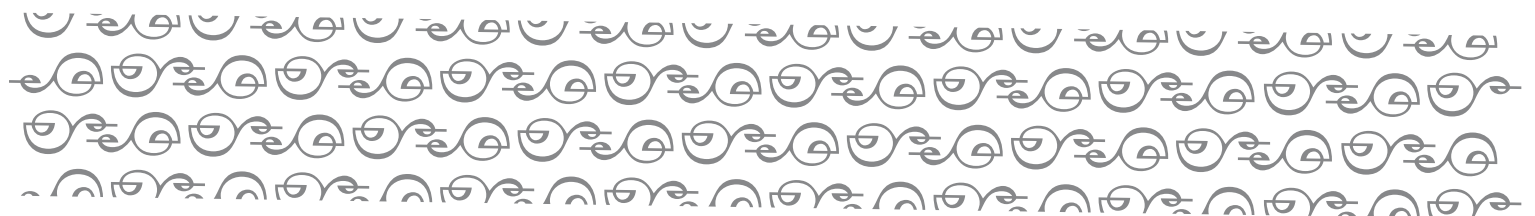




<http://bd.camara.leg.br>

“Dissemina os documentos digitais de interesse da atividade legislativa e da sociedade.”





Terminais Alfandegados à Luz do Direito Administrativo

LEONARDO COSTA SCHÜLER

Consultor Legislativo da Área VIII

Administração Pública

ABRIL/2013

NOTA TÉCNICA

© 2013 Câmara dos Deputados.

Todos os direitos reservados. Este trabalho poderá ser reproduzido ou transmitido na íntegra, desde que citados(as) o(a) autor(a) e a Consultoria Legislativa da Câmara dos Deputados. São vedadas a venda, a reprodução parcial e a tradução, sem autorização prévia por escrito da Câmara dos Deputados.

Este trabalho é de inteira responsabilidade de seu(sua) autor(a), não representando necessariamente a opinião da Câmara dos Deputados.



Câmara dos Deputados
Praça 3 Poderes
Consultoria Legislativa
Anexo III - Térreo
Brasília - DF

Terminais Alfandegados à Luz do Direito Administrativo

A Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995, que “Estabelece normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos e dá outras providências”, estabelece:

“Art. 1º Sujeitam-se ao regime de concessão ou, quando couber, de permissão, nos termos da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, os seguintes serviços e obras públicas de competência da União:

.....
VI - estações aduaneiras e outros terminais alfandegados de uso público, não instalados em área de porto ou aeroporto, precedidos ou não de obras públicas.

.....”

A Medida Provisória nº 612, de 4 de abril de 2013, que, entre outras providências, reestrutura o modelo jurídico de organização dos recintos aduaneiros de zona secundária, para submeter a exploração de Centro Logístico e Industrial Aduaneiro à concessão de licença, revoga o dispositivo acima transcrito.

O diploma legal recém-mencionado, portanto, modifica radicalmente a legislação vigente, que trata os terminais alfandegados de uso público como serviço público de competência da União. Cabe questionar a viabilidade jurídica de tal inovação, diante do seguinte dispositivo da Constituição Federal:

“Art. 175. Incumbe ao poder público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

.....”

O dispositivo constitucional supra é regulamentado pela Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, que “Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências.” Todavia, o estatuto recém-mencionado não define o que seria um serviço público. Há que se buscar na doutrina, portanto, o significado de tal expressão.

Bandeira de Mello¹ considera “serviço público” uma “espécie de atividade estatal”, que assim conceitua:

“Serviço Público é toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral, mas fruível singularmente pelos administrados, que o Estado assume como pertinente a seus deveres e presta por si mesmo ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de Direito Público –

portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais —, instituído em favor dos interesses definidos como públicos no sistema normativo.”

A seu turno, Justen Filhoⁱⁱ ensina:

“No Brasil, serviço público não é sinônimo de atividade estatal. Há atividades estatais que não se configuram como serviço público. Aliás, até se pode afirmar que as competências estatais mais basilares não são reconhecidas como ‘serviço público’.”

.....

“Também não se abrange no conceito de serviço público o exercício de poderes de coação material, envolvendo, por exemplo, a execução de sanções (inclusive penais), a fiscalização e arrecadação tributárias, os serviços de segurança pública (interna e externa) — enfim, o chamado poder de polícia não integra o instituto do serviço público.”

Nesse sentido, assim como a fiscalização e a arrecadação tributárias, os serviços de polícia marítima, aeroportuária e de fronteiras, previstos no inciso XXII do art. 21 da Lei Maior, não podem ser considerados “serviços públicos”, propriamente ditos, pois atendem ao interesse direto do Estado, e não dos administrados. Entendemos ser esse o caso, também, dos terminais alfandegados ou, melhor dizendo, da movimentação e armazenagem de bens sob controle aduaneiro, uma vez que o interesse do administrado seria o de dispor livremente de seus bens, sem qualquer ônus ou restrição imposta pelo poder público. Nessa linha de raciocínio, seriam equivocadas a implícita sujeição dos terminais alfandegados ao disposto pelo art. 175 da Constituição Federal e a explícita submissão desses às normas estabelecidas pela Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995.

É lícito ao Estado instituir regras sobre a importação e a exportação de mercadorias e, por conseguinte, sobre a armazenagem e movimentação desses bens até a conclusão do despacho aduaneiro, mas essas atividades (de armazenagem e movimentação) não constituem um serviço público. Por conseguinte, o consentimento estatal para o exercício de tais atividades por particulares não há de seguir, necessariamente, a mesma sistemática imposta à delegação de serviços públicos. No dizer de Justen Filhoⁱⁱⁱ:

“Insista-se em que não se confundem com os serviços públicos as atividades econômicas (em sentido estrito) sujeitas à autorização. São atividades cujo desempenho cabe aos particulares, subordinado a prévia autorização governamental, tal como previsto no art. 170, parágrafo único, da CF/88. Nesses casos, existem características especiais na atividade econômica, do que resulta um controle estatal mais intenso. A autorização não transforma a natureza da atividade, que continua a ser privada, submetida ao regime correspondente. Eventualmente, porém, seria possível o desenvolvimento de serviço público sob a égide de autorização, o que provoca algumas dificuldades.”

Cabe refletir, portanto, sobre a espécie de ato administrativo mais conveniente, para o Estado, para dispor sobre a matéria. Preliminarmente, cumpre esclarecer

que, ao se tratar da delegação de serviços públicos, concessão, permissão e autorização não se confundem. Em sentido lato, contudo, Di Pietro define autorização administrativa como “... o ato unilateral e discricionário pelo qual a Administração faculta ao particular o desempenho de atividade material ou a prática de ato que, sem esse consentimento, seriam legalmente proibidos.”^{iv} Assim prossegue a lição dessa autora:

“Licença é o ato administrativo unilateral e vinculado pelo qual a Administração faculta àquele que preencha os requisitos legais o exercício de uma atividade.

A diferença entre licença e autorização, acentua Cretella Júnior, é nítida, porque o segundo desses institutos envolve interesse, “caracterizando-se como ato discricionário, ao passo que a licença envolve direitos, caracterizando-se como ato vinculado” (in RT 486/18). Na autorização, o Poder Público aprecia, discricionariamente, a pretensão do particular em face do interesse público, para outorgar ou não a autorização, como ocorre no consentimento para porte de arma; na licença, cabe à autoridade tão-somente verificar, em cada caso concreto, se foram preenchidos os requisitos legais exigidos para determinada outorga administrativa e, em caso afirmativo, expedir o ato, sem possibilidade de recusa; é o que se verifica na licença para construir e para dirigir veículos automotores.

*A autorização é ato **constitutivo** e a licença é ato **declaratório** de direito preexistente.”*

Pelo exposto, até a adoção da MP 612, competia ao Estado detectar a demanda por terminais alfandegados e autorizar (lato senso) a instalação dos mesmos. Na nova sistemática, contudo, o mercado, em regime de livre concorrência, passa a dimensionar a oferta de serviços da espécie. Além disso, a princípio o titular do alvará poderia deixar de exercer aquelas atividades, a qualquer momento, enquanto o concessionário ou permissionário de serviço público estaria obrigado a assegurar a continuidade dos serviços a ele delegados.

São essas as principais implicações da substituição do regime jurídico de concessão, permissão ou autorização de serviço público pelo de licenciamento. Constatada a viabilidade jurídica de ambas alternativas, a opção por uma ou outra tem cunho essencialmente político, pois depende do juízo de conveniência do legislador.

ⁱ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*, 25^a ed., São Paulo: Malheiros, 2008, pág. 659.

ⁱⁱ JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria Geral das Concessões de Serviço Público*, São Paulo: Dialética, 2003, págs. 21 e 22.

ⁱⁱⁱ JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria Geral das Concessões de Serviço Público*, São Paulo: Dialética, 2003, pág. 48.

^{iv} DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito Administrativo*, 20^a ed., São Paulo: Atlas, 2007, págs. 210 e 211.