

# IMPOSSIBILIDADE DO PROCON DO ESTADO DE SÃO PAULO COBRAR MULTAS IMPOSTAS POR EXECUÇÃO FISCAL

Adolpho Bergamini

## 1. Introdução

Para cumprir as determinações dispostas nos arts. 5º, XXXII,<sup>1</sup> e 170, V,<sup>2</sup> da Constituição Federal, o Estado de São Paulo editou a Lei Estadual n. 9.192/95, autorizando o Poder Executivo a instituir a Fundação PROCON no Estado, o que fez por meio do Decreto Estadual n. 41.170/96. Segundo essas normas, o PROCON tem o dever de promover as medidas judiciais cabíveis na defesa e proteção dos interesses coletivos, difusos e individuais homogêneos dos consumidores, incluindo-se aí a cobrança das multas aplicadas nos termos do art. 56, I, da Lei n. 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor – CDC).

A cobrança dessas multas vem sendo realizada mediante inscrição em Dívida Ativa com o conseqüente ajuizamento de Execução Fiscal. Ocorre que esse procedimento não encontra amparo na legislação atualmente em vigor – Lei n. 6.830/80 (LEF).

Esse é o tema ao qual nos propomos a enfrentar doravante.

---

1. “Art. 5º. [...] XXXII – O Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”.

2. “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...] V – defesa do consumidor”.

Em princípio, analisaremos se *Fundações Públicas* estão ou não autorizadas a inscrever em Dívida Ativa quaisquer valores que pretendam cobrar de terceiros. O exame desse tema demandará o estudo da natureza jurídica da *Fundação Pública* segundo o ordenamento jurídico atual, bem como se ela – a *Fundação Pública* – se confunde ou não com *Autarquia*.

O assentamento dessas premissas nos permitirá saber se, do ponto de vista legal, o sistema de cobrança de multas adotado pelo PROCON no Estado de São Paulo se conforma ou não com as disposições legais atinentes.

Passemos adiante.

## 2. As previsões da LEF

De acordo com o art. 1º da Lei n. 6.830/80 (LEF), a execução fiscal se presta à cobrança da Dívida Ativa dos sujeitos de Direito Público da Administração Direta (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) e respectivas **autarquias**. E, segundo o art. 2º, *caput*, a “Dívida Ativa” abrange os créditos tributários ou não tributários da *Fazenda Pública* arrolados na Lei n. 4.320/64,<sup>3</sup> a saber:

*Receita de Capital*  
Operações de crédito  
Alienação de bens móveis e imóveis  
Amortização de empréstimos concedidos  
transferências de Capital;  
Outras receitas de Capital

*Receita Patrimonial*  
Receitas Imobiliárias  
Receitas de Valores Mobiliários  
Participações e Dividendos  
Outras Receitas Patrimoniais

*Receitas Diversas*  
Multas  
Cobrança da Dívida Ativa  
Outras Receitas Diversas

*Receita Industrial*  
Receita de Serviços Industriais  
Outras Receitas Industriais

*Receita Tributária*  
Impostos  
Taxas  
Contribuições de Melhoria

---

3. A referida lei estatui normas gerais de Direito Financeiro para a elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal.

O § 1º do art. 2º da LEF complementa as disposições do *caput* ao prescrever que qualquer valor cuja cobrança seja atribuída por lei às entidades de que trata o art. 1º (“União, Estados, Municípios, Distrito Federal, ou respectivas autarquias”) será considerado Dívida Ativa da Fazenda Pública. Logo, segundo a LEF, apenas podem ser inscritos em Dívida Ativa e cobrados em execução fiscal os créditos:

da União, Estados, Distrito Federal e Municípios; e respectivas autarquias.

Pois bem. A Fundação PROCON não preenche nenhum dos requisitos mencionados na LEF para compor o pólo ativo de Execuções Fiscais. Primeiro, porque não é ente político ou autarquia, elemento essencial para que haja legitimidade ao ingresso de Execução Fiscal. Em segundo lugar, porque o crédito que se quer executar não é caracterizado como Dívida Ativa e tampouco seu valor é revertido para algum dos entes federativos ou suas autarquias, mas sim para si própria, bem como a lei não atribui a cobrança das multas aos entes políticos ou às suas autarquias, mas à Fundação PROCON.

Vejamos.

### **3. A caracterização do PROCON como fundação pública e não como autarquia**

Sabe-se que tanto as autarquias como as fundações públicas compõem a Administração Pública Indireta, diferindo, entretanto, em seus respectivos conceitos e atuações.

Para o Direito Administrativo, *Autarquia* é entidade criada por lei que presta um serviço autônomo com patrimônio e receitas próprios, para executar atividades típicas da Administração Pública que requeiram gestão administrativa e financeira descentralizada, visando melhor alcançar os objetivos constitucionais da Administração Pública.

Realmente, Hely Lopes Meirelles assim define as autarquias:

Entidades Autárquicas – São pessoas jurídicas de Direito Público, de natureza meramente administrativa, criadas por lei específica, para a realização de atividades, obras, ou serviços descentralizados da entidade estatal que as criou. Funcionam e operam na forma estabelecida na lei instituidora e nos termos de seu regulamento. As autarquias podem desempenhar atividades educacionais, previdenciárias e quaisquer outras outorgadas pela entidade estatal-matriz, mas sem subordinação hierárquica, sujeitas apenas ao controle finalístico de sua administração e da conduta de seus dirigentes.<sup>4</sup>

Adiante em sua obra,<sup>5</sup> em tópico específico, Hely Lopes Meirelles estabelece os contornos que delimitam a conceituação de “autarquia”, assim o fazendo.

A autarquia é forma de descentralização administrativa, através da personificação de um serviço retirado da Administração centralizada. Por essa razão, à autarquia só deve ser outorgado serviço público típico, e não atividades industriais ou econômicas, ainda que de interesse coletivo. Para estas, a solução correta é a outorga às empresas governamentais criadas para esse fim, ou sua delegação a empresas privadas, mediante concessão ou permissão.  
[...]

---

4. MEIRELLES. Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 65.

5. *Ibidem*. p. 330-31.

Autarquia é pessoa jurídica de Direito Público, com função pública própria e típica, outorgada pelo Estado, não se confundindo com as fundações de Direito Privado, nem com as empresas governamentais, e menos ainda com os entes de cooperação (serviços sociais autônomos e organizações sociais). Toda estas entidades são pessoas jurídicas de Direito Privado, como veremos adiante, motivo pelo qual os privilégios administrativos (não os políticos) do Estado se transmitem naturalmente e institucionalmente às autarquias, sem beneficiar aquelas outras entidades, senão quando lhes são atribuídos por lei especial. E por fim, assinale-se esta diferença: a personalidade da autarquia, por ser de Direito Público, nasce com a lei que a institui, independentemente de registro; a personalidade jurídica das fundações, empresas governamentais e dos entes de cooperação, por ser de Direito Privado, nasce com o registro de seu estatuto, elaborado segundo a lei que a autoriza.

[...]

A autarquia não age por delegação; age por direito próprio e com autoridade pública, na media do “*jus imperii*” que lhe foi outorgado pela lei que a criou.<sup>6</sup> Como pessoa jurídica de Direito Público interno, a autarquia traz ínsita, para a consecução de seus fins, uma parcela do poder estatal que lhe deu vida. Sendo um ente autônomo, não há subordinação hierárquica da autarquia para com a entidade estatal a que pertence, porque, se isto ocorresse, anularia seu caráter autárquico. Há mera vinculação à entidade-matriz, que, por isso, passa a exercer um controle legal, expresso no poder de correção finalística do serviço autárquico

[...]

A instituição das autarquias, ou seja, sua criação, faz-se por lei específica (art. 37, XIX, da Constituição Federal), mas a organização se opera por decreto, que aprova o regulamento ou estatuto da entidade, e daí por diante sua implantação se completa por atos da diretoria, na forma regulamentar ou estatutária, independentemente de quaisquer registros públicos.

Até aqui, temos os seguintes elementos que identificam uma entidade como autárquica: a) a autarquia deve executar serviços próprios do Estado, em condições idênticas às do

---

6. Aqui, Hely Lopes Meirelles faz menção à Francesco D'Alessio: *Istituzioni di Diritto Amministrativo*. Turim, 1939, v. 1, p. 199.

Estado; b) a autarquia goza dos mesmos privilégios da Administração-matriz, o ente político que a criou; c) o início da personalidade jurídica da autarquia se dá com a publicação da lei que a criou e independe de registro de ato constitutivo em órgão competente; e d) a autarquia carrega consigo uma parcela do poder estatal e, por isso, não se submete a qualquer tipo de subordinação, podendo agir por seu próprio alvedrio e sem delegação.

A *Fundação Pública*, por sua vez, é entidade dotada de personalidade jurídica de Direito Privado sem fins lucrativos, criada por via de decreto legitimado por autorização legislativa para o desenvolvimento de atividades que não exigem execução de órgãos ou entidades de Direito Público, com autonomia administrativa e patrimônio próprio geridos pelos respectivos órgãos de administração.

Retomando as lições de Hely Lopes Meirelles, vejamos os principais conceitos atinentes às fundações públicas:

As fundações, como universalidade de bens personalizada, em atenção ao fim, que lhe dá unidade, ou como um patrimônio transfigurado pela idéia, que o põe ao serviço de um fim determinado, sempre estiveram nos domínios do Direito Civil, sendo consideradas pessoas jurídicas de Direito Privado.

Nos últimos tempos, porém, pelo fato de o Poder Público vir instituindo fundações para prossecução de objetivos de interesse coletivo – educação, ensino, pesquisa, assistência social, etc. – com a personificação de bens públicos e fornecendo subsídios orçamentários para sua manutenção, passou-se a atribuir personalidade pública a essas entidades.

[...]

Com esse tratamento, a Carta da República transformou essas fundações em entidades de Direito Público, integrantes da Administração indireta, ao lado das autarquias e das empresas governamentais.

[...]

As fundações prestam-se, principalmente, à realização de atividades não lucrativas e atípicas do Poder Público, mas de interesse coletivo, como a educa-

ção, cultura, pesquisa. Sua instituição depende de autorização de lei específica (art. 37, XIX, da Constituição Federal) da entidade-matriz, cabendo ao Executivo providenciar os demais atos necessários à sua formação, visto que só terão existência legal após sua inscrição no Registro competente.

Os contratos celebrados pelas fundações públicas, de Direito Público ou de Direito Privado, devem ser precedidos de licitação, nos termos do art. 37, XX, da Constituição Federal.

Então, são estes os elementos identificadores de uma fundação pública: a) a fundação pública não executa serviços típicos do Estado – pelo contrário, sua finalidade é se dedicar a atividades não lucrativas e atípicas do Poder Público; b) a fundação pública não goza dos privilégios do ente político a que se vincula; c) a personalidade jurídica da fundação pública só passa a vigorar quando há o registro de seu ato constitutivo no órgão competente, precedido evidentemente de autorização legislativa e decreto regulamentar; e d) a fundação pública não tem parcela do poder estatal e, portanto, está subordinada ao ente político que a criou.

Logo se nota diferenças indeléveis entre os institutos, seja em sua origem legislativa como em sua atuação institucional. Enquanto que *Autarquias* são criadas por leis e têm como objetivo a execução de serviços típicos da Administração Pública, *Fundações Públicas* são criadas por meio de decretos autorizados pelo Poder Legislativo do respectivo ente federativo e se destinam ao desempenho de atividades nas quais a execução de órgãos ou entidades de Direito Público são inexigíveis.

Também as persecuções dos respectivos objetivos são diversas. Enquanto que *Autarquias* exercem serviços públicos típicos do Estado, as *Fundações Públicas* desempenham atividades atípicas. Além disso, as *Autarquias* agem sem qualquer

tipo de delegação funcional, por seu próprio alvedrio, o que não ocorre com *Fundações Públicas*, cuja atuação é necessariamente delegada pelo ente político que a criou.

Ademais, o ente político ao qual está vinculada a *Fundação Pública* pode vir a exercer ingerências sobre esta, o que não ocorre com as *Autarquias*. Desse mesmo raciocínio decorre a conclusão de que as *Autarquias* gozam dos privilégios do ente político que a criou, o que não acontece com as *Fundações Públicas*.

Poder-se-ia dizer que haveria certa equiparação entre *Fundações Públicas* e *Autarquias* em razão de alguns julgados proferidos antes de 1998. Entretanto, a Emenda Constitucional n. 19, de 04 de junho de 1998, dirimiu qualquer dúvida, ao dar nova redação ao art. 37, XIX, da Constituição Federal.

Assim estava disposto na redação original do art. 37, XIX, da Constituição Federal:

[Redação original do art. 37, IXI, da Constituição Federal]

Art. 37 [...]

XIX – somente por lei específica poderão ser criadas empresa pública, sociedade de economia mista, autarquia ou fundação pública;

Entretanto, veio à baila a Emenda Constitucional n. 19, cuja pretensão foi implementar o que se denominou na época de *reforma administrativa*. Entre os dispositivos alterados estava o art. 37, XIX, da Constituição Federal, que recebeu do constituinte reformador a seguinte redação:

[Redação do art. 37, XIX, da Constituição Federal, modificada pela

EC n. 19]

Art. 37 [...]

XIX – somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação;

Por sua exegese, vê-se que, antes da edição da EC n. 19, a Constituição Federal previa o mesmo procedimento legislativo para criação de autarquias e fundações públicas. Agora, com o novo regramento constitucional, nota-se bem a separação instituída: lei específica poderá **criar** autarquia; e lei específica poderá **autorizar** a instituição de fundações públicas.

Quer dizer que as fundações foram colocadas ao lado das empresas governamentais: a lei não as cria, apenas autoriza a sua criação, devendo o Executivo tomar as providências necessárias para o registro determinante do nascimento da pessoa jurídica de Direito Privado. Por outro lado, na mesma medida em que houve certa equiparação entre fundações públicas e empresas governamentais, houve também flagrante contraposição às autarquias, cuja criação vem diretamente de lei específica.

Ora, se o próprio constituinte cuidou de estabelecer diferenças no tratamento entre fundações públicas e autarquias, não cabe ao intérprete da norma estabelecer qualquer tipo de equiparação.

Após toda essa análise, é intuitivo afirmar que a Fundação PROCON é enquadrada no conceito de “*Fundação Pública*”, a começar por sua criação. Conforme o documento anexo, no Estado de São Paulo, a autorização para a criação da Fundação PROCON veio no bojo do art. 1º da Lei Estadual n. 9.192/95, sendo que sua instituição efetiva se deu pelo Decreto n. 41.170/96. Isso sem contar que a Fundação

PROCON preenche todos os quesitos caracterizadores das *Fundações Públicas*.

#### **4. Impossibilidade de *Fundações Públicas* inscreverem seus créditos em Dívida Ativa**

Nesse diapasão, estão claras as diferenças entre *Autarquias* e *Fundações Públicas*, sendo que a Fundação PROCON está juridicamente enquadrada no conceito desta última. Agora, é mister demonstrar a impossibilidade de *Fundações Públicas*, tal e qual a Fundação PROCON, inscreverem suas dívidas na Dívida Ativa de um dos entes políticos e/ou suas autarquias.

Foi dito, no tópico acima, que as *Autarquias* gozam de privilégios que as *Fundações Públicas* não têm. Por essa razão é que as *Autarquias* podem se valer da Execução Fiscal à cobrança de seus créditos e podem inscrevê-los na Dívida Ativa dos entes federativos a que estão relacionadas. Ora, se executam serviços que deveriam ser realizados pela Administração Pública Direta (*União, Estados, Municípios e Distrito Federal*), é justo que se valham de formas judiciais mais céleres para receber os créditos inadimplidos, como a possibilidade de inscrever seus débitos na Dívida Ativa e ajuizar Execução Fiscal.

É o contrário do que ocorre com *Fundações Públicas*. Não é essencial que os serviços executados por essas entidades sejam prestados pela Administração Pública, razão pela qual não podem ser agraciados com o rito da Execução Fiscal. Corroborase a tese pelo fato de que a Fazenda Pública não pode legitimamente substituir *Fundações Públicas* na cobrança judicial de seus débitos.

A vedação vem expressa no corpo da Lei de Execuções Fiscais, que legitima apenas a União, os Estados, os Municípios, o Distrito Federal e suas respectivas autarquias a inscreverem seus débitos na Dívida Ativa. Em nenhum momento, o legislador incluiu as Fundações Públicas no texto legal.

Há um outro entrave, esse relacionado à destinação das receitas obtidas com as multas impostas pela Fundação PROCON: enquanto o valor da Dívida Ativa executada por *Autarquias* é revertido para si ou para a Fazenda Pública (*há legitimação do ato pelos arts. 1º e 2º da LEF*), o débito executado por *Fundações Públicas*, como a Fundação PROCON, compõe sua própria receita e não é destinado a qualquer dos entes federativos e/ou suas autarquias.

Realmente, a Lei Estadual n. 9.192/95, que autorizou o Poder Executivo a instituir a Fundação PROCON no Estado de São Paulo, prevê que a renda proveniente da aplicação de penalidades por infrações às normas legais de proteção e defesa do consumidor integra a receita da Fundação PROCON.

[Lei Estadual n. 9.192/95]

Art. 7º. Constituirão recursos da Fundação:

[...]

VI – a renda proveniente da aplicação de penalidades por infrações às normas legais de proteção e defesa do consumidor;

A disposição veio corroborada pelo Decreto Estadual n. 41.170/96, que regulamenta a Lei Estadual n. 9.192/95 e institui a Fundação PROCON no Estado de São Paulo:

[Decreto Estadual n. 41.170/96]

Art. 7º. Constituirão recursos da Fundação:

[...]

VI – a renda proveniente da aplicação de penalidades por infrações às normas legais de proteção e defesa do consumidor;

Ora, se a renda proveniente das multas aplicadas pelo PROCON/SP não é encaminhada ao Estado de São Paulo, à Fazenda Pública do Estado, a qualquer de suas autarquias ou mesmo ao município onde estiver circunscrita, há que se concluir que o inadimplemento não constitui Dívida Ativa, pois não foram cumpridos os elementos do art. 1º da LEF. E, se assim o é, se não há a possibilidade de se constituir Dívida Ativa, não há título executivo hábil a ensejar Execução Fiscal.

É importante estabelecer, aqui, que não há sequer a concretização da hipótese do art. 11, § 1º, da Lei n. 4.320/64, mencionada alhures, pois a Lei Estadual n. 9.192/95 e o Decreto n. 41.170/96 atribuem ao próprio PROCON o dever de promover as medidas judiciais cabíveis na defesa e proteção dos interesses coletivos, difusos e individuais homogêneos dos consumidores, incluindo-se aí a cobrança das multas aplicadas.

[Lei Estadual n. 9.192/95]

Art. 3º. Para a consecução de seus objetivos, deverá a Fundação:

[...]

V – promover as medidas judiciais cabíveis, na defesa e proteção dos interesses coletivos, difusos e individuais homogêneos dos consumidores.

[Decreto Estadual n. 41.170/96]

Art. 4º. Para a consecução de seus objetivos, deverá a Fundação:

[...]

V – promover as medidas judiciais cabíveis, na defesa e proteção dos interesses coletivos, difusos e individuais homogêneos dos consumidores.

## 5. O Decreto Federal n. 2.181/97: um ato administrativo meramente discricionário

De acordo com o princípio da legalidade atualmente vigente nos arts. 5º, II,<sup>7</sup> e 150, I,<sup>8</sup> da CF/88, apenas *leis*<sup>9</sup> podem criar direitos e obrigações em geral e, especialmente em relação à seara tributária, veicular a exigência ou aumento de tributos por parte dos entes tributantes (União, Estados, Municípios e Distrito Federal).

*Decretos*, por outro lado, são atos administrativos do Chefe do Poder Executivo, cuja finalidade é regulamentar as *leis* para lhes conferir eficácia e aplicabilidade concreta. Por essa razão, os *decretos* estão, sempre, restritos aos limites das *leis*, porquanto é ela (a *lei*) o seu fundamento de validade. Trata-se, na verdade, de ato discricionário que, como é sabido, consiste na liberdade de ação administrativa, dentro dos limites permitidos em lei.<sup>10</sup>

No presente caso, pela exegese das Leis ns. 6.830/80 e 4.320/64, bem como da Lei Estadual n. 9.192/95, vimos que não é lícita a inscrição dos débitos da Fundação PROCON na Dívida Ativa do município.

Entretanto, o Decreto Federal n. 2.181/97 teria autorizado o procedimento por meio do art. 55, a seguir transcrito.

---

7. “Art. 5º: [...] II – Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

8. “Art. 150: [...] I – exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça”.

9. Como *lei* deve-se entender o texto que passou por votação em Casas Legislativas (Congresso Nacional, Assembléias Legislativas estaduais ou Câmaras Municipais) e foi sancionado pelo chefe do Poder Executivo.

10. MEIRELLES. Hely Lopes. Op. Cit., p. 114.

[Decreto Federal n. 2.181/97]

Art. 55. Não sendo recolhido o valor da multa em trinta dias, será o débito inscrito em dívida ativa do órgão que houver aplicado a sanção, para subsequente cobrança executiva.

Há, nesse texto, a consumação de um vício insuperável na elaboração do decreto em apreço pelo administrador público, prejudicando sua aplicação. É que, como se viu, a Fundação PROCON está impedida legalmente de constituir Dívida Ativa para inscrever suas dívidas. Também não é possível que o faça na Dívida Ativa de algum dos entes políticos e/ou suas respectivas autarquias, impedimento esse que também vem da letra da lei.

## 6. Conclusão

A proposta do presente trabalho foi demonstrar que a prática adotada pelo PROCON do Estado de São Paulo não se harmoniza com a legislação atinente ao tema, e, por essa razão, toda e qualquer inscrição em Dívida Ativa de multas impostas pelo descumprimento da legislação do consumidor são ilegais.

A tarefa foi devidamente cumprida, na medida em que demonstramos com certa clareza que, sendo a Fundação PROCON uma *Fundação Pública*, ela não está autorizada pela LEF atualmente em vigor a inscrever esses débitos em Dívida Ativa e, com ela, instruir Execução Fiscal contra o pretense devedor.