p. 351) explica que conforme disposto no artigo 37 da Constituição Federal de 1988, o ato administrativo é cumpre o interesse público afastando o interesse de particulares.

Em outro ângulo, a aplicação de atos administrativos de forma desvirtuada poderá incidir na ocorrência de abusos retirando todas as prerrogativas advindas da Administração Pública.

Meirelles (2012, p. 114) suscita que o poder é conferido a uma autoridade que deverá utilizado de forma legal com o fito de se alcançar a finalidade do ato seguindo as perspectivas do interesse público e, a partir do momento em que se utiliza o poder dos atos administrativos sem a devida cautela e em prol da sociedade, ou seja, do coletivo, torna-se uma ação arbitrária e desproporcional tendendo a nulidade do ato.

Carvalho Filho (2004, p. 32) esclarece que existe uma prerrogativa especial que é conferida ao agente público em referência a capacidade advinda dos atos administrativos em que se utilizam a coletividade e nos ditames da lei.

Gabba (2007, p. 47-48) explica que o abuso de poder está na ação do agente público quando este desvia a finalidade ou ainda abusa em seus atos contrariamente ao que rege a normatização e os princípios administrativos. Portanto, há a ocorrência de desvio (afasta o interesse público) ou excesso de poder (além da competência). Nesse sentido o abuso de poder é uma ação na qual o agente exerce vontade própria sem observar os ditames em lei pois subtende-se que o sistema democrático afasta tal ação por ser imprópria a qual contradiz os princípios do sistema. Quanto a sua ação, esta poderá ocorrer em qualquer posição e níveis hierárquicos e ainda de ordem econômica, política ou na própria coletividade e sua

caracterização incidirá quando houver uma ação ilegal ou coerciva para se atingir determinado fim.

O abuso de poder tem a sua incidência associada aos princípios da Administração Pública, pois se tais elementos forem afastados haverá a configuração do abuso de poder.

Cabe ressaltar que o abuso de poder tem sua forma como gênero e o desvio e o excesso de poder são classificados como espécie. Portanto, subtende que se os princípios não forem observados, estará configurado um eventual abuso de poder, pois o agente administrativo somente pode atuar se seu ato estiver dentro da lei (ROWERDER; ROWERDER, 2012).

No desvio de poder se observa a ocorrência de fim adverso ao que a lei lhe permitiu conforme cita julgado do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, *in verbis*:

DIREITO ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. ANÁLISE DA CAUTELAR PREJUDICADA EM RAZÃO DA PROLATAÇÃO DE SENTENÇA NA AÇÃO PRINCIPAL, BEM COMO DA IDENTIDADE DE OBJETOS. RÁDIO COMUNITÁRIA. NECESSIDADE DE AUTORIZAÇÃO DO PODER PÚBLICO PARA FUNCIONAMENTO. INÉRCIA DA ADMINISTRAÇÃO. ABUSO DO PODER DISCRICIONÁRIO. VIOLAÇÃO DE DIREITOS CONSTITUCIONAIS. OBSERVÂNCIA DO DISPOSTO NA CONSTITUIÇÃO E NA LEGISLAÇÃO PERTINENTE. Apelação parcialmente provida. (TRF-4 - AC: 1222 RS 2003.71.14.001222-3, Relator: CARLOS EDUARDO THOMPSON FLORES LENZ, Data de Julgamento: 25/09/2007, TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: D.E. 24/10/2007).

Subtende-se que o ato discricionário também deverá se sujeitar a normatização disposta em lei, pois se acaso desviar sua finalidade, sendo precipuamente ao interesse público, poderá ser entendido quaisquer ações como abuso de poder.

A Administração Pública, quando utiliza do poder discricionário necessitará ser direcionada ao fim a que se propôs e outros atos que desabonem condutas da entidade pública serão desabonadores dos próprios princípios citados em lei.

Quanto ao excesso de poder, o Tribunal de Justiça da Bahia dispõe o seguinte julgado:

REMESSA NECESSÁRIA. MANDADO DE SEGURANÇA. ATIVIDADE DE COMÉRCIO VAREJISTA. EXPEDIÇÃO DE ALVARÁ DE FUNCIONAMENTO. EXIGÊNCIA DE PRÉVIA QUITAÇÃO DE TRIBUTOS EM ATRASO. ILEGALIDADE. EXCESSO DE PODER E DESVIO DE FINALIDADE DO ATO ADMINISTRATIVO CONFIGURADOS. PRECEDENTES DAS CORTES SUPERIORES. SEGURANÇA CONCEDIDA. SENTENÇA INTEGRADA EM REEXAME NECESSÁRIO. A negativa de expedição de alvará de licença em decorrência da falta de pagamento de tributos (em atraso) pelo contribuinte, além de constituir cerceamento ao direito de liberdade do exercício da atividade econômica assegurado nos artigos 5º, XIII e 170, parágrafo único, da CF, caracteriza, também, ofensa ao princípio do devido processo legal (artigo 5º, LIV, CF), por não ser dado à Administração coagir a parte, por via oblíqua, a pagar tributos inadimplidos, desconsiderando as regras procedimentais da legislação de regência. (TJ-BA - REEX: 0000098020098050276 BA 0000009-80.2009.8.05.0276, Relator: Cynthia Maria Pina Resende, Data de Julgamento: 18/02/2014, Quarta Câmara Cível, Data de Publicação: 19/02/2014).

Destarte, o excesso de poder configurará ilegalidade pois se trata de um desvio do fim público com ação excessiva. O excesso de poder é reconhecido como um abuso do agente público, ou seja, o mesmo atua fora de sua competência e aquém de seus limites.

2.1 DESVIO DE FINALIDADE

Alexandrino e Vicente de Paulo (2013, p. 478) explicam que o desvio de finalidade de um ato administrativo poderá ser geral ou específico e ainda configurar um vício insanável com necessidade de anulação do referido ato. O vício de finalidade reconhecido como desvio de poder ou de finalidade possui modalidades denominadas como abuso de poder e ainda excesso de poder, sendo um vício relacionado à competência.

O desvio de finalidade precisa ser comprovado o que traz a incidência de penas conforme cita o Agravo Regimental no REsp do Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

DIREITO ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. DISTRIBUIÇÃO DE REVISTA COM CONTEÚDO ELEITOREIRO. DESVIO DE FINALIDADE. PENA APLICADA. REEXAME. SÚMULA 7/STJ. 1. Trata-se, na origem, de Ação Civil Pública contra o ex-prefeito de Encantado/RS, Adroaldo Conzatti, que teria distribuído publicação com propaganda sua, nas últimas semanas da campanha eleitoral, a fim de proporcionar reeleição partidária. 2. O Tribunal de Justiça condenou o recorrente às seguintes penas: a) ressarcimento integral do

dano; b) suspensão dos direitos políticos por cinco anos; c) pagamento de multa civil no valor da remuneração percebida pelo agente; d) proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, pelo prazo de três anos. 3. Não há como o STJ minorar a pena aplicada sem rever o contexto fático probatório dos autos, o que é vedado, consoante dispõe a Súmula 7/STJ. 4. Agravo Regimental não provido. (STJ - AgRg no REsp: 1274069 RS 2011/0168803-1, Relator: Ministro HERMAN BENJAMIN, Data de Julgamento: 27/08/2013, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 17/09/2013).

O desvio de poder ocorre quando o agente objetiva um fim que não seja do interesse público, e, mesmo que tenha uma finalidade pública, mas, que seja desvirtuada haverá uma irregularidade. Caracteriza-se ainda o desvio quando o agente omitir o ato ao qual se revestiu em favor do interesse público (MELLO, 2012, p. 377).

No desvio de poder é necessária a observação do ato administrativo cometido pelo agente público, pois se o agente praticou ato conforme especificado em lei estará amparado legalmente, mas, se estiver atípico a finalidade será eivado de ilegalidade (ROWEDER, ROWEDER, 2012).

2.2 DESCUMPRIMENTO AOS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Araújo (2007, p. 129) cita que “os serviços públicos são prestados predominantemente pela Administração Pública, seja em sua forma direta, por seus órgãos e entidades, seja delegando tais serviços a outras pessoas jurídicas”.

Em REsp do Superior Tribunal de Justiça, a Ministra Denise Arruda traz julgado tecendo comentários quanto a violação dos princípios da Administração Pública:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. NÃO COMPROVAÇÃO. DESCUMPRIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. VIOLAÇÃO DO ART. 535, II, DO CPC. NÃO CONFIGURAÇÃO. ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. VIOLAÇÃO DE PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ART. 11 DA LEI 8.429/92. ELEMENTO SUBJETIVO. CONDUTA DOLOSA. NÃO COMPROVAÇÃO. PRECEDENTES DO STJ. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA PARTE, PROVIDO.

[...]. 4. A Corte a quo concluiu que a conduta do recorrente tipificou ato de improbidade administrativa por violação dos princípios da Administração Pública, em razão do descumprimento de ordem judicial. Também reconheceu a possibilidade de a modalidade culposa configurar a referida conduta ímproba, não obstante a ausência de dano ao erário, independentemente da existência ou não de conduta dolosa, a qual seria "uma discussão irrelevante". 5. Efetivamente, a configuração do ato de improbidade administrativa por lesão aos princípios da Administração Pública não exige prejuízo ao erário, nos termos do art. 21 da Lei 8.429/92. Entretanto, é indispensável a presença de conduta dolosa do agente público ao praticar o suposto ato de improbidade administrativa previsto no art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa, elemento que não foi reconhecido pela Corte a quo no caso concreto. 6. Tais considerações, ainda que se trate de ilegalidade ou mera irregularidade, afastam a configuração de ato de improbidade administrativa, pois não foi demonstrado o indispensável elemento subjetivo, ou seja, a prática dolosa da conduta de atentado aos princípios da Administração Pública, nos termos do art. 11 da Lei 8.429/92. É importante ressaltar que a forma culposa somente é admitida no ato de improbidade administrativa relacionado a lesão ao erário (art. 10 da LIA), não sendo aplicável aos demais tipos (arts. 9º e 11 da LIA). 7. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido. (STJ - REsp: 1036229 PR 2008/0047830-6, Relator: Ministra DENISE ARRUDA, Data de Julgamento: 17/12/2009, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 02/02/2010).

Dessa forma, para que a mesma almeje seu propósito necessita ser respaldada em princípios dos quais são dispostos no artigo 37 da Constituição da República Federativa do Brasil, *in verbis*: “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência” (BRASIL, 1988)

Portanto, os princípios norteadores que regem a Administração Pública são da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, mas, na ocorrência de violação desses elementos deverão ser seguidos os ditames em lei.

2.3 DEVERES E PODERES DA ADM. PÚBLICA E ATOS ADMINISTRATIVOS

O regime jurídico-administrativo possui como elementos básicos a supremacia do interesse público e a sua indisponibilidade o que confere a Administração Pública os poderes administrativos que são exercidos observando os princípios jurídicos e respeito aos direitos e garantias fundamentais (ALEXANDRINO; PAULO, 2013, p. 219).

Entre os deveres da administração são inclusos o poder-dever de agir o qual se baseará nas competências administrativas conferidas ao agente público, enquanto o dever de eficiência se sustentará na exigência de qualidade nos serviços da administração e o dever de probidade se caracteriza pela desempenho em suas atividades no qual é necessário atuar com ética, honestidade e ao-fé seguindo os ditames do princípio da moralidade e, por fim, o dever de prestar contas ocorre devido o princípio da indisponibilidade do interesse público no qual a Administração é um mero gestor de bens (ALEXANDRINO; PAULO, 2013, p. 221-222).

Destarte, o ato administrativo na Administração Pública deve conter os seguintes requisitos para tornar-se válidos sua atuação perante os administrados: competência, finalidade, forma, motivo e objeto, sendo que esses requisitos apresentam-se como condição de validade dos atos administrativos, e, na sua falta, deverá ser o ato nulo.

A imperatividade, também chamada de coercibilidade, irá delinear os atos administrativos, obrigando a todos quantos que se encontrem em seu círculo de incidência, sendo que o único alvo da Administração Pública é o interesse público.

No mais, a Administração Pública somente pode fazer o que a lei estipula, caracterizando o poder vinculado, ou poderá, em certas circunstâncias, atuar com o poder discricionário. Os atos que se classificam como vinculados têm seus contornos quase totalmente delineados pela lei, que deve fielmente ser observada pelo agente público, sob pena de nulidade do ato.

A responsabilidade civil se origina em um nexos causal direto e imediato ocorrendo uma ligação lógica direta entre uma conduta omissiva ou comissiva e o dano efetivo. Na esfera pública, a Administração possui sua responsabilidade posto que terão obrigação indenizatório os danos patrimoniais ou morais em que seus agentes forem responsáveis na medida em que atuem em seu nome (ALEXANDRINO; PAULO, 2013, p. 804).

2.4 PRINCÍPIO DO NÃO CONFISCO

O artigo 150, inciso IV cita que: “Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:[...] IV - utilizar tributo com efeito de confisco”; (BRASIL, 1988).

A vedação constitucional do confisco tributário representa a coibição, pela *Lex Legum*, de qualquer aspiração estatal que possa levar, na seara da fiscalidade, à injusta apropriação pelo Estado, no todo ou em parte, do patrimônio ou das rendas dos contribuintes, de forma a comprometer-lhes, em razão da insuportabilidade da carga tributária, o exercício do direito a uma existência digna, ou, também, a prática de atividade profissional lícita ou, ainda, a regular satisfação de suas necessidades vitais básicas (CORDEIRO, 2006).

Em julgado se observa a implementação do princípio do não confisco conforme cita o Supremo Tribunal Federal:

EMENTA DIREITO TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. PRINCÍPIO DO NÃO CONFISCO. PROPORCIONALIDADE DE MULTA DE 100%. IMPOSSIBILIDADE DE REAPRECIÇÃO DE FATOS E DE PROVAS. SÚMULA 279/STF. EXISTÊNCIA DE PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ACÓRDÃO RECORRIDO PUBLICADO EM 30.9.2008. É necessário um juízo de proporcionalidade entre o ilícito e a penalidade para constatação da violação do princípio do não confisco tributário (art. 150, IV, da CF/1988). Pressupõe, pois, a clara delimitação de cada um desses elementos. Assim, a aferição, por esta Corte, de eventual violação do princípio do não confisco, em decorrência da aplicação de multa de 100% (cem por cento) do valor do imposto devido encontra óbice na natureza extraordinária do apelo extremo e, em especial, no entendimento cristalizado na Súmula 279/STF, a teor da qual, “para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário”. Agravo regimental conhecido e não provido. (STF - RE: 760783 SP , Relator: Min. ROSA WEBER, Data de Julgamento: 25/02/2014, Primeira Turma, Data de Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-054 DIVULG 18-03-2014 PUBLIC 19-03-2014).

O confisco tem conceito indeterminado pois não há uma definição em referencia ao limite que ultrapassar o que seria a tributação pesada passando-se a ter uma tributação confiscatória. Quanto ao não confisco deve ser entendido como uma exigência de razoabilidade da carga tributária (ALEXANDRINO; PAULO, 2011, p. 161).

2.5 FATOR GERADOR PRESUMIDO E SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA

A responsabilidade por substituição tributária é disposta no art. 128 do Código Tributário Nacional e seu objetivo é auxiliar na arrecadação. O Fisco pode entender que a obrigação tributária pode ser adimplida por terceira pessoa, que será o responsável tributário por substituição, ao invés do contribuinte que praticou o fato gerador, estipulando tal previsão de modo expreso. São classificadas em substituição regressiva ou substituição progressiva (FERREIRA, 2012).

A substituição regressiva ocorre quando a lei determina que, ocorrido o fato gerador, o pagamento do tributo dê-se posteriormente por uma terceira pessoa (o responsável tributário), em substituição àquele que praticou o fato gerador (contribuinte), por determinação da lei (FERREIRA, 2012).

Antes de ocorrer o fato gerador, não há que se falar em pagamento, porque não existe crédito, nem mesmo há obrigação tributária. Ocorre que a Constituição Federal de 1988, contudo, veio trazer a possibilidade de ser pago determinado tributo antes mesmo do fato gerador ocorrer. Ou seja, presume-se que o fato gerador vai ocorrer e efetua-se antecipadamente o pagamento do tributo (FERREIRA, 2012).

3 DAS CONDUTAS OMISSIVAS E RESPONSABILIDADE PRIMÁRIA E SUBSIDIÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO

A transparência se tornou um dos pilares da própria Administração Pública, a qual se sustenta na própria legitimidade com base no poder discricionário. A sua importância orçamentaria tem sido visualizada para efeito de indicação de credibilidade da máquina estatal bem como para a própria demonstração de probidade administrativa o que deveria gerar confiabilidade no sistema.

Gagliano e Pamplona Filho (2011, p. 42) cita que é “a obrigação que alguém tem de assumir com as consequências jurídicas de sua atividade”. A responsabilidade está associada na ação danosa do agente contra outra pessoa, de forma ilícita quando for observada a violação de normas legais que culminará em dano. A partir do momento em que ocorre o dano, a obrigação de repará-lo será imposta mediante o entendimento sobre a responsabilidade civil, que se caracteriza pela punição do agente pelos seus atos danosos, quando promover por livre conduta voluntária.

Gagliano e Pamplona Filho (2011, p. 52) explicam que “a responsabilidade civil deriva da agressão a um interesse eminentemente particular, sujeitando, assim o infrator, ao pagamento de uma compensação pecuniária à vítima, caso não possa repor in natura o estado anterior de coisas”.

O artigo 186, da lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 traz dispositivo sobre a reparação do dano moral: “Art. 186- Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”. A referida lei traz em seu artigo 927 normatização sobre o dano advindo por ação ilícita.

O dever de reparar o dano sofrido por um indivíduo está resguardado no Código Civil de 2002. Devendo-se observar em qual modalidade de responsabilidade se enquadre o caso concreto, ou seja, de acordo com a modalidade de responsabilidade civil que será adotada.

Di Pietro (2010, p.643), explica que na responsabilidade civil extracontratual do Estado ocorre a obrigação de reparar danos que ocorreram contra terceiros, por ações comissivos ou omissivos, materiais ou jurídicas, lícitas ou ilícitas direcionadas aos agentes públicos. Nesse sentido, a responsabilidade será direcionada ao Estado, o qual possui responsabilidade advinda dos entes que o compõe, ou seja, Executivo, Legislativo e Judiciário.

Gagliano e Pamplona citam que “A responsabilidade civil subjetiva é a decorrente de dano causado em função de ato doloso ou culposo. Esta culpa, por ter natureza civil, se caracterizará quando o agente causador do dano atua com negligência ou imprudência” (GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2011, p. 14).

Quanto a responsabilidades, Cavalieri Filho (2012, p. 17) traz entendimento sobre a responsabilidade civil contratual e extracontratual:

É com base nessa dicotomia que a doutrina divide a responsabilidade civil em contratual e extracontratual, isto é, de acordo com a qualidade da violação. Se preexiste um vínculo obrigacional, e o dever de indenizar é consequência do inadimplemento, temos a responsabilidade contratual, também chamada de ilícito contratual ou relativo; se esse dever surge em virtude de lesão a direito subjetivo, sem que entre o ofensor a vítima preexista qualquer relação jurídica que o possibilite, temos a responsabilidade extracontratual, também chamada de ilícito aquiliano ou absoluto.

A responsabilidade civil contratual ocorre quando existe um contrato entre as partes, sendo que a responsabilidade será advinda ao agente que causou dano ao contratante, por meio de uma ação ou omissão, seja por culpa ou dolo gerando o dano a vítima.

A responsabilidade extracontratual, apesar da não existência de um contrato, se caracteriza pelo não cumprimento de normas legais estipuladas, causando danos à vítima, é observado quando uma obrigação não é respeitada. Cabe ressaltar que a responsabilidade contratual se dá mediante o não cumprimento de obrigações delegadas em um contrato, enquanto a responsabilidade extracontratual ocorre pelo descumprimento de uma obrigação legal do agente a vítima (CAVALIERI, 2012, p. 17).

Da mesma forma em que a responsabilidade poderá ser caracterizada como contratual ou extracontratual, o agente da ação também poderá ser eximido da responsabilidade civil diante das causas de excludentes (CAVALIERI, 2012, p. 20).

A reponsabilidade civil extracontratual advém das atividades estatais entre o contrato celebrado pela Administração. Destarte, o Estado deverá responder pelas suas ações e atos.

Na responsabilidade subjetiva, Bandeira de Mello (2006, p. 956) explica que “é aquela em que a obrigação de indenizar incumbe a alguém em razão de um procedimento contrário ao Direito (culposo ou doloso) consistente em causar um dano a outrem ou em deixar de impedi-lo quando obrigado a isto”. Com base nesse entendimento, é necessário comprovar a culpa do agente.

Em contrapartida, a responsabilidade primária poderá ser conferida a pessoa física ou à pessoa jurídica a que incumbe o agente autor do dano, enquanto a subsidiária ocorre quando o responsável primário não puder reparar o dano que causou, daí, será direcionada para o responsável maior, no caso estatal, a Administração Pública.

A responsabilidade primária do Estado se dá mediante o dano do qual o seu agente causou a pessoa jurídica enquanto a responsabilidade subsidiária do Estado ocorre quando o dano é provocado por agente pertencente à pessoa jurídica que detém a responsabilidade primária vinculado a Administração (MELLO, 2006, p. 957).

Portanto, quando o Estado responde subsidiariamente, a ação indenizatória deve ser dirigida à responsável primária, sendo a Administração será parte ilegítima na referida ação.

A responsabilidade apenas será solidária, nas hipóteses de danos causados por pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviço público, se o Estado concorreu para o evento danoso, caracterizando a culpa *in omittendo* ou *in vigilando*. Nesse caso o Estado pode ser demandado diretamente com o autor do dano.

Infere-se que art. 37, §6º, da Constituição Federal trata sobre a responsabilidade objetiva do Estado, independe de culpa e a teoria da responsabilidade subjetiva do agente público, depende de culpa ou dolo, para as ações comissivas.

4.1 POSIÇÃO DO STF: MULTAS DE FISCOS

O Supremo Tribunal Federal (STF) tem em julgados o reconhecimento da inconstitucionalidade, por ofensa à cláusula de vedação do confisco, de multas advindas em Códigos tributários estados, como por exemplo o de Goiás que atribuiu 25% sobre o valor da operação (DUARTE, 2014).

Não é a primeira vez que o STF reconhece o caráter confiscatório de multas fiscais. A posição da Corte, aliás, é firme no sentido de que a cláusula de não confisco se estende às multas, o que contraria parte da doutrina. Para esses, multas estão fora do campo de incidência da cláusula, porque não se enquadram na categoria de tributos e por servirem de desestímulo de práticas evasivas (DUARTE, 2014)

Análise atenta aos fundamentos das decisões revela que o princípio da proporcionalidade, na verdade, foi mais preponderante que o outro. Discute-se sobre adequação, necessidade e proporcionalidade muito mais do qualquer outra coisa.

Quanto a multa excessiva tem-se que:

DIREITO TRIBUTÁRIO. AÇÃO ORDINÁRIA. MUNICÍPIO. CDA. EXPEDIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. FISCO. AUTO DE INFRAÇÃO. DÉBITO DO PASEP. MULTA DE OFÍCIO. LEI 9.430/96. MULTA EXCESSIVA. EFEITO CONFISCATÓRIO. NÃO OCORRÊNCIA. ÔNUS DA PROVA DA PARTE AUTORA. INSUFICIENTES. APELOS IMPROVIDOS. 1. Cuida-se de Ação ordinária anulatória de débito fiscal que visa à nulidade do auto de infração nº 40 7 12 000020-59 (Dívida Ativa PASEP) sob o fundamento de que este apresenta irregularidade, como cobrança de multa excessiva, configurando-se multa confiscatória, além de tal situação gerar a impossibilidade de expedição de Certidão Negativa de Débito tendo em vista a exigência de regularidade fiscal para celebração de contratos e convênios com a União. 2. O ônus da prova cabe ao autor (art. 333, I do CPC), sobretudo, no tocante à desconstituição do crédito já consolidado em processo administrativo, face à presunção de validade do ato administrativo. Assim, o embasamento da ação e sua condição de viabilidade impõem à dependência de que o autor prove os fatos alegados, por documento e/ou

através de testemunho técnico em juízo. 3. A Fazenda Nacional, às fls. 76/85, expõe que se trata de espécie de aplicação de multa de ofício, com o percentual de 75% (setenta e cinco) por cento, sobre as contribuições não recolhidas do PASEP, agravadas em 50% (cinquenta por cento), por ter o contribuinte deixado de atender à intimação fiscal (TIF nº 0002), configurando-se em 112,5% (cento e doze virgula cinco por cento) de multa de natureza punitiva e não confiscatória (art. 44, I e parágrafo 2º da Lei 9.430/96). Observe-se os julgados: AC 362985/RN, Rel. Des. Fed. LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA, julgado em 13/01/2009, DJ em 28/01/2009); AC 200583000175077, Desembargador Federal Leonardo Resende Martins, TRF5 - Terceira Turma, DJE - Data::17/02/2011 - Página::615.) 4. Observe-se, ademais, que o Município/apelante, encontra-se em débito com a Receita Federal (fls. 83), razão pela qual não se torna possível a expedição de CND ou CPD-EN, em face da ausência de preenchimento das condições legais nos termos dos artigos 205 c/c o 206 do CTN. Para tal, transcrevo julgado deste Tribunal: Apelações e remessa oficial não providas. (grifei) (APELREEX 25069. Relator: Des. Federal Edílson Nobre. Órgão Julgador: Quarta Turma. DJE - Data::22/11/2012 - Página::633. Decisão: unânime); STJ - (ROMS 201001195380, MAURO CAMPBELL MARQUES, STJ - SEGUNDA TURMA, DJE DATA:19/11/2010.) 5. Recursos improvidos.(TRF-5 - AC: 92838020124058300 , Relator: Desembargador Federal Manoel Erhardt, Data de Julgamento: 04/07/2013, Primeira Turma, Data de Publicação: 11/07/2013)

Mello (2009) explica que “Confisco e proporcionalidade são conceitos vagos, imprecisos. Ninguém consegue dizer objetivamente quanto seria uma multa confiscatória e desproporcional. No entanto, até esses conceitos possuem um conteúdo mínimo indiscutível”.

Nesse pensar, Duarte (2014) enfatiza que a multa de 2% não é confiscatória, mas multa que incide em 400% é confiscatória. Destarte, no presente, o STF fixa percentuais confiscatórios e desproporcionais, tanto que o princípio da proporcionalidade acaba não se adequando a realidade jurídica diante de decisões incabíveis.

Sacha Calmon apud Nagel (2013) cita que:

uma multa excessiva ultrapassando o razoável para dissuadir ações ilícitas e para punir os transgressores (caracteres punitivo e preventivo da penalidade) caracteriza, de fato, uma maneira indireta de burlar o dispositivo constitucional que proíbe o confisco. Este só poderá se efetivar se e quando atuante a sua hipótese de incidência e exige todo um processo. A aplicação de uma medida de confisco é algo totalmente diferente da aplicação de uma multa. Quando esta é tal que agride violentamente o patrimônio do cidadão contribuinte, caracteriza-se como confisco indireto e, por isso, é inconstitucional.

A Receita Federal se interliga a discricionariedade, em que, em determinados casos, poderá sobrepor e determinar do contribuinte a liquidação de multa no valor como exemplo, de 150% caso ocorra sonegação. Os Estados e o DF também conservam essa prática. O Estado de São Paulo tem grande número de contribuintes que passaram por coação e que ainda foram penalizados com multas de 100% em cima do valor da operação de sonegação ou ainda adulteração, podendo ocorrer em casos de falsificação de nota fiscal (NAGEL, 2013).

DIREITO TRIBUTÁRIO. AÇÃO ORDINÁRIA. MUNICÍPIO. CDA. EXPEDIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. FISCO. AUTO DE INFRAÇÃO. DÉBITO DO PASEP. MULTA DE OFÍCIO. LEI 9.430/96. MULTA EXCESSIVA. EFEITO CONFISCATÓRIO. NÃO OCORRÊNCIA. ÔNUS DA PROVA DA PARTE AUTORA. INSUFICIENTES. APELOS IMPROVIDOS. 1. Trata-se de apelação cível à sentença de fls. 138/141, da lavra do MM Juiz Federal da 11ª Vara / AL, que julgou improcedente a pretensão do Município, sob o fundamento de que não ocorreu a comprovação por parte do município/apelante dos fatos constitutivos do seu direito, ao qual pleiteava a declaração da inexigibilidade de referida contribuição previdenciária, além dos pleitos de anulação de débitos fiscais, desconstituição de ato confessional e exibição de documentos, restando a condenação em honorários no percentual de 10% (dez por cento). 2. O ônus da prova cabe ao autor (art. 333, I do CPC), sobretudo, no tocante à desconstituição do crédito já consolidado em processo administrativo, face à presunção de validade do ato administrativo. Assim, o embasamento da ação e sua condição de viabilidade impõem à dependência de que o autor prove os fatos alegados, por documento e/ou através de testemunho técnico em juízo. 3. No caso em tela, o município autor não demonstrou de maneira inconteste o alegado, não indicando nos autos os documentos necessários para a corroboração dos fatos retro narrados. Ou seja, além de formalizar seu pleito de maneira genérica, o município sequer demonstrou ser devedor das contribuições previdenciárias sobre às quais sofre possível cobrança indevida. 4. Observe-se o julgado no que pertine ao ônus da prova (AC 553269 -Relator: Des. Federal Ivan Lira de Carvalho, Órgão Julgador: Quarta Turma. DJE 28.02.2013. Decisão: unânime.) 5. No tocante a configuração da resistência por parte do órgão detentor do documento ao qual a parte necessita apresentar, expõe-se o referido julgado: (STJ - RESP 200702440671 - Segunda Turma - Relatora Ministra Eliana Calmon - DJ 01.12.2008). 6. Recurso improvido.(TRF-5 - AC: 38023720104058000 , Relator: Desembargador Federal Manoel Erhardt, Data de Julgamento: 27/06/2013, Primeira Turma, Data de Publicação: 04/07/2013)

Em 2002, o Supremo Tribunal Federal afirmou que há uma inconstitucionalidade quando da aplicação da multa de 500% a qual foi determinada pelo Estado do Rio de Janeiro, para pagar multas quanto a sonegação de impostos. Além disso, houve uma multa de 200% por causa do não pagamento dos débitos. No referido julgado, os ministros aferiram as penalidades como se fossem acessórias porque não poderiam ultrapassar o valor do imposto. Mas, os juízes aquo

e *ad quem* mantiveram as multas fiscais que variam de 50% a 150%, argumentando de que estão previstas na norma (NAGEL, 2013).

Portanto, o Supremo Tribunal Federal entende que as multas não podem ser confiscatórias, seria permitido a sua redução diante de valores excessivos, além de se observar os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade (NAGEL, 2013).

A Constituição traz em sua norma a proibição do uso de tributos como forma de confisco. Assim, o percentual acima do legal de 20% é entendido como confiscatório, mesmo que ocorra o descumprimento de obrigações tributárias principais ou acessórias. Portanto, a multa punitiva em um país em que a multa será de 2% para o contribuinte, não há o porque da mesma ocorrer com um valor tão elevado portanto, percentuais exorbitantes não podem prevalecer pois violam o princípio da vedação do confisco (NAGEL, 2013).

Destarte, mesmo que a conduta do não recolhimento do tributo seja reprovada, o objetivo é que a mesma tenha que ser aplicada com valores orientados e benéficos, pois é uma mera penalidade. Portanto, quanto aos argumentos do STF, a multa aplicada nos débitos deverá ser reduzida para o percentual de 20% (NAGEL, 2013).

A legislação federal cita que as multas de percentuais adversos a respeito do valor do tributo que não seja recolhido o que não gera um caráter proporcional. Duarte (2014) conclui informando que práticas evasivas devem ser desestimuladas e ainda terão que ser punidas.

4.2 ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

O enriquecimento sem causa no âmbito da administração pública brasileira traz um elemento reconhecido como improbidade administrativa, a qual se

caracteriza pela obtenção de vantagem patrimonial ilícita de acordo com art. 9º da Lei n. 8.429/92.

O enriquecimento ilícito ocorre devido ações ou omissões do agente público que dá vasão e aceita uma vantagem não prevista em lei. Nesse entendimento Garcia e Alves (2011, p. 282) citam que: “O não enriquecimento sem causa, verdadeiro princípio geral de direito, há muito estudado e coibido, tendo fincado raízes no Direito Roma no e mantido, desde então, indiscutível atualidade”.

Para os autores tem-se que “[...] o enriquecimento sem causa pode advir tanto de um ato que apresente adequação ao princípio da legalidade, como de um ato ilícito”. (GARCIA; ALVES, 2011, p. 283)

Faz-se necessário observar que o princípio da legalidade é reconhecido como elemento indiscutível quando se trata do direito administrativo brasileiro e este deve permear a Administração Pública em todas as suas fases, ao lado dos princípios da impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. E contrapartida, a simples adequação ao princípio da legalidade não exclui o enriquecimento sem causa pois é necessário que seja feito um estudo a de cada caso e tipificação.

Para tanto, esclarecem Garcia e Alves (2011, p. 284) que:

O simples enriquecimento à custa de outrem não infringe a ordem moral, o que a infringe é o enriquecimento injusto, o qual acarreta o dever moral de indenizar aquele que em pobreceu. São comumente identificados quatro requisitos essenciais para a verificação do enriquecimento indevido: a) o enriquecimento de alguém, o qual pode ser de ordem material, intelectual ou moral; b) o empobrecimento de outrem, quer seja positivo (ex: perda patrimonial) ou negativo (ex: não pagamento de um serviço prestado); c) ausência de justa causa, vale dizer, o enriquecimento deve ser desvinculado do direito, não podendo advir da vontade do empobrecido, ou decorrer da obrigação preexistente ou da lei; d) nexa causal entre o enriquecimento e o empobrecimento, sendo que cada um destes elementos deve estar ligado ao outro em uma relação de causa e efeito.

Nesse caso, os elementos acima são requisitos para que o cidadão possa solicitar o ressarcimento de acordo com sua proporção da forma em que o agente se enriqueceu. Diniz (2009, p. 814) cita que:

Toda pessoa que receber o que lhe não era devido ficará obrigada a restituir. A mesma obrigação incumbirá à que receber dívida condicional antes de cumprida a condição (CC, arts. 876 e 125), pois ninguém pode locupletar-se, sem causa jurídica, com o alheio. Se alguém pagar débito condicional antes do implemento da condição suspensiva, terá direito à repetição, pois o evento futuro e incerto, a que se subordina o negócio jurídico, poderá deixar de ocorrer, ficando, então, sem causa o pagamento.

Gagliano (2011, p. 349) explica que são cinco requisitos: “Enriquecimento do réu; empobrecimento do autor; relação de causalidade; inexistência de causa jurídica para o enriquecimento e inexistência de ação específica”.

Portanto, para observar tais requisitos Diniz (2009, p. 812) traz os seguintes tópicos:

- 1º) Enriquecimento patrimonial do accipiens à custa de outrem;
- 2º) Empobrecimento do solvens;
- 3º) Relação de imediatidade;
- 4º) Ausência de culpa do empobrecido;
- 5º) Falta de causa jurídica justificativa do pagamento efetuado pelo solvens;
- 6º) Subsidiariedade da ação de in rem verso

Assim sendo, leciona Venosa (2006, p. 216):

É o elemento fundamental, pela própria definição. O enriquecimento pode resultar da aquisição ou do implemento de um direito. A vantagem poderá também ser imaterial, ou seja, intelectual e moral. Aquele que pagou para custear os estudos de outrem pode ensejar enriquecimento por parte do accipiens

Gagliano (2006, p. 349) explica que: “A idéia de enriquecimento envolve não somente o aspecto pecuniário de acréscimo patrimonial, mas também qualquer outra vantagem, como, por exemplo, a omissão de despesas”.

Quanto ao segundo elemento citado na doutrina, ou seja, o empobrecimento do Solvens, é explicado por Diniz (2009, p. 812) da seguinte forma: “Como consequência de seu ato ter-se-à uma diminuição em seu patrimônio, visto que haverá um deslocamento, para o ativo patrimonial alheio, de algo que lhe pertencia”.

Completa Venosa (2006, p. 218):

Há, evidentemente, necessidade de um nexo de causalidade entre o enriquecimento e o empobrecimento, isto é, uma correlação na passagem de um valor de uma pessoa a outra. Também não é necessário que o enriquecimento tenha sido direto, isto é, proveniente de uma relação jurídica direta entre o enriquecido e o empobrecido. A transmissão de valores de uma pessoa a outra pode ser feita por intermédio de um terceiro. Basta que o nexo causal, o liame (não confundir com a causa que pertence ao título do instituto), entre o enriquecimento e o empobrecimento, exista. Nexos causais são o fato originário do direito de reembolso: fato jurídico ou fato gerador.

A relação de imediatividade em que ocorre o enriquecimento de um resultado diretamente na diminuição patrimonial de outra pessoa, conforme cita Maria Helena Diniz (2009, p. 812):

A vantagem patrimonial de um deverá corresponder à perda do outro, credor do direito à restituição. O empobrecimento do solvens deve concorrer simultaneamente com o enriquecimento do accipiens, para que se caracterize o indébito. Tanto o empobrecimento como o enriquecimento deverão resultar de uma mesma circunstância

Assim sendo, a falta de culpa do empobrecido é comprovada como mais uma das condições, conforme ensina Diniz (2009, p. 812): “Que voluntariamente paga a prestação indevida por erro de fato ou de direito ou por desconhecer a situação real, estando convencido de que devia, quando, na realidade, nada havia a pagar. O ônus da prova do erro do pagamento competirá ao solvens”.

A inexistência de causa jurídica, citada pela doutrina como mais uma condição para a ação *in rem verso*, é assim definida por Gagliano (2011, p. 350):

A inexistência de causa a justificar o pagamento é o requisito mais importante dessa ação, uma vez que, nos negócios jurídicos em geral, a existência de lucros ou prejuízos faz “parte do perigo”. O que não pode haver, porém, é um lucro ou prejuízo sem justificação em uma fonte específica de obrigações, válida e atual. Mesmo que um pagamento aparentemente injusto seja determinado por decisão judicial, não há que se falar em tal tipo de ação, pois há causa jurídica a determiná-lo, devendo a parte interessada, querendo, se insurgir pelo meio próprio (recurso ou ação rescisória, a depender se já houve trânsito em julgado).

Quanto a inexistência de causa jurídica, Diniz (2009, p. 813) explica que “[...] é a inexistência de vínculo jurídico de corrente de lei ou de contrato”. Assim, Venosa (2006, p. 219) afirma que:

Todavia, quando o enriquecimento ocorre por meio de um terceiro, nem sempre será simples identificar a causa injusta. A dúvida repousa em saber em que medida um ato praticado entre o empobrecido e um terceiro pode afetar o enriquecido. A tendência inevitável da jurisprudência é de considerar o ato *res inter alios acta*, isto é, irrelevante para as partes envolvidas.

A inexistência de um meio jurídico no qual o empobrecimento possa ajustar a condição de enriquecimento sem causa (CC, art. 886), compensando o prejuízo sofrido do empobrecido.

4.3 ILÍCITO E DANO ERÁRIO

A autora Diniz (2009, p. 814) explana que aquele que receber o que lhe não é de seu direito terá que restituir, ou seja, a mesma obrigação deverá ser paga por quem receber dívida condicional antes de sanada a condição (CC, arts. 876 e 125), assim sendo, quem por exemplo, pagar um débito antes que do seu implemento, poderá ter a repetição, porque é um evento futuro e ainda incerto, em que se subordina o negócio jurídico, o qual poderá deixar de ocorrer.

Quanto ao dano, tem-se questões quanto ao ressarcimento:

ADMINISTRATIVO. improbidade administrativa. ACUMULAÇÃO INDEVIDA DE CARGOS. INCOMPATIBILIDADE DE HORÁRIOS. DANO AO ERÁRIO. OCORRÊNCIA. RESSARCIMENTO DEVIDO. PRETENSÃO DE REEXAME DE PROVAS. SÚMULA 7/STJ. 1. A Corte de origem, com amparo nos elementos de convicção dos autos, assentou que, no caso, não há compatibilidade de horários para o exercício dos cargos públicos que acumulava, e que houve o dano ao erário. 2. Assim, insuscetível de revisão, nesta via recursal, o referido entendimento, por demandar incursão no contexto fático-probatório dos autos, defeso em recurso especial, nos termos da Súmula 7 desta Corte de Justiça. Agravo regimental improvido. (STJ - AgRg no AREsp: 327992 SP 2013/0109533-6, Relator: Ministro HUMBERTO MARTINS, Data de Julgamento: 27/08/2013, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 06/09/2013)

Nessa seara, subtende-se que o enriquecimento é o aumento de patrimônio ou ainda a sua diminuição, sendo caracterizado por benefícios não patrimoniais, mas, estimadas em valores.

Em Recurso Especial o Superior Tribunal de Justiça trouxe o seguinte julgado:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CONTRATAÇÃO SEM A REALIZAÇÃO DE CONCURSO PÚBLICO. ART. 11 DA LEI 8.429/1992. CONFIGURAÇÃO DO DOLO GENÉRICO. PRESCINDIBILIDADE DE DANO AO ERÁRIO. RESSARCIMENTO. DESCABIMENTO. CONTRAPRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. IMPOSSIBILIDADE DE ENRIQUECIMENTO ILÍCITO DA ADMINISTRAÇÃO. SANÇÃO DO ART. 12, III, DA LEI 8.429/1992. NECESSIDADE DE EFETIVA COMPROVAÇÃO DE PREJUÍZO PATRIMONIAL. 1. A caracterização do ato de improbidade por ofensa a princípios da administração pública exige a demonstração do dolo lato sensu ou genérico. Precedentes. 2. Não se sustenta a tese - já ultrapassada - no sentido de que as contratações sem concurso público não se caracterizam como atos de improbidade, previstos no art. 11 da Lei 8.429/1992, ainda que não causem dano ao erário. 3. O ilícito previsto no art. 11 da Lei 8.429/1992 dispensa a prova de dano, segundo a jurisprudência desta Corte. 4. É indevido o ressarcimento ao Erário dos valores gastos com contratações irregulares sem concurso público, pelo agente público responsável, quando efetivamente houve contraprestação dos serviços, para não se configurar enriquecimento ilícito da Administração (EREsp 575.551/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, CORTE ESPECIAL, julgado em 01/04/2009, DJe 30/04/2009). 5. Ressalvou-se a possibilidade de responsabilizar o agente público nas esferas administrativa, cível e criminal. 6. A sanção de ressarcimento, prevista no art. 12, inciso III, da Lei 8.429/1992, só é admitida na hipótese de ficar efetivamente comprovado o prejuízo patrimonial ao erário. Precedentes. 7. Recurso especial parcialmente provido. (STJ - REsp: 1214605 SP 2010/0178628-9, Relator: Ministra ELIANA CALMON, Data de Julgamento: 06/06/2013, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 13/06/2013)

Se observa que para se enquadrar em dano ao erário, inicialmente é necessário uma comprovação contra a Administração, posto ocorrer um dolo genérico. Nesse linear, a Administração deverá ressarcir os prejuízos tratados.

Gagliano (2012, p. 349) cita que poderá ocorrer por meio de “enriquecimento do réu, empobrecimento do autor, relação de causalidade, inexistência de causa jurídica para o enriquecimento e inexistência de ação específica”

CONCLUSÃO

O estudo buscou demonstrar as questões quanto aos direitos de empresários em face de cobranças e multas sobre impostos ou serviços, além de penalidades desproporcionais.

Existem dificuldades que uma parcela de empresários enfrentam ao sofrer penalizações como: a certidão de idoneidade, impedimentos de participação em processos licitatórios de dois a cinco anos e multas que chegam a valores fora da realidade, abusivos e desproporcionais.

Outro tipo de cobrança e aplicação de multas indevidas que tem ocorrido são o preenchimento de simples incorreções em informações prestadas ao fisco, ou atraso de entrega de produtos ou serviços podem acarretar em multas sobre a receita bruta da pessoa jurídica.

Existem casos que por meras incorreções formais em preenchimentos de declarações, ou decorrentes de tramites burocráticos pelo fisco podem resultar em multas desproporcionais.

A Administração Pública vem aplicando autos de infrações que podem vir a ofender os princípios norteadores. Além disso, o mais curioso é a carga tributária cobrada sobre a própria multa aplicada em caráter confiscatório do imposto.

Na modalidade de entrega de produtos, o exemplo citado é a entrega de produto importado onde ocorrem, em alguns casos, a morosidade da entrega, o que causa prejuízos ao setor empresarial que dependem da entrega da mercadoria para se manterem no mercado.

Outro ponto seria a exigência de lei distrital que institui a obrigação em efetuar o creditamento do ICMS antecipadamente, e assim passar por longos períodos de trâmites burocráticos até que os produtos cheguem aos portos, alfândegas ou aeroportos para conferência.

A mercadoria importada em *containers*, os grandes fluxos de navios atracados nos portos. Grande parte da responsabilidade sobre atrasos é referente a falta de logística e prazo para cumprimento e encargo dos fiscalizadores da alfândega ou receita, que acabam trazendo problemas para a liberação produtos.

As consequências destes atrasos perante ao grupo empresarial que compraram os produtos geram possíveis aplicações de multas desproporcionais e coercitivas por culpa da administração que devido ao despreparo da própria alfândega e a falta de infraestrutura necessária em atender as demandas brasileiras de importações e exportações, é contraditória ao cenário.

A reflexão deste tema é de extrema importância, pois visa demonstrar que poderão ocorrer erros que poderão resultar em multas. No Brasil os micros e pequenos empresários são os maiores empregadores e fazem contratações, mesmo diante dos problemas atuais enfrentados na economia, e ainda, auxiliam na rotatividade e geração de emprego e renda.

As empresas de pequeno porte geram arrecadações de impostos provenientes do: ICMS, IPI, ISS, FGTS, IRPJ, CSLL, PIS, CONFINS. O Comércio vem superando as indústrias no crescimento de trabalhadores empregados. Ao longo dos tempos a Administração Pública vem agindo de forma que não incentiva o setor diante de suas prerrogativas no procedimento administrativo.

Não há parâmetros na legislação para dimensionar estes os atos praticados pela Administração. A raiz de todo problema está ligado aos legisladores federais, estaduais e municipais ao criarem seus projetos e ao aprovarem sem delimitar suas consequências diante da atualidade e a delicada questão atual do sistema financeiro brasileiro.

A aplicação de multas e penalidades acima do convencional pela Administração Pública, seja na esfera administrativa ou judicial implica e resulta na incapacidade de alguns grupos empresariais não conseguirem se manter no mercado diante da crise e das multas.

Ao receberem os recursos administrativos, os executores se defendem na maioria das decisões administrativas motivados, de que não podem descumprir a lei e não aceitam nenhum tipo de motivação de atrasos ou justificativas de não preenchimento de informações. Só serão aceitos motivos por greves da receita, alfândegas, ou órgãos ligados.

Estas decisões administrativas vêm transformando os julgamentos administrativos em tribunais de exceção, injustiças e abuso de autoridade por parte de muito agentes públicos.

O Empresariado não tem outra saída a não a ser buscar a resolução judicialmente onde enfrentarão longos caminhos extremamente difíceis tendem esperar a via da execução, penhoras, desapropriações e outras. Pagando custas elevadas na contratação de advogados.

Entretanto, é pacífica a doutrina e jurisprudência hoje em nosso país sobre este tema vem adotando o pagamento de 20% (vinte) sendo inferior a 30% (trinta) considerados razoáveis, ou seja, dentro do percentual de multa ainda persiste o dever de pagar o imposto referente ao valor confiscado, todavia a Constituição Federal em seu artigo 150, IV, refere-se ao tributo que proíbe a sua cobrança com efeito confiscatório e não pode ultrapassar de 2%.

A necessidade de sanção não significa, todavia, que elas possam ser estipuladas de forma arbitrária. Nos Estados governados pelo Direito, o poder de punir tem limites imanentes, de modo que a competência constitucional para estipular penalidades em abstrato não pode ser exercida de modo arbitrário, de modo que as normas penais devem ser guiadas pelo princípio da proporcionalidade, e, por conseguinte, as sanções (penalidades) devem ser estabelecidas em lei que atenda a esse importante princípio jurídico.

É princípio geral de direito que as penalidades devem ser proporcionais ao dano. Haverá ofensa do princípio da proporcionalidade sempre que forem infligidas penalidades que não guardem correspondência com o eventual proveito que o infrator obteria com a falta. Por esta razão, são inválidas, no campo tributário, as

chamadas "multas isoladas" aplicáveis diante de situações em que não há um necessário vínculo com o quantum do tributo devido e nos casos em que há dupla incidência sobre um mesmo fato.

Não se podem aceitar os argumentos usados como: apenas porque é previsto em lei, ou não pode descumprir a lei, ou que a multa foi criada por lei. Ainda que o julgador administrativo esteja pautado em seu dever de prestar contas ou no poder dever de agir visando atingir aos fins públicos com imparcialidade.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRE, Ricardo. **Direito tributário esquematizado**. 6^a ed. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método, 2012.

ALEXANDRINO, Marcelo. PAULO, Vicente. **Direito administrativo descomplicado**. 21 ed. Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: Método. 2013.

AMARO, Luciano. **Direito tributário brasileiro**. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

ARAÚJO, Edmir Netto de. **Curso de Direito Administrativo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. **Curso de Direito Administrativo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

BULGARELLI, Waldirio. **Tratado de Direito empresarial**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal. DOU 22 jun 1993. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm>. Acesso em 20 jun. 2015.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm. Acesso em 16 jun. 2015.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Instituiu o Código Civil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em 16 jun. 2015.

_____. Tribunal de Justiça de Pernambuco. AGV: 2672295 PE 0018632-12.2012.8.17.0000, Relator: José Ivo de Paula Guimarães, Data de Julgamento: 11/10/2012, 2^a Câmara de Direito Público.

_____. TJ-BA - REEX: 00000098020098050276 BA 0000009-80.2009.8.05.0276, Relator: Cynthia Maria Pina Resende, Data de Julgamento: 18/02/2014, Quarta Câmara Cível, Data de Publicação: 19/02/2014.

_____. TRF-4 - AC: 1222 RS 2003.71.14.001222-3, Relator: CARLOS EDUARDO THOMPSON FLORES LENZ, Data de Julgamento: 25/09/2007, TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: D.E. 24/10/2007.

_____. TRF-5 - AC: 92838020124058300 , Relator: Desembargador Federal Manoel Erhardt, Data de Julgamento: 04/07/2013, Primeira Turma, Data de Publicação: 11/07/2013.

_____. STF - RE: 760783 SP , Relator: Min. ROSA WEBER, Data de Julgamento: 25/02/2014, Primeira Turma, Data de Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-054 DIVULG 18-03-2014 PUBLIC 19-03-2014.

_____. STJ - REsp: 1036229 PR 2008/0047830-6, Relator: Ministra DENISE ARRUDA, Data de Julgamento: 17/12/2009, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 02/02/2010). (STJ - AgRg no REsp: 1274069 RS 2011/0168803-1, Relator: Ministro HERMAN BENJAMIN, Data de Julgamento: 27/08/2013, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 17/09/2013.

_____. STJ - AgRg no AREsp: 327992 SP 2013/0109533-6, Relator: Ministro HUMBERTO MARTINS, Data de Julgamento: 27/08/2013, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 06/09/2013

BRUSCATO, Wilges; RODRIGUES JÚNIOR, Leandro Modesto. A limitação da responsabilidade e a desconsideração da personalidade jurídica após o novo código civil. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, 53, 31/05/2008. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2769>. Acesso em: 13 jun. 2015.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. São Paulo: Editora Atlas, 2012.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 12ª. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

DUARTE, Roberto Dias. O chicote do Fisco precisa ser calibrado. 2014. Disponível em: < <http://www.robertodiasduarte.com.br/index.php/o-chicote-do-fisco-precisa-ser-calibrado/>>. Acesso em: 13 jun. 2015.

FRANCO, Vera Helena Mello, Manual de Direito Comercial, 2.ed, São Paulo, RT, 2004.

GAGLIANO, Pablo Estolze, PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: responsabilidade civil**, vol. III. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

H AidAR, Raul Haidar. Confisco Acessório: Multas fiscais desafiam limites da proporcionalidade. **Consultor Jurídico**, 2010. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2010-jan-12/multas-fiscais-abusivas-desafiam-limites-proporcionalidade>>. Acesso em 21 jun. 2015.

MELO, Celso Antonio Bandeira de Melo. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2011.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

NAGEL, Harrison. Multa fiscal acima de 20% é considerada confiscatória. 2013. Disponível em: <<http://www.administradores.com.br/artigos/economia-e->

financas/multa-fiscal-acima-de-20-e-considerada-confiscatoria/74442/>. Acesso em 23 jun. 2015.

NASCIMENTO, Raphael Spyere do. **Ensaio sobre direito administrativo**. Brasília: Vestcon, 2008.

RODRIGUES, Frederico Viana. Autonomia do direito de empresa no novo código civil. In: VIANA, Frederico Rodrigues (coord.). **Direito de empresa no novo código civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.