



**MINISTÉRIO DA FAZENDA**  
**CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS**  
**TERCEIRA SEÇÃO DE JULGAMENTO**

**Processo nº** 10074.001349/2004-91  
**Recurso nº** 142.717  
**Resolução nº** 3201-00071 – 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária  
**Data** 18 de junho de 2009  
**Assunto** Solicitação de Diligência  
**Recorrente** MULTITERMINAIS ALFANDEGADOS DO BRASIL LTDA.  
**Recorrida** DRJ-FLORIANÓPOLIS/SC

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

RESOLVEM os membros da 2ª Câmara/1ª Turma Ordinária da Terceira Seção de Julgamento, por unanimidade de votos, converter o Julgamento do recurso em diligência, nos termos do voto da Relatora. Vencida a Conselheira Nanci Gama, Relatora. Designado para redigir o voto o Conselheiro Luis Marcelo Guerra de Castro.

  
LUIS MARCELO GUERRA DE CASTRO

Presidente - Redator

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Anelise Daudt Prieto, Irene Souza da Trindade Torres, Celso Lopes Pereira Neto, Nilton Luiz Bartoli, Vanessa Albuquerque Valente e Heroldes Bahr Neto. Fez sustentação oral o Advogado Rubens Pellicciari, OAB/SP 21968.

## Relatório

Trata o presente processo de Pedido de Restituição dos valores pagos ao Fundo Especial de Desenvolvimento e aperfeiçoamento das Atividades de Fiscalização – FUNDAF (v. fls. 01 a 24), no valor histórico de R\$ 2.926.243,42, conforme documentos de arrecadação (DARFS) juntados às fls. 87 a 190.

Buscando sustentar o pleito, a interessada, partindo do entendimento de que o recolhimento a título de contribuição ao FUNDAF tem natureza tributária e, por ter sido estabelecido com vícios de inconstitucionalidade e de ilegalidade, isto a partir da atribuição de competência ao Poder Executivo para a instituição da contribuição em tela, para a definição de seu fato gerador, dos sujeitos passivos e ativo da relação obrigacional, do critério temporal para o recolhimento da Contribuição para o estabelecimento de sua base de cálculo e alíquotas, bem como sobre a penalidade no caso de recolhimento em atraso ou não recolhimento, argumenta que esses vícios acabaram por macular referidos recolhimentos em razão da caracterização da exigência de tributo indevido.

Argumenta ainda, a interessada, que no caso concreto, verifica-se à capacidade contributiva e à vedação ao confisco, pois levou aos cofres públicos exação sem sustentação constitucional, além de ser instituída por veículo inidôneo e por órgão competente para tanto, o que a caracteriza como indevida e passível de restituição, sob pena de enriquecimento ilícito da União Federal.

Nesse sentido cita alguns julgados do Terceiro Conselho de Contribuintes trazendo a ementa de dois deles:

*FUNDAF. O fato gerador e a base de cálculo só podem ser definidos por lei. É o princípio da legalidade que assegura o Estado de Direito. Não se pode admitir que a norma inferior institua fato e base de cálculo do tributo.*

*Contribuição ao FUNDAF – É verdadeira taxa e como tal só a lei pode estabelecer a sua instituição (art. 47, I do CTN) e não uma instrução Normativa.*

Com isso, afirma a interessada, ser inegável que, inclusive no âmbito administrativo, a inconstitucionalidade e a ilegalidade da Contribuição ao FUNDAF foram reconhecidas e que maculam, por completo, a arrecadação da exação.

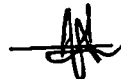
Apreciado o pleito pela autoridade competente para o mister, Inspetor da Inspetoria da Receita Federal no Rio de Janeiro, com base em parecer constante às fls. 192 e 193, foi o mesmo indeferido, conforme se vê em despacho posto à fl. 193.

Discordando do indeferimento que lhe foi dirigido, a interessada apresenta Manifestação de Inconformidade, requerendo o seu encaminhamento à DRJ de Florianópolis (v. fls. 199 a 222).

Como pode se perceber, os argumentos trazidos em dita manifestação de inconformidade são em essência aqueles oferecidos quando do ingresso do pedido de

*jlh*

*2*



restituição, junto à IRF/Rio de Janeiro, a exceção daqueles que atacam as razões sustentadoras do indeferimento.

Para entender não se de competência das Delegacias de Julgamento apreciar o pedido em questão, haja vista tal contribuição não ter natureza tributária, matéria pacificada no âmbito administrativo, o processo foi devolvido por sua unidade de origem (v. despacho às fls. 226 a 228).

Retornado o processo à Inspeção da Receita Federal no Rio de Janeiro, o mesmo foi objeto do despacho de fls. 229 a 231 que, concordando com o entender esposado pela DRJ/Florianópolis propôs o encaminhamento dos autos para SRRF/7ªRF.

Assim, no âmbito daquela Superintendência, foi proferida decisão, com base no Parecer nº 27 (fls. 233 a 241), julgando improcedente a manifestação de inconformidade apresentada pela interessada, cuja ementa encontra-se posta nos seguintes termos:

*FUNDAF – Natureza Jurídica. Ressarcimento de Despesas Administrativas Decorrentes de Atividade Extraordinária de Fiscalização Aduaneira.*

*Não compete à autoridade administrativa de qualquer instância o exame da inconstitucionalidade e/ou ilegalidade da legislação tributária, tarefa exclusiva do poder judiciário.*

*Os recolhimentos ao FUNDAF, relativos a ressarcimento de despesas administrativas decorrentes de atividades extraordinárias de fiscalização aduaneira, de que tratam a IN SRF nº 13/1993, não têm natureza de tributo, mas de obrigação contratual em razão de permissão onerosa de serviço público.*

Em 09/10/2007, a interessada apresenta o Recurso Administrativo (fls. 247 a 269) dirigido ao senhor Superintendente Regional da Receita Federal do Brasil no Rio de Janeiro, requerendo pelas razões aduzidas, a reconsideração da decisão de fl. 241 (parecer nº 27 de fls. 233 a 241) e, no caso da não reconsideração fosse o processo encaminhado, nos termos do § 1º do art. 56 da Lei nº 9.784/99, à autoridade administrativa imediatamente superior para julgamento.

Apreciando o Recurso Administrativo em menção foi elaborado o Parecer nº 44 (Fls. 302 a 304) tendo, como base no mesmo, sido proferida a decisão de fl. 304 que deixou de acatar o pedido de reconsideração apresentado pela interessada e, determinou, com base no § 1º do art. 56 da Lei nº 9.784/99, o encaminhamento do presente processo à Coordenação-Geral de Tributação, para fins de apreciação.

Ocorre que, também, a interessada ingressou com mandado de segurança (v. fls. 313 a 337), junto à 1ª Vara Federal de Florianópolis, tendo como autoridade impetrada o Delegado da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Florianópolis, para ver julgada a manifestação de inconformidade contra a decisão de indeferimento do seu pleito pela Inspeção da Receita Federal do Brasil no Rio de Janeiro.

Notificado do mencionado **mandamus**, em 17/10/2007 às 17h30min (v. fl 311) sobre o indeferimento da liminar pretendida e, solicitado, o delegado da DRJ/Florianópolis



prestou as informações de fls. 458 a 469, as quais foram encaminhadas, em 24/10/2007, mediante o Ofício GAB.DRJ/FNS/SC nº 39.

Na sentença (v. fls. 471 a 472) e, respectivos versos), o senhor Juiz concedeu a segurança para determinar que esta Delegacia dê seguimento ao julgamento da manifestação de conformidade apresentada pela impetrante, solicitando, para tanto, a remessa do respectivo processo administrativo da Inspetoria da Receita Federal do Brasil no Rio de Janeiro para nova análise.

Com isso, estando o processo em questão na Coordenação-Geral de Tributação, foi encaminhado o Memo.GAB/DRJ/FNS/SC nº 10 de 07/03/2008 (fls. 305) solicitando a remessa do mesmo para esta Delegacia o que se verificou, conforme Despacho Cosit nº 16 (v. fl. 307).



## Voto Vencido

Conselheira Nanci Gama, Relatora

Presentes os requisitos de admissibilidade, conheço o recurso voluntário interposto pelo contribuinte, MULTITERMINAIS ALFANDEGADOS DO BRASIL LTDA., ora Recorrente.

Importa preliminarmente examinar se existe fundamento jurídico para pleitear a restituição dos valores pagos pela MULTITERMINAIS ALFANDEGADOS DO BRASIL LTDA., com base na sua inconstitucionalidade e ilegalidade.

O FUNDAF foi instituído pelo Decreto-lei nº 1.437, de 17 de dezembro de 1975, nos seguintes termos:

*"Art. 6º Fica instituído, no Ministério da Fazenda, o Fundo Especial de Desenvolvimento e Aperfeiçoamento das Atividades de Fiscalização - FUNDAF, destinado a fornecer recursos para financiar o reaparelhamento e reequipamento da Secretaria da Receita Federal, a atender aos demais encargos específicos inerentes ao desenvolvimento e aperfeiçoamento das atividades de fiscalização dos tributos federais e, especialmente, a intensificar a repressão às infrações relativas a mercadorias estrangeiras e a outras modalidades de fraude fiscal ou cambial, inclusive mediante a instituição de sistemas especiais de controle do valor externo de mercadorias e de exames laboratoriais.*

*"(...)*

*"Art. 8º Constituirão, também, recursos do FUNDAF:*

*I - dotações específicas consignadas na Lei de Orçamento ou em créditos adicionais;*

*II - (revogado pela Lei nº 7.711 de 1988)*

*III - receitas diversas, decorrentes de atividades próprias da Secretaria da Receita Federal; e*

*IV - outras receitas que lhe forem atribuídas por Lei."*

No que concerne especificamente aos entrepostos aduaneiros, a obrigação do ressarcimento ao FUNDAF encontrava-se prevista pelo Decreto-lei nº 1.455, de 7 de abril de 1976 que determinava:

*"Art. 22 O regulamento fixará a forma de ressarcimento pelos permissionários beneficiários, concessionários ou usuários, das despesas administrativas decorrentes de atividades extraordinárias de fiscalização, nos casos de que tratam os artigos 9º a 21 deste Decreto-lei, que constituirá receita do Fundo Especial de Desenvolvimento e Aperfeiçoamento das Atividades de Fiscalização - FUNDAF, criado pelo Decreto-lei número 1.437, de 17 de dezembro de 1975."*

No tocante à regulamentação, tem-se que essa se deu por meio do Regulamento Aduaneiro (Decreto nº 91.030/85, hoje revogado pelo Decreto nº 4.543 de 2002), segundo o

*[Assinatura]*

qual seria competência do Secretário da Receita Federal estabelecer a contribuição devida ao FUNDAF pelos permissionários de entreposto aduaneiro de uso público, de lojas francas e de outros locais alfandegados, para ressarcimento das despesas de fiscalização decorrentes das permissões, concessões e benefícios.

O ato do Secretário da Receita Federal a que alude o Decreto nº 91.030/85 é a Instrução Normativa nº 48, de 23 de agosto de 1996, ainda em vigor, que dispõe no seu art. 1º o seguinte:

*"Art. 1º A título de ressarcimento das despesas administrativas decorrentes das atividades extraordinárias da fiscalização aduaneira, aplica-se aos portos organizados e instalações portuárias, a partir da data de publicação do ato de alfandegamento, o disposto no art. 566 do Regulamento Aduaneiro, aprovado pelo Decreto nº 91.030, de 5 de março de 1985, conforme previsto no art. 22 do Decreto-lei nº 1.455, de 7 de abril de 1976.*

*§ 1º O pagamento das despesas de que trata o caput deste artigo será efetuado de acordo com os seguintes valores:*

- I - R\$ 582,00, por solicitação diária da presença da fiscalização aduaneira (alfandegamento a título extraordinário);*
- II - R\$ 17.460,00 mensais (alfandegamento a título permanente).*

*§ 2º Entende-se por atividades extraordinárias aquelas prestadas em portos organizados ou instalações portuárias alfandegados onde inexistam unidades instaladas da Secretaria da Receita Federal - SRF nos referidos locais.*

*§ 3º O disposto neste artigo aplica-se aos silos e tanques alfandegados, nos termos da Instrução Normativa SRF nº 37, de 24 de junho de 1996."*

Poucas palavras são necessárias para demonstrar que a figura jurídica em causa reveste a natureza de tributo, na modalidade de taxa pelo exercício do poder de polícia por meio dos atos fiscalizadores.

É tributo, pois corresponde rigorosamente à definição do art. 3º do CTN, segundo a qual "tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída pela lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada."

É taxa, porque se trata de tributo cuja obrigação tem por fator gerador uma situação vinculada a uma atividade estatal específica relativa ao contribuinte (art. 116 do CTN, a contrario), atividade essa que consiste no exercício regular do poder de polícia (art. 78 do CTN), ou a utilização efetiva ou potencial de serviço público específico e divisível, prestado ao contribuinte ou posto a sua disposição.

Esta caracterização já foi declarada pelo Terceiro Conselho de Contribuinte do Ministério da Fazenda:

*"CONTRIBUIÇÃO AO FUNDAF - é verdadeira taxa e como tal só a lei pode estabelecer a sua instituição (art. 47, I do CTN) e não uma*



*Instrução Normativa. Recurso provido. (Acórdão nº 301 – 28105)".*  
**JURISPRUDÊNCIA**

Tratando-se de tributo, salta à vista a primeira inconstitucionalidade que consiste na violação do princípio de legalidade da tributação, o qual exige que os elementos essenciais do tributo constem de ato dotado de força de lei (art. 150, I da CF/88). Em outras palavras, verifica-se que o FUNDAP carece de embasamento legal, na medida em que nenhuma das suas disposições legais apresenta os aspectos indispensáveis para que se possa determinar o surgimento e o conteúdo da obrigação. Isto é, qual a situação geradora da obrigação tributária (aspecto material), onde a sua ocorrência é relevante (aspecto especial), quando se deve considerar ocorrido (aspecto temporal), bem como quem está obrigado ao pagamento (aspecto pessoal: sujeito passivo), em favor de quem (aspecto pessoal: sujeito ativo, e qual o montante devido (aspecto quantitativo).

Apenas a finalidade está descrita em lei, os demais itens encontram-se definidos na Instrução Normativa.

No caso concreto sob exame, as bases de cálculo, as alíquotas, o sujeito passivo da obrigação, o prazo e a forma de pagamento foram instituídos por simples Instrução Normativa da Secretaria da Receita Federal, que não dispõe da indispensável força impositiva para tornar obrigatório o seu recolhimento.

Da inconstitucionalidade da taxa para o FUNDAP resulta como consequência, o direito à restituição dos valores recolhidos a esse título.

Tenha-se presente que o direito à restituição total ou parcial de tributo pago indevidamente pertence ao sujeito passivo, conforme estabelece o art. 165, I do Código Tributário Nacional ("CTN").

Sujeito passivo da obrigação principal é, nos termos do art. 121 do CTN, a pessoa obrigada ao pagamento do tributo ou penalidade pecuniária, revestindo a qualidade de contribuinte quando tenha relação pessoal e direta com a situação que constitua o respectivo fato gerador (art. 121, par, único, I).

Destas disposições resulta claramente que o direito à restituição constitui-se originariamente, na esfera jurídica da MULTITERMINAIS ALFANDEGADOS DO BRASIL LTDA. (sujeito passivo) titular da legitimidade para propositura de ação de repetição de indébito.

A referida ação aplica-se o prazo constante do art. 168, I do CTN, pelo que a restituição abrangerá os recolhimentos realizados ao FUNDAP nos últimos 5 (cinco) anos contados da data propositura da ação.



Admitir-se que o tributo possa ser regulado por norma inferior, que esta possa definir qual o fator gerador do tributo, bem como sua base de cálculo é o mesmo que se admitir que sejam criados tributos através de normas inferiores, é admitir-se o caos jurídico e olvidar-se do princípio da legalidade.

Isto posto, dou provimento ao recurso, por admitir que o lançamento do crédito tributário, in causa, é ilegal, tendo em vista que a base de cálculo do tributo e sua regulamentação foram instituídos por lei.

Sala das sessões, em 18 de junho de 2009.

  
NANCI GAMA – Relatora

0

0

**Voto Vencedor** ✓

Conselheiro LUIS MARCELO GUERRA DE CASTRO, Redator

Peço vênica para discordar das ponderações da i. Conselheira Relatora.

Como é possível extrair das razões de recurso, entende a recorrente que a contribuição para o Fundo Especial de Desenvolvimento e Aperfeiçoamento das Atividades de Fiscalização (FUNDAF), da qual se pleiteia restituição, possui natureza de taxa e que o conjunto de normas que ampararia sua cobrança violaria o comando normativo do art. 97 do Código Tributário Nacional<sup>1</sup>.

Entendo, entretanto, que tal premissa não pode ser assumida sem que se aprofunde a investigação acerca da relação jurídica entre a recorrente e a União, representada pela Secretaria da Receita Federal do Brasil.

Ou seja, se a obrigatoriedade dos pagamentos para os quais se pede repetição assume feição de obrigação contratual, diversa da tributária e, portanto, estranha ao Processo Administrativo Fiscal e à competência deste Colegiado, esvaziados estariam os fundamentos do pedido de repetição.

Em sentido diverso, se realmente estivéssemos diante de uma obrigação tributária fixada sem o devido amparo normativo, haveria justo motivo para a repetição pleiteada.

Cabe aqui fazer um pequeno parêntese para registrar que existe questão prejudicial que não será tratada no presente momento, em que se decide exclusivamente a necessidade de se aprofundar a investigação que permitirá imprimir maior segurança à busca pela definição da natureza jurídica da cobrança que se alega indevida.

Com efeito, dado que o pedido litigioso abrange período superior a cinco anos, contados do pagamento dos valores para os quais se pede restituição, caberia indagar acerca de prescrição/decadência desse direito, à luz do que dispõe o art. 168, I do CTN<sup>2</sup>.

Ocorre que, se este Colegiado, ao fim, entender que os recolhimentos ao FUNDAF possuem efetivamente natureza contratual, não há porque discutir a aplicação dos prazos prescricionais/decadenciais próprios do direito de pleitear repetição de indébito tributário.

Voltando à justificativa para a realização da presente diligência, dúvida não há que o Decreto-lei nº 1.437, de 1975 não instituiu qualquer taxa a ser recolhida para o FUNDAF, mas previu exclusivamente a criação do fundo, a sua destinação e suas fontes.

<sup>1</sup> Art. 97. Somente a lei pode estabelecer:

- I - a instituição de tributos, ou a sua extinção;
- II - a majoração de tributos, ou sua redução, ressalvado o disposto nos artigos 21, 26, 39, 57 e 65;
- III - a definição do fato gerador da obrigação tributária principal, ressalvado o disposto no inciso I do § 3º do artigo 52, e do seu sujeito passivo;
- IV - a fixação de alíquota do tributo e da sua base de cálculo, ressalvado o disposto nos artigos 21, 26, 39, 57 e 65;

<sup>2</sup> Art. 168. O direito de pleitear a restituição extingue-se com o decurso do prazo de 5 (cinco) anos, contados:  
I - nas hipóteses dos incisos I e II do artigo 165, da data da extinção do crédito tributário

Veja-se a atual redação do seus artigos 6º e 8º:

*Art. 6º Fica instituído, no Ministério da Fazenda, o Fundo Especial de Desenvolvimento e Aperfeiçoamento das Atividades de Fiscalização - FUNDAF, destinado a fornecer recursos para financiar o reaparelhamento e reequipamento da Secretaria da Receita Federal, a atender aos demais encargos específicos inerentes ao desenvolvimento e aperfeiçoamento das atividades de fiscalização dos tributos federais e, especialmente, a intensificar a repressão às infrações relativas a mercadorias estrangeiras e a outras modalidades de fraude fiscal ou cambial, inclusive mediante a instituição de sistemas especiais de controle do valor externo de mercadorias e de exames laboratoriais.*

*Parágrafo único. O FUNDAF destinar-se-á, também, a fornecer recursos para custear: (Incluído pela lei nº 9.532, de 1997)*

*a) o funcionamento dos Conselhos de Contribuintes e da Câmara Superior de Recursos Fiscais do Ministério da Fazenda, inclusive o pagamento de despesas com diárias e passagens referentes aos deslocamentos de Conselheiros e da gratificação de presença de que trata o parágrafo único do art. 1º da Lei nº 5.708, de 4 de outubro de 1971; (Incluída pela lei nº 9.532, de 1997)*

*b) projetos e atividades de interesse ou a cargo da Secretaria da Receita Federal, inclusive quando desenvolvidos por pessoa jurídica de direito público interno, organismo internacional ou administração fiscal estrangeira. (Incluída pela lei nº 9.532, de 1997)*

*(...)*

*Art. 8º Constituirão, também, recursos do FUNDAF:*

*I - Dotações específicas consignadas na Lei de Orçamento ou em créditos adicionais;*

*III - receitas diversas, decorrentes de atividades próprias da Secretaria da Receita Federal; e (Redação dada pela Lei nº 7.711, de 1988)*

*IV - Outras receitas que lhe forem atribuídas por Lei.*

Dentre essas fontes, interessa especialmente as previstas nos inciso I e IV, que abrem espaço para a obtenção de recursos a partir de dotação orçamentária e outras que a lei atribuir, dentre as quais, obviamente, aquelas que o Direito Financeiro classifica como receitas originárias, como, por exemplo, as decorrentes de contratos firmados pela União.

No presente litígio, relembre-se, a recorrente é prestadora de serviço público de armazenagem e movimentação de mercadoria estrangeira sob controle aduaneiro.

Inicialmente, como é possível extrair da leitura dos atos declaratórios que autorizam a mudança do local de estabelecimento da recorrente e a aplicação do regime de Depósito Aduaneiro Certificado, tal prestação se deu sob o regime de Depósito Alfandegado Público (DAP).

Dita outorga foi sucessivamente prorrogada, aparentemente, em cumprimento ao disposto no art. 12<sup>3</sup> do Decreto nº 1.910, de 1996, editado com fundamento nas Leis nº 8.987/95 e 9.074/95<sup>4</sup>.

Por outro lado, a partir da leitura dos extratos de contrato publicados no DOU de 22/05/1998<sup>5</sup>, a recorrente firmou avenças com a União, representada pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, à época Secretaria da Receita Federal, para que, a partir de então, passasse a prestar serviços como Estação Aduaneira Interior e Terminal Retroportuário Alfandegado.

Neste ponto, há que se recordar que o exercício dessas atividades, por força do art. 1º, VI da Lei nº 9.074, de 1995<sup>6</sup>, combinado com o art. 2º da IN SRF nº 59, de 30/10/1996<sup>7</sup>, sujeitam-se ao regime de permissão.

Não se pode perder de vista, outrossim, que a contratação de tais permissões, em princípio, não se poderia prescindir de previsão relativa ao recolhimento da contribuição para a qual se pleiteia repetição, *ex vi* do art. 8º do Decreto nº 1.910, de 1996<sup>8</sup>.

De se registrar, finalmente, que, a partir de maio de 2003, a recorrente passou a operar como permissionária de Porto Seco, conforme é possível verificar a partir do contrato cuja cópia foi acostada às fls. 63 a 81.

Neste último instrumento, dentre as obrigações assumidas pela recorrente, interessa a consignada na cláusula nº XXIX, que diz:

*XXIX - efetuar o pagamento ao Fundo Especial de Desenvolvimento e aperfeiçoamento das atividades de Fiscalização – FUNDAF, instituído pelo Decreto-lei nº 1.437/75, a partir da entrada em operação do Porto Seco, nos termos da proposta apresentada na pesquisa de preços; (os grifos não constam do original)*

Ou seja, apesar da pródiga argumentação do Fisco acerca da obrigação contratual da recorrente, os autos só trazem prova da formação desse vínculo a partir deste último instrumento.

<sup>3</sup> Art. 12. Permanecerão válidas pelo prazo de dois anos, contado da data de publicação deste Decreto, as permissões outorgadas sem concorrência, em caráter precário e por prazo indeterminado, anteriormente à entrada em vigor da Lei nº 8.987, de 1995, para prestação de serviços em terminais alfandegados de uso público, entrepostos aduaneiros de uso público, centrais aduaneiras interiores e depósitos alfandegados públicos.

<sup>4</sup> Cópias dos atos declaratórios às fls. 47 a 51

<sup>5</sup> Cópia à fl. 52

<sup>6</sup> 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.

<sup>7</sup> Art. 2º Sujeita-se ao regime de permissão a prestação de serviços desenvolvidos em terminal alfandegado de uso público, salvo quando o imóvel pertencer à União, caso em que será adotado o regime de concessão, precedida da execução de obra pública.

<sup>8</sup> Art. 8º No julgamento da concorrência, será considerada a combinação dos critérios do menor valor da tarifa do serviço público a ser prestado, com o da maior oferta de pagamento ao Fundo Especial de Desenvolvimento e Aperfeiçoamento das Atividades de Fiscalização - FUNDAF, instituído pelo Decreto-Lei nº 1.437, de 17 de dezembro de 1975, pela outorga da concessão ou permissão.

Abre-se aqui um outro parêntese para registrar a opinião deste redator no sentido de que este Colegiado não é competente para discutir a higidez de determinada cláusula contratual.

A meu ver, a precariedade própria do regime de permissão, autorizaria, em tese, admitir que, até este último instrumento, a recorrente não estivesse contratualmente obrigada ao recolhimento objeto do litígio e, a partir de então, incorporasse essa cláusula ao novo contrato.

Veja-se a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>9</sup>:

*88. Permissão de serviço público, segundo conceito tradicionalmente acolhido na doutrina, é o ato unilateral e precário, intuitu personae, através do qual o Poder Público transfere a alguém o desempenho de um serviço; o de sua alçada, proporcionando, a moda do que faz na concessão, a possibilidade de cobrança de tarifas dos usuários. Dita outorga se faz por licitação (art. 175 da Constituição Federal) e pode ser gratuita ou onerosa, isto é, exigindo-se do permissionário pagamento(s) como contraprestação. (grifei)*

(...)

*Dita precariedade significa, a final, que a Administração dispõe de poderes para, flexivelmente, estabelecer alterações ou encerrá-la, a qualquer tempo, desde que fundadas razões de interesse público o aconselhem, sem obrigatoriedade de indenizar o permissionário.*

Ocorre que, independentemente dessas considerações, não vejo como incluir tal discussão no presente litígio. Aqui, cabe avaliar se houve cobrança de exação com característica de taxa e, em caso afirmativo, qual foi o período em que tal cobrança se configurou.

Ante a tais considerações, voto no sentido de converter o julgamento do presente recurso em diligência para que sejam juntados ao processo cópia de todos os instrumentos contratuais relativos à outorga da prestação de serviço de Depósito Alfandegado Público, Estação Aduaneira Interior, Terminal Retroportuário Alfandegado e Porto Seco firmados entre a recorrente e a União.

Se houver, deverão juntados, ainda, estudos, editais, pareceres, propostas, correspondências, relatórios de auditoria, etc., relacionados à formação e evolução de tais instrumentos contratuais.

<sup>9</sup> Curso de Direito Administrativo. São Paulo. Malheiros, 2008, 25ª ed. p. 747

Se entender pertinente, poderá a autoridade preparadora elaborar parecer relativo a tais elementos carreados ao processo.

Cumprida tal providência, deverá ser concedido prazo de 30 (trinta) dias para que a recorrente se manifeste acerca dessa instrução complementar.

Após tal prazo, independentemente de manifestação, devem os autos retornar a este Conselho para prosseguimento do julgamento.

Sala das Sessões, em 18 de junho de 2009.

  
LUIS MARCELO GUERRA DE CASTRO - Redator