

CONCLUSÃO

26 — Parece-me, pois, em síntese:

a) que não pode a lei municipal estabelecer a progressividade das alíquotas do IPTU em razão de características pessoais do sujeito passivo, tendo em vista que o tributo incide sobre coisas;

b) que, entretanto, para beneficiar o contribuinte, a lei pode recorrer a critérios subjetivos (Súmula 531);

c) que é legítima a progressividade das alíquotas do IPTU por motivos extrafiscais, "seja para estimular a construção nos loteamentos situados em áreas dotadas de equipamento urbano, seja para desestimulá-la naqueles que não necessitem de ocupação imediata, seja para direcionar o uso e a ocupação do solo municipal segundo as melhores diretrizes urbanísticas", objetivos referidos na consulta inicial;

d) que a extrafiscalidade deve se manter dentro do quadro constitucional das limitações do poder tributário e dos princípios gerais da tributação, pelo que não poderá chegar ao confisco da propriedade privada, nem à ofensa às condições mínimas necessárias à existência, nem ao conflito com a capacidade contributiva, nem à perversidade fiscal;

e) que seria conveniente o exame, pela Procuradoria Geral do Estado, do anteprojeto de lei, com o detalhamento das propostas do Executivo Municipal.

É o parecer, s.m.j.

Rio de Janeiro, 23 de maio de 1985.

Ricardo Lobo Torres

Procurador do Estado

VISTO

Aprovo o parecer n.º 4/85-RLT, de fls. 16/27.

A Secretária Municipal de Governo.

Rio de Janeiro, 03 de julho de 1985.

Eduardo Seabra Fagundes

Procurador-Geral do Estado

Proc. n.º E-14/32.845/85

Assuntos da Procuradoria Judicial

Responsabilidade Civil do Servidor Público Dano Direto ou Indireto

Parecer de 29-10-82 — Milton Flaks

Responsabilidade civil do servidor público — Dano direto e indireto ao erário — Ressarcimento — Procedimentos adequados.

1 — Cuida-se do tormentoso problema da responsabilidade civil do servidor público perante o Estado, em face de danos causados ao erário por dolo ou culpa *stricto sensu* (negligência, imprudência ou imperícia).

São os seguintes os aspectos propostos para exame: a) dano direto à Fazenda; b) dano indireto, resultante de prejuízos causados a terceiros, mas compostos pelo erário em virtude do princípio da **responsabilidade objetiva** das pessoas jurídicas de direito público (CF, art. 107); c) possibilidade de satisfação espontânea do terceiro prejudicado, sem que isso implique em perda do direito de regresso da Fazenda contra o servidor culpado.

2 — O dano causado diretamente à Fazenda, por dolo ou culpa, não oferece maiores dificuldades: o prejuízo é ressarcido mediante desconto em folha de pagamento (Estatuto da União, art. 197, § 1.º; Estatuto do Estado, art. 42, § 1.º). A legitimidade desse procedimento tem merecido o respaldo da doutrina e da jurisprudência (cf. OSWALDO ARANHA BANDEIRA DE MELLO, **Princípios Gerais de Direito Administrativo**, 11, n.º 40.6; J. GUIMARÃES MENEGALE, **O Estatuto dos Funcionários**, 11, n.º 502; PEDRO PAULO CRISTÓFARO, **in Pareceres Normativos da Procuradoria Geral do Estado**, v. I, p. 146; TFR, *Rev. For.*, 241/134).

Recomenda-se, apenas, que o desconto seja precedido de processo administrativo regular, no qual fique assegurado ao servidor supostamente responsável amplo o direito de defesa.

É evidente, por outro lado, que a decisão administrativa desfavorável poderá ser questionada na esfera judiciária, ao teor do art. 153, § 4.º, da CF (c/red. EC 7/77). Disso poderá resultar a suspensão

provisória do desconto, o cancelamento definitivo da medida e/ou a devolução das importâncias indevidamente descontadas, uma vez que, em nosso sistema constitucional, a **verdade judiciária** prevalece sobre a **verdade administrativa**.

3 — Quanto ao dano indireto, decorrente de prejuízo causado a terceiro pelo servidor público, agindo nesta qualidade, levanta-se dúvida sobre se é lícito à Fazenda compô-lo espontaneamente, sem que isso implique na perda do direito de regresso previsto no art. 107 da CF.

Fundamenta-se a dúvida na circunstância de que os estatutos funcionais, de um modo geral, preceituam: "Tratando-se de dano causado a terceiro, responderá o funcionário perante a Fazenda, em ação regressiva, proposta depois de **transitar em julgado a decisão** de última instância que houver condenado a Fazenda a indenizar o terceiro prejudicado" (Estatuto da União, art. 197, § 2.º, Estatuto do Estado, art. 42, § 2.º).

Desse dispositivo pretende-se extrair o consectário de que o direito de regresso condiciona-se, sempre, à preexistência de uma sentença judicial condenatória, sentença essa que inexistiria na hipótese de composição extrajudicial.

4 — O vigente Código de Processo Civil impõe às partes o dever de "não formular pretensões, nem alegar defesa, cientes de que não destituídas de fundamento" (art. 14, III). Com melhores motivos, tal dever é exigido das entidades estatais, obrigadas a desempenhar suas funções com legitimidade e justiça, pressupostos inafastáveis, pelo menos em tese, de quaisquer atos do poder público.

Não teria sentido lógico nem prático compelir o prejudicado a recorrer, obrigatoriamente, ao Poder Judiciário, nada obstante vencida a Administração, através do pronunciamento de seus órgãos competentes, da liceidade de sua reclamação. Além disso, requisitado o processo administrativo pelo Juiz (CPC, art. 399, II), a posição processual da entidade pública seria não só constrangedora, mas também insustentável.

Note-se que o art. 107 da CF, quando cuida do direito regressivo da Fazenda contra o servidor culpado, não exige a preexistência de uma sentença condenatória. De outro lado, os estatutos funcionais (leis administrativas locais) não podem se sobrepor ao Código de Processo Civil (lei nacional).

Em conseqüência, o corolário a se extrair do preceito acima transcrito deve ser outro: na ausência de composição extrajudicial, as pessoas de direito público não podem tomar qualquer iniciativa contra o servidor supostamente culpado, visando ao ressarcimento, antes de transitar em julgado a sentença condenatória. Deve-se ressaltar, todavia, a hipótese de **denúnciação da lide**, adiante versada, em que a ação principal (condenatória) e a subsidiária (regressiva) correm paralelas.

5 — Vale sublinhar, entretanto, que a composição extrajudicial, como qualquer outro ato do poder público, subordina-se ao **princípio da legalidade**, segundo o qual nenhuma autoridade pode agir além dos precisos limites da norma legal, por melhores ou mais justas que sejam as suas intenções (cf. HANS KELSEN, **General Theory of Law and State**, trad. americana, 1941, p. 249; MARCEL WALINE, **Théorie Générale du Droit Administratif**, 6.ª ed., Paris, 1955, p. 103; HELY MEIRELLES, **Dir. Adm. Brasileiro**, 7.ª ed., p. 70-71; STF, RE 79.102-BA, RTJ, 78/195).

Assim sendo, tal composição sujeita-se à existência de norma legal que indique as condições em que poderá efetivar-se, o procedimento administrativo a seguir e o órgão competente para autorizá-la.

Existindo autorização legal, recomendável que o servidor, supostamente responsável pelo dano causado a terceiro, seja convocado para oferecer defesa, em homenagem ao princípio do contraditório. Outrossim, a composição eventualmente concretizada não vincula o servidor, que poderá questionar, ilimitadamente, na esfera judicial, o **an debeatur** e o **quantum debeatur**. Concluindo o julgado que a Fazenda equivocou-se, pagando por erro, restar-lhe-á pleitear, do benefício da indenização, a restituição do pagamento indevido (Cód. Civil, arts. 964 e 965).

6 — Segundo conceito corrente extraído do art. 70 do CPC, **denúnciação da lide** é o instrumento concedido a qualquer das partes do litígio para chamar a juízo um terceiro, com o qual tenha relação de regresso na eventualidade de perder a demanda (cf. AMARAL SANTOS, **Primeiras Linhas de Dir. Proc. Civil**, 3.ª ed., 11/22).

Conforme entendimento dominante entre os processualistas pátrios, o CPC em vigor adotou o sistema germânico de denúnciação da lide, motivo pelo qual a denúncia conduz à interseção de um novo litígio, entre denunciante e denunciado, proposto **secundum eventum litis**: vencido o denunciante na lide originária, a mesma sentença já decidirá sobre a legitimidade ou não de suas pretensões regressivas, com efeito executório imediato (cf. BARBOSA MOREIRA, **Estudos sobre o novo CPC**, 1974, pp. 87-88).

Doutrinadores de peso admitem a denúnciação da lide pelos entes públicos, quando há indícios concretos de que o dano resultou de culpa de seu servidor (cf. PONTES DE MIRANDA, **Comentários ao CPC**, 11/123-124; ARRUDA ALVIM, **CPC Comentado**, 111/264). Tais indícios podem resultar dos termos em que a ação indenizatória foi proposta ou das próprias sindicâncias administrativas destinadas a colher elementos para a defesa da Fazenda.

Nada obstante, hesita a jurisprudência em admitir a denúnciação da lide pelos entes públicos, registrando-se decisões favoráveis e contrárias, estas apoiadas no princípio da **responsabilidade objetiva** e na preocupação de não introduzir no litígio matéria aparentemente estranha ao primitivo pleito: a eventual culpa do servidor.

7 — Oportuno acentuar, desde logo, que a omissão da Fazenda ou a recusa do Juiz em permitir que denuncie a lide, não lhe acarreta a perda do direito de regresso. É que, apesar de algumas respeitáveis opiniões em contrário, tem prevalecido o entendimento de que a ausência da denúncia só inibe a ação regressiva se assim dispuser a lei material (cf. ARRUDA ALVIM, **CPC Comentado**, 111/259-260; CALMON DE PASSOS, "Denúnciação da Lide, in **Enciclopédia Saraiva de Direito**, 321-322; HUMBERTO THEODORO JR., **Processo de Conhecimento**, 1/162; SOARES MUÑOZ, in **Estudos sobre o novo CPC**, obra coletiva, 1974, p. 21-22; CÂNDIDO DINAMARCO, **Direito Proc. Civil**, 1975, p. 165; RENATO MANESCHY, **Denúnciação da lide**, RF 261/114).

Consoante a opinião acima citada, que tem merecido o respaldo da maioria dos arestos, desde que a lei material não imponha a denúncia como pressuposto da ação regressiva, a exemplo do art. 1.116 do Código Civil (risco da evicção), a inércia do titular do direito regressivo só lhe acarretará sanções processuais, tais como: a) a de não se beneficiar, eventualmente, do art. 76 do CPC; b) a de não vincular o responsável ao decisório, abrindo-lhe a oportunidade, na ação subsequente, de arguir a injustiça da sentença anterior (**exceptio male iudicati processus**) e furtar-se de compor os prejuízos em que já incorreu o vencido.

Considerando que o art. 107 da CF não impõe a denúncia da lide como condicionante da ação regressiva nele prevista, poderá a Fazenda proceder pela forma indicada nos parágrafos seguintes, nas hipóteses de omissão ou indeferimento da **litisdenuntiatio**.

8 — Suponha-se que a Fazenda tenha satisfeito o dano causado a terceiro, por culpa de servidor, mediante composição extrajudicial ou em execução de sentença condenatória proferida em processo de conhecimento, no qual não houve ou foi indeferida a denúncia da lide. Tradicionalmente, exerceria o seu direito regressivo através de procedimento cognitivo comum, ordinário ou sumaríssimo, conforme o valor da causa.

Pretende-se demonstrar, no entanto, que também pode utilizar-se da execução fiscal, depois de inscrito o débito como dívida ativa não tributária, em face da legislação em vigor.

9 — Como é sabido, o Decreto-Lei n.º 960/38 limitava o conceito da dívida ativa, mas exclusivamente para o efeito da ação executiva nele disciplinada. Dizia o seu art. 1.º que "por dívida ativa entende-se...", enumerando a seguir os créditos colocados sob sua proteção. Por igual, o Decreto-Lei n.º 474/69, que estendeu aquele procedimento especial a outros créditos: "Para efeito de aplicação das normas do Decreto-Lei n.º 960, de 17 de dezembro de 1938, entendem-se, também, por dívida ativa..." (art. 3.º).

A verificação de que existiam outros créditos públicos, inscrivíveis como dívida ativa (v.g., restituições indevidas feitas pela Fa-

zenda; indenizações por despesas realizadas em benefício de particulares, como nos casos de demolição de prédio para evitar ruína iminente), porém não contemplados nos referidos textos legais, levava BERNARDO RIBEIRO DE MORAES a subdividi-la em: a) dívida ativa cobrável por ação executiva fiscal; b) dívida ativa exigível pelos meios normais de cobrança (**O Município e sua dívida ativa**, Rio, 1970, pp. 6-7).

10 — Sucede que a vigente Lei da Execução Fiscal autorizou a cobrança, mediante o procedimento executório especial nela previsto, de todos os créditos inscritos como dívida ativa nos termos da Lei n.º 4.320/64 (Lei n.º 6.380/80, arts. 1.º e 2.º).

Segundo o art. 39, § 2.º, da Lei n.º 4.320/64, com a redação que lhe deu o Decreto-Lei n.º 1.735/79,

"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, multas 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".

A linguagem não é das mais escorreitas, porém a **mens legis** apresenta-se suficientemente clara: a) a dívida tributária resulta do não pagamento de obrigações às quais a lei atribui a natureza de tributos e dos conseqüentes acréscimos moratórios; b) a dívida ativa não tributária decorre de quaisquer outros débitos para com o poder público. Esta última conclusão é reforçada pelo caráter meramente exemplificativo ("tais como") do art. 39, § 2.º, da Lei n.º 4.320/64, acima transcrito.

Com essa amplitude, o legislador fez o direito positivo retornar ao regime das Ordenações, durante o qual, segundo PERDIGÃO MALLEIRO, a ação executiva era própria para a cobrança de "qualquer dívida do Estado", desde que "líquida e certa" (**Manual**, § 93, nota 218).

11 — Costuma-se extrair o conceito de liquidez e certeza do art. 1.533 do Código Civil. Em tema de execução fiscal, resulta do **lançamento**, ato ou procedimento administrativo que verifica a ocorrência do fato gerador da obrigação pecuniária para com o poder público, identifica o sujeito passivo e calcula o montante do débito (CTN, art. 142; L. n.º 4.320/64, art. 53). Não só fornece o **an debeat**

(quem deve e por quê deve), como fixa o **quantum debeatur** (quanto deve). Nenhum crédito poderá ser inscrito como dívida ativa sem que o lançamento responda previamente a três perguntas: quem, por quê e quanto.

Não se diga que o **lançamento** seria um instituto privativo do Direito Tributário. Pesquisando sua natureza, os tributaristas coincidem em nele identificar duas características essenciais: a) ato administrativo, isto é, privativo da Administração; b) vinculado ou regrado, ou seja, obrigatório e resultante de motivos expressos em lei, não podendo a Administração deixar de praticá-lo na oportunidade, pelo modo e com o conteúdo previsto, desde que se verifiquem os pressupostos legais (cf. RUBENS GOMES DE SOUZA, **Compêndio de Legislação Tributária**, 1975, p. 105).

Ora, essas características são igualmente encontradas no ato da Administração que apura outros débitos para com o poder público, tais como multas administrativas, alcances ou renda de imóveis. Constituem autênticos **lançamentos** os atos administrativos de extrair "nota de débito" ou de emitir "guia de receita", expressões usualmente empregadas pelos regulamentos, quando se referem a créditos não tributários.

12 — Estabelecido que as indenizações podem ser objeto de lançamento, resta examinar em que circunstâncias também podem ser inscritas como dívida ativa não tributária, para ensejar a execução fiscal.

Excluídas outras hipóteses particulares (alcances, reposições, restituições), a obrigação de indenizar o Estado (**lato sensu**) pode nascer de duas situações: a) por despesas feitas em benefício de particulares, no exercício do seu **poder-dever** de polícia (v.g., demolição de prédio em caso de ruína iminente; socorro ou salvamento, quando a lei autoriza o ressarcimento dos custos); b) danos materiais provocados por ofensa dolosa (ilícito criminal) ou culposa (ilícito civil) ao patrimônio estatal. Esta ofensa tanto pode ser praticada por funcionários, no exercício de suas atribuições, como por particulares.

Não há motivo para o intérprete distinguir onde a lei não distingue. Inexiste qualquer diferença básica entre os prejuízos causados ao erário por culpa aquiliana de seus próprios servidores ou terceiros (e.g., destruição de um veículo oficial; danos causados a terceiros e ressarcidos pela Fazenda) e os decorrentes de haver o poder público se substituído ao particular, no interesse da coletividade, suprindo a omissão de um dever legal (v.g., demolição de prédio em ruína).

Inaplicável, outrossim, a doutrina que discrimina entre atos de império e atos privados. Essa discriminação — **ius imperii** e **ius gestionis** — respalda-se na teoria da dupla personalidade do Estado, nascida em França para atender a circunstâncias locais geradas pelos movimentos revolucionários do Século XVIII. Justificou o sistema de jurisdição bipartida ou do contencioso administrativo, através

do qual foram subtraídos ao exame da Justiça comum os atos que traduzissem a eminência do poder público. Apesar de haver sido adotada em muitos países, a teoria não mereceu a acolhida dos nossos administrativistas e vem perdendo prestígio na própria França, após as cerradas críticas que lhe fizeram, entre outros, BONNARD e DUGUIT, para quem o Estado jamais se nivela ao particular (cf. CAIO TÁCITO, **Direito Administrativo**, 1975, p. 57).

13 — Poderá susceptibilizar que o credor arbitre seu prejuízo e com base nesse arbitramento autoconstitua o seu título de crédito, com força executiva. Sempre se reconheceu à Administração, todavia, uma certa dose de discricionariedade na apuração de seus créditos. Isto ocorre, entre outras hipóteses previstas em lei, no lançamento de tributos por estimativa (CTN, art. 148), sistema cuja constitucionalidade foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal (Rp. n.º 897, pleno, DJ de 8-7-76, p. 5.109).

Tal discricionariedade não deixa de ser justificada por ALBERTO XAVIER, quando cuida do lançamento tributário, valendo as observações para todas as hipóteses de apuração de dívida para com o poder público:

"No procedimento administrativo, a Administração financeira é **parte imparcial**. Não envolve isto qualquer contradição dos termos, pois que a imparcialidade se afere face a um interesse — o interesse formal do Estado — que inobstante existir, se tornou irrelevante no processo. Imparcialidade significa assim o "desinteresse" que, por força da lei, a Administração fiscal, como sujeito do processo, tem de revelar quanto ao interesse formal do Estado. Sendo parte imparcial ou órgão de Justiça, o Fisco não exprime um interesse em conflito ou contraposto ao do particular, contribuinte. E, sendo o fim do procedimento tributário um fim de aplicação objetiva da lei, ou seja, um fim de justiça, nele não se desenrola necessariamente um litígio, antes uma atividade disciplinada de colaboração para a descoberta da verdade material" (**Do Lançamento no Direito Tributário Brasileiro**, 1977 n.º 43).

14 — Assim sendo, tanto nas hipóteses de dano indireto causado por servidor público, como nos casos de dano direto provocado por terceiros estranhos à Administração, as quantias dispendidas pela Fazenda poderão ser inscritas como dívida ativa, para o efeito de execução fiscal, desde que inquérito administrativo regular tenha concluído pela culpa do causador do prejuízo.

Afigura-se indispensável, entretanto, para que as indenizações devidas possam ser inscritas como dívida ativa não tributária, a existência de um procedimento administrativo adequado, em que se assegure ao suposto devedor o direito de defesa e prazo para pagamento espontâneo. Observe-se que, neste passo, a lei financeira

nada mais fez do que facultar aos entes públicos uma forma de contencioso administrativo não jurisdicional, já previsto na Constituição (arts. 153, § 4.º, e 203, c/red. EC 7/77).

De qualquer modo, os embargos à execução fiscal, com a amplitude que a LEF admite (art. 16, § 2.º), oferecem oportunidade de questionar-se ilimitadamente, na esfera judicial, não só a materialidade do fato gerador da obrigação (inclusive a culpa do sujeito passivo), como o **quantum** arbitrado. A presunção que justifica a prerrogativa fazendária é a mesma, quer se tratem de créditos tributários, quer se tratem de créditos não tributários: a utilização da faculdade com equidade e justiça, pressupostos de todos os atos do poder público.

Existem precedentes históricos que aponam o entendimento, considerando-se que o direito positivo, em tema de execução fiscal, retornou ao regime das Ordenações, como acentuado acima. Durante sua vigência, podiam ser cobradas mediante ação executiva fiscal as indenizações "de despesas feitas pelas Capitânias dos Portos a bem de particulares" (Regul. 447, de 19 de maio de 1846, art. 121) e as devidas "por delitos" (Resol. de 31 de Janeiro de 1857).

15 — Do exposto, ressuma:

a) os danos diretos causados por servidores públicos ao erário podem e devem ser ressarcidos mediante desconto em folha de pagamento, desde que apurada a culpa em procedimento administrativo regular;

b) a composição extrajudicial com terceiro, vítima de prejuízo provocado por servidor público, uma vez autorizada em norma legal, não impede o exercício do direito de regresso previsto no art. 107 da Constituição Federal;

c) não sendo o caso de desconto em folha de pagamento, nem tendo ocorrido a denúncia da lide, os créditos decorrentes de prejuízos causados à Fazenda por servidores públicos ou pessoas estranhas à Administração, podem ser inscritos como dívida ativa, após procedimento administrativo que tenha concluído pela culpa do responsável, a fim de ensejar sua cobrança mediante execução fiscal.

16 — Tendo em vista que o presente parecer interessa a todos os órgãos da administração estadual, alvitro que seja submetido ao Exmo. Sr. Procurador-Geral do Estado, para exame da conveniência de lhe ser dado caráter normativo, caso as suas conclusões venham a merecer aprovação.

SUB CENSURA

Rio de Janeiro, 29 de outubro de 1982.

Milton Flaks

Procurador do Estado

Proc. n.º E-09/00.127/204/81

Assuntos Trabalhistas e de Pessoal

Requisição de Servidor para Função Diferente da do Contrato

Parecer n.º 7/84 — Hugo de Carvalho Coelho

Colocação de servidor contratado à disposição de outro órgão para exercer função para a qual não foi contratado. Alteração qualitativa do Contrato Individual do Trabalho.

1 — Solicita a 9.ª Procuradoria Regional, sediada em Macaé, seja o servidor IZOLINO CAETANO FILHO colocado à disposição da Procuradoria Geral do Estado, para nela exercer funções administrativas.

O pedido vem instruído com o contrato de trabalho celebrado entre o Estado e o servidor, onde verifica-se haver sido ele contratado para exercer a função de eletricitista (doc. de fls. 3/4).

Para comprovar habilitação para o exercício de função administrativa, encontra-se no processo um "Certificado de Datilografia" (fls. 5).

Tanto o servidor (fls. 11) como o seu chefe imediato (fls. 12), concordam com a cessão.

2 — No conceito genérico de trabalhador é a qualificação profissional que confere ao indivíduo uma posição definida.

A qualificação profissional compreende dois elementos: um subjetivo, resultante da capacidade profissional do trabalhador; outro, objetivo, pela destinação qualitativa do trabalho em cada empresa.

Pode, assim, o empregado, potencialmente, ter qualificação para executar certa função. Mas, se é contratado para exercer outra, esta última é a que importa, por se estar pisando no terreno das condições contratuais.

E não será, em qualquer caso, o título, o rótulo usado no contrato que dirá da qualificação do empregado, e sim a real natureza da função por ele exercida (cf. DELIO MARANHÃO, **Direito do Trabalho**, 10.ª ed., p. 204).