

## TRANSPORTE COLETIVO — PERMISSÃO

— O transporte coletivo de passageiros corresponde a uma permissão de serviço de utilidade pública, e não a uma concessão de serviço público.

### MINISTÉRIO DA FAZENDA

Secretaria-Geral

Processo n.º 1 030-10 089/75

#### PARECER

#### I

Processo n.º 1030.10089/75

*Concessão e permissão. Natureza jurídica e pressupostos.* A empresa permissionária de serviço de utilidade pública não se transforma em concessionária de serviço público pelo simples fato de ter assinado com o Estado pacto impropriamente denominado de Contrato de Concessão.

Recorre a Fazenda Nacional, a f. 71-74 do Acórdão da 1.ª Câmara do 1.º Conselho de Contribuintes, que deu provimento ao recurso voluntário de Empresa de Transporte Inhacorá Ltda.

A decisão recorrida está encimada com a seguinte ementa:

*“Concessionária de serviço público.* Beneficia-se da alíquota reduzida prevista

na letra *a* § 1.º do art. 226 do RIR, a empresa que explora serviço público formalmente concedido por entidade de direito público competente”:

2. A sociedade comercial em referência foi notificada a recolher imposto suplementar, PIS e multa de 50% (Cf. cálculo de f. 15), em decorrência de revisão da sua declaração de rendimentos relativa ao exercício de 1973, sobre o fundamento de que teria, indevidamente, alterado o percentual do imposto, de 30% para 17%, já que sua atividade econômica principal não se enquadraria no regime especial de tributação exclusivo dos concessionários de serviço público.

3. Em sua impugnação, a empresa alegou que sua atividade de transportadora rodoviária de passageiros, com linhas municipais e interurbanas, está devidamente oficializada como concessão (registrada no DAER).

4. O Julgador de primeiro grau deu, em parte, pela procedência do lançamento, excluindo apenas a multa de 50%.

5. Em seu recurso, a interessada reitera as razões da defesa, relatando que é concessionária de serviços públicos e que seu lucro não excedeu a 12% de seu capital, no ano base.

6. A Lei n.º 3 080/56, do Estado do Rio Grande do Sul, que dispõe sobre o transporte coletivo rodoviário intermunicipal, sentença em seus arts. 1.º, 7.º e 19:

“Art. 1.º O transporte coletivo intermunicipal, realizado no território do Estado, é um serviço público e será explorado diretamente ou mediante autorização ou concessão.

.....  
Art. 7.º Compete ao Departamento Autônomo de Estradas de Rodagem (DAER) a autorização e a concessão para o transporte coletivo rodoviário intermunicipal.  
.....

Art. 19. A concessão por prazo indeterminado durará enquanto a empresa bem servir e se não se verificar a retomada do serviço para exploração direta que poderá ser feita pelo DAER em qualquer tempo.”

7. A Ilustre Conselheira Dra. Judite de Carvalho Guerra, em seu bem cuidado voto vencedor, fundamenta o provimento ao recurso voluntário assim, em resumo:

a) doutrinariamente, os serviços de transporte coletivo de passageiros incluem-se na categoria de serviços de utilidade pública e não de serviço público;

b) quando o objeto da concessão é o serviço de utilidade pública, deixa de se configurar a hipótese de incidência definida no art. 226, § 1.º, letra *a*, do RIR/75, devendo a interpretação, no caso, ser restrita;

c) a competência para conceder o serviço público cabe à entidade pública territorial para a execução do respectivo serviço, sendo necessário que a referida entidade tenha um direito exclusivo de qualquer outro para sua exploração;

d) no caso dos autos, o estado do Rio Grande do Sul reservou-se à exploração exclusiva do serviço de transporte intermunicipal de passageiros, mediante a edição da Lei n.º 3 080/56, erigindo um serviço de utilidade pública à categoria de serviço público. Tornou-se, deste modo, competente para a outorga da concessão do serviço público em foco.

8. Em seu brilhante voto vencido, escrito, o experimentado e douto Conselheiro Francisco Petraglia negou provimento ao apelo voluntário, sobre o fundamento, entre outros, de que *a empresa interessada não seria concessionária de serviço público, mas simples permissionária*. Falta, segundo expõe, ao contribuinte, a exclusividade necessária à concessão, sendo irrelevante o *nomen juris* do con-

trato celebrado com a pessoa jurídica de direito público que lhe outorgou o direito de operar no ramo.

9. Juntada ao processo, a f. 76 e seg., cópia da Constituição do estado do Rio Grande do Sul, o Assessor Dr. Haroldo Funk manifestou-se pelo não-provimento do recurso hierárquico da Fazenda sobre o fundamento de que:

“Ocorre que de nada serve o recurso à doutrina, diante do que estabelece a norma positiva.

E assim é que a Lei n.º 3 080, de 28 de dezembro de 1956, art. 1.º, do estado do Rio Grande do Sul, dispõe que:

‘O transporte coletivo intermunicipal realizado no território do estado é um serviço público e será explorado diretamente ou mediante autorização ou concessão.’

Esse mesmo diploma, nos arts. 16 a 25, estatui sobre as características e requisitos da concessão desse serviço público.

Os contratos de f. 5 a 13 têm as características e atendem aos requisitos estabelecidos pela legislação estadual.” (Cf. f. 108 e 109).

10. O mesmo parecer repele ainda seja aplicado ao caso dos autos as hipóteses constantes do Parecer Normativo n.º 164, de 24 de outubro de 1973, porque este trata apenas de empresas de transporte de passageiros de linha urbana, nada se referindo a empresas de transporte interurbano de passageiros, como é a interessada. Repele, também, a aplicação do Decreto Federal n.º 68 961/71, porque o mesmo só trata de serviços públicos da União.

## II

11. Tendo em vista que, como muito bem acentuou o Conselheiro Francisco Petraglia, não é o *nomen juris* que interessa para caracterizar a concessão, há que diferenciá-la de outros institutos, por

isso que somente aos concessionários de serviço público é concedido o favor da alíquota menor de 17%, quando os lucros não excedem a 12% do capital (Lei n.º 4 154/62, art. 18, § 1.º, e Decreto-lei n.º 62/66, art. 1.º).

12. No Direito Comparado, há divergências sobre a natureza jurídica da concessão. Os italianos dão-lhe um conteúdo muito amplo. Restringem-lhe o sentido franceses e alemães. Para os italianos, concessão é qualquer outorga de direito pela Administração pública, inclusive prêmio de mérito, perdão de crime etc. Para franceses e alemães, a concessão é somente o ato administrativo de delegação a terceiro, conferido pelo Estado, para, no lugar deste e sob sua fiscalização, prestar serviço público. No Direito Brasileiro, o conceito é o mesmo corrente na França e na Alemanha. Aliás, este é o entendimento mais plausível na moderna doutrina, como acentua Oswaldo Aranha Bandeira de Mello:

“O sentido amplo do termo, que predomina no direito italiano, não oferece utilidade para efeito de qualificar esse instituto jurídico. A finalidade de criar-se distintas figuras jurídicas é permitir classificá-las pelo enunciado da sua denominação, diferenciando-as de outras. Destarte, no direito privado, distinguem-se entre si, por exemplo, a compra e venda, a troca, o mútuo, e a locação. Não obstante todos esses atos jurídicos digam respeito à entrega de coisa, se especificam pela natureza jurídica diversa da relação de sua transferência. Ora, se debaixo de igual nome se incluem atos jurídicos os mais díspares, não se alcança qualquer resultado proveitoso de sistematização científica.

Entender, portanto, que a concessão abrange a outorga de qualquer direito faz se perca no indeterminado o respectivo conceito, porque direitos os mais diversos

podem ser conferidos pela Administração Pública aos particulares. Consiste em transplantar o significado vulgar da palavra para o terreno técnico-jurídico sem qualquer efeito prático. Impõe-se limitar a sua extensão para obter-se melhor compreensão.”

13. A concessão não é, portanto, qualquer autorização do Estado. Ela pressupõe:

a) serviço público (próprio para ser prestado pela Administração) que possa ser dispensado por particulares;

b) serviço subtraído à livre-concorrência. (Cf. Marcelo Caetano. In: *Princípios fundamentais do direito administrativo*. 1. ed., 1977, p. 298);

c) serviço do qual emanem diretamente bens ou vantagens imediatas à comunidade;

d) preço do serviço, pago pelos usuários, fixado pelo poder concedente;

e) contrato concessional *intuitu personae*.

14. Já a *permissão* envolve não serviço público, mas sim serviços de utilidade pública. Como diz Oswaldo Aranha Bandeira de Mello:

“Permissão é o ato administrativo unilateral, discricionário, pelo qual se facultam, a título precário, ao particular, a execução de obras e serviços de utilidade pública, ou o uso excepcional de bem público, ou a prática de ato jurídico de ofício público.”

15. Assim, na permissão, o serviço há de ser não público e sim de utilidade pública e a outorga a título precário. Pode a empresa permissionária receber o privilégio sem exclusividade.

16. No caso em exame, verifica-se que o serviço é de utilidade pública (como, aliás, reconheceu a Relatora), pois o estado do Rio Grande do Sul, apesar da Lei n.º 3 080/56, não explora diretamente o serviço de transporte de passageiros

intermunicipal, nem outorgou o direito de dispensar tal serviço a uma única empresa, pelo que consta do processo.

17. Não sendo público o serviço, mas sim de utilidade pública, a empresa interessada não é *concessionária e sim simples permissionária* de serviços de utilidade pública, como muito bem expôs o notável voto vencido nos autos. A permissão se caracteriza, também e ainda mais fortemente, pela ausência de exclusividade nos serviços que dispensa.

18. Os pactos assinados com o Estado pela interessada deveriam ter sido intitulados de contratos de permissão.

19. Há duas características de concessão nas avenças em tela: a) o prazo de 20 anos; b) a indenização na retomada. Tais cláusulas não são nulas porque estão autorizadas por lei estadual que rege a matéria, mas não têm o condão de alterar o instituto da concessão e assim repercutir na legislação tributária federal. É oportuno, aliás, sobre o assunto, citar Celso Antonio Bandeira de Mello:

“É forçoso reconhecer, todavia, que, lamentavelmente e agredindo a natureza do instituto, a Administração por vezes outorga permissões a prazo certo. Nestes casos, quando não estiver fundada em lei expressamente autorizadora do dislate, a cláusula concernente ao prazo há de se reputar nula de pleno direito, por afrontosa à natureza própria do instituto, falcendo, então, ao permissionário o amparo que dela pretendesse extrair. Se, entretanto, a Administração houver se fundado em insólito dispositivo de lei que lhe autorize este proceder, há de se concluir que a pseudopermissão reger-se-á por regras análogas às da concessão, excluído apenas o caráter de exclusividade que informa este último instituto (Cf. autor citado. In: *Prestação de serviços públicos e administração indireta*. Editora Revista dos Tribunais Ltda., 1973, p. 60).

20. Aliás, se a lei tributária não pode alterar o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado expresso em lei estadual (Cf. art. 110 do CTN), com muito maior razão não pode lei estadual alterar o conteúdo e alcance de instituto de direito público (no caso a concessão) e com esta alteração aumentar, diminuir, excluir ou incluir a incidência de imposto federal.

21. Posto isto, reportando-me ao aludido voto vencido, meu entendimento é no sentido de se conhecer e dar integral provimento ao recurso hierárquico da Fazenda Nacional, restabelecendo-se, na íntegra, a decisão de primeiro grau.

É o parecer, S.M.J.

À consideração superior.

Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, em .. de novembro de 1978.

*Carlos Jorge Sampaio Costa*, Procurador da Fazenda Nacional, Coordenador da Representação da Fazenda.

De inteiro acordo.

2. Nos precisos termos da alínea *a* do § 1.º do art. 226 do Regulamento do Imposto de Renda, a alíquota reduzida de 17% só se aplica às *empresas concessionárias de serviços públicos* cujos lucros não excedam a 12% do capital.

3. No caso em tela, como demonstrado, não se configura a *concessão*, mas mera *permissão*.

4. Demais, o objeto do ato do órgão estadual não constitui *serviço público*, aqueles tidos como próprios ou essenciais, mas *serviço de utilidade pública*, os denominados secundários ou impróprios.

5. Em tais condições, opino pelo provimento do recurso.

6. Restitua-se o processo ao Sr. Secretário-Geral.

Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, em .. de novembro de 1978.

*Cid Heráclito de Queiroz*, Subprocurador-Geral da Fazenda Nacional.