

ECT - DESCUMPRIMENTO DE CLÁUSULA CONSTANTE DE CONTRATO DE FRANQUIA Recurso de Reconsideração

Ministro-Relator Adhemar Paladini Ghisi

Grupo II - Classe VI - Plenário

TC-006.706/96-7

Natureza: Recurso de Reconsideração

Responsáveis: Walter Bezerra de Sá Neto e Orlando Figueiredo Filho

Entidade: Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos

Ementa: Recurso de Reconsideração interposto em processo de Tomada de Contas Especial instaurada pelo descumprimento de cláusula constante de contrato de franquia assinado com a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos. Considerações acerca da natureza jurídica da avença. Assunto não inserido na competência do Tribunal de Contas da União, uma vez que não cabe a esta Corte apreciar processos que tratem exclusivamente de débitos decorrentes do descumprimento de cláusulas contratuais acordadas sob o manto do direito privado, assim entendidas também aquelas inerentes aos contratos de franquias celebrados pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos. Conhecimento do recurso, provimento e insubsistência da TCE.

RELATÓRIO

Adoto como Relatório a minudente instrução de lavra do AFCE Elson Rodrigues da Silva Junior, endossada pelos Sr. Diretor de Divisão e Sr. Secretário da 10ª SECEX:

"Versa a espécie sobre Recurso de Reconsideração interposto pelos Srs. Walter Bezerra de Sá Neto e Orlando Figueiredo Filho contra o Acórdão nº 217/97 da 2ª Câmara, com vistas a modificar aquele *decisum*, com base nos fatos e fundamentos expostos na peça recursal de fls.01/08 do volume I dos autos.

I - Histórico

2. Os recorrentes são sócios-gerentes da empresa Quick Express Serviços Postais LTDA, que, por meio do instrumento colacionado às fls. 30/45 do

volume principal dos autos, celebrou contrato de franquia empresarial com a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos.

3. A ECT, entendendo que a empresa franqueada atrasou e se omitiu no acerto de contas relativo ao período de 15.04.96 a 16.05.96, instaurou a tomada de contas especial, que consiste no presente feito.

4. O Acórdão nº 217/97 da 2ª Câmara julgou irregulares as contas dos recorrentes e imputou-lhes a multa prevista no art.58, I, da Lei 8.443/92, no valor de R\$ 1.500,00. O voto do eminente Ministro Fernando Gonçalves, que embasou sobredito Acórdão, fundamentou-se na alínea "c" do inciso III do art.16 da Lei nº 8.443/92.

II - Admissibilidade

5. O documento de fls. 120 comprova que o Sr. Walter Bezerra de Sá Neto fora cientificado da decisão no dia 13.06.97. Quanto ao segundo recorrente, embora não haja nos autos comprovação efetiva da data em que tomou ciência do *decisum*, é de presumir a tempestividade do recurso, eis que o documento de fls. 119 comprova ter sido enviada para endereço equivocado a comunicação processual que o cientificava da decisão. Dessa forma, tendo sido o recurso interposto em 26.06.97, é de reconhecer a sua tempestividade para ambos os recorrentes.

6. Não obstante tenham os recorrentes nominado a peça impugnatória como recurso de revisão, parece-nos de melhor alvitre que seja recebida como recurso de reconsideração, haja vista que é o primeiro recurso interposto contra o Acórdão nº 217/97 da 2ª Câmara e que é também remédio jurídico adequado à impugnação de decisão proferida nesta espécie de processo. Ademais, se conhecido como recurso de revisão, haveria, no futuro, impossibilidade de interposição dessa modalidade recursal, ainda que venha a ser constatada alguma das hipóteses previstas nos incisos do art. 35 da Lei nº 8.443/92, eis que estaria precluso aquele direito.

III - Mérito

7. Irresignados com o Acórdão 217/97 da 2ª Câmara, que lhes imputou a multa do art.58, I, da Lei 8.443/92, no valor de R\$1.500,00, os recorrentes alegam, em suma, que:

7.1 a franquia de correios da ACF Samambaia II, desde o início de vigência do contrato, revelou-se negócio antieconômico e de difícil administração;

7.2 os acertos de contas eram feitos semanalmente, postergando-se, quando absolutamente inviável, o repasse do saldo disponível em favor da ECT;

7.3 sempre que ocorria esse atraso, a franqueada pagava o ônus do atraso;

7.4 em 29.04.95, o saldo a favor da ECT atingiu R\$ 3.823,39, não podendo ser repassado em sua totalidade, o que gerou o débito objeto deste feito;

7.5 a reação da ECT foi a suspensão do fornecimento de material, o que retirou toda a possibilidade de equilíbrio financeiro da franqueada;

7.6 os balancetes insertos às fls. 22/29 dos autos retratam fielmente a situação financeira mencionada;

7.7 o relatório dos tomadores de contas não aponta outro fato além da existência de débito que, referindo-se impropriamente à omissão na prestação de contas no período de 15.04.95 a 16.05.95, em verdade resultou de diferenças entre os valores que deveriam ter sido repassados e os que efetivamente o foram;

7.8 os documentos de fls. 09/130 do volume I dos autos comprovam que não houve omissão de prestação de contas;

7.9 o fechamento súbito da agência e as decisões que a precederam, tomadas pela ECT, produziram impacto nocivo à situação da franqueada, obrigando-a a novos encargos, como os trabalhistas decorrentes das rescisões das relações de emprego;

7.10 por absoluta falta de meios, a dívida corrigida elevou-se a R\$ 5.597,12;

7.11 a dívida foi paga em 04.11.96, o que se comprova pelo documento de fls.90;

7.12 os documentos de fls.163/164 atestam que os negócios de franquia eram antieconômicos;

7.13 a ECT, por ocasião da rescisão contratual, não restituiu à franqueada a quantia depositada a título de taxa de garantia, no valor de R\$ 2.000,00;

7.14 espera ver reconhecido o seu direito de reaver tal quantia;

7.15 provado que os recorrentes deixaram de repassar à ECT, no prazo prescrito, importâncias devidas, sem, contudo, ter agido por má-fé, eis que não o fizeram em proveito próprio, mas premidos por circunstâncias resultantes do próprio negócio, esperam a reforma do julgado; e

7.16 por fim, requerem seja dada ciência do que for decidido ao Departamento de Polícia Federal, com vistas a instruir processo que lá tramita.

III.1 - Da natureza jurídica do contrato celebrado

8. O único vínculo existente entre a empresa franqueada e o Poder Público, representado pela ECT, consiste no contrato de franquia celebrado. Assim, para que se verifique haver possibilidade de o TCU aplicar multa à

franqueada, impende que se busque identificar a natureza jurídica da avença celebrada entre as partes.

9. A Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, embora por definição legal seja empresa pública, tem personalidade jurídica de direito privado. Hely Lopes Meirelles assim dispõe ao estudar as empresas públicas, *in verbis*:

'Vale-se tão-somente dos meios da iniciativa privada para atingir seus fins de interesse público'; e

'quando explorar atividade econômica, deverá operar sob as normas aplicáveis às empresas privadas, sem privilégios estatais...'

(Cf. Hely Lopes Meirelles, Direito Administrativo Brasileiro, 18ª Ed., Malheiros - 1993, p.326/328)

10. Dos textos acima transcritos, constata-se que a empresa pública deve, em regra, utilizar na consecução do interesse público específico para o qual foi criada os instrumentos de direito privado.

11. O ordenamento positivo não assegura vantagens às empresas públicas em detrimento das privadas. Se assim não fosse, não haveria razão nem justiça em atribuir-lhes personalidade de direito privado.

12. A dúvida que fica nos autos refere-se a ser o contrato típico de concessão, ou se esse reveste-se de características que lhe confirmam natureza mais próxima da esfera do direito privado.

13. O voto do Relator reproduziu parte do voto do eminente Ministro Paulo Affonso Martins de Oliveira exarado no processo TC - 013.889/94-0 - Relatório de Auditoria Operacional realizada na ECT com o objetivo de avaliar seu sistema de franquias -, que a seguir transcrevemos, *in verbis*:

'... contrato de franquia celebrado entre a ECT e terceiros representa verdadeiro ato administrativo que aquela Empresa Pública firma na condição de outorgada de serviço público. Situação esta que sob a ótica do disposto no art. 175 da Carta Magna deve efetivar-se por meio de concessão ou permissão...'

14. Cabe esclarecer que o contrato de franquia não pode ser entendido como ato administrativo típico ou unilateral. Na definição do Mestre Hely Lopes Meirelles, ato administrativo é:

'toda manifestação unilateral de vontade da Administração Pública que, agindo nessa qualidade, tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar, extinguir e declarar direitos, ou impor obrigações aos administrados ou a si própria'

(Cf. Hely Lopes Meirelles, Direito Administrativo Brasileiro, 18ª Ed., Malheiros - 1993, p.133)

15. O autor explicita que essa definição é restrita ao ato administrativo típico. Ainda segundo Hely Lopes Meirelles, os atos administrativos bilaterais são os contratos administrativos.

16. Dessa forma, o ato administrativo a que se refere o ilustre Ministro Paulo Affonso não pode ser outro, senão o ato bilateral - contrato -, não se caracterizando como ato administrativo típico ou em sentido estrito. Até mesmo, porque a concessão, segundo o ordenamento positivo, se dá, em regra, por contrato.

17. Assim, parece claro que o contrato de franquia objeto do feito representa verdadeira manifestação bilateral de vontades. Importa, portanto, saber qual era a intenção das partes quando da celebração do contrato, em especial qual era o posicionamento que a franqueada entendia ter naquele momento.

18. Com efeito, valendo tanto para os ajustes administrativos quanto para os de direito privado, a interpretação dos contratos não pode prescindir dos aspectos objetivo e subjetivo. Deve-se examinar tanto o ato negocial e suas cláusulas quanto a intenção das partes. Assim, o ato de exegese do contrato não deve limitar-se à análise literal de seus termos. Impende que se busque a manifestação volitiva das partes para dar-lhe efeitos jurídicos.

19. Quanto à interpretação de contratos, Maria Helena Diniz assevera que:

'O contrato, por ser originário de declaração de vontade, requer, como a lei, uma interpretação, dada a possibilidade de conter cláusula duvidosa ou qualquer ponto obscuro ou controvertido. A interpretação do contrato é indiscutivelmente similar à da lei, podendo-se até afirmar que há certa coincidência entre as duas. Aplicam-se, por isso, à hermenêutica do contrato princípios concernentes à interpretação da lei, embora a tarefa do intérprete do contrato encontre certas dificuldades que o hermeneuta da lei não terá de enfrentar, pois, enquanto a hermenêutica assume feição objetiva por ter de eliminar dúvidas e ambigüidades que afetam a lei, a interpretação exerce, concomitantemente, função objetiva e subjetiva, já que além de analisar o contrato e suas cláusulas, deverá examinar a intenção comum das partes contratantes.'

(Cf. Maria Helena Diniz, Curso de Direito Civil Brasileiro, 3º Volume, Saraiva, 1995, p.56)

20. Nesse sentir, o que se verifica é que a franqueada entendia estar diante de um contrato regido pelas normas de direito privado, haja vista que, da interpretação do contrato, o que exsurge é que não há como enquadrar o ajuste firmado como concessão de serviço público.

21. O contrato de concessão de serviço público deve, obrigatoriamente, conter cláusulas que disponham sobre intervenção, reversão e encampação.

No caso sob exame, essas cláusulas não se fazem presentes no contrato. É lícito presumir que se não há possibilidade de encampação, é porque não há concessão. Não parece cabível admitir concessão de serviço público em que o Poder Público não possa afastar o concessionário e assumir a prestação dos serviços utilizando-se, inclusive, dos bens pertencentes ao concessionário.

23. Da análise do contrato celebrado, verifica-se que foi cobrada taxa de franquia e taxa de publicidade. Isso descaracteriza a concessão e aproxima o pacto do direito privado. Nos contratos de concessão não há possibilidade de o Poder Público instituir taxa, a ser paga pelo concessionário, pelo simples uso do 'nome'. A taxa de franquia nada mais é do que um pagamento a ser feito para que se possa utilizar um nome comercial ou uma marca. No caso concreto o nome comercial e a marca *CORREIOS*.

24. Outro relevante aspecto se funda no fato de que foi exigida uma caução do franqueado. Tal exigência revela a essência puramente mercantil da avença. Se o contrato fosse de concessão de serviço público, talvez não houvesse necessidade de caução, pois as relações comerciais se estabeleceriam apenas entre a franqueada e os usuários do serviço público, o que afastaria, de forma geral, a possibilidade de prejuízo ao Erário e, por via de consequência, a necessidade inafastável de caução.

25. Nas concessões de serviço público, não há vínculo comercial entre o poder concedente e o concessionário. No caso do contrato de franquia celebrado, o vínculo, ao reverso, é estritamente comercial. Tanto é assim que havia pagamentos efetuados pela franqueada à ECT em decorrência dos serviços prestados aos usuários.

26. A previsão contratual de multa, no valor de 10%, em caso de atraso no repasse das verbas devidas é outro ponto que demonstra a natureza comercial do pacto. Em contratos de concessão não há previsão de multa por atraso no repasse de verbas, porque, simplesmente, não há verbas a serem repassadas.

27. De um modo geral, o sistema de franquia parece não se coadunar com a exigência de modicidade das tarifas que deve nortear as concessões de serviços públicos. Quando o Poder Público defere a particular, por meio de concessão, a exploração de serviço público, a tarifa a ser fixada deve buscar a modicidade. Na franquia, a tarifa deixa de ser módica, pois, além de cobrir os custos em que incorre o concessionário para a prestação do serviço, abriga os custos referentes ao pagamento pela utilização de uma marca.

28. Não podemos esquecer que o contrato celebrado é um contrato de franquia empresarial, cujo objeto precípua se constitui na cessão do direito de uso da marca *CORREIOS*. Ressalte-se que os contratos de franquia empre-

sarial são regidos, atualmente, pela Lei nº 8.955, de 15.12.94, que é norma eminentemente de direito privado. Embora tenha sido o contrato celebrado no curso da *vacatio legis* da Lei nº 8.955/94, é de entender que o ordenamento jurídico, ao reconhecer a necessidade de regulamentação desse tipo de pacto, o tratou como sendo de direito privado.

29. A afirmação de que o contrato fora celebrado durante a vacância da Lei nº 8.955/94 se faz necessária porque, ainda que a assinatura do contrato tenha se dado em 20.12.94 e que a publicação do texto legal date de 15.12.94, essa somente entrou em vigor, por disposição expressa de seu texto, 60 dias após a publicação.

30. Outro ponto que corrobora o entendimento de que se deve analisar o ajuste por um ângulo bem próximo das normas de direito privado é a publicação da Lei nº 8.987/95, ocorrida logo após a celebração do contrato.

31. Assim estabelece o art. 25 do mencionado diploma legal, *in verbis*:

"Art. 25. Incumbe à concessionária a execução do serviço concedido, cabendo-lhe responder por todos os prejuízos causados ao poder concedente, aos usuários ou a terceiros, sem que a fiscalização exercida pelo órgão competente exclua ou atenua essa responsabilidade.

§1º Sem prejuízo da responsabilidade a que se refere este artigo, a concessionária poderá contratar com terceiros o desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço concedido, bem como implementação de projetos associados.

§ 2º Os contratos celebrados entre a concessionária e os terceiros a que se refere o parágrafo anterior reger-se-ão pelo direito privado, não se estabelecendo qualquer relação jurídica entre os terceiros e o poder concedente.

§ 3º omissis

(grifos nossos)

32. Sem embargo de reconhecer que essa Lei também não integrava o ordenamento positivo à época da celebração do contrato, é de cristalino entendimento que houve esforço legislativo no sentido de reconhecer que relações jurídicas como a que ora se analisa devem ser interpretadas com base no direito privado.

33. A ECT é, em última análise, concessionária de serviço público. O contrato foi, indubitavelmente, firmado para o desenvolvimento de atividades inerentes ao serviço concedido. Nesse caso, como bem afirma o § 2º acima transcrito, os contratos celebrados entre a concessionária e terceiros - entre a ECT e a empresa franqueada -, devem reger-se pelas normas de direito

privado, não se estabelecendo nenhuma relação jurídica entre os terceiros e o poder concedente - entre a empresa franqueada e a União.

34. O mencionado diploma legal - Lei nº 8.987/95 - disciplinou de formas distintas a prestação de atividades inerentes ao serviço concedido e o instituto da concessão ou da subconcessão.

35. Os §§ 2º e 3º do art. 25 trataram da prestação de atividades inerentes ao serviço concedido. Por sua vez, o art. 26 abordou a subconcessão. Assim dispõe o art. 26 da Lei nº 8.987/95, *in verbis*:

'art. 26 - É admitida a subconcessão, nos termos previstos no contrato de concessão, desde que expressamente autorizada pelo poder concedente.

§ 1º - A outorga de subconcessão será sempre precedida de concorrência.

§ 2º - o subconcessionário se sub-rogará todos os direitos e obrigações da subconcedente dentro dos limites da subconcessão.'

36. Note-se que a lei estabeleceu distinção entre a prestação de atividades inerentes e a subconcessão. Destarte, é possível haver prestação de atividades inerentes ao próprio serviço público sem que, contudo, fique caracterizada a subconcessão. O intérprete não pode tratar de forma igual aquilo que a lei diferenciou.

37. Portanto, impende delimitar aquilo que, segundo a lei, seria desenvolvimento de atividade inerente ao serviço concedido e aquilo que seria subconcessão de serviço público.

38. Começemos pela subconcessão. Nesse instituto, a prestação da totalidade dos serviços subconcedidos fica a cargo exclusivo da subconcessionária. O § 2º do art. 26 da Lei nº 8.987/95 afirma que a subconcessionária se sub-rogará em todas as obrigações da subconcedente dentro dos limites da subconcessão. Trazendo o exame do texto legal para o caso sob exame, para que ficasse caracterizada a subconcessão, necessário seria que a franqueada prestasse, dentro dos limites da subconcessão, a totalidade dos serviços. Não poderia haver participação da ECT na prestação dos serviços subconcedidos.

39. É forçoso reconhecer que a empresa franqueada não prestava toda a gama de serviços oferecidos pela ECT. Muito menos realizava todas as tarefas necessárias à completa execução da porção dos serviços que oferecia. Como exemplo, a franqueada recebia as correspondências postadas, mas não efetuava as entregas aos destinatários, que era serviço prestado exclusivamente pela ECT.

40. A ECT permaneceu, por todo o tempo da execução do contrato, vinculada à prestação dos serviços que foram, em parte, repassados à franqueada. Não houve independência da franqueada na prestação dos serviços. Estava, na prestação dos serviços aos usuários, sempre vinculada à ECT. Tanto que usava a marca CORREIOS. Logo, o contrato celebrado não se trata de subconcessão.

41. O próprio instituto da franquia parece ser incoerente com a concessão de serviços públicos. Como já mencionado, a franquia é própria do direito privado. No contrato de concessão, a concessionária opera por conta própria. No contrato de franquia, como se sabe, a operação do negócio por parte do franqueado é totalmente vinculada ao franqueador.

42. Não há como negar que a lei admitiu o desenvolvimento de atividades inerentes ao próprio serviço concedido por meio de contratos com terceiros. O caso sob exame encaixa-se perfeitamente nessa hipótese.

43. Não se pode afastar a interpretação literal da palavra inerente. Segundo o famoso dicionário de Aurélio Buarque de Holanda, *inerente* é o '*que está por natureza inseparavelmente ligado a alguma coisa*'. Assim, quando a lei valeu-se daquela palavra, queria mesmo admitir a prestação de parcela do serviço concedido por terceiros, sem que, com isso, ficasse caracterizada a subconcessão.

44. O recebimento da correspondência e o desenvolvimento das outras atividades acometidas à franqueada não caracterizam subconcessão, eis que são apenas parcelas de um todo, que corresponde à totalidade do serviço público concedido à ECT.

45. A contratação para o desenvolvimento de atividades inerentes ao serviço público concedido caracteriza-se pelo fato de que a contratada permanece vinculada à contratante durante a execução do contrato. Esse vínculo não é apenas jurídico, mas contempla o aspecto fático da execução dos serviços. As duas empresas realizam os serviços lado a lado, como, aliás, é típico dos contratos de franquia.

46. Dessa análise, resulta a conclusão de que uma das diferenças marcantes entre a subconcessão e o contrato com terceiros para o desenvolvimento de atividades inerentes ao próprio serviço concedido se verifica na execução dos serviços. Na primeira, a subconcessionária presta os serviços de forma autônoma, monta a sua estrutura da forma que melhor lhe aprouver, obviamente, desde que garanta a qualidade dos serviços, e executa os serviços de forma independente. Na segunda, os serviços são prestados de forma totalmente vinculada ao que estabelece a empresa contratante, que tem ingerência direta sobre a forma pela qual a contratada irá operacionalizar as suas atividades.

47. Como se sabe, as franqueadas pela ECT não entregam correspondência, não transmitem telegramas - apenas recebem - e não realizam uma série de tarefas que são necessárias ao cumprimento da parcela da prestação do serviço público que realizam conjuntamente com a ECT.

48. Como último aspecto a demonstrar que o contrato celebrado não pode ser considerado como sendo de concessão ou subconcessão, mencione-se o tratamento que se deve dar às tarifas nesses tipos de contrato e o que ocorreu no caso sob exame.

49. Nas concessões, a tarifa é fixada com base nos custos em que incorre o concessionário, de forma a assegurar-lhe pequena margem de lucro, observada a modicidade dos preços a serem pagos pelos usuários. Se o contrato sob exame fosse de concessão ou subconcessão, as tarifas deveriam ter sido fixadas com base nos custos em que incorria a franqueada. Todavia, isso não ocorreu. A franqueada cobrava dos usuários o preço estabelecido pela ECT. Note-se que esse preço nada mais era do que a própria tarifa fixada para a ECT, ou seja, era calculado com base nos custos da ECT e não da franqueada. Assim, o que havia, como forma de remunerar a franqueada, nada mais era do que um percentual da tarifa da ECT, que não guardava nenhuma correlação com os custos daquela. Reforça-se, pois, a tese de que o contrato era mesmo comercial, não se caracterizando concessão ou subconcessão, haja vista que não houve fixação de tarifas com base nos custos da empresa franqueada.

50. Por todo o exposto, parece-nos que o contrato celebrado não é, de fato, concessão ou subconcessão de serviço público, sendo que sua natureza jurídica aproxima-se daquela típica dos acordos comerciais regidos pelas normas de direito privado.

III.2 - Da possibilidade de o tcu aplicar multa à franqueada

51. Determinada a natureza jurídica do contrato, importa saber se a empresa franqueada ou se seus sócios-gerentes encontram-se adstritos à competência do Tribunal de Contas da União.

52. Considerando a natureza eminentemente privada do contrato de franquia celebrado, não se faz, s.m.j, possível que o TCU aplique multa ou mesmo fiscalize a atividade econômica da franqueada. A razão é bastante singela. O franqueado não se encontrava na gestão da *res* pública. A empresa contratada tinha como único vínculo com o Poder Público o contrato de natureza privada. Somente para melhor elucidar a questão, a ingerência do TCU nos negócios da franqueada, com a conseqüente aplicação de multa, equivale, com as devidas ressalvas, a aplicar multa a uma empresa contratada para vender um veículo à ECT e que deixa de entregar o bem. A atuação do TCU em casos dessa natureza deve, s.m.j, limitar-se a compelir a Empresa

Pública - *in casu*, a ECT - a adotar as medidas cabíveis para o cumprimento do pactuado.

53. As contas foram julgadas irregulares e a multa foi aplicada, segundo o voto do Relator, com supedâneo na alínea "c" do inciso III do art. 16 da Lei nº 8.443/92, que assim estabelece, *in verbis*:

'c) dano ao erário decorrente de ato de gestão ilegítimo ou antieconômico'

54. Se a empresa Quick Express Serviços Postais LTDA não geria a coisa pública, não poderia sequer ter instaurada contra si tomada de contas especial. Exceção deve ser feita para eventual prejuízo causado ao Erário, que, no caso sob exame, não se concretizou, pois o dinheiro somente passava a ser público quando de sua entrega à ECT, haja vista que a franqueada não operava por meio de concessão pública.

55. Quando da celebração do contrato, dada sua natureza de direito privado, a franqueada se havia em uma relação de coordenação com a ECT. O Estado, ao instituir a ECT com personalidade jurídica de direito privado e ao permitir que essa empresa celebrasse contratos de natureza comercial, abriu mão, de certa forma, da superioridade em relação ao particular, que lhe é imanente. Nesse diapasão, não parece haver propriedade na instauração da tomada de contas especial, também, por demonstrar uma retomada unilateral de prerrogativa, que foi, inicialmente, desconsiderada, com vistas a atrair o particular à celebração de acordo que interessava ao Poder Público.

56. Ainda que admissível a tomada de contas especial, a multa também ficaria descaracterizada. Como já dito se não havia gestão de coisa pública, não há falar em ato de gestão - obviamente público - antieconômico ou ilegítimo.

III.3 - Do não cabimento da multa ainda que se admita estar a franqueada sujeita à fiscalização do TCU

57. Admitindo, por hipótese e também porque esse pode ser o entendimento do Tribunal, que a empresa franqueada esteja gerindo coisa pública e que, portanto, esteja sob a esfera de atuação do TCU, cabe verificar se há propriedade na aplicação da multa cominada aos recorrentes. Até mesmo porque, nessa possibilidade centra-se a tese impugnatória do *decisum*.

58. Quando se estabelece um negócio, deve-se ter por inerente o risco de insucesso da atividade empresarial. Assim, a ECT, quando da celebração do ajuste, tinha pleno conhecimento de que haveria a possibilidade de fracasso, o que, inevitavelmente, conduziria ao atraso no recebimento daquilo que lhe era devido.

59. Os documentos colacionados pelos recorrentes às fls. 09 *usque* 130 do volume I dos autos comprovam a veracidade de suas afirmações no sentido de que não houve omissão na prestação de contas no período em questão. O que se deu foi o repasse a menor das verbas devidas à ECT, fato esse que é incontroverso nos autos.

60. Reconhecendo a dívida para com a ECT, a franqueada quitou suas obrigações pecuniárias, com os devidos consectários, no dia 04.11.96 (fls. 90).

61. O insucesso econômico e financeiro do negócio está sobejamente comprovado na documentação trazida aos autos pelos recorrentes, em especial comprova-se, ainda, pelos documentos de fls. 22/29, que já integravam a tomada de contas especial.

62. Diante desse insucesso, a franqueada não teve como saldar tempestivamente suas obrigações. Como se sabe, uma empresa tem, além dos débitos a quitar com seus fornecedores, diversos encargos, como salários, tributos, contribuição previdenciária, FGTS e outros.

63. O empresário que se depara com esse tipo de situação terá, lamentavelmente, que descumprir algumas de suas obrigações pecuniárias. No caso sob exame, não houve retenção dolosa dos valores a serem repassados à ECT. Simplesmente a franqueada, em face de seus diversos encargos, não foi capaz de honrar tempestivamente esse repasse.

64. Sendo o insucesso da atividade empresarial admissível desde a celebração do contrato de franquia, parece, *data maxima venia*, medida de extremo rigor aplicar multa aos responsáveis que, por motivos alheios à sua vontade, deixaram de saldar em dia seus compromissos. Sobretudo, porque pagaram também a multa contratual relativa a atraso nos repasses.

65. A aplicação de multa pelo TCU neste processo reveste-se de elementos que lhe conferem o aspecto de constrangimento indireto a que a empresa franqueada, diante de insucesso econômico, salde as obrigações para com a ECT antes mesmo de quitar seus débitos trabalhistas e tributários. Além de arcar com a multa contratual decorrente do atraso, suportará o pagamento da multa imputada pelo TCU. Se poderá estar, por via indireta, obrigando o empresário, fracassado em seu negócio, a privar seus empregados de verba de natureza alimentar.

66. Não se quer aqui dizer que a franqueada estivesse desobrigada de pagar o que deve. Até mesmo porque, segundo o contrato, o risco da atividade empresarial era somente seu. O que se afirma é que a obrigação se resolveria com o pagamento dos valores atrasados com os seus devidos consectários contratuais, o que já foi feito.

67. A tudo soma-se o fato de que para que seja aplicada qualquer penalidade, e a multa aplicada pelo TCU é indubitavelmente apenação, necessário se faz a demonstração de dolo ou de pelo menos culpa por parte do agente.

68. Se entendermos que os responsáveis geriam a coisa pública, eles seriam agentes públicos. A responsabilidade do agente público é sempre subjetiva. Como tal, para que se verifique, importa estarem presentes os quatro elementos caracterizadores desse tipo de responsabilidade, que são: o ato danoso; o dano; a relação nexo-causal entre o ato e o dano; e culpa em sentido amplo - dolo ou culpa em sentido estrito.

69. O ato danoso está presente - não repassou os valores -, o dano também - a ECT teve prejuízo -, a relação nexo-causal entre o ato e o dano é evidente. Todavia, não há culpa nem dolo devidamente demonstrados nos autos. Como se depreende dos autos, e note-se é fato incontroverso, a falta de pagamento se deu por conta do insucesso empresarial, que não se pode atribuir à imprudência, imperícia, negligência ou má-fé, pelo simples fato de não haver nos autos nenhuma prova nesse sentido. Ausente, pois, a culpabilidade, não se pode apenar os responsáveis, ainda que se entenda estarem aqueles gerindo coisa pública.

70. A aplicação de multa ficaria incoerente. Se não geriu coisa pública, não está sob a jurisdição do TCU. Logo, não pode ser multado. Se geriu coisa pública, é agente público. Logo, para que haja multa, necessária se faz a demonstração da culpabilidade. Como não foi demonstrada, não pode ser multado.

71. Ademais a aplicação de multa pelo TCU configura verdadeiro *bis in idem*. Os responsáveis foram duplamente multados. Pagaram a multa contratual pelo atraso no pagamento à ECT e estão instados a pagar a multa imposta por esta Casa.

III.4 Da devolução da taxa de garantia à franqueada

72. Quanto ao pedido formulado no sentido de que a ECT devolva à franqueada a taxa de garantia, o TCU não é o foro adequado ao atendimento do pedido, razão pela qual não se há que pronunciar nesse sentido. Devem, pois, os recorrentes buscar o foro competente, com vistas a ver satisfeita sua pretensão.

III.5 Do pedido para que seja cientificada à Polícia Federal do teor do que vier a ser decidido

73. No que tange ao pedido para que seja dada ciência à Polícia Federal do que vier a ser decidido nessa fase recursal, não cabe atendê-lo. Não há dever de ofício para o TCU no sentido de informar àquele órgão o teor de

suas decisões. Se os recorrentes entendem pertinente que o aqui decidido venha a constar de inquérito que lá tramita, devem diligenciar, por conta própria, no sentido de convencer a autoridade policial competente a que solicite ao TCU as informações que julgar necessárias.

Conclusão

'Ex positis', submeto os autos à consideração superior, propondo:

I) que seja conhecida a peça impugnatória de fls. 01/08 do volume I dos autos como recurso de reconsideração, por preenchidos os requisitos legais e regulamentares de admissibilidade aplicáveis à espécie;

II) que, no mérito, lhe seja dado provimento, para tornar insubsistente a tomada de contas especial instaurada contra os Srs. Walter Bezerra de Sá Neto e Orlando Figueiredo Filho;

III) sucessivamente, entendendo o Tribunal que a empresa franqueada e seus sócios-gerentes geriam a coisa pública e que, portanto, estão sujeitos à jurisdição desta Corte, que, no mérito, seja o recurso provido, para julgar regulares com ressalva as contas dos responsáveis e excluir a multa que lhes fora aplicada, dando-se-lhes quitação; e

IV) a sua remessa, via Ministério Público/TCU, ao eminente Ministro Adhemar Paladini Ghisi, Relator do feito."

2. O Ministério Público, representado nos autos pelo Dr. Jatir Batista da Cunha, assim opinou quanto ao essencial:

"A respeito da competência deste Egrégio Tribunal para apreciar Tomada de Contas Especial instaurada em razão de irregularidades incorridas por celebrante de contrato com a ECT visando a prestação de serviços postais e telemáticos mediante o sistema de franquia, transcrevemos, por oportuno, o seguinte trecho do Voto do eminente Ministro Fernando Gonçalves, exarado nos autos do TC-010.050/95-7: 'Daí que não se está a tratar de mero 'repasso de recursos', mas antes de situação em que particular investe-se, por conta de delegação estatal, na função de prestador de serviços públicos, passando a utilizar, guardar e administrar dinheiros, bens e valores igualmente públicos, e, de conseguinte, obrigando-se a deles prestar contas (Constituição Federal, art. 70, parágrafo único)', Acórdão nº 095/96-TCU-Plenário, Ata nº 25/96."

3. Arrimado exclusivamente nesse entendimento, o *Parquet* dissentiu da proposta apresentada pela 10ª SECEX, propondo o conhecimento da peça apresentada como recurso de reconsideração, opinando, no mérito, pelo seu não provimento, mantendo-se os termos do Acórdão condenatório.

É o Relatório.

VOTO

As alegações produzidas pelos recorrentes fundam-se, basicamente, no fato de que os atrasos nos pagamentos por ele efetuados em favor da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos decorreu da precária situação econômico-financeira vivenciada pela franqueada, não existindo má-fé ou outro fato que pudesse conduzir à irregularidade de suas contas, máxime após a quitação da dívida que detinham com aquela empresa pública, ainda que essa tenha ocorrido a destempo.

2. Reconheço que as alegações me levaram a refletir acerca da possibilidade de terem esses Senhores suas contas julgadas irregulares, exclusivamente pelos fatos constantes dos autos. As ponderações trazidas pela 10ª SECEX me levaram ao aprofundamento do assunto, sobretudo no que tange às questões preliminares, que passo a discutir.

3. Inicialmente, incumbe-me esclarecer um ponto que considero de fundamental importância para a perfeita compreensão do recurso a ser apreciado por este Colegiado: a presente Tomada de Contas Especial foi instaurada pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos pelos "constantemente atrasos e omissão na prestação de contas" da Agência Franqueada Quick Express Serviços Postais Ltda - Samambaia II, "causando um prejuízo à ECT no valor de R\$ 3.698,26". Tal afirmação, no entanto, é enganosa: as prestações de contas foram apresentadas tempestivamente pela franqueada. Ocorre, entretanto, que as importâncias por ela devidas à ECT, discriminadas nas prestações de contas, não foram repassadas ao tempo certo, em face de seus frequentes prejuízos operacionais, devidamente demonstrados nos balancetes integrantes da prestação de contas. Feita essa breve observação, passo à análise dos fatos.

I . Do Contrato

4. O denominado Contrato de Franquia Empresarial celebrado entre a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT (franqueadora) e a Quick Express Serviços Postais Ltda (franqueada) tinha por objeto "ceder à franqueada o direito de uso da Marca "Correios", na Agência de Correio Franqueada, para prestar exclusivamente atendimento e comercialização de serviços e produtos prestados ou vendidos pela franqueadora (...)".

5. O item 5.7 da Cláusula Quinta estipulava que os produtos, formulários e materiais necessários à execução dos serviços seriam supridos à franqueada pela ECT.

6. Nos termos da Cláusula Sexta do Contrato de Franquia Empresarial (itens 6.1 e 6.2), o acerto de contas seria efetuado semanalmente, consistindo tal acerto no "fechamento do demonstrativo semanal da arrecadação da ACF, com repasse desta arrecadação à franqueadora", sendo a franqueada comissionada de acordo com os percentuais previstos na Cláusula Sétima daquele Contrato.

7. O item 6.1.4. da mencionada Cláusula Sexta ("Do Acerto de Contas"), previa que "na hipótese de não haver o repasse da arrecadação, parcial ou total, de quaisquer quantias a favor da Franqueadora, nos termos deste Contrato, inclusive por erro de informação nos demonstrativos, nas datas previstas, a Franqueada pagará a referida quantia à Franqueadora, corrigida pela variação da Taxa Referencial (TR) ou, na falta desta e nesta ordem pelo IGP/M ou pelo índice oficial que vier a substituí-la, ocorrido entre a data do vencimento da obrigação e a data do seu efetivo pagamento, acrescida de juros de mora de 1% ao mês, além de multa de 10% calculada sobre o valor corrigido".

8. Por seu turno, a Cláusula Nona ("Da Rescisão"), previa, em seu item 9.3, que a reincidência no descumprimento pela franqueada de qualquer das cláusulas contratuais autorizava a aplicação de multas sucessivas e progressivas, de 10%, 20% e 30% da comissão da franqueada, além de implicar no descredenciamento da franqueada e na rescisão do contrato.

9. A análise das mencionadas cláusulas contratuais demonstra não apenas a natureza mercantil da avença, mas também a antecipada previsibilidade de uma eventual ocorrência de atrasos nos repasses devidos pela franqueada à franqueadora. A ECT sabia, desde o início, que havia a possibilidade de ocorrerem atrasos nos repasses que lhe eram devidos, tanto assim que previu, contratualmente, a aplicação de multas e outras formas de punição usualmente utilizadas nos pactos da espécie.

10. Resta claro, portanto, que a Quick Express, ao deixar de repassar os valores devidos à ECT, incorreu no descumprimento de cláusula contratual, sujeitando-se exclusivamente à aplicação das penalidades antecipadamente previstas e acordadas.

II - Dos motivos que conduziram ao atraso no cumprimento das obrigações acordadas

11. Conforme foi trazido ao conhecimento deste Tribunal quando da realização de auditoria operacional levada a efeito na ECT com o intuito de verificar a implantação do sistema de franquias (TC-013.889/94-0, Decisão nº 601/94-Plenário), a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, sentindo a necessidade de ampliar sua rede de atendimento sem que incorresse em novos custos, optou pela adoção do sistema de "franchising", atualmente bastante utilizado na comercialização de produtos diversos. No entanto, o fez de forma açodada, consoante se demonstra pelos excertos que a seguir transcrevo, do Relatório que antecedeu ao Voto proferido pelo Relator daqueles autos, Exmo. Sr. Ministro Paulo Affonso Martins de Oliveira:

"Em pouco mais de três anos foram instaladas 1.737 agências franqueadas, em todas as Unidades de Federação, nas capitais e no interior. Assim, a ECT ampliou em 32,5% a sua rede de atendimento e se tornou a maior franqueadora do Brasil. Da forma empírica e

desordenada como foi efetuada essa implantação, não se pode afirmar que as agências foram criadas nos locais onde havia demanda ou se foram instaladas em lugares próximos a agências existentes, proporcionando concorrência com a própria ECT (há casos comprovados)."

.....

"O sistema de "franchising" foi implantado sem qualquer estudo prévio de custos, que determinasse a sua viabilidade econômica."

.....

"A tabela de remuneração das Agências de Correio Franqueadas foi elaborada de maneira totalmente empírica, não tendo sido considerado o principal fator: o custo dos serviços prestados pelos terceiros."

12. De tudo isso, se extrai que a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT, contrariamente a outras empresas franqueadoras, consentiu na abertura de franquias que tinham pouca ou nenhuma possibilidade de sucesso financeiro. Tal fato foi, em grande parte, responsável pela existência de diversos dos processos de tomadas de contas especiais que vem sendo protocolizados nesta Casa, envolvendo agências franqueadas.

13. Especificamente quanto ao presente caso, está devidamente evidenciado que a ausência de repasses por parte da Quick Express foi motivada pela insolvência que atingia a firma, conforme demonstram os diversos formulários de prestação de contas mensais acostados aos autos, em que o somatório das despesas diversas (aluguel, luz, telefone, salários e encargos sociais, etc.) superava a receita de serviços. Assim, a ausência de repasse não constituiu uma atitude imotivada por parte dos administradores da Quick Express; não houve a deliberada intenção de burla aos Correios, mas a impossibilidade fática de serem efetuados os pagamentos devidos. Para que fossem efetuados em dia os pagamentos à ECT, teriam que ser relegadas a um segundo plano despesas essenciais ao funcionamento da firma, a exemplo dos pagamentos de água, luz, aluguel e salários, o que conduziria ao encerramento das atividades da franqueada e à sua falência, situação que, em tese, não interessava a nenhuma das partes - franqueada e franqueadora.

III. Da natureza jurídica da franquia concedida pela ECT

14. Nos termos de Jorge Pereira Andrade, "franquia é o contrato pelo qual uma empresa industrial, comercial ou de serviços, detentora de uma atividade mercadológica vitoriosa, com marca ou nome comercial notórios (franqueadora), permite a uma pessoa física ou jurídica (franqueada), por tempo e área geográfica exclusivas e determinadas, o uso de sua marca, para venda ou fabricação de seus produtos e/ou serviços, mediante uma taxa inicial e porcentagem mensal sobre o movimento de vendas." (*in* Contratos de Franquia e Leasing, 1ª ed., pp. 22).

15. Carlos Alberto Bittar salientou que a franquia comercial tem o mesmo caráter associativo da concessão mercantil, possuindo, também, vínculo meramente contratual (*in* Contratos Comerciais, 1ª ed. Pp. 223). Afirmou, mais, que "a *ratio*, ou a causa, na franquia é a utilização econômica autorizada, sob remuneração própria e assistência técnica, de bem intelectual integrante do aviamento de outrem, empresário comercial disposto a expandir seus negócios, com a aproveitamento da expressão e do potencial por ele adquirido publicamente".

16. Ainda valendo-nos da doutrina, Maria Helena Diniz, em seu Tratado Teórico e Prático dos Contratos, caracteriza a franquia como um "contrato bilateral, consensual, oneroso, de execução continuada e atípico". Ensina-nos, ainda, que a franquia, "por não estar regulada em lei, rege-se-á por normas estipuladas em cláusulas contratuais de tipos variados, de acordo com a natureza, a importância dos produtos e os interesses das partes".

17. A atenta leitura da doutrina especializada demonstra de forma clara que as franquias estão a constituir modalidade própria de contrato, atípico, posto não dispor de regulamentação específica, mas que possui características específicas que as distinguem das demais espécies contratuais. Não há que se confundir o contrato de franquia empresarial com outras modalidades de negócios jurídicos, em especial com o contrato de concessão de serviço público, *data maxima venia* daqueles que já defenderam posicionamento diferente nesta Corte.

18. No contrato de concessão de serviço público, a Administração transfere integralmente a terceiros a execução dos serviços; o Estado delega o encargo de fazer funcionar o serviço público a outrem, que será remunerado exclusivamente pelos usuários, mediante o pagamento de tarifas. Tal, entretanto, não ocorre com as agências franqueadas: são remuneradas pela ECT (e não pelos usuários), a partir de percentuais incidentes sobre os serviços, consoante tabelas previamente acordadas; atuam especificamente em determinado segmento e não realizam, por si só, a totalidade das tarefas (no caso concreto, a Quick Express recebia as correspondências postadas, mas não efetuava as entregas, que continuavam a cargo da ECT).

19. Outra diferença marcante entre os dois institutos (contratos de franquia e contratos de concessão de serviço público) diz respeito à independência na forma de atuação da prestadora dos serviços: enquanto o contrato de franquia impõe à franqueada condições até certo ponto inflexíveis, que vão desde a forma de apresentação dos empregados (utilização de uniformes) à padronização do produto final, com verificações periódicas de qualidade e a exigência de prestações de contas em intervalos bastante curtos (no caso em exame, semanais), os contratos de concessão deixam ao alvedrio do concessionário a forma de execução dos serviços, desde que o serviço público concedido seja realizado a contento. No pacto ora examinado, a Quick Express seguia a regras rígidas, não dispondo de flexibilização para executar as tarefas rotineiras.

20. Mais ainda: consoante destacado pela Instrução, a ECT cobrou da Quick Express valores a título de taxa de franquia e taxa de publicidade, ônus inexistentes

nos contratos de concessão. Aliás, tais taxas foram cobradas somente pela utilização do nome "Correios"; nas concessões não existe a utilização, por parte da concessionária, do nome de terceiros. Ao contrário, a utilização de um nome ou "marca" é uma das características dos contratos típicos de franquia. Tal diferença é nítida quando se aplica a um exemplo prático: veja-se que na área de telefonia, que agora começa a ser descentralizada mediante a abertura de novos contratos de concessão, as empresas concessionárias utilizam seus próprios nomes, sendo grande seu interesse em uma maior divulgação de sua empresa (p.e., na Região Centro-Oeste a empresa concessionária é a Americel, que faz propaganda própria).

21. Finalmente, valendo-me do bom exemplo utilizado pela 10ª SECEX, vale lembrar que as tarifas, nos casos de concessão de serviços públicos, são fixadas com base nos custos incorridos pelas concessionárias, de forma a assegurar-lhe pequena margem de lucro. Tal, contudo, não ocorreu neste caso, uma vez que o próprio Tribunal, ao apreciar os autos do processo TC-013.889/94-0 (mencionado no item 9 deste Voto), destacou que as tarifas pagas às franqueadas foram fixadas com base nos custos incorridos pela própria ECT, e não naqueles inerentes às efetivas prestadoras dos serviços, motivo que, aliás, levou diversas franqueadas a fecharem suas portas (como é o caso presente).

22. Assim, em face de todo o exposto, claro me parece que nesse caso somente se possa definir como concessionária de serviço público a própria Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos: ela é a responsável pela execução dos serviços postais e telemáticos, remunerando-se diretamente a partir dos beneficiários dos serviços, pelas tarifas que arrecada, fixadas em função de seus custos operacionais.

23. Espero, assim, ter podido reforçar os lúcidos argumentos trazidos aos autos pela 10ª SECEX e demonstrar o equívoco cometido em situações pretéritas, quando se pretendeu dar aos contratos de franquia celebrados pela ECT tratamento idêntico àquele dispensado aos casos de concessão de serviços públicos, deixando assente que aqueles são contratos que estão a constituir modalidade específica e complexa em nosso direito comercial, regendo-se exclusivamente pelas cláusulas neles insertas.

24. Aliás, pode-se mesmo afirmar que as avenças celebradas entre a ECT e as empresas franqueadas caracterizam os chamados "contratos de direito privado da administração" que, segundo leciona Celso Antônio Bandeira de Melo, regem-se quanto ao conteúdo e efeitos pelo direito privado, não caracterizando, *in casu*, um contrato administrativo típico (*in* Elementos de Direito Administrativo, 2ª ed., pp. 202/4).

IV. Da competência do Tribunal de Contas da União

25. Creio que chegado esse ponto de nosso Voto, está pacífico que o único motivo que levou à instauração desta tomada de contas especial foi o inadimplemento de exigência contratual, ou em outras palavras, o descumprimento de um contrato. Resta saber se o simples descumprimento de

um contrato submetida o franqueado à jurisdição deste Tribunal ou se, contrariamente, como defende a 10ª SECEX, o TCU não teria competência para aplicar ao responsável multa, como o fez no Acórdão nº 217/97-2ª Câmara, ora recorrido.

26. O art. 71, ao estabelecer as competências deste Tribunal, discriminou, em seu inciso II:

"II - julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo poder público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público."

27. A atenta análise do dispositivo constitucional revela a existência, no mesmo comando, de duas situações distintas:

- a) "julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo poder público federal...", situação indiscutivelmente aplicada com exclusividade aos denominados "gestores" públicos que têm a obrigação de apresentar, anualmente, suas contas ao Tribunal: são as chamadas tomadas e prestações de contas ordinárias;
- b) "...e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público". É este o comando que possibilita que terceiros, desvinculados da Administração Pública, estejam sujeitos à jurisdição do Tribunal. Façamos, pois, um exame mais detalhado de sua construção: "...perda, extravio ou outra irregularidade...".

28. Ora, claro está que o legislador constituinte não jurisdicionou ao Tribunal qualquer pessoa que traga prejuízo ao erário, mas apenas aqueles que o façam mediante o cometimento de *irregularidade*. E nem pode ser outra a interpretação do referido dispositivo, uma vez que, se não existe irregularidade, somente será cabível a reparação civil do dano, tarefa afeta à justiça comum. Ao Tribunal somente cabe a apreciação das situações em que, além da reparação civil, exista a possibilidade de que sejam atribuídas ao responsável sanções de outra natureza, especificadas em nossa Lei Orgânica, a exemplo da aplicação de multas e da declaração de inidoneidade do licitante fraudador.

29. Imaginar diferente é pretender que sejam encaminhadas ao Tribunal, na forma de Tomadas de Contas Especiais, todas as situações em que o erário, de alguma forma, sofra prejuízo, o que seria, além de desprovida de propósito, operacionalmente inviável. Veja-se, por exemplo, que o erário sofre prejuízo por todo e qualquer aluguel devido e não pago, em função da ocupação, por terceiros, de imóveis da União e de suas entidades integrantes da Administração Indireta; por todos os empréstimos bancários não honrados (ainda que não haja qualquer

fraude em sua concessão); por cheques especiais não cobertos ou com limite ultrapassado; pela colisão, provocada por terceiros, em veículos de sua frota. Ora, tais prejuízos não decorrem de irregularidade; não podem, portanto, sujeitar-se à apreciação desta Casa.

30. Já tive a oportunidade de defender nesta Corte, em mais de uma oportunidade, a tese de que não configura hipótese para instauração de tomada de contas especial o descumprimento de cláusula contratual legitimamente acordada, exceto quando verificado ato ilícito decorrente de ação ou omissão de agente público, ocasiões em que fui acompanhado pelo Colegiado (TC-249.071/94-0, Dec. 97/96 - 2ª Câmara e TC-625.024/97-4, Dec. 031/98, Plenário). Creio que tal solução deva ser aplicada, também, ao caso concreto que agora se examina, sendo, nessa linha, insubsistente a presente TCE, por ausência de pressupostos de constituição.

V - Do mérito das contas

31. Deixando assente meu entendimento de que a questão em tela não deve ser apreciada por esta Corte, pelos argumentos que já explicitarei neste Voto, passo ao exame de mérito do recurso, caso rejeitada a preliminar de incompetência.

32. As contas dos responsáveis foram julgadas irregulares, tendo-se-lhes aplicado, na ocasião, multa, com fulcro no art. 58, I, da Lei nº 8.443/92. Dentre os "Consideranda" do Acórdão condenatório, afirma-se que "o recolhimento tempestivo do débito só tem o condão de sanar os autos caso seja reconhecida a boa fé do responsável e não tenha sido constatada nenhuma outra irregularidade nas contas". Ora, consoante bem explicitado pela 10ª SECEX, a ACF Quick Express não praticou qualquer irregularidade; a intempestividade no repasse das quantias devidas à ECT decorreu de seu insucesso econômico, conforme comprovado nos autos e já mencionado neste Voto (itens 11/13). Não se pode dizer que agiu de má-fé aquele que deixa de recolher determinada quantia em virtude da impossibilidade econômica de fazê-lo.

33. Mais ainda, não creio que seja medida de justiça punir-se, com a aplicação de multa e a pecha de irregularidade, àqueles cuja única "culpa" foi a de ingressar em empreitada mal-sucedida (e assim o foi pela inépcia da ECT na implantação do sistema de franquias), presumindo então que se encontravam sob a égide do direito privado e que responderiam por suas obrigações nos termos do contrato pactuado, com as penalidades ali previstas, como de fato o fizeram ao quitar a dívida mediante o pagamento dos valores atrasados acrescidos dos consectários contratuais.

34. Nessa linha de raciocínio, ainda assim o recurso deveria ser provido, para serem as contas julgadas regulares com ressalvas, hipótese, entretanto, que deixo de consignar no Acórdão que submeto à consideração do Colegiado em face do acolhimento da preliminar.

Ante o exposto, com as devidas vênias por dissentir do Ministério Público, entendo procedentes as preliminares suscitadas pela 10ª SECEX e VOTO no sentido de que o Tribunal adote a deliberação que ora submeto ao Colegiado.

DECLARAÇÃO DE VOTO

Ministro Bento José Bugarin

Conforme sobejamente demonstrado tanto no Relatório como no Voto do Relator, Ministro Adhemar Paladini Ghisi, trata-se de relações reguladas por disposições contratuais quanto a direitos, obrigações e também penalidades. Nesse sentido, entendo que compete ao TCU verificar se a ECT está aplicando as devidas punições quando o caso requer.

2. Portanto, da mesma forma que o Relator, acolho a preliminar suscitada.

3. Preocupa-me, porém, o mérito deste processo, pois, conforme se depreende da Declaração de Voto apresentada pelo Ministro José Antonio Barreto de Macedo, entende S. Exa. que "o fato de os responsáveis haverem recolhido as importâncias devidas não tem, por si só, o condão de regularizar as contas (cf. art. 153, §§ 4º e 5º, do Regimento Interno do TCU)".

4. "Concessa venia", não consigo ver como imputar responsabilidade pelo insucesso de uma atividade empresarial, que, conforme comprovado por esta Corte nos autos de Relatório de Auditoria, foi incentivada pela ECT, sem qualquer planejamento nem estudos de viabilidade econômica. Não raros são os casos em que a franqueada faz concorrência com a franqueadora, por existirem agências muito próximas, o que demonstra a forma desordenada com que foi implantado o sistema de franquias da ECT.

5. Não desejo com essas afirmações excluir a possibilidade de ocorrência de irregularidades. Ressalto, no entanto, que no processo ora em exame, segundo consta do Relatório e do Voto do Relator, não se constataram irregularidades, mas tão-somente a inviabilidade econômica do empreendimento, o que implicou o inadimplemento do franqueado em relação às suas obrigações contratuais.

6. Diante disso, é de se perguntar qual a irregularidade cometida pelo responsável para justificar medida tão rigorosa desta Casa, aplicando-lhe a multa do art. 58 da Lei Orgânica.

7. O fundamento para a multa aplicada foi a alínea "c" do inciso III do art. 16 da LOTCU.

8. No entanto, não consta do Relatório apresentado pelo Relator nem da Declaração de Voto do Ministro-Redator menção ao ato de gestão antieconômico ou ilegítimo praticado pelo franqueado.

9. Ora, todas as Decisões devem ser fundamentadas não apenas nos dispositivos legais mas também e principalmente nos fatos motivadores do Acórdão. Pelo que se depreende do que se discute neste processo, posso concluir pela ausência da descrição do fato antieconômico.

10. Assim afirmo porque aceitar o inadimplemento contratual, nos moldes em que ocorreu, como irregularidades soa-me impróprio, pois se tratava de atividade empresarial que recebeu a anuência da ECT e que obviamente apresentava os riscos a ela inerentes.

11. Se alguém praticou ato antieconômico, inclino-me a aceitar que foi a própria ECT, ao implantar um amplo sistema de franquia sem planejamento nem estudo de viabilidade econômica, o que, lembre-se, é procedimento obrigatório para todo e qualquer franqueador, pois ao franqueado cabe usar a marca do franqueador, motivo pelo qual cumpre a este se preocupar com a viabilidade do negócio daquele a fim de evitar que a quebra do franqueado atinja a imagem ou a saúde financeira do franqueador.

12. Portanto, entendo que independentemente da preliminar suscitada - a qual, conforme já afirmado, acolho, seguindo o Voto do Relator -, o Acórdão recorrido merece ser reformado, a fim de tornar insubsistente o julgamento pela irregularidade e também a multa aplicada.

Ante o exposto, VOTO por que seja adotado o Acórdão submetido a este Plenário pelo Relator, Ministro Adhemar Paladini Ghisi. Todavia, caso rejeitada a preliminar, VOTO por que seja reformado o Acórdão recorrido, tornando insubsistentes o julgamento pela irregularidade e a multa aplicada, e por que seja a presente Tomada de Contas Especial julgada regular com ressalva.

PARECER DO MINISTÉRIO PÚBLICO JUNTO AO TCU

Subprocurador-Geral Jatir Batista da Cunha

Trata-se de recurso interposto pelos Srs. Walter Bezerra de Sá Neto e Orlando Figueiredo Filho relativamente à decisão contida no Acórdão nº 217/97 - TCU - 2ª Câmara.

A peça instrutiva, após minudente inquirição acerca da natureza jurídica do termo celebrado entre a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT e os indigitados, opina pelo conhecimento da peça impugnatória como recurso de reconsideração, e, no mérito, que este Tribunal torne insubsistente a Tomada de Contas Especial instaurada contra os responsáveis, caso reconhecida a natureza eminentemente privada do contrato de franquia celebrado. Alternativamente, sugere que se o Tribunal entender que a empresa franqueada e seus sócios-gerentes geriam a coisa pública e que, portanto, estão sujeitos à jurisdição desta Corte, seja o recurso provido, para julgar regulares com ressalva as contas dos responsáveis e excluir a multa que lhes fora aplicada, dando-se-lhes quitação (fls. 123 a 137). O Sr. Diretor da 1ª Divisão Técnica e o Sr. Secretário da 10ª SECEX manifestaram-se de acordo com essas proposições.

A respeito da competência deste Egrégio Tribunal para apreciar Tomada de Contas Especial instaurada em razão de irregularidades incorridas por celebrante de contrato com a ECT visando a prestação de serviços postais e telemáticos me-

diante o sistema de franquia, transcrevemos, por oportuno, o seguinte trecho do Voto do eminente Ministro FERNANDO GONÇALVES, exarado nos autos do TC-010.050/95-7: *"Daí que não se está a tratar de mero 'repasse de recursos', mas antes de situação em que particular investe-se, por conta de delegação estatal, na função de prestador de serviços públicos, passando a utilizar, guardar e administrar dinheiros, bens e valores igualmente públicos, e, de conseguinte, obrigando-se a deles prestar contas (Constituição Federal, art. 70, parágrafo único)"*; Acórdão nº 095/96 - TCU - Plenário, Ata nº 25/96.

Parece-nos inconteste a obrigatoriedade desses particulares, celebrantes de avença com a citada empresa pública, de prestar contas dos recursos geridos, consoante estabelecido na Magna Carta (cf. art. 70, parágrafo único) e na própria Lei Orgânica deste Tribunal (cf. art. 8º), sujeitando-os, desse modo, à ação fiscalizadora desta Egrégia Corte, bem como, às sanções cabíveis pela malversação na gerência desses recursos.

No que pertine aos argumentos apresentados (fls. 01 a 08 do volume 1), observa-se que os recorrentes insistem em afirmar que a suspensão do fornecimento de material pela ECT foi fator decisivo para o desequilíbrio financeiro do empreendimento, impossibilitando a liquidação do seu débito para com a franqueadora, quando, na verdade, esta TCE originou-se de débito referente ao produto de venda dos materiais que já se encontravam em poder dos responsáveis, anteriormente à suspensão levada a efeito pela citada empresa pública.

Assim sendo, o mero recolhimento do débito não tem o condão de afastar a irregularidade praticada pelos responsáveis, que consistiu na ausência da prestação de contas, caracterizando a retenção indevida de numerário, sanada tão-somente após a instauração de inquérito na Polícia Federal, conforme evidenciam os documentos acostados às fls. 88 a 90 e 93 a 96.

Posto isso, e com as vênias de praxe à proposição da Unidade Técnica, manifestamo-nos pelo conhecimento do presente Recurso de Reconsideração, na forma do disposto nos artigos 32, inciso I, parágrafo único; e 33, ambos da Lei nº 8.443/92, para, no mérito, negar-lhe provimento, devendo, portanto, ser mantidos os termos do V. Acórdão condenatório.

Quanto às solicitações contidas nos itens 31 e 32 da petição apresentada (fls. 01 a 08 do volume I), manifestamos nossa anuência às proposições formuladas pelo Sr. Analista insertas às fls. 136 (itens 72 e 73).

ACÓRDÃO Nº 59/98-TCU - PLENÁRIO¹

1. Processo TC-006.706/96-7
2. Classe de Assunto: VI - Matéria remetida pela Câmara
3. Responsável: Walter Bezerra de Sá Neto e Orlando Figueiredo Filho
4. Entidade: Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos

1. Publicado no DOU de 11/05/98.

Vinculação: Ministério das Comunicações

5. Relator: Ministro Adhemar Paladini Ghisi.

6. Representante do Ministério Público: Dr. Jatir Batista da Cunha

7. Unidade Técnica: 10ª SECEX

8. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos que tratam de recurso de reconsideração interposto contra o Acórdão nº 21/97-TCU-2ª Câmara, prolatado em processo de tomada de contas especial instaurada pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos pelos constantes atrasos e omissão na prestação de contas da Agência Franqueada Quick Express Serviços Postais Ltda. - Samambaia II.

Considerando as questões preliminares suscitadas pela 10ª SECEX, no que tange à natureza da avença e à competência deste Tribunal;

Considerando que a relação mantida entre a AFC Quick Express Serviços Postais Ltda. e a Empresa Brasileira decorria de contrato de franquia empresarial;

Considerando que as obrigações assumidas em decorrência desse contrato regem-se exclusivamente pelas normas do direito privado;

Considerando que não configura hipótese para instauração de tomada de contas especial o descumprimento de cláusula contratual legitimamente acordada, exceto quando verificado ato ilícito decorrente de ação ou omissão de agente público;

Considerando que no presente caso não existiu ato ilícito, mas tão-somente o descumprimento de cláusula contratual;

Considerando que a jurisdição do Tribunal de Contas da União não alcança todo e qualquer prejuízo causado ao erário, mas somente aqueles prejuízos decorrentes do cometimento de irregularidade, *ex vi* do item II do art. 71 da Constituição Federal,

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão Plenária, com fulcro no art. 33 da Lei nº 8.443/92, em:

a) conhecer do presente recurso de reconsideração para, no mérito, considerá-lo procedente, tornando insubsistente o Acórdão nº 217/97-TCU-2ª Câmara;

b) arquivar o presente processo, nos termos do art. 163 do Regimento Interno, por ausência de pressuposto de constituição.

9. Ata nº 15/98 - Plenário.

10. Data da Sessão: 29/04/1998 - Ordinária.

11. Especificação do *quorum*:

11.1. Ministros presentes: Homero Santos (Presidente), Adhemar Paladini Ghisi (Relator), Iram Saraiva, Bento José Bugarin, Valmir Campelo e os Ministros-Substitutos José Antonio Barreto de Macedo, Lincoln Magalhães da Rocha e Benjamin Zynler.

11.2. Ministro que alegou impedimento: Benjamin Zynler.

11.3. Ministro que votou com ressalva: José Antonio Barreto de Macedo

Homero Santos
Presidente

Adhemar Paladini Ghisi
Ministro-Relator