

ECT - FRANQUIA DE AGÊNCIA DE CORREIOS Tomada de Contas Especial

Ministro-Relator Bento José Bugarin

Grupo II – Classe IV – Plenário

TC-625.042/98-0

Natureza: Tomada de Contas Especial.

Entidade: Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos-ECT.

Responsáveis: Marco Aurélio de Sá Brito Brasil e Regina Telli.

Ementa: Tomada de Contas Especial instaurada contra Agência de Correios Franqueada em razão de irregularidades em acertos de contas. Processo, em fase de citação, enviado preliminarmente ao Ministério Público para o pronunciamento de que trata o art. 118 do Regimento Interno, ante a superveniência do Acórdão nº 59/98-TCU-Plenário, pelo qual o Tribunal julgou-se incompetente para o exame da matéria. Parecer do Ministério Público pelo prosseguimento do feito e modificação do entendimento do Tribunal, por considerar que os contratos de franquia da ECT têm natureza de concessão de serviço público. Reafirmação da ausência de competência do Tribunal para a matéria, diante da natureza puramente comercial dos contratos e da inexistência de indícios de irregularidade praticada por agente público. Arquivamento dos autos. Determinação à ECT para que prossiga com as providências destinadas ao ressarcimento dos danos sofridos.

RELATÓRIO

Trata-se de Tomada de Contas Especial instaurada pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos-ECT em decorrência de irregularidades nos acertos de contas da empresa Simon, Sá Brito e Leite LTDA.-ME, (Agência de Correios Franqueada Jardim Paraná, em Campo Mourão/PR), de propriedade de Marco Aurélio de Sá Brito Brasil e Regina Telli.

Embora o processo estivesse ainda em fase de citação, tendo vindo ao meu Gabinete para o exame de pedido de prorrogação de prazo apresentado pelos responsáveis, solicitei, desde logo, o indispensável pronunciamento do douto Ministério Público, considerando o entendimento firmado por esta Corte no Acórdão 059/98-TCU-Plenário (Ata nº 15/98) de que não se submetem as matérias desta espécie à competência do Tribunal, tendo em vista a natureza privada dos contratos realizados entre a ECT e seus agentes franqueados, desde que ausentes indícios de irregularidade praticada por agente público.

Manifestou-se aquele Órgão em parecer de lavra do Subprocurador-Geral Jatir Batista da Cunha, cujo teor abaixo transcrevo parcialmente:

"...

Data maxima venia das posições contrárias, não anuímos ao entendimento de que os contratos de franquia empresarial, firmados entre a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT e as empresas particulares, amoldam-se à hipótese de ausência de pressupostos de constituição e desenvolvimento válido e regular do processo.

A respeito do tema, anexamos cópia do judicioso Parecer da douta Procuradora Maria Alzira Ferreira, exarado nos autos do TC 550.069/98-4, cuja força dos argumentos é indicativa de que a matéria mereça ser reavaliada por esta Corte.

Ante o exposto, manifestamo-nos no sentido de que se dê prosseguimento à instrução do presente processo ..."

No parecer referido pela douta Procuradora, defende-se a competência do Tribunal para exame da matéria, considerando, em síntese, os seguintes argumentos:

- as semelhanças entre os institutos da franquia e da concessão são tais que se pode dizer que a franquia seja uma modalidade de concessão; ademais, a Lei 8.666/93, arts. 55 e 58 a 61, praticamente publicizou todos os contratos de direito privado celebrados pela Administração (Maria Sylvia Zanella Di Pietro. *Parcerias na Administração Pública-Concessão, Permissão, Franquia, Terceirização e outras Formas*. Atlas. 1997);

- no instrumento de franquia presente nos autos foi registrado o termo "autorização" de serviços, que é uma das modalidades de delegação de serviços públicos;

- trata-se de contrato administrativo típico, pois nele a Administração participa derogando normas de direito privado, agindo *publicae utilitatis causa*, sob a égide do direito público, com supremacia de poder, como se observa do excerto do parecer que abaixo transcrevo *ipsis litteris*:

" • *Cláusula Primeira*

'... sob a orientação e a supervisão da FRANQUEADORA'

• *Cláusula Segunda*

'2.1 Considera-se TITULAR de uma ACF a pessoa física a quem tenha sido outorgado pela FRANQUEADORA...

2.2 A condição de TITULARIDADE e a outorga definidas neste Contrato não poderão ser delegadas ou transferidas.'

• *Cláusula Terceira*

'3.1 Taxa Inicial...' (taxa é uma das espécies de tributo).

- Cláusula Quarta
 - '4.9 Operar, exclusivamente, todos os 'SERVIÇOS' autorizados pela FRANQUEADORA...'
 - '4.13 Cobrar estritamente os preços constantes das tarifas e tabelas fornecidas pela FRANQUEADORA' (tarifas são preços públicos).
 - '4.17 Submeter à FRANQUEADORA todos os contratos relativos aos clientes captados pela FRANQUEADA'
 - Cláusula Décima
 - 'Será permitida à franqueada a prática da coleta de produto postal de seus clientes, desde que sua operacionalização seja aprovada pela FRANQUEADORA....' " (os grifos são do original).
- É o Relatório.

VOTO

Trago o presente processo ao Plenário do Tribunal visando a proporcionar que este Colegiado reexamine o entendimento recentemente firmado quanto aos processos da espécie, desta feita à luz da respeitável opinião divergente compartilhada pelo Subprocurador-Geral Jatir Batista da Cunha e pela Procuradora Maria Alzira Ferreira, doutos membros do Ministério Público junto ao Tribunal.

2. Entretanto, *data venia*, considero não carecer de reparo o entendimento atacado.

3. Por mais semelhanças que se observem entre as concessões e as franquias, não vejo como confundir os dois institutos, cujas distinções foram pormenorizadamente discutidas no Relatório e no Voto condutor do mencionado Acórdão 59/98-Plenário.

4. Cabe, não obstante, destacar que, nas concessões de serviços públicos, os concessionários atuam em nome próprio, sob designação específica, enquanto o franqueado utiliza marca e designação "cedidas" pelo franqueador. Quanto às franquias no âmbito da ECT, as Agências de Correios Franqueadas utilizam a marca, o logotipo e demais padrões de comunicação visual da ECT, de tal forma que têm aparência idêntica à das agências postais administradas diretamente pela ECT.

5. De mencionar, ainda, que, em regra, o concessionário se utiliza de *know how* próprio; nas franquias, ao contrário, é adotada pelo executor dos serviços tecnologia de domínio do franqueador. No sistema de franquias da ECT, os serviços são prestados pelos franqueados em execução de rotinas estabelecidas nos manuais da ECT, utilizando-se de materiais impressos e carimbos padronizados fornecidos pela franqueadora. Até mesmo o treinamento dos servidores das agências franqueadas é de responsabilidade da ECT.

6. Cabe destacar, também, que a mera menção que faça a "serviços autorizados" não tem o condão de atribuir ao contrato de franquia a natureza de autorização

de serviços públicos. Nem a presença, no termo da avença, das expressões "outorga", "taxa" e "tarifa" modifica-lhe a natureza, para emprestar-lhe características de concessão (ou subconcessão) de serviço público.

7. Importa observar que a ECT, na execução dos contratos de franquia, não atua com poderes de concedente de serviço público (encampação, intervenção, uso compulsório de recursos humanos e materiais, intervenção, extinção, etc), nem a franqueada goza de qualquer prerrogativa atribuível aos concessionários (privilégios fiscais, ocupação do domínio público, etc).

8. Mas, não somente as prerrogativas inerentes às concessões de serviço público estão ausentes. Nenhuma condição exorbitante do direito privado pode ser identificada no relacionamento comercial da ECT com as pessoas franqueadas. As disposições contratuais que estabelecem condição de aparente "inferioridade" da franqueada em relação à ECT decorrem não da condição desta de ente da Administração, mas da própria relação que tipicamente se estabelece nos contratos de "franchising".

9. Resta claro não que não se trata de contrato de concessão, mas de franquia empresarial, regido pelas normas de direito privado.

10. Entretanto, se se considerar que por força da Lei 8.666/93 tais avenças possam adquirir atributos típicos dos contratos administrativos, como defende a douta Procuradora, ainda assim, com a devida vênia, a jurisdição do Tribunal não alcançaria os particulares contratantes com a Administração que lhe causassem prejuízo sem o concurso irregular de agente público, tal qual ocorreria se o particular contratante fosse uma empresa construtora de obras civis, por exemplo, sempre se considerando não ter havido irregularidade praticada por agente público.

11. O Procurador-Geral Walton Alencar Rodrigues aborda com proficiência o tema aqui tratado em judicioso parecer lançado no TC-625.286/97-9, do qual julgo oportuno transcrever os seguintes trechos, para o deslinde da presente questão:

"Cabe razão aos defendentes, entretanto, quanto à alegada impropriedade do instrumento processual - Tomada de Contas Especial – e à incompetência do TCU para processar e julgar o débito em causa.

Entende o Ministério Público que os responsáveis não mantêm nenhum vínculo com a Administração Pública a não ser pelo contrato de franquia celebrado com a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, de natureza jurídica estritamente comercial, sem características que os elevem à condição de agentes públicos.

Não havendo gestão de coisa pública, e sendo o vínculo existente de natureza eminentemente comercial, falta substância a este processo de Tomada de Contas Especial, uma vez que a jurisdição do TCU, como tenho sustentado em diversos processos, não alcança particulares que tenham provocado dano ao Erário, ainda que dolosamente, sem que estejam investidos da condição de agentes públicos, ressalvada tão-só a hipótese de conluio com agente público. Vale dizer, ainda, que fruto de irregularidade, de fraude, de dolo, de má-

fé, o dano causado por particular sem participação de agente público não o sujeita à jurisdição do TCU, limitada que é por sua natureza ontológica de órgão de controle externo da atividade da Administração Pública e não da atividade dos particulares, por danosa ao Erário que seja.

É a hipótese, por exemplo, de pessoas que obtenham fraudulentamente benefícios do INSS, mas sem conluio com funcionários da autarquia.

Em processo com essa hipótese, manifestei-me da seguinte forma, plenamente compatível com este caso, considerado o vínculo meramente comercial entre a ECT e a empresa franqueada, *in verbis*:

'(...) De início, observa-se que, para a prática do ato irregular que originou os pagamentos indevidos, não concorreu nenhum agente público. A irregularidade é atribuível única e exclusivamente ao particular.

Aliás, vale ressaltar que a circunstância de receber benefícios previdenciários não altera a situação jurídica da pessoa perante a Administração. Ela continua sendo alheia ao serviço público.

Nesses casos, a jurisprudência sempre se orientou no sentido de que os particulares que não tenham utilizado, arrecadado, guardado, gerenciado ou administrado dinheiros, bens ou valores públicos ou pelos quais a União responda, conforme preconiza o art. 70, parágrafo único, da Constituição Federal de 1988, não estão sujeitos à jurisdição do Tribunal de Contas da União.

Não obstante, reconhecendo a existência de outros processos de tomadas de contas especiais similares ao presente, em tramitação nesta Corte, em que não foi questionada a validade, cumpre aprofundar a análise e verificar se a Constituição Federal de 1988 alterou significativamente o espectro de atuação deste Tribunal, de molde a alcançar também os particulares.

III

Anteriormente à Carta de 1988, a jurisprudência era uníssona no sentido de o particular não estar sujeito a tomada de contas especial. Nesse sentido, o Ministro RUBENS ROSA, de modo a não deixar nenhuma dúvida, nos autos do TC-038.807/57, em Sessão de 4.9.57, asseverou:

'Uma coisa é indiscutida, o particular não está sujeito a processo de tomada de contas especial julgado por este Tribunal. '

(...)

Verifica-se, portanto, que a Corte de Contas sufragou o entendimento de que, como regra, o particular não está sujeito ao julgamento de contas.

A exceção ocorre quando ele pratica a irregularidade em conjunto com o servidor público. Nesse caso, a condição especial do servidor público e a necessidade de adequada apuração dos fatos determinam a prorrogação da competência do Tribunal de Contas para todos os envolvidos. Essa orientação está cristalizada no Enunciado nº 186 da Súmula desta Corte, *in verbis*:

'Súmula nº 186 - Consideram-se sob a jurisdição do Tribunal de Contas da União os co-autores, embora sem vínculo com o serviço público, de peculato praticado por servidores C quer sejam ou não Ordenadores de Despesas ou dirigentes de órgãos C da Administração Direta ou Indireta da União e Fundação instituída ou mantida pelo Poder Público, e, ainda, pertencentes a qualquer outra entidade, que gerencie recursos públicos, independentemente da sua natureza jurídica e do nível quantitativo da sua participação no capital social. A juízo do Tribunal, atentas as circunstâncias ou peculiaridades de cada caso, os aludidos co-autores estão sujeitos à tomada de contas especial, em que se quantifiquem os débitos e se individualizem as responsabilidades ou se defina a solidariedade, sem prejuízo da adoção, pelas autoridades ou pelos órgãos competentes, das medidas administrativas, civis e penais cabíveis, nas instâncias próprias e distintas.'

Assim, a par de determinar a submissão de terceiros sem vínculo com o serviço público, no caso de irregularidade praticada em conluio com servidor público, o Enunciado, em uma interpretação a contratio sensu, também materializa a orientação de que, não existindo participação de servidor público, a tomada de contas especial é inaplicável. Vale ressaltar que esse Enunciado não sofreu alteração com o advento da Constituição de 1988, estando, por conseguinte, em pleno vigor.

(...)

Com efeito, mesmo sob a égide da Constituição de 1988, a competência institucional do Tribunal de Contas não se alterou de sorte a alcançar particulares, totalmente desvinculados da Administração Pública, que causem prejuízo ao Erário.

Como bem ponderou o Ministro IVAN LUZ, quando exercia o cargo de Procurador-Geral do Ministério Público junto a este Tribunal, ao manifestar-se no processo nº TC-020.780/81 (DOU de 16.3.83, Seção I, pág. 4.571, apud BDA - out/92, pág. 588), a interpretação correta do alcance da atuação do Tribunal de Contas deverá observar os limites fixados pela Constituição, *in verbis*:

'Qualquer interpretação do inciso III, do art. 34, do Dec.-lei nº 199, de 1967, que elasteça a competência da Corte para além do que decorre de sua natureza institucional, a transformaria em juízo abrangente de todas as questões que envolvessem dano ao patrimônio da União, ou, já extensivamente, aos órgãos e entidades da Administração Federal. Tal elastério emprestaria feição inconstitucional ao dispositivo.'

Essa interpretação permanece válida no sistema normativo atual, pois a competência de julgar contas (art. 71, II) continua limitada pela natureza institucional do Tribunal de Contas, como órgão orientado para o desempenho do mister do controle externo.

Assim, observa-se que o processo de tomada de contas especial tem o seu âmbito de abrangência definido pelo art. 71, II, da Constituição Federal, do modo o mais amplo possível, limitado tão-somente por sua natureza intrínseca de voltar-se para a atividade administrativa do Estado. A limitação é de ordem ontológica da tomada de contas especial e do próprio Tribunal de Contas da União.

Com efeito, não é qualquer dano ao Erário suficiente para determinar a instauração da tomada de contas especial. Por exemplo: o particular, sem qualquer vínculo com a administração, que abalroa culposamente, ou mesmo dolosamente, um veículo oficial, sofrerá as sanções cíveis e penais compatíveis, sem sujeitar-se, entretanto, a ter suas contas julgadas pelo TCU.

O acolhimento de tese divergente importaria em alargar ao extremo a competência do TCU, desvirtuando sua própria razão de ser, sua natureza institucional, criando mecanismo administrativo de exceção para sancionar qualquer pessoa que provoque dano ao Erário.

Ademais, não se pode olvidar que o julgamento pela irregularidade das contas implica outras sanções que não a mera reposição patrimonial. Subjacente à questão patrimonial, procede-se na TCE a uma avaliação ampla da conduta do responsável, com reflexos de ordem político-administrativa, tais como a imposição de multa de até cem por cento do valor do débito, a inabilitação para o exercício de função pública, inelegibilidade etc. Manifesta seria, na hipótese acima, a desigualdade entre o Estado e o cidadão em relação aos meios de que dispõem para a defesa de seus interesses. Assim, caso fosse o veículo oficial a causar dano ao particular, a este restaria tão-só a justiça federal comum para recompor seu patrimônio.

Demonstra-se, assim, que não obstante a amplitude do comando constitucional, a jurisdição do TCU e a conseqüente competência para instaurar TCE não abrangem todo o universo de possibilidades de dano ao Erário.

Há que existir uma vinculação entre o causador do dano e a Administração Pública, para justificar a intervenção do Tribunal de Contas da União.

Desse modo, entende o Ministério Público que o particular que tenha recebido indevidamente benefícios previdenciários, para o qual não concorreu nenhum agente público, não está submetido à jurisdição do Tribunal de Contas da União, sendo inaplicável o instituto da tomada de contas especial... ” (destaques do original).

12. Nota-se, portanto, e uma vez que inexistente qualquer indício de irregularidade cometida por agente público, que a matéria abordada nos autos refoge à competência deste Tribunal, estando ausentes pressupostos para a regular constituição e prosseguimento válido do presente processo, razões pelas quais deve ser arquivado.

13. Na mesma linha das várias decisões anteriores adotadas em casos análogos, é cabível o envio à ECT de determinação no sentido de que dê regular prossecução às providências destinadas ao ressarcimento dos danos sofridos pela empresa em decorrência dos fatos a que se refere o presente processo.

Ante o exposto, reafirmando o entendimento adotado quando da edição do Acórdão nº 59/98-TCU-Plenário (Ata nº 15/98), com as vênias de estilo por dissentir do Ministério Público, VOTO no sentido de que o Tribunal adote a Decisão que ora submeto a este egrégio Plenário.

DECISÃO Nº 812/98 – TCU – PLENÁRIO¹

1. Processo TC-625.042/98-0
2. Classe de Assunto: IV - Tomada de Contas Especial.
3. Responsáveis: Marco Aurélio de Sá Brito Brasil e Regina Telli.
4. Entidade: Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos-ECT.
5. Relator: Ministro Bento José Bugarin.
6. Representante do Ministério Público: Subprocurador-Geral Jatir Batista da Cunha.
7. Unidade Técnica: Secex/RS.
8. Decisão: O Tribunal Pleno, diante das razões expostas pelo Relator, DECIDE:
 - 8.1. determinar o arquivamento do presente processo, nos termos do art. 163 do Regimento Interno, por ausência de pressuposto de constituição;
 - 8.2. determinar à ECT que dê regular prossecução às providências destinadas ao ressarcimento dos danos sofridos pela empresa em decorrência dos fatos a que se refere o presente processo.
9. Ata nº 47/98 - Plenário
10. Data da Sessão: 25/11/1998 – Ordinária

1. Publicada no DOU de 04/12/98.

11. Especificação do *quorum*:

11.1. Ministros presentes: Homero dos Santos (Presidente), Adhemar Paladini Ghisi, Carlos Átila Álvares da Silva, Marcos Vinícios Rodrigues Vilaça, Iram Saraiva, Bento José Bugarin (Relator) e os Ministros-Substitutos José Antonio Barreto de Macedo e Lincoln Magalhães da Rocha.

Homero Santos
Presidente

Bento José Bugarin
Ministro-Relator