

Rescisão do Contrato de Trabalho – Saldo em Desfavor do Empregado. Inscrição como Dívida Ativa. Cobrança em Execução Fiscal. Impossibilidade (republicação por ter saído incompleto)

PROCESSO: PROCON nº 943/2009 (PGE nº 16847-157703/2010)

PARECER: PA nº 83/2010

INTERESSADA: Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor – PROCON

ASSUNTO: DÍVIDA ATIVA. Crédito de fundação pública. Saldo verificado em desfavor de empregado público, após rescisão do contrato de trabalho e descontos sobre verbas rescisórias. Inscrição e cobrança em execução fiscal. Impossibilidade. Falta de competência da Administração para praticar o ato administrativo de accertamento e liquidação do crédito. Necessidade de ajuizamento de ação de conhecimento com pedido condenatório.

Embora todo crédito da Fazenda Pública, seja qual for sua natureza, constitua Dívida Ativa, a inscrição e a cobrança como tal fica a depender da apuração de sua liquidez e certeza mediante ato administrativo editado pelo sujeito a que a lei atribua competência para tanto. À míngua dessa competência não pode o Estado, por ato de supremacia, confeccionar seu próprio título executivo.

1. Vêm estes autos à Procuradoria Administrativa, por determinação do Procurador Geral do Estado, para análise sobre a possibilidade de cobrança de certo crédito da Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor – Procon por meio de inscrição como Dívida Ativa e aparelhamento de execução fiscal.

2. Trata-se, em suma, de rescisão de contrato de trabalho de empregado daquela fundação pública, de que resultou saldo em desfavor do trabalhador no valor de R\$ 422,85, depois de descontadas das verbas rescisórias quantias tais como o salário relativo ao prazo do aviso prévio não cumprido, atrasos, faltas, vale-transporte, vale-refeição e vale-alimentação (fls.25).

3. Segundo o histórico elaborado pela entidade empregadora (fls. 3/6), o empregado pediu demissão sem aviso prévio; todavia, não concordou com o des-

conto correspondente e recusou-se ao pagamento do saldo negativo exibido no termo de rescisão contratual. A área técnica da fundação (fls. 35/42) manifestou-se pela regularidade do desconto e pela possibilidade da cobrança do débito; em demanda na Justiça do Trabalho ou, uma vez apurado o valor líquido e certo em processo administrativo, mediante a inscrição como Dívida Ativa.

4. Instada a opinar (fls. 43/44), a Consultoria Jurídica da Secretaria da Justiça e da Defesa da Cidadania reputou dirimidas no âmbito da Fundação Procon as questões oriundas da rescisão do contrato de trabalho, salvo a que diz respeito à forma de recebimento do crédito (fls. 45/48). Esse montante, conforme salientado no parecer, constitui Dívida Ativa não tributária e, nessa condição, deve ser objeto de inscrição e cobrança pela Procuradoria Fiscal após procedimento administrativo de apuração realizado pela própria entidade credora. Por essa razão, o órgão opinativo sugeriu a oitiva da Subprocuradoria Geral do Estado da Área do Contencioso acerca da “competência para o procedimento administrativo e a mais adequada forma de cobrança do crédito”.

5. A Subprocuradoria Geral do Estado da Área do Contencioso Tributário-Fiscal, primeiro por sua Assessoria (fls. 57/68), negou a possibilidade de inscrição como Dívida Ativa do crédito apurado pela Fundação Procon porque, advindo de uma relação de emprego regida pela Consolidação das Leis do Trabalho, não figuraria entre aqueles relacionados no parágrafo 2º do artigo 39 da Lei Federal nº 4.320, de 17 de março de 1964. Invocou julgados do Superior Tribunal de Justiça que restringem a amplitude do conceito de Dívida Ativa e encoivou, ainda, os seguintes argumentos: o empregado público que contesta a dívida a si imputada tem direito ao devido processo legal, à ampla defesa e ao contraditório, assegurados pela Justiça do Trabalho; os descontos refletidos no termo de rescisão do contrato de trabalho, como os referentes a atrasos e faltas, devem ser objeto de prova pela empregadora; a cobrança da dívida ativa há de ser racionalizada, sobretudo no que atine aos créditos de pequeno valor; e a matéria de impugnação contida nos eventuais embargos à execução fiscal envolveria matéria trabalhista, de regime jurídico diferenciado.

6. O Subprocurador Geral do Estado da Área do Contencioso Tributário-Fiscal, ao propor a oitiva desta especializada ao Chefe da Instituição (fls. 67/68), acrescentou que “o Sistema da Dívida Ativa, administrado pela Procuradoria Geral do Estado, não está preparado para o controle e gestão de ‘dívidas de natureza trabalhista’, que possuem regras próprias de atualização monetária, prazos de prescrição diferenciados, fundamento legal próprio de enquadramento do débito, etc.”

Relatados, à análise.

7. Em princípio, não vejo como excluir do conceito de Dívida Ativa nenhum crédito do Estado, que se dotou deste *poder* – melhor, *poder-dever*, pois voltado ao exercício duma função pública pela Administração – de constituir, por ato de supremacia, seu próprio título executivo.

8. Fracassam, a meu ver, interpretações que entreveem uma terceira espécie de créditos da Fazenda Pública, os quais, infensos ao regime do artigo 39 da Lei Federal nº 4.320, de 17 de março de 1964, não seriam Dívida Ativa tributária, tampouco não tributária.

9. O parágrafo segundo desse artigo não dá margem a suspeita: Dívida Ativa não tributária são “os demais créditos da Fazenda Pública”, ou seja, todos os créditos que não provêm de obrigação legal relativa a tributos e respectivos adicionais e multa.¹

10. O longo rol que se segue na lei a essa definição é exemplificativo – note-se a inequívoca locução conjuntiva “tais como” que o introduz, a indicar a intenção do legislador de ampliar ao máximo a incidência da norma, rechaçando interpretações que viessem a ignorar o vasto espectro das obrigações pecuniárias que têm o Estado na posição de credor.

11. Não por outra razão, os estudiosos do assunto têm destacado a “consciência da abrangência do conceito de Dívida Ativa que inclui, portanto, quaisquer débitos de terceiros com a Fazenda Pública, independentemente da natureza, após apuradas a sua liquidez e certeza”².

12. Alcança-se idêntica conclusão pelo exame da Lei Federal nº 6.830, de 22 de setembro de 1980, que trata da matéria pelo viés da cobrança judicial dos créditos da Fazenda Pública. O artigo 2º dessa lei³ é generoso em predicacões da Dívida Ativa, ora remetendo ao conceito da Lei Federal nº 4.320/1964 (“caput”), ora ressaltando decorrer de “qualquer valor” cuja cobrança a lei atribua às pessoas políticas e autarquias (parágrafo 1º), ora aludindo ao englobamento de encargos legais ou contratuais (parágrafo 2º).

13. A jurisprudência atual tem-se firmado nesse entendimento irrestrito da Dívida Ativa, consoante aponta a ementa de recentíssimo julgado do Superior Tribunal de Justiça, conduzido pela Ministra ELIANA CALMON, relatora do acórdão:

“PROCESSO CIVIL – CIVIL – CESSÃO DE CRÉDITO RURAL – MP 2.196-3/2000 – PRESUNÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE – CDA – REQUISITOS – ART. 349 DO CC/2002 – INOVAÇÃO OBJETIVA DA DÍVIDA – EXECUÇÃO FISCAL – TITULARIDA-

1 Verbis: “Art. 39 (...) § 2º – Dívida Ativa Tributária é o crédito da Fazenda Pública dessa natureza, proveniente de obrigação legal relativa a tributos e respectivos adicionais e multas, e Dívida Ativa não Tributária são os demais créditos da Fazenda Pública, tais como os provenientes de empréstimos compulsórios, contribuições estabelecidas em lei, multa de qualquer origem ou natureza, exceto as 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.”

2 J. Teixeira Machado Jr. e Heraldo da Costa Reis, *A Lei 4.320 comentada*, 28a ed. Rio de Janeiro: IBAM, 1997, p. 86, g.n.

3 Verbis: “Art. 2º – Constitui Dívida Ativa da Fazenda Pública aquela definida como tributária ou não tributária na Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964, com as alterações posteriores, que estatui normas gerais de direito financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal. § 1º – Qualquer valor, cuja cobrança seja atribuída por lei às entidades de que trata o artigo 1º, será considerado Dívida Ativa da Fazenda Pública. § 2º – A Dívida Ativa da Fazenda Pública, compreendendo a tributária e a não tributária, abrange atualização monetária; juros e multa de mora e demais encargos previstos em lei ou contrato. (...)”

DE DO CRÉDITO – VALIDADE – DÍVIDA ATIVA NÃO-TRIBUTÁRIA – INSCRIÇÃO EM DÍVIDA ATIVA – INCIDÊNCIA DE ENCARGOS DECORRENTES – VALIDADE -DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL – AUSÊNCIA DE COTEJO -TRANSCRIÇÃO DE EMENTAS.

1. Embora o STJ como Corte de Justiça possa declarar a inconstitucionalidade de ato normativo através de seu órgão competente, presume-se constitucional medida provisória validada pela EC 32/2001.

2. Cabível a cobrança via execução fiscal de quaisquer créditos titularizados pela Fazenda Pública. Precedentes do STJ.

3. Inexistência de inovação objetiva do crédito cedido pela inscrição em dívida ativa, fato gerador que autoriza a incidência de novos encargos dela decorrentes.

4. É requisito formal da comprovação do dissídio jurisprudencial o confronto analítico entre os julgados em testilha para evidenciar a semelhança fática e a conclusão jurídica diversa. A transcrição de ementas, neste contexto, equivale à deficiência do recurso, nos termos da súmula 284/STF.

5. Recurso especial conhecido em parte e, nessa parte, não provido. ⁴⁴

14. No entanto, penso que uma questão central tem sido negligenciada nesse debate sobre a cobrança dos créditos da Fazenda Pública. Diz respeito à competência para a apuração da certeza e da liquidez de tais valores, ato administrativo que antecede a inscrição como dívida ativa e sem o qual inscrição não pode haver.

15. E antiga a lição de que “Para a prática do ato administrativo a competência é a condição primeira de sua validade. Nenhum ato -discrecional ou vinculado – pode ser realizado validamente sem que o agente disponha de poder legal para praticá-lo”⁵. A competência decorre sempre da lei⁶, que a distribui de acordo com a função pública que há de ser desempenhada: “A ação administrativa do Estado desdobra-se segundo preceitos legais estabelecidos. A iniciativa da administração depende, primariamente, de uma regra de competência que autorize o agente a proceder em nome do Estado”⁷.

16. O conteúdo jurídico da competência é, para o Direito Administrativo, mais extenso que a simples divisão de atribuições entre pessoas jurídicas, órgãos e agentes da Administração, porque ao dispor sobre competência a lei outorga um poder de editar atos que amiúde excedem a esfera jurídica de seu emissor – o “poder íextroverso” a que aludia RENATO ALESSI – e, portanto, autoriza a formação de

4 Recurso Especial nº 1.121.743/RS, 2a Turma, j. em 18/2/2010, g.n.

5 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, 27a ed. atual. por Eurico de Andrade Azevedo et. al. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 147.

6 Conforme escreve Augustín Gordillo, “es importante destacar que mientras en el derecho privado la capacidad es la regla y por lo tanto se presume en la medida que una norma expresa no venga a negarla, en derecho público la competencia de los órganos no se presume y debe estar otorgada en forma expresa o razonablemente implícita por una norma jurídica para que pueda reputársela legalmente existente” (*Tratado de Derecho Administrativo*, tomo 1, 7a ed. Belo Horizonte: Del Rey e Fundación de Derecho Administrativo, 2003, p. XII-6).

7 TÁCITO, Caio. *Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 1975, p. 3.

uma relação de prerrogativa e sujeição típica do que se convencionou chamar de regime jurídico administrativo⁸. Por essa perspectiva, a competência compreende não apenas a *titularidade*, pela qual um sujeito administrativo prefere aos demais para o exercício da função pública; abarca, também, a *potestade* necessária a esse exercício⁹.

17. O mesmo fenômeno não cerca os atos da Administração regidos pelo Direito Privado: para esses, cuja produção obedece a “condições de emanção” (expressão de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO¹⁰) estranhas àquelas estabelecidas pelo Direito Administrativo em torno da competência, finalidade, forma, motivo e objeto, a regra de competência é mera regra de organização, de repartição interna de tarefas (segundo o princípio metajurídico da divisão do trabalho), porquanto o sujeito que os pratica não o faz investido de nenhum outro poder afora aquele de representação reconhecido pela lei civil.

18. Com a memória dessa distinção deve ser interpretado o parágrafo 3o do artigo 2º da Lei Federal nº 6.830/1980¹¹, que determina seja a inscrição da Dívida Ativa levada a efeito pelo “*órgão competente para apurar a liquidez e certeza do crédito*”. Ao demandar competência, a lei confere um tratamento de Direito Administrativo ao ato de liquidação e acerto do crédito, visto que a competência não tem valor e conteúdo propriamente jurídicos senão no Direito Administrativo; por conseguinte, tal ato há de pertencer à categoria dos *atos administrativos* propriamente ditos, hábeis a ostentar ao menos alguns dos atributos decorrentes do exercício duma prerrogativa pública.

19. Assim editado, o ato de apuração da liquidez e certeza de um crédito da Fazenda Pública reveste-se de exigibilidade (que corresponde ao que alguns autores têm denominado *privilege du préalable*) e precede a inscrição da dívida ativa como genuíno *ato-condição*, definido por Hely Lopes Meirelles como “todo aquele

8 Sobre regime jurídico administrativo, v. Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Direito Administrativo*, 23a ed. São Paulo: Atlas, 2010, pp. 59 e ss.

9 Confira-se, a esse respeito, Rafael Estrena Cuesta, *Curso de Derecho Administrativo*, 5a ed. Madrid: Editorial Tecnos, 1976, pp. 179 e ss.

10 Para Celso Antônio Bandeira de Mello, os atos da Administração regidos pelo Direito Privado não constituem verdadeiros atos administrativos, na medida em que “O Direito Administrativo só lhes regula as condições de emanção, mas não lhes disciplina o conteúdo e os correspondentes efeitos” (*Curso de Direito Administrativo*, 27a ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 383). O mesmo doutrinador concebe ato administrativo como a “declaração de Estado (ou de quem lhe faça as vezes – como, por exemplo, um concessionário de serviço público), no exercício de prerrogativas públicas, manifestada mediante providências jurídicas complementares da lei a título de lhe dar cumprimento, e sujeitas a controle de legitimidade por órgão jurisdicional” (p. 385).

11 Verbis: “Art. 2º (...) § 3o A inscrição, que se constitui no ato de controle administrativo da legalidade, será feita pelo órgão competente para apurar a liquidez e certeza do crédito e suspenderá a prescrição, para todos, os efeitos de direito, por 180 dias, ou até a distribuição da execução fiscal, se esta ocorrer antes de findo aquele prazo.”

que se antepõe a outro para permitir a sua realização”¹². Esse encadeamento de atos a lei bem o reconhece, pois a inscrição só pode gerar a “*presunção de certeza e liquidez*” (artigo 3º, “caput”, da Lei Federal nº 6.830/1980) à medida que se produza como “*controle administrativo de legalidade*” (artigo 2º, parágrafo 3º, da mesma lei) do ato de apuração a que se seguiu.

20. No Direito Tributário, o ato de liquidação e acerto do crédito é o *lançamento*. Povoando o domínio dos atos administrativos, tem por efeito jurídico justamente o de “dotar o direito de crédito, que lhe preexiste, de exigibilidade, ou confirmá-lo, extinguindo-o na hipótese de homologação tácita ou expressa do pagamento”¹³. A inscrição da Dívida Ativa tributária, destarte, também pressupõe a existência de um ato administrativo precedente, cujo nome – lançamento – não tem o condão de obliterar a ideia.

21. Logo, embora todo crédito da Fazenda Pública, seja qual for sua natureza, constitua Dívida Ativa, a inscrição e a cobrança como tal fica a depender da apuração de sua liquidez e certeza mediante ato administrativo editado pelo sujeito a que a lei atribua competência para tanto. A minguia dessa competência, não pode o Estado, por ato de supremacia, confeccionar seu próprio título executivo.

22. Na hipótese dos autos, nenhuma lei confere ao Estado ou, mais especificamente, às pessoas jurídicas, órgãos e agentes da Administração, competência para apurar a liquidez e a certeza do crédito decorrente de contrato de trabalho¹⁴. A produção do termo de rescisão desse contrato pela repartição, a indicar crédito da Fazenda (fls. 25), não é manifestação de uma *competência*, mas de uma *capacidade* que é exercida por qualquer empregador, público ou particular. Não há, sem dúvida, ato administrativo.

23. De outra parte, a despeito da criativa e bem intencionada sugestão da Consultoria Jurídica de origem (fls. 48), o procedimento sancionatório previsto nos artigos 62 e seguintes da Lei Estadual nº 10.177, de 30 de dezembro de 1998, não se destina à apuração da certeza e liquidez de créditos do tipo, que em nada se relacionam à obrigação resultante da imposição de uma penalidade administrativa. Grosso modo, cuida-se aqui de deveres de *indenização* por não ter o trabalhador cumprido o prazo do aviso-prévio e *restituição* por ter-se locupletado com remuneração a que não faria jus.

24. Na verdade, qualquer processo administrativo que objetivasse apurar a liquidez e certeza do crédito do empregador, fosse instaurado em roupagem punitiva ou não, redundaria em ato decisório nulo – se não por outros vícios, cer-

12 Op. cit, p. 172.

13 BALEEIRO, Aliomar. *Direito Tributário Brasileiro*, 11a ed. rev. e compl. por Misabel Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 784, g.n. Da leitura dessa mesma obra, aprende-se que, não obstante o Código Tributário Nacional defina o lançamento como procedimento administrativo (artigo 142), a doutrina evoluiu para considerá-lo legítimo ato administrativo, a não confundir-se com o caminho jurídico percorrido até sua edição (pp. 783-784).

14 Se lei nesse sentido houvesse, teria de ter sido editada pela União, dada a competência privativa desta para legislar sobre Direito do Trabalho (artigo 22, inciso I, da Constituição da República).

tamente pelo de competência, porque, como exposto, nenhum órgão ou agente a tem sobre o objeto perseguido.

25. A questão da competência para a apuração da liquidez e certeza de créditos não tributários da Fazenda Pública não vem recebendo da jurisprudência a atenção que seria desejável. De toda sorte, já foi ao menos tangenciada pelo Superior Tribunal de Justiça em certo julgamento. O Ministro relator para o acórdão, embora não escondendo uma visão restritiva do conceito de dívida ativa, advertiu em reforço de argumentação que determinada autarquia federal “exorbiou no exercício de sua competência prevista no invocado art. 12, III, do Decreto 1.911/96, eis que ali se trata de apuração da liquidação e certeza de créditos, de qualquer natureza, inerentes às atividades da autarquia, não sendo razoável e plausível conceber que se utilize da via de inscrição em dívida ativa para propor execução fiscal com o fim de obter ressarcimento dos danos causados ao seu patrimônio em virtude de acidente automobilístico”¹⁵.

26. Esta Procuradoria Administrativa também já se posicionou a respeito do tema, ainda que incidentalmente, quando do exame da repactuação de contratos administrativos por força da extinção da CPMF – Contribuição Provisória sobre Movimentação Financeira. À indagação sobre a possibilidade de inscrição na dívida ativa dos valores que a Administração viesse a concluir terem sido pagos a maior durante a execução do contrato, a Procuradora do Estado DORA MARIA DE OLIVEIRA RAMOS respondeu negativamente, e asseverou: “as indenizações devidas à ‘Fazenda Pública’ só podem ser inscritas na Dívida Ativa quando revestidas das características de liquidez e certeza. Aliás, nos termos do Código de Processo Civil, a liquidez e certeza da dívida é requisito essencial do título a ser cobrado mediante ação de execução (artigo 586)”¹⁶.

27. De tudo, por não poder ser validamente editado, no caso em exame, o ato administrativo de acerto e liquidação do crédito da Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor – Procon, a inscrição como Dívida Ativa desse crédito e a consequente cobrança pela via da execução fiscal não me parecem cabíveis. A propositura de ação de conhecimento com pedido condenatório em face do empregado público, observada a competência de justiça em razão da matéria, é caminho natural.

Este o parecer, *sub censura*.

São Paulo, 18 de junho de 2010.

DEMERVAL FERRAZ DE ARRUDA JR.

Procurador do Estado

OAB/SP n° 245.540

15 Recurso Especial n.º 330.703/RS, 1ª Turma, rel. Ministro GARCIA VIEIRA, j. em 16/10/2001.

16 Parecer PA n.º 196/2009, aprovado pelo Procurador Geral do Estado Adjunto em 23 de abril de 2010.

PROCESSO: PROCON nº 943/2009 PGE 16847-157703/2010.

INTERESSADO: Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor – Procon.

PARECER PA Nº 83/2010

De acordo com o Parecer PA nº 83/2010.

Transmitam-se os autos à d. Subprocurador Geral do Estado Consultoria.

PA, em 21 de junho de 2010.

MARIA TERESA GHIRARDI MASCARENHAS NEVES

Procuradora do Estado – Chefe da Procuradoria Administrativa

OAB nº 79.413

Rua Pamplona, 227 – 5a andar – CEP 01405-000 – Jardim Paulista – São Paulo – SP – tel. 3286-4518 – fax: 3286-4504

PROCESSO: 16847-157703 -2010

INTERESSADO: Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor – Procon

ASSUNTO: Parecer PA 83/2010

De acordo com as conclusões do Parecer PA 83/2010, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Encaminhe-se este expediente ao Senhor Procurador Geral do Estado.

GPG, 12 de julho de 2010.

ROSINA MARIA EUZEBIO STERN

Subprocuradora Geral do Estado – Área da Consultoria Geral

PROCESSO: 16847 – 157703 – 2010

INTERESSADO: Fundação De Proteção e Defesa do Consumidor – Procon

ASSUNTO: Parecer PA 83/2010

1. O consistente Parecer PA 83/2010 constitui-se importante precedente para a atuação da Área do Contencioso Tributário-Fiscal, especialmente quando afirma em sua ementa: *“embora todo crédito da Fazenda Pública, seja qual for sua natureza, constitua Dívida Ativa, a inscrição e a cobrança como tal fica a depender da apuração de sua liquidez e certeza mediante ato administrativo editado pelo sujeito a que a lei atribua competência para tanto. A minguia dessa competência, não pode o Estado, por ato de supremacia, confeccionar seu próprio título executivo”*.

2. Em relação ao caso em si, que envolve a cobrança do valor de pouco menos de R\$ 500,00 (quinhentos reais) pagos indevidamente pela Fundação PROCON para antigo empregado, quando de rescisão do contrato de trabalho, entendeu o Parecer PA 83/2010 incabível a inscrição na Dívida Ativa e a consequente cobrança pela via da execução fiscal.

3. Por seus próprios e jurídicos fundamentos, aprovo o Parecer PA 83/2010.

4. Encaminhe-se cópia deste Parecer aos ilustres Subprocuradores Gerais do Estado – Áreas do Contencioso Tributário-Fiscal e Geral para ciência.

5. Devolva-se este expediente à Fundação PROCON por intermédio da Consultoria Jurídica da Secretaria da Justiça e da Defesa da Cidadania.

GPG, 13 de julho de 2010.

MARCELO DE AQUINO

Procurador Geral do Estado Adjunto Respondendo pelo Expediente da PGE

(Republicado por ter saído incompleto)

