
NÃO CABIMENTO DE INCLUSÃO NA DÍVIDA ATIVA POR MULTA ADMINISTRATIVA SEM O DEVIDO PROCESSO LEGAL

Hilda Leonor Cuevas de Azevedo-Soares - Bacharel em Direito*

RESUMO - O presente artigo descreve o não cabimento de inclusão na dívida ativa por aplicação multa administrativa sem o devido processo legal e a ampla defesa com o contraditório. A questão central analisada é se existe a possibilidade da inclusão na dívida ativa quando ocorre a multa administrativa. Além disso, qual é o momento em que esta inclusão configura o abuso de poder da administração.

STF, STJ e o TJ-RS são uníssonos quanto à impossibilidade da aplicação da multa administrativa sem que o devido processo legal, assim como outros preceitos constitucionais tenham sido observados por parte da autoridade administrativa.

SUMÁRIO - Introdução; 1 Breve histórico sobre o Direito Administrativo e conceitos básicos; 1.1 Princípios de Devido Processo Legal e da Ampla Defesa; 2 Multa Administrativa: possíveis cabimentos; 2.1 A questão da multa de trânsito; 3 Inclusão na Dívida Ativa: abuso de poder?; 3.1 Visões jurisprudenciais; Considerações finais; Referências.

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como tema o não cabimento de inclusão na dívida ativa por multa administrativa sem o devido processo legal. Pretende-se analisar a questão dos possíveis cabimentos de inclusão na dívida ativa quando decorrentes de multa administrativa, e o abuso de poder da administração em face de este instituto.

* Professora de Geografia da Prefeitura da Cidade do Rio de Janeiro. Bacharel em Direito (UNESA-2008), Geografia (UFF-1985), Oceanografia (UERJ-1983) e Biblioteconomia (UFF-2006). Mestre (1999) e Doutora em Análise de Bacias e Faixas Móveis (Geologia) (2006) ambas pela UERJ.

Para efetivação deste tema, serão indagadas as seguintes questões: um breve histórico com alguns conceitos básicos; os princípios de Devido Processo Legal e da Ampla Defesa; a multa administrativa e seus possíveis cabimentos e, como exemplo, a multa de trânsito; a inclusão na Dívida Ativa e, se esta atitude é ou não um abuso de poder e as visões jurisprudenciais agora em vigor.

Como qualquer outro instituto do direito, o assunto em tela será observado sob a ótica da auto-aplicabilidade dos princípios e das garantias individuais. Vale ressaltar que a garantia ao devido processo legal está assegurada ao litigante em qualquer processo, seja ele de natureza administrativa ou outra. Este, por sua vez, deve estar consubstanciado como princípio do devido processo e o do ampla defesa durante todo procedimento.

Além disso, cabe ao poder público, antes do lançamento da multa administrativa, a notificação para que se possa exercer a ampla defesa; o que será visto no decorrer deste texto é que, na grande maioria, não foi feito. Ainda hoje, na Administração Pública, ocorre “o pague primeiro e discuta depois”. Esta atitude à luz da jurisprudência reinante está mais que provada ser ilegal.

A escolha do tema se deu em face de sua contemporaneidade, além do poder público ter em alguns momentos posições absolutistas que não condizentes com a situação cidadã da sociedade brasileira.

Foram utilizadas, para desenvolvimento do tema, as pesquisas exploratórias, descritivas e explicativa.

1 BREVE HISTÓRICO SOBRE O DIREITO ADMINISTRATIVO E CONCEITOS BÁSICOS

Durante toda a evolução jurisdicional, ao cidadão cabia a obediência. O Estado era a quem se devia esta obediência. Num determinado momento, os papéis de certa maneira foram modificados. Este Estado passa a ter que obedecer e resguardar o cidadão. Ao Estado que antes cabia o dever de punir, é compelido também a ter deveres de proteger este ser desprotegido, frágil, que é o cidadão. E sob este prisma, ser responsabilizado por suas omissões e ações a qualquer tempo.

Mas o que é o Estado?

O conceito pode ser desmembrado em duas esferas, a pública e a da sociedade civil sob o ponto de vista de Jüergen Habermas¹. A esfera ou espaço público é aquele fenômeno social elementar, assim como a ação, o grupo ou a coletividade, entretanto, ele não é arrolado entre os conceitos tradicionais elaborados para descrever a ordem social. Esta esfera pode ser descrita como a rede onde ocorre a comunicação de conteúdos, tomadas de posição e opiniões, e onde os fluxos comunicacionais são filtrados e sintetizados a ponto de se condensarem em opiniões a ponto de se condensarem em opiniões públicas de temas específicos.

Enquanto que o conceito de esfera da sociedade civil se dá quando seu núcleo forma uma espécie de associação; que institucionaliza os discursos capazes de solucionar problemas, transformando-os em questões de interesse geral no âmbito de esferas públicas. Ressalta-se que a esfera da sociedade civil está apoiada em direitos fundamentais. Entretanto nem a primeira esfera nem a segunda são capazes de proteger-se das deformações mesmo aplicando as garantias dos direitos fundamentais.²

Em J. Habermas encontra-se, portanto a direta relação entre os direitos humanos e a soberania popular, ou seja, que não é possível se ver o Estado sem que haja uma democracia de natureza participativa.

Entretanto aplicação deste conceito vai decorrer da evolução do Direito no interior da sociedade, pois o pensamento democrático forjou-se em meio a um conflito interno entre as noções diametralmente opostas de liberdade, que Benjamin Constant intitulou como os títulos de liberdade dos “modernos” e “liberdade dos antigos” e as comparou.³

Pode-se os dizer ainda, observando o pensamento habermasiano, que a sociedade civil deve manter uma íntima conexão com a sociedade política. Esta dissociação é perniciosa para o tecido social onde a autêntica

¹ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia entre a facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 92-98.

² *Ibidem*, p. 99-102.

³ ARAÚJO, Luiz Bernardo Leite. *Direito e democracia*. Disponível em: <<http://www.uerj.br/direito.html>>. Acesso em: 6 mai. 2008.

democracia só será viabilizada em uma sociedade civil em que seus atores agem de forma organizada e responsável quando atuam na esfera pública. A liberdade deste exercício depende de uma arena pública que deve estar isenta da interferência do abuso do poder público. Assim sendo no processo democrático não pode haver exclusão, para que se alcance o direito legítimo.⁴

Michel Foucault estabelece como conceito de progresso:

“Não é suficiente que se siga à trama teleológica que torna possível o progresso, é preciso isolar, no interior da história, uma acontecimento que tenha valor de signo da existência de uma causa”.⁵

Assim sendo, a evolução do Direito que levou aos diversos ramos hoje existentes, precisaram de um processo democrático impulsionado por uma causa, no panorama de sociedade.

O efetivo surgimento do Direito Administrativo, no âmago deste Estado, se dá logo após a Revolução Francesa, com a Lei de 28 pluvioso do Ano VIII (1800), que organizou juridicamente a Administração Pública francesa. Já na Alemanha, ele resultou de uma longa evolução, de forma diferenciada em cada estado alemão, influenciado pelo Direito Civil e não é uma espécie particular de direito. Na Itália vai surgir sob influencia direta do direito francês a partir da época de Napoleão.⁶ Mas somente impor-se-á de forma visível durante o decorrer do século XIX.⁷

Já na Itália, a disciplina normativa do serviço público se consolida nos primeiros trinta anos do século XX.⁸

Já nos Estados Unidos e na Inglaterra, o Direito Administrativo foi conseqüência do sistema do *common law*, sendo decorrente do uso e do costume, e que goza de ampla discricionariedade onde muitos de seus atos são subtraídos à apreciação do Poder Judiciário, pelo menos no direito inglês.⁹

⁴ BRAY, Renato Toller. Uma abordagem habermasiana sobre o problema da legitimação. *Boletim Jurídico*, Uberaba/MG, a. 3, nº 155. Disponível em <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=947>>. Acesso em: 6 mai. 2008.

⁵ FOUCAULT, Michel. O que é o Iluminismo ? In: *Dits et écrits*. Paris: Gallimard, 1994. v. IV p. 683.

⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 17 ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 30-32.

⁷ NOBRE Jr, Eduardo. Uma História do Direito Administrativo: passado, presente e novas tendências. *Revista Trimestral de Direito Público*. [S.l.] nº. 46. 2004. p. 114-135.

⁸ CASSESE, Sabino. *La nuova costituzione economica*. 4 ed. Roma-Bari: Laterza, 2007. p.130.

⁹ DI PIETRO, *op.cit.*, p. 33-41.

O modelo do *common law*, se caracteriza por uma posição de estranheza, se não de verdadeira e própria oposição ao modelo literal do direito. Na *common law*, o direito é essencialmente *open-ended*, desta forma se inspira num paradigma factual.¹⁰

No Brasil, entretanto, o Direito Administrativo não nasceu como um ramo autônomo e, sim no período imperial quando se criou esta cadeira na Faculdade de Direito de São Paulo em 1856.¹¹

Com o advento da Constituição de 1988, os paradigmas que antes protegiam praticamente essencialmente ao patrimônio, e que estavam concentrado no Poder Público, passam a proteger o cidadão e, por conseguinte, tem o foco nele e em suas necessidades.

O conceito de direito tem em si uma pluralidade de significados. Entretanto durante este artigo serão levados em conta basicamente dois dos muitos conceitos possíveis ao direito: o do direito justo e o do direito como fato social. No direito justo, o significado é o que é devido por justiça, e, no direito como fato social, o direito constitui um setor da vida social, onde o direito é considerado como fenômeno da vida coletiva¹².

O direito, portanto, perpassa pelo acometimento de alcance dos princípios do devido processo legal e da ampla defesa, preceitos constitucionais.

Os preceitos constitucionais originados ou decorrentes dos direitos fundamentais têm que ser vistos sob a ótica de sua função originária que consiste em proteger um espaço de liberdade individual contra toda e qualquer ingerência do poder do Estado e contra a sua expansão totalitária.¹³

O processo administrativo envolve a solução de uma controvérsia e deve compreender pelo menos três fases: instauração, instrução e decisão.¹⁴

Em função da decisão acontecida, pode ocorrer entre outras formas coercitivas, a multa administrativa.

¹⁰ FERRARESE, M. R. *Le istituzioni della globalizzazione*. Diritto e diritti nella società transnazionale. Bologna: Il Mulino, 2000. p.173-182.

¹¹ DI PIETRO, *op.cit.*, p. 42-44.

¹² MONTORO, A. Franco *Introdução à Ciência de Direito* 24 ed. São Paulo: editora Rev. dos Tribunais, 1997. p. 33-34.

¹³ ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria Geral do Estado*. 3 ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997. p. 419.

¹⁴ DI PIETRO, *op.cit.*, p. 530-531.

Lembrando que a atividade administrativa, como função do Estado, exige por seu dinamismo e amplo espectro de ação, uma tarefa que se desenrola permanentemente que é a de indagar e explorar as melhores e mais eficientes modalidades de gestão.¹⁵

Desta forma, a atividade administrativa deve ser correta para que a multa administrativa possa ser aplicada. Esta multa deverá ser, portanto, decorrente de um processo administrativo onde o devido procedimento tenha sido exercido em sua totalidade.

Entenda-se este procedimento como o atendimento aos princípios norteadores comuns aos processos em geral, sendo estabelecido para atender ao tema proposto a observação dos princípios do devido processo legal e da ampla defesa.

1.1 PRINCÍPIOS DE DEVIDO PROCESSO LEGAL E DA AMPLA DEFESA

O Direito é limitação, por conseguinte todo direito tem limites assim como, em matéria de competência, não existem poderes ilimitados. Na competência discricionária, os limites se dão em face da possibilidade e da necessidade do controle, inclusive judicial. A verificação desses limites se dará principalmente mediante o confronto entre os poderes da Administração dos cidadãos e as garantias constitucionais dos cidadãos.¹⁶

Observa-se que Michel Foucault apreciando o pensamento kantiano diz que pouco importa se a revolução foi exitosa ou fracassou, o que é importante é o processo revolucionário e que foi revelado no decorrer desta.¹⁷

Diante dos pressupostos elencados na Constituição, pode-se dizer que a Administração Pública só pode ser realizada se e quando a lei a autorizar, expressão esta tomada como a de legalidade. Desta forma a Constituição brasileira estabelece que ninguém seja privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.

¹⁵ VILLAGRA, Javier Parquet. El derecho administrativo y las ciudades del siglo XXI. *Revista Trimestral de Direito Público*. [S.l.] n.º 46, 2004. p. 15-24.

¹⁶ DALLARI, Adilson Abreu. Controle do desvio de poder. *Revista Trimestral de Direito Público*. [S.l.] n.º 46, 2004. p. 33-46.

¹⁷ FOUCAULT, Michel. *op.cit.*, p. 986.

Mas, afinal, o que é o devido processo legal?

Há uma evolução neste princípio e diversos autores o conceituam com visões diferenciadas ao longo do espaço temporal e diante da evolução a que a sociedade civil está sujeita.

Então se pode dizer que a visão deste conceito evoluiu durante o tempo e que tenha ultrapassado a barreira do sistema costumeiro e hoje pertence à realidade do direito escrito onde pode ser observado por diversas denominações como a de devido processo legal, *debido proceso*, *giusto processo* (etc). Além disso, no dia-a-dia, estes termos estão povoando as discussões jurídicas mais importantes.¹⁸

Ou ainda o devido processo legal pressupõe que haja uma elaboração regular do direito, bem como sua razoabilidade, senso de justiça e enquadramento nas preceituações constitucionais (é o chamado devido processo legal em sentido material), onde a aplicação judicial da lei se dá por meio de instrumento hábil a sua realização e a sua aplicação, que aqui é o chamado devido processo legal processual.

Bastaria tal princípio para que daí decorressem todas as conseqüências processuais que garantiriam aos litigantes o direito a um processo e a uma sentença justa. Esse princípio é, portanto, o gênero do qual os demais princípios constitucionais do processo são espécies: o princípio da publicidade, da motivação, do juiz natural, do contraditório, da ampla defesa, da impossibilidade de inutilizar em juízo da prova obtida pós meio ilícito, etc.¹⁹

O foco dos preceitos constitucionais está direcionado para a liberdade e o perdimento de bens, sendo a liberdade decorrente da defesa da esfera jurídica dos cidadãos perante a intervenção dos poderes públicos.²⁰

Deve-se ter em conta que todo Estado democrático confere a seus cidadãos as garantias do devido processo legal e da ampla defesa.²¹

¹⁸ SARTORIO, Elvio Ferreira. *Tutela Preventiva* (Inibitória): nas obrigações de fazer e não fazer. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007. p. 9.

¹⁹ CHIMENTI, Ricardo Cunha, et. al. *Curso de Direito Constitucional*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 68-81.

²⁰ CANOTILHO, J.J. Gomes, MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: editora Coimbra, 1991. p. 109.

²¹ VILLAGRA, Javier Parquet. *op. cit.*, p. 15-24.

Com os princípios da isonomia e do contraditório, o devido processo legal estabelece seus corolários e que estão presentes no sistema positivo ou ainda que não tivessem sido incluídos expressamente no texto constitucional. A consagração na lei maior deste princípio é suficiente para que se tenha assegurado todos os demais princípios constitucionais.²²

Alguns desses princípios vêm explicitados na Constituição como aqueles que asseguram o contraditório e a ampla defesa, aos litigantes e os acusados em geral, através dos meios e dos recursos a ela inerentes, em processo judicial ou administrativo.

A leitura deste preceito autoriza que no processo judicial assim como no administrativo, ambos contenham a garantia do contraditório e da ampla defesa. E que possibilita aos litigantes no caso do processo administrativo, primeiro o contraditório que abarca não só a garantia da ciência e da participação, como possibilita uma efetiva igualdade processual, ao conferir as partes, a *par conditio* ou paridade de forças, dentro da relação processual.

Já a ampla defesa abrange o direito a autodefesa, como a possibilita ao litigante ser ouvido, apresentando sua versão para os fatos ou simplesmente silenciar sobre eles. Em ambos os casos o direito à defesa técnica deve ser exercida por advogado e o direito à prova devem ser levados a produzi-la ou fazendo contraprova.

Segundo jurisprudência do STJ em julgamento da 1ª Turma, em RMS 484, com publicação no DJU de 10.6.91, cujo relator foi o Ministro Geraldo Sobral²³ escreve que:

"Inegável se faz, a exigência do contraditório e da ampla defesa, em qualquer processo penal, cível e administrativo. Neste último processo, porém, para aplicar qualquer punição a servidor, não há exigibilidade da observância precisa das regras típicas do processo penal."

Assim sendo não cabe questionar a exigência dos princípios constitucionais, eles tem que ter sido apreciados.

Pois a ampla defesa significa uma garantia de prestígio constitucional

²² CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil* 5 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006. p. 459.

²³ Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/portal/jurisprudencia.html>>. Acesso em: 14 apr. 2008.

de que aquele que atua num processo administrativo, tudo possa fazer, assim como, que o seu entendimento prevaleça à frente de outro que lhe é oposto, para que ao final se obtenha uma decisão que lhe seja favorável.²⁴

Desta forma, o princípio da ampla defesa é aplicável em qualquer tipo de processo quando ocorrem situações de litígio, ou quando ocorre o poder sancionador do Estado sobre as pessoas físicas e jurídicas que decorrem tanto do artigo 5º, LV da Constituição. Assim como vem expresso no artigo 2º, parágrafo único, inciso X da Lei nº 9.784/99, que expressa que nos processos administrativos sejam assegurados os direitos à comunicação, à apresentação de alegações finais, à produção de provas e à interposição de recursos, nos processos de que possam resultar as devidas sanções e nas situações de litígios.²⁵

A finalidade assegurada àquele que litiga, pelo princípio da ampla defesa, é o de ter todas as condições para que se traga ao processo administrativo o que for necessário para comprovar-se a procedência dos relatos apresentados. Assim sendo, a ampla defesa decorre da participação ativa das partes interessadas e, do responsável pela decisão a ser proferida com vistas a exigir tudo dentro dos limites do contexto jurídico para julgar necessário levando a uma coerente decisão do caso.²⁶

Assim sendo se estes dois princípios não tenham sido em sua totalidade apreciados o processo administrativo configura violação que deve ser sanada.

2 MULTA ADMINISTRATIVA: POSSÍVEIS CABIMENTOS

A ordem jurídica determina que, em diversas situações, sanções sejam decretadas. Tem que ser explicitado no corpo da legislação o seu cabimento.

A multa tributária é sempre típica em sua hipótese de norma geral.²⁷

²⁴ PESTANA, Márcio. *A prova no processo administrativo tributário*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007. p.40.

²⁵ DI PIETRO, *op.cit.*, p. 537-539.

²⁶ PESTANA, *op. cit.*, p.41-43.

²⁷ DALLA, Ricardo Corrêa. *Multas Tributárias: natureza jurídica, sistematização e princípios aplicáveis*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 43.

Aplica-se a multa como forma de coerção ou como forma de sanção. Entretanto entre nós, estas multas devem pertencer ou ao CTN (Código Tributária Nacional – lei 5.172/66) ou aos entes tributantes. Tanto num caso como no outro, elas devem estar consolidadas na legislação tributária ao final de cada exercício fiscal como estabelece o art. 212 do CTN.

Cabe ressaltar que no supracitado artigo inexistente uma regra sancionatória destinada ao ente tributante omissor, embora exista um prazo certo, para implementação das regras.

O aspecto constitucional que estabelece sua ocorrência vem expresso no artigo 146, inc. III, alínea b, da CRFB, entretanto prescreve que este vai ser regulamentado por lei complementar.

Existem, portanto limites constitucionais restritivos ao direito de tributar do Estado.

Em encontro na EMARF (Escola da Magistratura Regional Federal da 2ª Região – RJ-ES) no dia 2/06/2008 sobre o “Atual cenário das contribuições de intervenção no domínio econômico (CIDE) e tendências”, Ricardo Lobo Torres expressou que a regulação econômica é necessária para que haja a proteção do consumidor, por ser este “o lado mais fraco” deste binômio de forças. Na mesma oportunidade, Lourdes Helena Moreira de Carvalho acrescentou que na atual conjuntura, no que diz respeito à questão de arrecadação, se está a mercê do Estado, da sua ganância em arrecadar sem ter que explicar ou dizer onde vai aplicar aquela soma.

O CTN traz em seu bojo o universo jurídico à garantia da legalidade para multas.²⁸

É sabido que toda multa tributária é punitiva por não haver cumprido o que deveria, no entanto não parece razoável que o fundamento da norma do artigo 97, inc. V do CTN dê fundamento de validade àquelas do tipo: recusar a emissão de certidão negativa, inscrever o contribuinte no CADIN, SERASA, interditar estabelecimento, suspender inscrição do contribuinte no cadastro mobiliário, não distribuir lucros quando da inexistência de débitos tributários, etc., coações estas que nada têm a ver com punição ou apenamento.²⁹

²⁸ *Ibidem.*, p. 45.

²⁹ *Ibidem.*, p. 45.

Pode-se dizer que no caso dos últimos exemplos, estes seriam classificados como constrições políticos-intimidativas que não possuem amparo constitucional tampouco em lei complementar pois não são Normas Gerais de Direito Tributário.³⁰

A materialidade das multas tributárias não pode estar ligada à sanção penal privativa de liberdade, à apreensão de mercadorias ou à suspensão de direitos e práticas afins. Essa materialidade seria função, ou melhor, estaria associada à obrigação principal e às obrigações acessórias ou instrumentais. Mas o CTN nomeia duas possibilidades de multas pecuniárias punitivas (art. 106 inc. II , alinea c).³¹

A multa deve ser sempre paga, não importa qual nem quanto, caso o tributo não tenha sido pago. Mas as formas, métodos e cálculos nunca são uniformes, devem sim ser obedientes aos princípios gerais traçados na Constituição.³²

Cabe dizer que será considerada multa exorbitante quando causar redução do padrão de vida do contribuinte, descapitalizar o giro comercial e/ou redução no seu patrimônio durante o exercício da referida hipótese. Significa que a multa pelo não pagamento de um tributo não pode assumir valores confiscatórios do bem que deu origem à mesma.³³

O excesso precisa ser visto sob o prisma da razoabilidade da punição, pois a pena deverá ser uma forma de desestímulo ao ilícito e não possuir um peso maior do que o adequado.³⁴

A subtração forçada não é possível diante das garantias individuais constitucionais. O tratamento não pode ser injusto e desigual por ocasião da aplicação da multa. Ela precisa ser proporcional ao delito, ao prejuízo causado e principalmente individualizada, sendo o Juiz quem a aplicará mas o legislador deve antes tê-la fixado.³⁵

O *in dubio pro reo* deve ser aplicado adequadamente. Portanto, na multa, cada caso é um caso e assim deve ser vista.

³⁰ *Ibidem.*, p. 46.

³¹ *Ibidem.*, p. 46.

³² *Ibidem.*, p. 69.

³³ *Ibidem.*, p. 71.

³⁴ *Ibidem.*, p. 72.

³⁵ *Ibidem.*, p. 72-75.

No âmbito da atuação administrativa é o desrespeito dos gestores para com os administrados aplicar uma multa sem que os preceitos para sua utilização tenham sido delimitados e alcançados.

Recentemente o Judiciário reconheceu, uníssono, que as verbas resilitórias do empregado pagas pelo empregador não teriam sobre si a incidência de imposto de renda, e retirou do cidadão essa incidência tributária e de suas multas, dando-lhe um conforto social e terapêutico. Esta prática, anteriormente, fazia com que muitos contribuintes pessoa física fossem lançados, autuados e inscritos em dívida ativa, com as mais pesadas multas do sistema.³⁶

As multas possuem interpretação extra fiscal, mesmo para o contribuinte que esteja em simples mora tributária, porque, independente do atraso, são elevadas, especialmente as criam situações insolúveis além de deixar o contribuinte indefinidamente à margem da economia.³⁷

Não resta a menor dúvida que as multas atuam como elemento coercitivo da forma como estão inseridas no sistema pois, entre outras regras, a multa é decorrente de um ato administrativo vinculado. No caso que se passar a discutir, esta é consequência de um ato discricionário, instituído pela autoridade ou a mando desta, o que não poderia ocorrer; somente para coagir ao contribuinte. Por ter uma expressiva ação financeira, a cada mês o débito para o contribuinte é maior, tornando impossível o seu retorno à legalidade, levando a uma maior exclusão social. Soma-se a isto, os juros e a correção monetária aplicadas aos tributos e as penas pecuniárias constantes do sistema brasileiro, que levam o(s) bem(ns) a perdimento via leilão, etc. O tributo é infungível, além de ser pessoal e deve ser aplicado conforme o fato, de forma objetiva e/ou subjetiva; e, por fim tem sua aplicação idêntica aos princípios da prescrição e da decadência tributária, da anterioridade, entre outros.³⁸

O verbete sumular do STJ³⁹ nº 312 é claro “no processo administrativo para imposição de multa de trânsito, são necessárias as notificações da autuação e da aplicação da pena decorrente da infração”.

³⁶ *Ibidem.*, p. 91.

³⁷ *Ibidem.*, p. 92.

³⁸ *Ibidem.*, p. 93.

³⁹ STJ, *op.cit*

2.1. A QUESTÃO DA MULTA DE TRÂNSITO

Antes de entrar no problema da multa de trânsito propriamente dita, deve-se observar a questão do abuso de poder que, neste caso, está diretamente relacionada entre si.

O abuso de poder é sempre considerado injusto, pois faz daquele que deveria proteger, o vilão, o “bandido”, o ilegal, etc.

O conceito de abuso do poder, como entende José dos Santos Carvalho Filho⁴⁰:

“É a conduta ilegítima do administrador, quando atua fora dos objetivos expressos ou implícitos, dos entes traçados na leis.”

Já Celso Antônio Bandeira de Melo⁴¹ descreve o conceito de abuso de autoridade como:

“A possibilidade que se encontra contemplada na lei 4898/65 e regula o direito de representação e o processo de responsabilidade administrativa, civil, penal, nestes casos.”

José Carlos Sousa Silva dispõe o abuso de poder ⁴²como sendo:

“O agente público, apesar de investido da função, num procedimento normal, regular e legal, tem poderes limitados e deve, por isso, prestar obediência à moral da instituição, que representa, e à lei.”

Atende sempre às determinações da ordem jurídica, o exercício normal do poder quando a este pode e deve se prestar obediência. O exercício anormal deste poder, entretanto, nunca tem amparo jurídico e, os atos dele decorrentes são impostos coativamente numa simples demonstração de força, o que implica em atos ilícitos que nem são permitidos por lei nem tem o menor valor moral, que só constrangerão os seus respectivos destinatários, lesando, de alguma forma, os seus direitos.⁴³

⁴⁰ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 16 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006. p.37.

⁴¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 17 ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 827-828.

⁴² SILVA, José Carlos Sousa. *Abuso de poder no direito administrativo*. Belo Horizonte: Ciência Jurídica, 1997. p. 17.

⁴³ *Ibidem.*, p. 17

O que se tem visto no dia-a-dia da sociedade é aplicação de multas de trânsito sem nenhum critério. No fim de semana, os telejornais noticiaram a multa aplicada a um motorista em Niterói, na estrada Caetano Monteiro que estava a 880 km/h. Impossível! Só se fosse um jato, pois nem um carro de fórmula 1 chega a esta quilometragem (em torno de 350 km/h). E mesmo estando errados, os Detrans não são capazes de se corrigirem. Suspendem o direito de ir e vir do cidadão com seu automóvel, levam seu CPF para a Dívida Ativa, e pronto.

É uma violação do direito do contribuinte e, portanto, vê-se um claro abuso de poder.

A legalidade é qualidade imprescindível a qualquer ato da Administração Pública. Sem isso, o uso do poder, em princípio se configura como anormal, eivado de vícios e tudo aquilo que dele derivar, será ofensivo ao homem, seu destinatário.⁴⁴

Vislumbra-se um ato normal do poder de polícia que a Administração Pública tem, quando esta percorre os trâmites legais de forma que todos os princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa sejam aferidos ao cidadão. Além disso, estão asseguradas ao contribuinte as garantias sobre como e de que forma o Estado (União, Estados e Municípios) podem tributar, evitando abusos e confiscos que já ocorreram ao longo do tempo no Estado brasileiro (art. 150, e seus diversos incisos em especial IV, CRFB).

Assim sendo qualquer execução fiscal segundo Rogério Abi Ramia Barreto⁴⁵ deve seguir os seguintes trâmites primeiro: ato de inscrição da dívida que ratifica a legalidade da exigência fiscal. Só passa a ser dívida fiscal quando passou a ter uma outra rubrica orçamentária - dívida ativa (art. 39, e seus parágrafos 1º e 2º, da lei 4.320/64). E constitui-se, em pressuposto definitivo para sua cobrança em juízo, quando ocorre a extração de certidão correspondente. Esta certidão é a que fundamentará a petição inicial, sendo este instrumento hábil a suspender a prescrição contra a Fazenda Pública pelo prazo de 180 dias, ou até menos, se houver anterior distribuição do executivo fiscal na Justiça (art. 2º, parágrafo 3º, lei 6.830/80).

⁴⁴ *Ibidem.*, p. 21

A exceção feita aos provenientes das obrigações tributárias, foros, laudêmios, aluguéis ou taxas de ocupação, custas processuais, preços de serviços prestados por estabelecimentos públicos, indenizações, reposições, restituições, alcances dos responsáveis definitivamente julgados, bem assim os créditos decorrentes de obrigações em moeda estrangeira, de sub-rogação de hipoteca, fiança, aval ou outra garantia, de contratos em geral ou de outras obrigações legais.⁴⁶

Este dispositivo é favorável a Fazenda, que já tem normalmente cinco anos para propor essa ação, contados da data da constituição definitiva do crédito tributário, sob pena de prescrição, art. 174 do CTN. O que leva a CONSTITUIÇÃO DEFINITIVA DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO - é quando o lançamento, do qual decorre a exigência tributária, passou a ser insuscetível de alteração, pelo transcurso de prazos e meios postos à disposição do sujeito passivo e do Fisco.⁴⁷

Cabe aqui dizer que existe uma ressalva quando a abertura de processo pela Fazenda Pública quando o valor é inferior a 60 UFIR's por não ter autorização legal para ações executivas, cujo valor da dívida seja diminuto.

Denota-se que há uma diferença entre a multa moratória e/ou de ofício e a punitiva. A primeira decorre sempre de um tributo não pago como expressa o art.161 do CTN . Enquanto que a segunda é consequência do cometimento de um ilícito (administrativo).

A multa administrativa, portanto compõe o quadro das receitas públicas, é sanção pecuniária aplicada pela Administração Pública aos administrados em geral, decorrente de infração ou inobservância da ordem legal, inclusive aquelas compreendidas as disposições regulamentares e de organização dos serviços e bens públicos. Depende, entretanto de prévia cominação em lei ou contrato em que cabe sua imposição exclusivamente à autoridade competente, sendo certo que difere tanto da multa penal, que compete privativamente ao Judiciário aplicá-la, como da multa fiscal,

⁴⁵ BARRETO, Rogério Abi Ramia. *Execução fiscal*. Disponível em: <<http://www.bndes.gov.br>>. Acesso em 14 apr. 2008.

⁴⁶ SZKLAROWSKY, Leon Frejda *A Lei de Execução Fiscal: o contencioso administrativo e a penhora administrativa*. 1997. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1320>>. Acesso em 14 apr. 2008.

⁴⁷ BARRETO, *op. cit.*, p.3.

decorrente de descumprimento de obrigação tributária relacionada no elenco de receitas tributárias, explicitada no art. 113, §§ 1º e 2º, do CTN ou, ainda admitida como “outras receitas correntes” conforme prescrição do § 4º do art. 11 da Lei nº 4320/64.⁴⁸

A polícia administrativa possui, na sociedade, importante papel, pois ocupa certo espaço da atividade discricionária da Administração Pública. No entanto, ela tem conteúdo jurídico próprio e fins administrativos específicos constantes da lei, sofrendo limitações que o próprio direito lhe impõe. Seus atos, por isso são atos administrativos. Quando ocorre a ilegalidade do ato de polícia por abuso de poder, este deve ser coibido (art. 22 da L. 9784/99); pois ele não pode atingir direitos individuais garantidos pela Constituição.⁴⁹

Várias tem sido os acórdãos em diversas instâncias que denotam o abuso de poder que tange o cidadão quanto ao Código Nacional de Trânsito. Todos embasados nos direitos individuais constitucionalmente garantidos. Alguns exemplos serão explicitados no 3.1.

3 INCLUSÃO NA DÍVIDA ATIVA: ABUSO DE PODER?

A obrigação tributária, como já foi visto, nasce exclusivamente da lei. Concretizada no mundo fenomênico a situação abstratamente descrita na lei, onde o fato gerador ocorreu e dele decorre a obrigação tributária. Assim, inicia-se as relações entre o contribuinte e o fisco, em que o primeiro presta as declarações com vistas ao lançamento pela autoridade administrativa competente e o segundo disciplina a fiscalização, o lançamento e a arrecadação tributária. Relações estas, que constituem o procedimento administrativo tributário como disposto no art. 142 do CTN.⁵⁰

No âmbito federal, o processo administrativo tributário é regulado pelo CTN, pela Lei nº 9.784/99 e pelo Decreto nº 70.235/72. Na esfera estadual, cada Estado-membro dispõe da sua, o mesmo ocorrendo com os municípios.

⁴⁸ HARADA, Kiyoshi. *Direito financeiro e tributário*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 49

⁴⁹ SILVA, *op. cit.*, p. 57-58.

⁵⁰ HARADA, *op.cit.*, p. 525.

Sabe-se que o processo tributário é instrumento de composição de litígio de natureza tributária e, pode-se desenvolver no âmbito administrativo e judicial. Entretanto se a decisão administrativa inexistir ou for desfavorável ao contribuinte, este pode usar do princípio da inafastabilidade da jurisdição expresso no art. 5, inc. XXXV da CRFB.⁵¹

Cabe aqui descrever que existem, segundo Carvalho Filho⁵², duas causas que geram a conduta abusiva dos administradores. Numa primeira o agente atua fora dos limites de sua competência (ver ADI-MC2137 / RJ) e numa segunda hipótese, o agente, apesar de estar no âmbito de sua competência, afasta-se do interesse público que deve nortear todo o desempenho administrativo (multas de trânsito e multas da Prefeitura).

O procedimento tributário gira, na maioria das vezes, em torno do lançamento. Entretanto nas multas punitivas tem havido uma usurpação do direito de processo com várias ações chegando aos tribunais, tanto estaduais como federais.

Deve-se observar que a via administrativa segundo uma corrente deve ser levada ao esgotamento antes da busca do judiciário, ou quando em virtude de algum obstáculo legal. Mas existe uma outra corrente que discorda deste enfoque. E ressalta que, este deve ser buscado sempre com vista a que a operatividade ou não do ato ou da conduta administrativa que o interessado pretenda contestar seja alcançado.⁵³

O Poder Polícia é um claro direito do Poder Público, entretanto este deve ser exercido dentro dos limites impostos pela legislação, e com discricionariedade. E no caso das multas de trânsito, este poder tem sido abusado e, conseqüentemente muitas ações tem sido propostas com vistas a coibir este “delito”: o de inscrever o contribuinte no CADIN ou SERASA.

Em que pese também a questão da exigência do depósito da multa no processo administrativo para posterior recurso, o STF⁵⁴ em recurso extraordinário de nº RE-AgR-AgR402904/PE cujo julgamento se deu em 14/08/2007 (publicado em 14/09/2007, DOU) com relatoria do Ministro

⁵¹ *Ibidem.*, p. 526.

⁵² CARVALHO FILHO, *op. cit.*, p.37.

⁵³ CARVALHO FILHO, *op. cit.*, p.807.

⁵⁴ Disponível em:<<http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia.html>>. Acesso em: 23 mar. 2008

Sepúlveda Pertence, da Primeira Turma, reconheceu mais uma vez ser inconstitucional esta exigência, por violar garantias constitucionais do direito de petição, do contraditório e da ampla defesa (Informativo STF nº461 e 462, ADIns 1922 e 1976, RREE 388.359, 389.383 e 390.513 M.Aurélio).

Diante do que foi exposto, pode-se considerar que a ética procedimental⁵⁵ descrita sob a ótica de Jürgen Habermas para este ou qualquer outro caso é de que forma decidir-se-á corretamente o que se deve fazer visto que não existe uma forma mais correta de agir ou o que é melhor para determinada comunidade.

Seria a utilização da liberdade, onde a defesa desta se dá quando abrangida pelo princípio processo legal e tem que estar descrita no CTN.⁵⁶

Assim sendo a inclusão na dívida ativa, por parte de qualquer das esferas do Estado, para multa administrativa desconhece sua possibilidade, pois como já se viu a sua materialidade seria função da obrigação principal e/ou acessórias como determinado no art. 106, inc. II, alínea c do CTN e descreve apenas duas possibilidades para esta ocorrência.

Para corroborar este posicionamento, os Tribunais brasileiros assim como o STJ e o STF, tem reiteradamente julgado a favor do contribuinte, portanto a inclusão na dívida ativa é abuso de poder, como se pode ver a seguir pelos exemplos das multas de trânsito.

3.1. VISÕES JURISPRUDENCIAIS

Algumas decisões foram encontradas que corroboram com a tese aqui apresentada de que não é possível a inclusão na dívida ativa em face de multa administrativa por ser um abuso de poder sem que o contribuinte exerça as garantias constitucionais a que ele tem direito.

Em termos de jurisprudência, há algumas decisões sobre o assunto; em que todas tem um viés comum: o da necessidade da instauração de um procedimento administrativo. E neste procedimento, o administrado tem que ter o seu direito de defesa assegurado.

⁵⁵ BRAY, *op. cit.*, p.1.

⁵⁶ PESTANA, *op. cit.*, p.45.

Cabe salientar que sob este aspecto, o Poder Público por diversas vezes, deixa de fazer o que era devido, permitir ao contribuinte que este passe pelo processo administrativo em que o devido processo legal e a ampla defesa sejam exercidos, ou mesmo cancela multas por meio de lei estadual, sem certo que este é um dispositivo constitucional da União.

Assim cabe relatar primeiro a existência da ADI-MC2137 / RJ, que versa sobre o cancelamento de multas de trânsito por parte do Estado do Rio de Janeiro. Após esta ADIN, serão elencados sobre julgamento das multas administrativas de trânsito e outras assemelhadas.

Segundo julgamento pelo Tribunal Pleno do STF⁵⁷ em Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. ADI-MC2137 / RJ - RIO DE JANEIRO em face da LEI-003279/99 RJ cujo relator foi Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, julgada em 23/03/2000, estabeleceu que Lei que declara canceladas todas as multas relacionadas a determinados tipos de veículos, em certo período de tempo, é ato normativo geral, susceptível de controle abstrato de sua constitucionalidade, cuja determinabilidade dos destinatários da norma não se confunde com a sua individualização. Esta individualização sim, poderia convertê-lo em ato de efeitos concretos, embora plúrimos. Assim como as infrações de trânsito, a anistia por lei estadual é passível alegação plausível de usurpação da competência legislativa privativa da União para legislar sobre trânsito, uma vez que, da competência privativa para definir as respectivas infrações, decorre o poder de anistiá-las ou perdoá-las, o qual não se confunde com o da anulação administrativa de penalidades irregularmente impostas. Houve deferimento com votação Unânime. (obs.- ver ADIMC-2064; ADIMC-2101).

As apelações descritas a seguir são do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul⁵⁸ por relatores distintos que, entretanto em sua maioria julgou procedente o pedido em face de arbitrariedade do poder público.

Como se pode ver na Apelação Cível nº 70023974850 cuja relatoria foi da Juíza Liselena Schifino Robles Ribeiro da Vigésima Primeira Câmara Cível, da Comarca de Porto Alegre em que Direito Público não foi especificado em face de infração de trânsito, com autuação em flagrante

⁵⁷ Disponível em:<<http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia.html>>. Acesso em: 27 mar. 2008.

⁵⁸ Disponível em:<<http://www.tj.rs.gov.br/jurisprudencia.html>>. Acesso em: 27 mar. 2008.

pela resolução nº. 149/2003 do Contran. Entendeu a Juíza que em havendo autuação em flagrante, pode o infrator, desde logo, exercer defesa prévia, e evitar a aplicação da penalidade administrativa, assegurado, assim, o devido processo legal e seus desdobramentos (art. 5º, LIV e LV, da Constituição Federal). Oportunizada defesa prévia, antes de aplicada à penalidade de multa, observada, pois, a Resolução nº. 149/2003 do CONTRAN, não há cogitar de nulidade. RECURSO DESPROVIDO. VOTO VENCIDO. Julgado em 07/05/2008 e com publicação no Diário da Justiça do dia 27/05/2008.

Na Apelação Cível de nº 70023423916, o juiz relator Genaro José Baroni Borges, da Vigésima Primeira Câmara Cível (TJ-RS), julgando ação anulatória de multa de trânsito com interposição de recurso administrativo onde houve cerceamento de defesa por não ter sido disponibilizado de prazo para produção de provas. Entendeu o magistrado que esta não disponibilizava de prazo para defesa e produção de provas na esfera administrativa viciou todo o procedimento. Com efeito, não se compreende que possa a autoridade de trânsito julgar consistente auto de infração e aplicar a penalidade só com base na informação do agente de trânsito. A legalidade de qualquer sanção administrativa pressupõe a regular notificação do infrator para oportunizar o Devido Processo Legal, princípio que, combinado com o direito de acesso à justiça, ao contraditório e à plenitude da defesa expresso pelo art. 5º, XXXV e LV CRFB, fecha o cerco das garantias processuais. É equivocado dizer que a notificação de que trata o artigo 282 do CTB assegura o devido processo legal, mais ainda quando de logo produz efeitos que atingem o patrimônio jurídico do proprietário do veículo ou do infrator, como condicionar o licenciamento, por consequência a livre circulação, ao pagamento da pena imposta (CTB, arts. 128 e 131, § 2º). APELO PROVIDO. UNÂNIME. Julgado em 16/04/2008 e publicado no Diário da Justiça / RS do dia 07/05/2008.

Também na Apelação Cível de nº 70022414031 cujo relator foi o Juiz Adão Sérgio do Nascimento Cassiano da Segunda Câmara Cível/TJ/RS. Este reconhece que é possível que o julgador reconheça, de ofício, a caducidade do direito de nova notificação tendente a instaurar novo procedimento administrativo, sem que isso implique afronta aos arts. 128 e 460 do CPC. Mais uma vez, se reconhece que agente e autoridade de trânsito não se confundem (CTB, Anexo I). O primeiro lavra o auto de

infração, mas não julga nem aplica penalidade. O segundo julga a consistência do auto e aplica a penalidade. O sujeito passivo deve ser notificado do auto de infração para exercer o direito de defesa e, julgada a consistência do auto e aplicada à penalidade, deve também ser o sujeito passivo notificado para exercitar seu direito de recurso, tudo em homenagem ao princípio constitucional, auto-aplicável, do contraditório e da ampla defesa com os meios a ela inerentes (CF, art. 5º, LV, e § 1º). Recepção, pela nova legislação, das normas do CONTRAN (CTB, art. 314, parágrafo único). A notificação do auto de infração ao infrator não se confunde com a notificação da aplicação da penalidade (CTB, arts. 281 e 282), que são dois atos distintos a ensejar distintos momentos de defesa (CTB, arts. 285 e 286). Existem precedentes do TJ/RS e do STJ. E não há de se cogitar da aceitação da penalidade pelo pagamento da multa de trânsito, em virtude das severas sanções decorrentes do inadimplemento e da possibilidade de devolução do valor na via administrativa (art. 286, § 2º, do CTB). Nos termos da jurisprudência do TJ/RS, a pessoa jurídica de direito público não está arrolada como contribuinte da taxa judiciária inscrita na Lei Estadual nº. 8.960/89/ RS. O DAER/RS, como autarquia estadual, desfruta do benefício do pagamento das custas pela metade nos processos cíveis em que for vencido, nos termos do art. 11, alínea a, da Lei Estadual nº. 8.121/85/ RS. APELO PROVIDO EM PARTE. Julgado em 13/02/2008 e publicado no Diário da Justiça do dia 06/03/2008. (Comarca Originária: Guaíba).

Já na Apelação Cível com Reexame necessário de Nº 70023035678, (originário da Comarca de São Leopoldo) cujo relator foi o Juiz Adão Sérgio do Nascimento Cassiano onde não houve Direito Público especificado em face de infração de trânsito. O relator não conheceu da possibilidade de reexame necessário, tendo em vista o que dispõe o art. 475, § 3º, do CPC, tratando-se de matéria já pacificada no Estado do RS e no STJ, em que agente e autoridade de trânsito não se confundem (CTB, Anexo I). O primeiro lavra o auto de infração, mas não julga nem aplica penalidade. O segundo julga a consistência do auto e aplica a penalidade. O sujeito passivo deve ser notificado do auto de infração para exercer o direito de defesa e, julgada a consistência do auto e aplicada à penalidade, deve também ser o sujeito passivo notificado para exercitar seu direito de recurso, tudo em homenagem ao princípio constitucional, auto-aplicável, do contraditório e da ampla defesa com os meios a ela inerentes (CF, art.

5º, LV, e § 1º). Ambos foram recepcionados pela nova legislação, das normas do CONTRAN (CTB, art. 314, parágrafo único). Portanto, a notificação do auto de infração ao infrator não se confunde com a notificação da aplicação da penalidade (CTB, arts. 281 e 282), que são dois atos distintos a ensejar distintos momentos de defesa (CTB, arts. 285 e 286). Precedentes da TJ/RS e do STJ. Notificação feita pelo agente de autoridade de trânsito, quando do cometimento da infração, que não contém informação a respeito da possibilidade de apresentação da defesa administrativa e nem tampouco do prazo legal para tanto. De nada adianta notificar o infrator quando da autuação em flagrante, se em tal notificação não lhe é sequer informado o prazo para a defesa prévia. Não há cogitar de aceitação da penalidade ou de ausência de interesse de agir pelo pagamento da multa de trânsito, em virtude das severas sanções decorrentes do inadimplemento e da possibilidade de devolução do valor na via administrativa (art. 286, § 2º, do CTB). Honorários advocatícios reduzidos para R\$ 500,00, considerando-se para tanto os ditames do art. 20, § 3º e 4º, do CPC, o baixo valor da causa e o fato de que, quando do ajuizamento da ação, o objeto da lide já estar pacificado por jurisprudência e Súmula do Estado e do STJ. REEXAME NÃO CONHECIDO. APELO PROVIDO EM PARTE. Julgado em 26/03/2008 com a publicação no Diário da Justiça do dia 18/04/2008.

A veiculação da possibilidade de inclusão na dívida ativa, se dará após todo o procedimento legal pertinente. Pode-se no próximo acórdão visualizar todos os erros diante de uma multa administrativa levada a julgamento na Comarca de Montenegro/RS.

Enquanto que na Apelação Cível de nº 70017660168, cujo relator foi o Juiz Odone Sanguiné da Sexta Câmara Cível, salientou que o sistema jurídico brasileiro adota a responsabilidade patrimonial objetiva do Estado sob a forma da Teoria do Risco Administrativo. Tal assertiva encontra respaldo legal no art. 37, § 6º, da Constituição da República Federativa do Brasil. Para que incida a responsabilidade objetiva, em razão dos termos da norma constitucional em destaque, há necessidade de que o dano causado a terceiros seja provocado por agentes estatais nessa qualidade. A suposta adequação e regularidade do auto de infração restaram superadas no julgamento do Mandado de Segurança. Interposto pela autora, de modo que resta descabido postular a rediscussão do ponto

neste feito. Sobre a questão de fundo versa sobre a responsabilidade civil do Estado em razão dos danos provocados à autora em virtude da lavratura de auto de infração e inscrição do nome da demandante em dívida ativa. Na casuística, verifica-se a responsabilidade do réu pelos atos praticados por seus agentes, que lavraram auto de infração em descon sideração ao Alvará de Licença, concedido pelo próprio Poder Público, e inscrição do nome da autora em dívida ativa, em desrespeito à decisão judicial exarada em Mandado de Segurança. Para a consecução de seu fim, deve a Administração Pública balizar sua conduta nos princípios da legalidade e da moralidade administrativa. Uma vez flagrada a irregularidade, imprescindível a instauração de regular procedimento administrativo, viabilizando a parte interessada o exercício do direito de defesa, de forma prévia à aplicação da sanção administrativa, conforme garantia constitucional faceada pelo art. 5º, LV, da CF/88. No mesmo sentido é o disposto no § 4º, do art. 70, da Lei nº. 9.605/98, ao referir que: “as infrações ambientais são apuradas em processo administrativo próprio, assegurado o direito de ampla defesa e o contraditório, observadas as disposições desta Lei.” Diante disso, não poderia a Administração proceder à imediata aplicação da multa no próprio auto de infração, consoante o referido no acórdão, sob pena de ferir a garantia constitucional prevista no art. 5º, LIV, da CF/88, que estabelece que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Ainda estabelece o art. 201, do Código Tributário Nacional que “constitui dívida ativa tributária a proveniente de crédito dessa natureza, regularmente inscrita na repartição administrativa competente, depois de esgotado o prazo fixado, para pagamento, pela lei ou por decisão final proferida em processo regular”. Dispõe o art. 67, caput e parágrafo único, que a inscrição em dívida ativa se dará quanto ao crédito não impugnado. A inscrição em dívida ativa é ato posterior à constituição do crédito tributário, que tem por finalidade o controle administrativo da legalidade, para apurar a liquidez e certeza do crédito, nos termos do art. 2º, § 3º, da Lei nº. 6.830/80. Entretanto segundo a jurisprudência do STJ, até o julgamento definitivo da impugnação no âmbito administrativo, encontra-se suspensão à exigibilidade do crédito tributário. Com mais razão ainda o descabimento do procedimento de inclusão do nome da autora em dívida ativa quando existe decisão judicial exarada em Mandado de Segurança reconhecendo a ilegalidade da lavratura do auto de infração. Nestas circunstâncias, a

inscrição em dívida ativa, com todos os ônus daí decorrentes, em muito extrapola o mero desgosto ou dissabor, tendo em vista as graves e notórias conseqüências advindas do registro no rol de inadimplentes da Fazenda Pública, considerando, ainda, que a inscrição e a divulgação do nome dos devedores por parte do Poder Público tem a única e exclusiva finalidade de constranger moralmente os devedores ao pagamento. Face estarem presente os pressupostos da responsabilidade civil do demandado e o conseqüente dever de indenizar em danos morais, consubstanciado na lavratura indevida de auto de infração e a descabida inscrição do nome da autora em dívida ativa, a acarretar inegável constrangimento e insegurança à demandante, que viu atingidos, ainda, valores de suma importância como paz, tranquilidade e imagem, de forma que merece guarida o peito indenizatório a título de danos morais, os quais se afiguram, na hipótese, *in re ipsa*. Em relação ao *quantum* indenizatório, sabe-se que a indenização deve representar para a vítima uma satisfação capaz de amenizar de alguma forma o sofrimento impingido. A eficácia da contrapartida pecuniária está na aptidão para proporcionar tal satisfação em justa medida, de modo que não signifique um enriquecimento sem causa para a vítima e produza impacto bastante no causador do mal a fim de dissuadi-lo de novo atentado. As despesas contraídas pelas partes com contratação de advogado para defesa de seus interesses em Juízo não são indenizáveis, tratando-se de despesas voluntárias contraídas por aquelas. Ademais, no contencioso administrativo vigora o princípio da informalidade, o que facilita, inclusive, o acesso naquela seara, sendo desnecessária a parte ser representada por advogado legalmente constituído, o que torna mais certa, ainda, a voluntariedade do ato da contratação de causídico. A autora deve, portanto, arcar com os honorários contratuais acertados, além das custas vinculadas ao processo, tendo em vista, ainda, que o trabalho do causídico já recebe remuneração do próprio Juízo, nos termos do artigo 20 do CPC. 10. Ônus sucumbenciais com sucumbência redimensionada. DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO APELO. UNÂNIME. Julgado em 25/03/2008 e com publicação no Diário da Justiça do dia 02/04/2008.

Pode-se visualizar diante dos acórdãos elencados acima que o Poder Público deve: primeiro ter mais cuidado com o DIREITO DO CONTRIBUINTE, segundo observar os TRÂMITES ADMINISTRATIVOS

aplicando de forma correta as normas (CTN e leis estaduais e federais) e terceiro não esquecer que os DIREITOS CONSTITUCIONAIS de petição, ampla defesa e contraditório devem ser acatados para não cair na inconstitucionalidade flagrante, levando a um acúmulo de ações no Judiciário desnecessárias.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Umberto Allegretti⁵⁹ estabelece que a concretização prática do direito na condição basilar da vida, não é só por fixar-se a uma pura codificação normativa, mas a diferença da liberdade civil que não pode repousar somente num mecanismo de garantia mas também na prevalência do ofício do juiz. Como qualquer legislação, toda a atividade administrativa e financeira deve ser dotada de um eficiente funcionamento, de cuja responsabilidade é o Poder Público.

Diante do exposto, quando se dá a inclusão na dívida ativa por aplicação multa administrativa sem o devido processo legal e a ampla defesa com o contraditório vê-se que ocorre uma violação do direito do contribuinte. E, portanto, um claro abuso de poder quando esta não é aplicada conforme expresso na lei, ou passando por sobre os direitos constitucionais estabelecidos para sua aplicação.

A multa administrativa é componente do quadro das receitas públicas. É, antes de qualquer coisa, uma sanção pecuniária aplicada pela Administração Pública aos administrados em geral, mas deve decorrer de uma infração ou inobservância da ordem legal. Entretanto, para sua aplicação conforme, depende de prévia cominação em lei ou contrato em que cabe sua imposição exclusivamente à autoridade competente.

Pode-se dizer que a legalidade de qualquer sanção administrativa pressupõe a regular notificação do infrator para oportunizar que este exerça o seu direito ao Devido Processo Legal, princípio este que, combinado com o direito de acesso à justiça, ao contraditório e à plenitude da defesa expresso pelo art. 5º, XXXV e LV CRFB, fecha o cerco às garantias processuais.

⁵⁹ ALLEGRETTI, Umberto. *Diritti e Stato nella mondializzazione*. Troina: Città Aperta, 2002. p.131

A inscrição e a divulgação do nome dos devedores por parte do Poder Público tem a única e exclusiva finalidade de constranger moralmente os devedores ao pagamento desde que este seja lícito, se isto não ocorrer, visualiza-se os pressupostos da responsabilidade civil do demandado e o conseqüente dever de indenizar em danos morais. Assim sendo, o Poder Público como guardião de um Estado de Direito, tem que ter cuidado no uso de seu poder de polícia.

Ressalta-se que a obrigatoriedade de depósito para posterior acesso ao processo administrativo foi julgado pelo STF como inconstitucional, por cercear o direito de petição, do contraditório e da ampla defesa.

Cabe, portanto ao Poder Público o zelo com seus administrados para não incorrer tanto no abuso de poder como no cerco a garantia aos direitos constitucionais.

Niterói, 2008

REFERÊNCIAS

ALLEGRETTI, Umberto. *Diritti e Stato nella mondializzazione*. Troina:Città Aperta, 2002. 303 p.

ARAÚJO, Luiz Bernardo Leite. *Direito e democracia*. Disponível em: <<http://www.uerj.br/direito/html>>. Acesso em: 6 mai. 2008.

BRAY, Renato Toller. Uma abordagem habermasiana sobre o problema da legitimação. *Boletim Jurídico*, Uberaba /MG, a. 3, nº 155. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=947>>. Acesso em: 6 mai. 2008

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 17 ed. São Paulo: Malheiros, 2004. 960 p.

BARRETO, Rogério Abi Ramia. *Execução fiscal*. Disponível em: <<http://www.bndes.gov.br>>. Acesso em 14 apr. 2008.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil* 5 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006. p. 459.

CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: editora Coimbra, 1991. 210 p.

CARVALHO FILHO, J. dos Santos. *Manual de Direito Administrativo* 16 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.1026p.

CASSESE, Sabino. *La nuova costituzione economica*. 4 ed. Roma-Bari: Laterza, 2007. 346 p.

- CHIMENTI, Ricardo Cunha, *et. al.* *Curso de Direito Constitucional*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2007. 614 p.
- DALLA, Ricardo Corrêa. *Multas Tributárias: natureza jurídica, sistematização e princípios aplicáveis*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. 250 p.
- DALLARI, Adilson Abreu. Controle do desvio de poder. *Revista Trimestral de Direito Público*. [S.l.] n° 46, 2004. p. 33-46.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 17 ed. São Paulo: Atlas, 2004. 450 p.
- FERRARESE, M. R. *Le istituzioni della globalizzazione*. Diritto e diritti nella società transnazionale. Bologna: Il Mulino, 2000. 230 p.
- FOUCAULT, Michel. O que é o Iluminismo? In: *Dits et écrits*. Paris: Gallimard, 1994. v. IV p. 679-688.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia entre a facticidade e validade*. 2 v. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.
- HARADA, Kiyoshi. *Direito financeiro e tributário*. São Paulo: Atlas, 2008. 748 p.
- MONTORO, A. Franco. Introdução à ciência do Direito. 24 ed. São Paulo: Revista do Tribunais, 1997. 620 p.
- NOBRE Jr., Eduardo. Uma História do Direito Administrativo: passado, presente e novas tendências. *Revista Trimestral de Direito Público*. [S.l.] n°. 46. 2004. p. 114-135.
- PESTANA, Márcio. *A prova no processo administrativo tributário*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007. 287 p.
- SARTORIO, E.F. Tutela Preventiva (Inibitória) Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007. 164 p.
- SILVA, José Carlos Sousa. *Abuso de poder no direito administrativo*. Belo Horizonte: Ciência Jurídica, 1997. 88 p.
- SUPERIOR Tribunal de Justiça. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>> Acesso em: 14 apr. 2008.
- SUPREMO Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia.html>> Acesso em: 14 apr. 2008.
- SZKLAROWSKY, Leon Frejda. *A Lei de Execução Fiscal: o contencioso administrativo e a penhora administrativa*. 1997. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1320>> Acesso em 14 apr. 2008.
- TRIBUNAL de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Disponível em: <<http://www.tj.rs.gov.br/jurisprudencia.html>>. Acesso em: 27 mar. 2008
- VILLAGRA, Javier Parquet. *op. cit.*, p. 15-24. Javier Parquet. El derecho administrativo y las ciudades del siglo XXI. *Revista Trimestral de Direito Público*. [S.l.] n° 46, 2004. p. 15-24.
- ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria Geral do Estado*. 3 ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997. p. 419