CONCESSÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS – FISCALIZAÇÃO – CONTRIBUIÇÃO PARAFISCAL – PREÇO PÚBLICO – TARIFA – TOMADA DE CONTAS

– As empresas concessionárias de serviços públicos, de um modo geral, não estão sujeitas à prestação de contas, ordinariamente, ao Tribunal de Contas da União, salvo disposições especiais.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

DECISÃO

ANEXO V À ATA N.º 27/73

Parecer emitido pelo representante do Ministério Público e mencionado na decisão do Tribunal, proferida em 26 de abril de 1973, no processo originado do relatório feito pelo seu representante na Junta de Tomada de Contas do concessionário do Porto de Santos, estado de São Paulo, atinente ao exercício de 1969 (Proc. n.º 5.478/71), e tendo em vista a consulta formulada pela Inspetoria-Geral de Finanças do Ministério dos Transportes, sobre se as contas dos concessionários de portos, a partir do exercício de 1971, referentes à parcela de 40% que compõe o Fundo de Melhoramento do Porto, continuavam sujeitas à Junta de Tomada de Contas prevista no Decreto n.º 17.788, de 8 de fevereiro de 1945, ou, por serem oriundas de transferência do Orçamento da União, estariam sujeitas à auditoria externa prevista no Decreto-lei n.º 772, de 19 de agosto de 1969 (Proc. n.º 16.709/72, relatado pelo Sr. Ministro Vergniaud Wanderley).

Proc. TC-5.478/71

Tomada de contas

– Empresa concessionária de serviço público; competência do TCU (natureza da "fiscalização").

PARECER

Em face do disposto no art. 10, § 2.º, do Ato n.º 5, de 29.7.1941, do Egr. Tribunal de Contas da União, foi apresentado o *Relatório*, a que se refere o presente processo (fls. 2-12), sobre a *tomada de contas* da Companhia da Docas de Santos, *concessionária* da exploração do tráfego do Porto de Santos, concernente ao exercício de 1969; o expediente supracitado, que se faz acompanhar de cópia da Ata dos trabalhos da Junta de Tomada de Contas, foi elaborado pelo operoso funcionário (que hoje é o digno titular da Delegação do mesmo Tribunal, em SP), designado para acompanhar o levantamento daquelas contas, consubstanciadas nos dois volumes em anexo.

2. Na Sessão de 4.11.1971 (fls. 15v), foi adiada a discussão do feito em virtude de proposta acolhida em Plenário, "no sentido de a Diretoria competente tendo em vista as disposições legais e regulamentares em vigor, emitir parecer sobre as tomadas de contas das empresas concessionárias de serviço público".

3. Às contas em causa (fls. 17/22), porém, foi incorporada uma consulta formulada pela IGF do Ministério dos Transportes, sobre se "as contas de 1971, das concessionárias de portos, referentes à parcela de 40%, que compõe o Fundo de Melhoramento dos Portos, continuam sujeitas à Junta de Tomada de Contas, prevista no Decreto n.º 17.788, de 1945, ou, por serem oriundas de transferência do Orçamento da União, estarão sujeitas, doravante, à auditoria externa de que trata o Decreto-lei n.º 772, de 19.8.1969".

4. Instruindo sua "consulta", a IGF fez o retrospecto da legislação concernente ao caso, a saber (fls. 18-19):

a) Decreto n.º 6.501, de 6.6.1907; e
b) Decreto n.º 24.447, de 22.6.1934;
c) Decreto n.º 24.599, de 6.7.1934;
d) Decreto n.º 17.788, de 8.2.1945;
e) Decreto n.º 830, de 23.9.1949, art. 71;
f) Decreto n.º 54.295, de 23.9.1964; e
g) Decreto n.º 58.324, de 2.5.1966.

5. Entende o consulente que, a partir da vigência do Decreto-lei n.º 189, de 25.2.67, *com a revogação da Lei n.º* 830/49 (art. 71). *"deixou de ter cabimento" a designação de representação do TCU, para integrar comissão mista, no âmbito do Executivo,* "na qual nem o órgão próprio do controle interno... se faz representar" (fls. 20); justifica a sua formulação, contudo, na "nova circunstância" de que "a partir de 1971, a taxa de Melhoramento dos Portos, criada pela Lei n.º 3.421, de 10.7.58, e até então considerada como *recurso próprio* das administrações dos portos e do Departamento Nacional de Portos e Vias Navegáveis, foi incluída no Orçamento Geral para 1971, aprovado pela Lei n.º 5.628, de 2.12.1970, como receita da União, embora vinculada a fundos especiais" (fls. 21).

6. Verifica-se, então, que os recursos provenientes da *Taxa de Melhoramento dos Portos, arrecadada pela concessionária* dos serviços portuários, é repartida na base de 60% para o Fundo Portuário Nacional cuja aplicação do Porto compete ao DNPVN, e de 40% para o Fundo de Melhoramento do Porto, que é entregue à própria Administração do porto para aplicação.

7. O preclaro titular da 6.ª Diretoria, (no seu judicioso parecer (fls. 40-43), conclui, em síntese:

a) que, *dentre as concessionárias* de serviços portuários, linhas aéreas, energia elétrica, transportes ferroviários e sistema de comunicações, *apenas aquelas relativas aos serviços portuários ainda se subordinem ao antigo regime,* preconizado pelo Decreto n.º 17.778/45, como decorrência da Decisão de 21.2.1968 (designação de representante para integrar Junta de Tomara de Contas);

b) que, a despeito do controle ministerial, instituído pelo Decreto-lei n.º 772/69, inalterado ficou o entendimento de *não mais subsistir a necessidade da representação do TC nas Juntas,* após a revogação da Lei n.º 830/49, pelo menos quanto às demais concessionárias;

c) que, no entender da Diretoria, ante as alterações no regime da Taxa de Melhoramentos e com a vigência do Decreto-lei n.º 772/69, *"inexiste obrigatoriedade de participação de representante deste Tribunal na Junta de* Tomada de Contas das concessionárias de serviços Portuários", passando tais entidades a figurar no rol das que manipulam contribuições parafiscais, previstas no art. 183, do Decreto-lei n.º 200/67, e *tornando-se assim obrigatória a remessa das contas ao TCU, para o julgamento da sua regularidade* (Decreto-lei n.º 199/67, art. 42); e

d) que, em conseqüência, ficou *derrogado o regime das juntas,* no que se refere à contribuição, pois em relação às rendas próprias somente à supervisão ministerial pode interessar, no concernente a consecução dos objetivos da política nacional de desenvolvimento social e econômico.

II

8. A vigente Constituição, de 24.1.67, com a nova redação dada pela Emenda n.º 1, de 17.10.69, no seu art. 167, preceitua que a *lei disporá sobre o regime das empresas concessionárias de serviços públicos federais, estaduais e municipais,* estabelecendo:

I — obrigação de manter serviço adequado;

II — tarifas que permitam a justa remuneração do capital, o melhoramento e a ex-

pansão dos serviços e assegurem o equilíbrio econômico e financeiro do contrato; e

III — *fiscalização permanente* e revisão periódica das *tarifas,* ainda que estipuladas em contrato anterior.

9. Essa norma constitucional, contudo, está pendente de regulamentação. Com isto, faz-se sentir a imperiosa necessidade de um Estatuto, que discipline inteiramente a matéria em lide. Vale frisar, no entanto, que projeto de lei, sobre o regime das empresas concessionárias do Serviço Público, depois de aprovado na Câmara dos Deputados (P. n.º 1.035/48), foi rejeitado no Senado Federal (P. n.º 198/70), em 1.4.71. Releva notar, ainda, que algumas leis esparsas foram editadas, notadamente o Decreto-lei n.º 128, de 31.1.67 (vedando a alienação de bens imóveis) e o Decreto-lei n.º 973, de 20.10.69 (sobre aplicação da correção monetária às concessionárias de serviços portuários), além do já mencionado Decreto-lei n.º 772, de 19.8.69 (sobre *auditoria externa* a que ficam sujeitas as entidades ou organizações em geral, que recebam contribuições para fins sociais ou transferências).

10. O certo é que, com base na mesma Lei Magna, *compete à União explorar* diretamente, mediante autorização ou *por meio de concessão* (Constituição art. 8-XV e 168):

a) os serviços de telecomunicações;

b) os serviços de instalações de energia elétrica de qualquer origem ou natureza;

c) a navegação aérea;

d) as vias de transporte entre portos marítimos e fronteiras nacionais ou que transponham os limites de Estado ou Território; e

e) as jazidas, os minerais e demais recursos minerais e os potenciais de energia hidráulica, e bem assim aproveitá-los.

11. Logo, indiscutivelmente, quando o Poder Público optar pelo regime da "concessão" de quaisquer daquelas atividades, pode fazê-lo, reservando-se no direito de *fiscalizar* a boa execução dos serviços e estabelecendo *tarifas,* a serem pagas pelos seus usuários (Constituição, art. 167, itens II e III, supracitados).

III

12. Ora, a concessão de serviço público, pela sua natureza pode ser considerada um ato constitutivo (que incorpora ao patrimônio particular direitos originariamente só concebíveis como pertencentes à Administração Pública), pelo qual "ao concessionário, além da delegação do serviço público, são constituídos direitos, cujo conteúdo são poderes especificamente próprios da administração, tais, dentre os mais, os relativos ao domínio público" (Princípios de Direito Administrativo, de Ruy Cirne Lima. 4.ª ed. da Liv. Sulina, de 1964. p. 87).

13. Assim, a concessão pode ser acompanhada de "uma *delegação do uso especial* da Administração Pública, por essa mesma delegação, convertido em uso privativo a favor de particular", que tanto diz respeito ao uso privativo a favor de particular", que tanto diz respeito ao uso como excepcionalmente à propriedade do domínio público (Idem. p. 194).

14. De qualquer forma, na gestão dos negócios, o *concessionário age em seu próprio nome* (e não no da Administração), e os riscos inerentes aos serviços correm por sua conta; isto não obsta que o Poder concedente, se necessário, transfira bens de sua propriedade para o uso e a administração, pelo concessionário.

15. Neste caso, conforme a maneira pela qual se fizer aquela transferência, poder-se-ia incluir o concessionário dentre os "responsáveis por bens e valores públicos" (Constituição Art. 70, § 1.º, *in fine;* Decreto-lei n.º 199/67, Art. 31, item II, e 33).

IV

16. Pode ocorrer, ainda, que a *concessionária* (dotada de personalidade jurídica de direito privado), por força de lei, esteja autorizada a *receber contribuição parafiscal.*

17. Configurada a hipótese, então, aplicar-se-lhe-iam os princípios gerais que regem a espécie, a saber:

"As *contribuições parafiscais,* em resumo, *são tributos* e, como tais, não escapam aos princípios da Constituição. As instituições que deles se beneficiam *estão sujeitas ao controle do Tribunal de Contas,* porque ou são pessoas de direito público por sua natureza, funções e origem, como SESI, o SESC, a Ordem dos Advogados, ou são *responsáveis por dinheiros e outros bens públicos* (Art. 70, § 4.º da Constituição, redação da Emenda n.º 1/69), para aplicação específica a fins públicos, e só estes". (Direito Tributário Brasileiro, de Aliomar Baleeiro. 2.ª ed. da Forense, de 1970. p. 571).

18. Note-se mais que, "juridicamente, no Direito positivo do Brasil, hoje, as contribuições especiais ou parafiscais integram o sistema tributário, não só porque a Constituição as autoriza expressamente nos artigos 163, parágrafo único, 165-XVI e 166, § 1.º, mas também porque o Decreto-lei n.º 27, de 1966, acrescentou mais um dispositivo ao CTN, alterando a redação do artigo 217 do mesmo, para o fim especial de ressaltar a exigibilidade da contribuição sindical, das quotas de previdência e outras exações parafiscais" (Obra supracitada e p. 68).

19. Cumpre ressaltar, todavia, que o Egr. Supremo Tribunal Federal, pela Súmula n.º 545, de 3 de dezembro de 1969, "estabelece o critério jurisprudencial, coincidente com o da doutrina, para *distinção entre taxas e preços.*" É verdade que "o preço se converte em taxa se a lei torna obrigatória seu pagamento" (Obra cit. p. 293).

20. Assim, é que: "Se há prestação de coisa concreta e material, trata-se de preço público. Mas este se configura juridicamente como taxa, se o contribuinte, por lei, é obrigado ao pagamento, use ou não use da coisa queira ou não o serviço" (idem. p. 312).

21. Diz a Súmula n.º 545:

"Preços de serviços públicos e taxas não se confundem, porque estas, diferentemente daqueles, são compulsórias e têm sua cobrança condicionada à prévia autorização orçamentária, em relação à lei que as instituiu."

22. Impõe-se, pois, ante as suas conseqüências diversas, distinguir a cobrança de "contribuição parafiscal" da do "preço público" (que, nas concessionárias, recebe o nome de "Tarifa"), para efeito de submeter a entidade à jurisdição do Tribunal de Contas. (Acórdão do STF, no RE n.º 68.690-PR; in: *Rev. Trim. Jur.,* v. 53/500).

V

23. O Decreto-lei n.º 200, de 25.2.67, ao dispor sobre as "Normas de Administração Financeira e de Contabilidade" (Título X no seu art. 93, estabeleceu o seguinte:

"Art. 93 — Quem quer que utilize dinheiros públicos terá de justificar seu bom e regular emprego na conformidade das leis, regulamentos e normas emanadas das autoridades administrativas competentes."

24. Aquele mesmo Diploma legal, ao tratar das "Disposições Gerais" (Título XV), estatuiu que:

"Art. 183 — As entidades e organizações em geral, dotadas de personalidade jurídica de direito privado, que recebem contribuições parafiscais e prestam serviços de interesse público ou social, estão sujeitas à fiscalização do Estado nos termos e condições estabelecidas na legislação pertinente a cada uma."

25. Dispõe, ainda, o Decreto-lei n.º 772, de 19.8.69:

"Art. 1.º — Sem prejuízo do disposto no art. 183 do Decreto-lei n.º 200, de 25 de fevereiro de 1967, as entidades ou organizações em geral, dotadas de personalidade jurídica de direito privado, que se utilizem de contribuições para fins sociais (Decreto-lei n.º 27, de 14 de novembro de 1966) ou recebam transferências do Orçamento da União sujeitas também à auditoria externa, a cargo da Inspetoria-Geral de Finanças do Ministério em cuja área de competência se enquadrarem.

Parágrafo único — Se a entidade ou organização dispuser de renda própria de outra natureza, a auditoria se limitará ao emprego daquelas contribuições e transferências."

26. Estes preceitos legais se completam, mas convém também aqui distinguir a "fiscalização do Estado" do "controle externo", exercido pelo Tribunal.

27. Na própria lei da "Reforma Administrativa", ao ser disciplinada a "Descentralização" que se faria "da Administração Federal para a órbita privada, mediante contrato ou concessões" (Art. 10, § 1.º, alínea *c*), ficou dito que "os órgãos federais responsáveis pelos programas conservarão a autoridade normativa e exercerão controle e *fiscalização* indispensável sobre a execução local, condicionando-se a liberação dos recursos ao fiel cumprimento dos programas e convênios." (Art. 10, § 6.º).

28. Sendo assim, a "fiscalização" da concessionária, em geral, diz mais com a boa execução dos serviços e o ajustamento das "tarifas", para atenderem aos fins a que se propõem (Constituição, art. 167-II), sem importar, necessariamente, em *controle*, por parte do Tribunal de Contas.

29. Quanto ao estatuído no Decreto-lei n.º 772/69 supra transcrito, de estarem aquelas pessoas jurídicas "sujeitas também à auditoria externa", a cargo da IGF, "sem prejuízo do disposto no art. 183", silenciando a respeito da sujeição ao controle pelo Tribunal, não constituiria isto obstáculo legal ao exercício da sua missão constitucional, se for o caso. Seria despiciendo a lei reafirmar a competência, quando ela decorra da própria Constituição, como sói acontecer na espécie. O silêncio da lei, aqui, não traduz vontade do legislador de deixar exclusivamente com a IGF o controle que caberia, também, ao Tribunal de Contas.

30. Por outro lado, no sentido oposto, não, se vai admitir o "controle" das "entidades e organizações em geral", pelo TCU, só porque prestem "serviços de interesse público ou social" (Decreto-lei n.º 200/67, art. 183), sem perquirir da sua natureza jurídica. De resto, ter-se-ia, sob a jurisdição da Corte de Contas, um sem número de empresas, concessionárias dos serviços de telecomunicações, de energia elétrica, de navegação e de transportes. Isto seria uma tarefa árdua, mas sem alcance prático. Na mais das vezes, essas concessões não acarretam condições para a manipulação de quaisquer bens ou valores públicos.

VI

31. Com relação aos órgãos da Administração indireta, a questão já ficou resolvida, como segue:

I — Compete ao Tribunal de Contas da União, de acordo com as disposições constitucionais e legais em vigor, o exame, e julgamento da regularidade das contas dos Administradores das Autarquias, Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista (Decisão de 7.4.70; cfr. Ata n.º 19/70, in: *D.O.* de 6.5.70, p. 3.278/92);

II — As Sociedades de Economia Mista só estão sujeitas à prestação de contas de sua gestão, quando lei especial assim o disponha (Decisão de 4.7.72; cfr. Ata 45/72, in: *D.O.* de 17.8.72, p. 7.349/55);

III — Embora não havendo disposição legal expressa, no sentido da obrigatoriedade da entidade prestar contas ao Tribunal, não há impedimento legal para que ele as examine e julgue, uma vez apresentadas (Decisão de 30.5.72; cfr. Ata 36/72, in: *D.O.* de 26.6.72, p. 6.633/40).

32. Quanto às empresas concessionárias de serviço público, por extensão daquelas normas e dos princípios que as norteiam, poder-se-ia fixar a seguinte orientação:

I — De modo geral, não estão sujeitas à prestação de suas contas, ordinariamente, ao Tribunal de Contas da União, salvo se a tanto forem obrigadas em razão da sua natureza jurídica (§ 31 supra), ou por força de expressa disposição de lei especial;

II — Se, pelas suas peculiaridades ou circunstâncias, forem detentoras da guarda ou uso de bens e valores públicos, estão sujeitas a prestar contas, apenas com relação aos referidos bens e valores (inventário e suas variações);

III — No caso de possuírem delegação especial para arrecadação de contribuição parafiscal (não apenas "Tarifa"), deverão prestar contas desse recebimento e da regular aplicação das respectivas importâncias, com vistas aos fins a que se destinem; e

IV — Na hipótese de serem contempladas com dotação, a conta de crédito orçamentário ou extraorçamentário da União, em que a prestação de contas, da importância recebida, não for feita perante o respectivo ordenador da despesa (Decreto-lei n.º 200/57, art. 80, § 3.º), por constituir "transferência", consignada na lei, a título de subvenção, auxílio ou contribuição (Lei n.º 4.320/64, art. 12, §§ 2.º, 3.º e 6.º), as contas pertinentes ao emprego desses numerários serão prestadas ao Tribunal, por intermédio da repartição competente, na forma de estilo.

33. Mesmo que se admitisse, ainda, a sobrevivência da norma contida no art. 20, § 4.º, do Decreto-lei n.º 426, de 12.5.38 (designação de funcionário para acompanhar as tomadas de contas dos concessionários), a despeito de haver sido revogada a Lei n.º 830/49 (art. 71), pelo Decreto-lei n.º 199/67, o problema estaria superado, em tese, diante do novo sistema de fiscalização financeira, ora vigente, com ela incompatível, mas sem prejuízo da realização *in loco* das inspeções necessárias.

34. No meu modo de ver, com a vênia devida, tanto em relação aos órgãos da administração indireta como às empresas concessionárias, somente deveriam ser objeto de exame e julgamento as contas que estivessem obrigatoriamente sujeitas a tanto, não se apreciando aquelas que independam do controle exercido pelo Tribunal de Contas, ainda mesmo que prestadas voluntariamente; isto porque, a meu ver, em matéria de competência da instituição, que decorre da lei, não pode ela ser extrapolada, ao nuto do próprio responsável, para alcançar matéria ou pessoa estranha a jurisdição do órgão julgador.

VII

35. Em conclusão, sou de parecer:

I — Que se fixe a orientação aventada nos §§ 32 e 34, deste pronunciamento;

II — Que, em conseqüência, seja o presente processo considerado como de tomada de contas, devendo nesse rito ser examinado pela Diretoria competente, apenas quanto à parte referente às contribuições arrecadadas;

III — Que, de igual modo, as contas dos exercícios subseqüentes, inclusive após o advento da Lei n.º 5.628/70, sejam organizadas e examinadas tão-somente no relativo aos tributos recebidos;

IV — Que se autorize a Diretoria a responder ao expediente de fls. 17/22, nos termos destas conclusões, a título de colaboração, a despeito de não formulada pela autoridade competente (Resolução n.º 55/68, art. 60); e

V — Que volte o processo à 6.ª Diretoria, para opinar conclusivamente, quanto às contas em anexo, após os expedientes decorrentes do item IV supra.

Sub Censura.

Procuradoria, em 16 de março de 1973.

Sebastião B. Affonso, Adj-Procurador.