

LAÉRCIO CRUZ ULIANA JUNIOR

**Sanções aduaneiras decorrentes da importação de mercadoria e a
proteção ao direito fundamental a livre-iniciativa: uma perspectiva da
Análise Econômica do Direito**

Dissertação apresentada ao curso de Pós-Graduação do Programa de Mestrado do Centro Universitário Autônomo do Brasil – UNIBRASIL como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direitos Fundamentais e Democracia.

Orientador: Prof. Dr. Octávio Campos Fischer

Curitiba

2018

TERMO DE APROVAÇÃO

LAÉRCIO CRUZ ULIANA JUNIOR

**Sanções aduaneiras decorrentes da importação de mercadoria e a
proteção ao direito fundamental a livre-iniciativa: uma perspectiva da
Análise Econômica do Direito**

Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre no Curso de Pós-Graduação em Direitos Fundamentais e Democracia do Programa de Mestrado do Centro Universitário Autônomo do Brasil – Unibrasil pela seguinte banca examinadora:

Orientador: Prof. Dr. Octávio Campos Fischer

Componentes: Profa. Dra. Ana Lucia Pretto Pereira

Profa. Dra. Betina Treiger Grupenmacher

Curitiba, 27de março de 2018.

*A Ana Carolina Alves dos Santos Chociai, Laércio Cruz Uliana (in memoriam) e
Vanir Tamulis Uliana, que me fazem estar numa constante lapidação...*

AGRADECIMENTOS

Partir, mais do que devorar estradas, cruzar mares ou atingir velocidades supersônicas, é abrir-se aos outros, descobri-los, ir-lhes ao encontro. Abrir-se às ideias, inclusive contrárias às próprias, demonstra fôlego de bom caminheiro. (Dom Helder).

Agradeço a todos que de alguma forma participaram desta minha jornada, colaborando com minha pesquisa.

Agradeço imensamente aos meus familiares, em especial, ao meu pai, Laércio Cruz Uliana (*in memoriam*), que sempre foi sinônimo de exemplo de honestidade e até hoje me faz lutar em sua memória; à minha mãe, Vanir Tamulis Uliana, que diante de todas dificuldades que passamos é um exemplo de batalha, apoio e dedicação; ao tio Neimar Batista, meu segundo pai, que auxiliou na minha educação e no meu crescimento pessoal; à Ana Carolina Alves dos Santos Chociai, companheira de grande jornada e cumplicidade, e à minha irmã, Karoline Tamulis Uliana.

Ao Centro Integrado do Brasil – UNIBRASIL, por toda singularidade que proporcionou na pesquisa, especialmente pelo corpo docente, permitindo realizar o intercâmbio de estudos na FGV-RIO, na PUC-PR e na UFPR.

Ao Professor Octávio Campos Fischer, que foi para muito além da orientação, é um exemplo na vida acadêmica e profissional, que com grande destreza soube me compreender nos diversos momentos – alegres e tristes – quando da confecção da Dissertação, que de modo sutil provocou grandes inquietudes, fazendo com que eu desenvolvesse um novo modo de caminhar. Talvez não saiba, mas colaborou para além do campo deste trabalho e ativamente teve participação na minha carreira acadêmica, com palestras em conjunto, ponderações das minhas leituras, apresentações do primeiro livro que coordenei. Obrigado por acreditar em mim.

Aos Professores Bruno Meneses Lorezentto, Adriana Ricardo Schier e Ana Lucia Pereira Pretto, que sempre demonstraram enorme preocupação com o ensino. Cada movimento feito por eles sempre me deixou inquieto e sedento por novos conhecimentos e sua aplicação ao aprendizado, tornando prazeroso o revisitar de antigas doutrinas, que foram descobertas surpreendentemente atuais, me apresentando, assim, novos caminhos para percorrer.

À Professora Betina Treiger Gruppenmacher, profissional que tenho muita admiração e carinho, pelo amor e preocupação que tem na disseminação do conhecimento, o que me foi muito valioso durante esse período.

Ao grande amigo Jorge de Oliveira Vargas, que sempre instigou minhas investigações.

À Vera Lucia Ponciano, por toda atenção e carinho nos debates que temos sobre o Direito Aduaneiro.

Aos amigos de jornada, em especial Pedro, Juliano, Maria, Amilcar, Marcelo e Juliana.

Ao Péricles Coelho, pessoa que sempre me aconselhou e aconselha em pontos da minha docência.

À Melina Hidalgo, minha grande amiga, que me socorreu em momentos tão difíceis e complexos do Direito Aduaneiro.

A todos aqueles que de alguma forma me ajudaram, muito obrigado!

*... prefiro, de todo modo, o risco das
imperfeições, na execução dum projeto
arrojado, ao perfeito acabamento, no
jogo fútil de empirismos rasteiros, bem
comportados e medíocres.
(Roberto Lyra Filho)*

RESUMO

O presente trabalho visa à compreensão da pena de perdimento e busca a sua aplicação mais adequada, diante da proteção dos Direitos Fundamentais, especialmente do interesse público e da iniciativa privada. Nesse contexto, analisa-se o instituto da Análise Econômica do Direito, que trabalha mediante as escolhas eficientes e racionais como resposta para buscar uma solução à penalidade. Para tanto, utiliza-se a análise doutrinária e, especialmente, jurisprudencial, de modo a percorrer o Direito Aduaneiro e as suas sanções para buscar conduzir a resposta de adequação da pena de perdimento perante o agente privado e o erário.

Palavras-chave: Direitos Fundamentais; Direito Aduaneiro; Pena de Perdimento; Interesse Público; Iniciativa Privada; Análise Econômica do Direito.

ABSTRACT

This paper aims at understanding the penalty of loss and seeks its most appropriate application, in the face of the protection of Fundamental Rights, especially the public interest and private initiative. In this context, we analyze the Institute of Economic Analysis of Law, which works through efficient and rational choices as a response, to seek a solution to the penalty. In order to do so, a doctrinal and, especially, jurisprudential analysis is used, to follow the Customs Law and its sanctions to try to lead the response of adequacy of the penalty of loss, before the private agent and the government's treasury.

Keywords: Fundamental Rights; Customs Law; Loss Penalty; Public Interest; Private Initiative; Economic Analysis of Law.

SUMÁRIO

Introdução	11
1 – O Direito Aduaneiro.....	13
1.1. Breve análise histórica	13
1.2. Conceito	15
1.3. Relação com os demais ramos do Direito.....	22
1.4. Autonomia do Direito Aduaneiro	28
1.5. Os direitos fundamentais e o Direito Aduaneiro	31
1.5.1. Livre-iniciativa	31
1.5.2. Interesse público.....	38
2 – Infrações e sanções aduaneiras decorrentes da importação de mercadorias	44
2.1. Regime jurídico das sanções aduaneiras.....	46
2.2. Natureza Jurídica das Sanções Aduaneiras	50
2.3. Multas na importação.....	56
2.3.1 Redução das multas	63
2.3.2 Caráter confiscatório.....	64
3 – Pena de perdimento.....	71
3.1. Da pena por interposição fraudulenta (ocultação do real importador).....	78
3.1.1. O sujeito ativo na importação de mercadorias.....	81
3.1.2. Importação direta.....	83
3.1.3. Importação por encomenda	83
3.1.4. Importação por conta e ordem de terceiros	85
3.1.5. Do subfaturamento com o controle de preço pelo departamento de operações de comércio exterior.....	86
3.2. Da pena de perdimento por subfaturamento.....	88
3.3. Da liberação da mercadoria mediante caução	91
4 – A análise econômica da aplicação da pena de perdimento	94
4.1. Breve histórico	95
4.2. A escolha eficiente e racional.....	99
4.3. Aplicação da Análise Econômica do Direito pelos Tribunais.....	105

4.3.1. Da aplicação da Análise Econômica do Direito na pena de perdimento decorrente da importação de mercadoria	111
Conclusão	117
Referências	120
ANEXO A – Título	131

INTRODUÇÃO

O trabalho inicia sua abordagem perpassando pelo Direito Aduaneiro de uma maneira geral. Visto não ser uma área jurídica muito estudada, explanou-se, brevemente, sobre a sua relação com os demais ramos do Direito atrelada à sua autonomia. Logo no primeiro capítulo, há o tópico dos Direitos Fundamentais perante a matéria, especialmente a livre-iniciativa e o interesse público, essenciais para a compreensão do tema das sanções aduaneiras.

Nesse sentido, passa-se para a análise vista de um panorama geral das sanções aduaneiras, seu regime e natureza jurídicos, para adentrar no instituto das multas no momento da importação e as suas principais características. O que embasou a apreciação da pena de perdimento, a sua aplicação em decorrência de interposição fraudulenta ou subfaturamento.

Assim, pôde-se analisar o método da Análise Econômica do Direito, desde um breve relato histórico até a aplicação dos seus pressupostos, com foco na escolha eficiente e racional que embasa a teoria, para então verificar a sua aplicabilidade com relação à sanção aduaneira da pena de perdimento.

Para tanto, foi realizada profunda pesquisa doutrinária e, mais ainda, preocupou-se com a análise jurisprudencial, considerando os vários tópicos polêmicos trazidos no decorrer do trabalho. A prática das sanções aduaneiras é um tema pouco discutido no meio acadêmico, desse modo, foca-se na discussão operacional, além disso, as decisões já exaradas sobre o tema significam relevante desenvolvimento perante o instituto.

A importância do âmbito prático também é justificada em razão da dificuldade na compreensão da ponderação de livre-iniciativa e interesse público, que buscam delimitar a concepção de dano ao erário, considerando a verificação da bruteza jurídica das sanções e a conseqüente dificuldade de estabelecer os parâmetros de delimitação da sanção.

Assim, para solucionar o principal problema que surge a partir da indagação da aplicação adequada das sanções aduaneiras, é que se utiliza o método da Análise Econômica, que preza pelo uso da racionalidade para que as normas possuam consciência em sua aplicação, bem como as condutas sejam

incentivadas pelo individualismo metodológico, o que gera a eficiência na consolidação do instituto.

Como instrumento necessário para avaliar os efeitos econômicos das sanções aduaneiras e conduzir a sua formulação da maneira correta, que produz os efeitos mais equilibrados e justos que permitem a concretização dos referidos Direitos Fundamentais e Livre Iniciativa, na fixação das penalidades.

Há que se desapegar da concepção de economia como instrumento negativo de concretização dos direitos, especialmente visto que o seu instrumental teórico possui plena competência e capacidade para guiar a atuação estatal visando à maximização dos direitos fundamentais.

1 – O DIREITO ADUANEIRO

1.1. Breve análise histórica

A rede complexa de negócios atual exige do Direito a regulação das operações para que não sejam permitidos abusos, considerando o papel do Estado intervencionista e regulatório, de modo que o protecionismo controle os direitos alfandegários e o conseqüente consumo de produtos. Nesse sentido, no século XVIII, ideais liberais promovidos por Adam Smith consolidaram o comércio internacional como instrumento de integração dos países por meio dos mercados e proporcionaram o crescimento econômico.

Atrelado a esses ideais, a partir do século XIX, o progresso consolidado na cooperação entre os Estados pela integração econômica, por exemplo, na Comunidade Econômica Europeia no século XX, aprimorou o comércio e apurou as relações entre os blocos. Assim, a ruptura das barreiras para o trânsito de pessoas e produtos fomentou a competitividade que exigiu dos governos regime jurídico adequado para embasar a segurança na concretização das relações negociais, o que também ensejou o surgimento de um órgão que efetivasse a aplicação das normas do comércio internacional, a aduana ou alfândega.

Essa nova ordem mundial surgiu da inserção do capitalismo na sociedade contemporânea, de modo que o desenvolvimento tecnológico e a evolução da comunicação são fundamentados pela economia, sistema global e ágil, caracterizado pelo processo de mundialização. A maior integração dos países, no que diz respeito às informações, áreas comerciais e preocupações em comum, é processo da mundialização e da globalização. A mundialização pode ser entendida como o processo de aproximação entre homens inseridos em áreas diversas, bem como resultado da intensificação das relações, que se iniciou a partir do desenvolvimento capitalista e possui diferentes formas pelo mundo todo. É uma dimensão que ultrapassa as fronteiras estatais.

Por sua vez, a globalização recai sobre o modo como a sociedade atual condiciona-se pelo âmbito econômico, em um contexto de articulação, movimento, rapidez e volatilidade do mercado. Assim, a globalização se

demonstra de fundamental importância para o processo de internacionalização, consolidada pelo Estado, que transforma sua soberania intervencionista em um aspecto de coordenação¹.

O processo de globalização evoluiu, pois o mundo percebeu que não é possível deixar de comercializar e que o mercado é o globo, assim, são necessárias regras uniformes que regulem e permitam a prática desse comércio, que é segmentado, mas ao mesmo tempo é um só².

Ensina Alvim³ que as regras internacionais de comércio disciplinam o comércio internacional – entre empresas nacionais de um país com as nacionais do outro e entre empresas multinacionais – e, devido ao capital não possuir nacionalidade, mas atuando apenas no seu objetivo da perseguição incessante pelo lucro, o comércio entre os países adquiriu proporções que deram espaço ao fenômeno conhecido como “globalização” da economia.

Assim, surgiram os mercados comuns, que precisam de regras aduaneiras.

O ordenamento jurídico brasileiro, por sua vez, acompanhou o desenvolvimento dessa inter-relação entre o comércio e o Direito. Assim, o Direito Aduaneiro possui histórico no Brasil desde que a Carta Régia de 1808, que culminou com a chegada da família real portuguesa ao Brasil, e o fim do pacto colonial, que determinava o comércio das colônias apenas com suas metrópoles, com a consequente abertura dos portos brasileiros aos aliados de Portugal, visto que antes desse período apenas Portugal usufruía dos postos⁴.

Com isso, houve o advento do primeiro regulamento aduaneiro, em 1832, e, quatro anos depois, o Regulamento das Alfândegas. Porém, somente depois da Constituição de 1891 que o regime federativo e a inserção do país no contexto mundial foi consolidado.

Assim, o art. 7º, § 1º, II, CF/1891 dispunha que competia à União a criação e a manutenção das alfândegas, de modo que o dispositivo claramente

¹ PRADO, Maurício Prado; DE SANTANA, Renata Duarte. **O Brasil e a globalização: pensadores do direito internacional**. São Paulo: Editora de Cultura, 2013. p. 22.

² Ibid. p. 23.

³ ALVIM, José Eduardo Carreira. **Tratado Geral da Arbitragem**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000. p. 206.

⁴ PIRES, Adriana C. **O surgimento do direito aduaneiro**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 01 dez. 2008. Disponível em: <<http://conteudojuridico.com.br/artigo,o-surgimento-do-direito-aduaneiro,21903.html>>. Acesso em: 21 ago. 2017.

“manifesta a preocupação que se tinha com o controle sob a maior fonte arrecadadora do império”⁵.

Em 1894, houve a promulgação da Nova Consolidação das Alfândegas e Mesas de Renda (NCLAMR), cuja vigência se estendeu até o Decreto-Lei nº 37, de 1966. A NCLAMR reuniu, à época, normas internacionais intensificadas por meio do Fundo Monetário Internacional (FMI), do Banco Internacional de Reconstrução e Desenvolvimento (BIRD) e da Organização Internacional do Comércio (OIC) – substituída pelo Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio (GATT), oriundos de Bretton Woods em 1944, que ensejaram a transformação do sistema aduaneiro⁶.

Posteriormente, advieram as seguintes regulamentações: **(i)** Decreto-Lei nº 288/1967: Zona Franca de Manaus; **(ii)** Decreto-Lei nº 1.455/1976: isenção, pena de perdimento, bens apreendidos; e **(iii)** Decreto-Lei nº 1.578/1977: imposto de exportação. Em 1988, com a promulgação da Constituição Federal, originou-se a competência de o Ministério da Fazenda fiscalizar o comércio exterior (art. 237) e a competência privativa da União para legislar sobre o tema (art. 22, VIII) e dispor sobre impostos de importação e exportação (art. 153, I e II). Por fim, o Decreto nº 6.759/2009 finalmente instituiu o Regulamento Aduaneiro, que estabeleceu o sistema das atividades, fiscalização e tributação.

1.2. Conceito

O surgimento do Direito Aduaneiro iniciou sua tomada de espaço em virtude do comércio entre os povos e se desenvolveu juntamente com o comércio exterior, com a necessária criação de normas de regulamentação, consolidado por meio da globalização mundial e da crescente unificação dos mercados mundiais em blocos econômicos.

⁵ TREVISAN, Rosaldo (org.). **Temas Atuais de Direito Aduaneiro**. São Paulo: Lex Editora S.A., 2008. p. 26.

⁶ MATTHES, Rafael Antonietti. Introdução ao Direito Aduaneiro. In: BRITO, Demes de (coord.) **Temas Atuais do Direito Aduaneiro Brasileiro e notas sobre o direito internacional**. São Paulo: IOB, 2012. p. 26.

Quanto aos conceitos encontrados na doutrina internacional, na Europa, mais especificamente na França, Berr e Trémeau destacam o Direito Aduaneiro como aquele que permite aos poderes públicos o controle sobre o fluxo de mercadorias que circulam no território aduaneiro⁷. Já na Espanha, Francisco Pelechá Zozaya acresce à definição o fluxo de pessoas e entende tal direito como “o conjunto de normas de direito público que regulam a entrada e a saída de mercadorias e pessoas do território de um país ou grupo de países”⁸.

Na América Latina, Basaldúa, na Argentina, define o Direito Aduaneiro como “o conjunto de normas jurídicas, posicionadas na esfera do Direito Público, que tem por objeto regular o intercâmbio internacional de mercadorias”⁹ e Cotter dispõe como “conjunto de normas de direito público que regulam o ingresso e egresso das mercadorias do território aduaneiro”¹⁰, conceito muito similar ao aplicado na Colômbia, por Pardo Carrero, que estabelece como “conjunto de regulações concernentes ao ingresso ou saída de mercadorias em relação a determinado território”¹¹.

Pode ser destacado, também, o México, onde Andrés Rohde Ponce abrange mais o conceito, em suas palavras, seria o:

[...] conjunto de instituições e princípios que se manifestam em normas jurídicas que regulam a atividade aduaneira do Estado, as relações entre o Estado e os particulares que intervêm em tal atividade, a infração a essas normas, suas correspondentes sanções e os meios de defesa dos particulares em face do Estado.¹²

Máximo Carvajal Contreras, também no México, acaba por identificar quatro características comuns entre definições de Direito Aduaneiro: **(i)** conjunto de normas jurídicas, **(ii)** relativas ao comércio exterior de mercadorias, **(iii)**

⁷ BERR, Claude J.; TRÉMEAU, Henri. **Le Droit Douanier Communautaire et national**. 7. ed. Paris: Economica, 2006. p. 71-72.

⁸ PELECHÁ ZOZAYA, Francisco. **Fiscalidad sobre el comercio exterior: el Derecho aduanero tributario**. Madri: Marcial Pons, 2009. p. 16.

⁹ COTTER, Juan Patricio. **Estudios de Derecho Aduanero** – homenaje al Dr. Juan Patricio Cotter Moine. Buenos Aires: Lexis Nexis, 2007. p. 3.

¹⁰ COTTER, Juan Patricio. **Las Infracciones Aduaneras**. 2. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2013. p. 14.

¹¹ PARDO CARRERO, Germán. Razón de ser del derecho aduanero. In: PARDO CARRERO, Germán (org.). **El Derecho Aduanero en el Siglo XXI**. Colômbia: Legis, 2009. p. 52.

¹² ROHDE PONCE, Andrés. **Derecho Aduanero Mexicano: fundamentos y regulaciones de la actividad aduanera**. México: ISEF, 2008. v. 1. p. 55.

movimento de entrada e saída no território do país, **(iv)** aplicável às pessoas que intervêm em tais atividades. Nesse sentido, o define como:

[...] o conjunto de normas jurídicas que regulam, por meio de um ente administrativo, as atividades ou funções do Estado em relação ao comércio exterior de mercadorias que, em seus diferentes regimes, entrem no ou saiam do território aduaneiro, assim como os meios nos quais sejam conduzidas e as pessoas que intervenham em qualquer fase da atividade ou que violem as disposições jurídicas.¹³

Em pesquisa no Sistema Jurídico Brasileiro, percebe-se ser cristalina a falta de material Jurídico para exame. Quando encontrado, não raramente está relacionado a material voltado para o Direito Tributário e/ou Direito Administrativo. Nesse sentido, os operadores do Direito tratam das questões de Direito Aduaneiro mediante uma “jurisprudência hesitante e uma doutrina quase que inexistente a respeito do tema”¹⁴.

Essa “extrema carência de um exame sistemático e de um maior desenvolvimento teórico”¹⁵ advém do problema, apontado por diversos autores¹⁶, de que “muito pouco se disse sobre o Direito Aduaneiro no Brasil”¹⁷. A ausência de estudos sobre o tema no Direito brasileiro ocasiona a dificuldade na sua própria conceituação, “se mostra árdua a tarefa de conceituar o Direito Aduaneiro”¹⁸.

Assim, resta compreender que a existência desse Direito pressupõe “o comércio internacional como seu antecedente e a relação aduaneira como seu conseqüente, são os dois fatores condicionantes de um Direito Aduaneiro, aliados à especificidade de princípios e normas”¹⁹.

Diante dessa situação, resta a utilização de balizas oferecidas pela escassa doutrina. Nesse sentido, o Direito Aduaneiro, para Andrés Rohdes

¹³ CARVAJAL CONTRERAS, Máximo. **Derecho Aduanero**. 15. ed. México, D.F: Porrúa, 2009. p. 20.

¹⁴ FREITAS, Vladimir Passos de (coord.). **Importação e exportação no direito brasileiro**. São Paulo: RT, 2004. p. 5.

¹⁵ MEIRA, Liziane Angelotti. **Regimes aduaneiros especiais**. São Paulo: IOB, 2002. p. 7.

¹⁶ Pode-se citar, por exemplo, André Parmo Folloni e Regina Helena Costa.

¹⁷ TREVISAN, 2008. p. 6.

¹⁸ ZANELATO FILHO, Paulo José. **A (in)constitucionalidade da pena de perdimento aduaneira**. São Paulo: Aduaneiras, 2016. p. 17.

¹⁹ CARLUCI, José Lence. **Uma introdução ao direito aduaneiro**. São Paulo: Aduaneiras, 1997. p. 21.

Ponce²⁰, é conjunto de instituições e princípios que se manifestam nas normas jurídicas regulatórias da atividade, nas relações entre o Estado e os particulares, na infração às normas, às sanções e aos meios de defesa dos particulares frente ao Estado.

Já Regina Helena Costa²¹ estipula como o sistema de normas jurídicas regulatórias decorrente da atividade estatal no território aduaneiro de tráfego de pessoas e bens e de fiscalização do cumprimento das normas do comércio exterior. Rosaldo Trevisan dispõe como:

Ramo autônomo do Direito integrado por um conjunto de proposições jurídico-normativas que disciplinam as relações entre a Aduana e os intervenientes nas operações de comércio exterior estabelecendo os direitos e as obrigações de cada um, e as restrições tarifárias e não tarifárias nas importações e exportações.²²

Ainda, José Lence Carluci estabelece que:

Na esteira de Idelfonso Sánchez González, podemos conceituar o Direito Aduaneiro como o conjunto de normas e princípios que disciplinam juridicamente a política aduaneira, entendida esta como a intervenção pública no intercâmbio internacional de mercadorias e que constitui um sistema de controle e de limitações com fins públicos.²³

Ainda carente da normatização de um Código Aduaneiro, além da doutrina apontada, a qual estabelece a delimitação do Direito Aduaneiro, há o mesmo fenômeno também na jurisprudência, como pode-se observar a seguir:

Tributário. Importação. Direito Aduaneiro. Características. Despacho aduaneiro. Conceito. Liberação de mercadoria. Exigência de caução. Legalidade. Razoabilidade. Fechamento de câmbio. Banco Central do Brasil. Valor da caução. Pedido novo. Impossibilidade de conhecimento. 1. A internalização de mercadoria importada deve se submeter às regras aduaneiras que protegem mais do que a arrecadação fiscal, isto é, protegem a segurança das fronteiras, a hígida relação comercial e o salutar trânsito de pessoas. 2. O Direito Aduaneiro não se resume a um conjunto de disposições pertinentes ao controle de exigências fiscais. Possui normas próprias, que merecem interpretação específica e que não se exaurem nas disposições tributárias típicas (previstas na CF e no CTN). 3. O

²⁰ PONCE, 2008. p. 55.

²¹ COSTA, Regina Helena. Notas Sobre a Existência de um Direito Aduaneiro. In: FREITAS, Vladimir Passos de (coord). **Importação e exportação no Direito Brasileiro**, 2004. p. 19.

²² TREVISAN, Rosaldo. Direito Aduaneiro e Direito Tributário – Distinções Básicas. In: TREVISAN, Rosaldo. (coord.). **Temas Atuais de Direito Aduaneiro**, 2008. p. 40-41.

²³ CARLUCI, op. cit. p. 22.

comércio exterior é uma atividade econômica regulada pelo Estado, para aplicação do interesse político-econômico da sociedade. A Constituição Federal de 1988 atribui competência exclusiva à União para legislar sobre comércio exterior (art. 22, inciso VIII). O art. 237 das Disposições Constitucionais Transitórias estabelece caber ao Ministro da Fazenda o controle e a fiscalização sobre o comércio exterior. E é através da Receita Federal que as normas do Direito Aduaneiro são aplicadas.²⁴

Nesse sentido, como se pode observar, a disciplina dos controles de entradas e saídas de bens e pessoas deveria ser regida conforme os tratados internacionais internalizados pelo ordenamento brasileiro, de modo a atender aos interesses nacionais de intervenção política e comércio exterior. Portanto, significaria o complexo de normas internas e tratados aplicáveis às importações e exportações, assim resta claro que:

Sabemos ter a atividade aduaneira um caráter ambivalente, o que se demonstra quando consideramos que a concretização de uma operação de Comércio Exterior é disciplinada no plano da legislação interna (que dita o modo de realização), porém em atenção a normas internacionais pactuadas ou observadas pelas nações envolvidas no ato de comércio.²⁵

Desse modo, depois da análise das concepções internacionais e nacionais, pode-se estabelecer que a conceituação do Direito Aduaneiro propriamente dito depende da finalidade “que se lhe empregue às proposições jurídicas que regulam este ramo do direito”²⁶, proposições aqui entendidas conforme a doutrina kelseniana para se referir ao conteúdo dos enunciados construídos, conforme explica Paulo de Barros, como “significações construídas a partir dos textos positivados e estruturadas consoante a forma lógica dos juízos condicionais”²⁷,

Nesse sentido, interessante para a conceituação analisar a finalidade da aduana na construção da normatização que desemboca no significado de Direito Aduaneiro. Assim,

²⁴ TRF da 4ª Região, 2ª Turma, Apelação em Mandado de Segurança (AMS) nº 2003.70.08.000033-5, Rel. Desembargador Dirceu de Almeida Soares, unânime. Acórdão disponível em: <<http://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/pesquisa.php>>. Acesso em: 19 ago. 2017.

²⁵ SOSA, Roosevelt Baldomir. **A Aduana e o Comércio Exterior**. São Paulo: Aduaneiras, 1996. p. 60.

²⁶ ZANELATO FILHO, 2016. p. 23.

²⁷ CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito Tributário: Fundamentos Jurídicos da Incidência**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 24.

A aduana não tem a sua razão de ser na arrecadação tributária, mas, sim, na afirmação da soberania nacional, no que concerne a controle, supervisão e demais medidas relativas à manifestação de seus domínios sobre o movimento econômico de entrada e saída, por suas fronteiras, de bens de valor econômico, ou mesmo quaisquer outros bens sobre os quais o Estado queira exercer qualquer tipo de controle.²⁸

O instituto da soberania é aqui entendido como a autoridade superior, a capacidade de autodeterminação do Estado ou, ainda, de acordo com o normativismo kelseniano, o poder limitado e absoluto. O Estado o exerce, especialmente, perante o âmbito internacional, visto que é sujeito a esse sistema e obrigado a seguir valores internacionais, bem como as normas imperativas de Direito Internacional Privado, que representam a extensão da Ordem Pública²⁹. Entretanto, isso não acontece apenas para mero controle, já que a soberania globalizada passa da intervenção estatal em detrimento de sua manutenção para se transformar em um sistema de coordenação³⁰.

Aduana significa “repartição pública que fiscaliza bagagens e mercadorias que entram e saem do país”³¹, na qual, por meio do exercício da soberania, são cobradas as taxas referentes a esse trânsito. A aduana brasileira pertence à estrutura da Secretaria da Receita Federal do Brasil, cujos órgãos são a Subsecretaria de Aduana e Relações Internacionais (SUARI) e a Coordenação-Geral de Administração Aduaneira (COANA). Ela existe na maioria dos países, controla esse fluxo de mercadorias de determinado território e tem três funções essenciais, conforme os ensinamentos de Basaldúa: **(i)** arrecadar os tributos aduaneiros; **(ii)** aplicar proibições e restrições à importação ou à exportação; e **(iii)** controlar o fluxo internacional de mercadorias.

Nesse sentido, desvendadas as incumbências do instituto, o autor as consolidou conceitualmente como aquelas pertinentes ao “controle do fluxo internacional de mercadorias, uma função primordial, que preexiste ou possibilita

²⁸ LOPES FILHO, Osiris de Azevedo. **Regimes Aduaneiros Especiais**. São Paulo: RT. 1984. p. 7.

²⁹ FRIEDRICH, Tatyana Scheila. **Normas Imperativas de Direito Internacional Privado**: Lois de Police. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 80.

³⁰ PRADO; DE SANTANA, 2013. p. 22.

³¹ HOUAISS, Antonio. **Minidicionário Houaiss da Língua Portuguesa**. 2. ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2004. p. 29.

o exercício das funções de arrecadar tributos aduaneiros e aplicar proibições à importação e à exportação”³².

A aduana possuía como principal atividade, conforme denota o histórico, além do exercício da soberania, a arrecadação dos tributos devidos na importação. Contudo, conforme ensina Trevisan:

Com o decréscimo da importância dos tributos aduaneiros como fonte de renda, a Aduana, no Século XXI, passa a desenvolver ainda outras atividades de controle do fluxo de comércio exterior, tendo como desafio o balanceamento entre a facilitação comercial – buscando mecanismos para simplificar, dar fluidez e não obstaculizar o comércio lícito – e a segurança do comércio – combatendo as práticas ilícitas.³³

O referido balanceamento entre facilitação e segurança comercial é essencial “para uma receita de evolução das relações internacionais de comércio”³⁴, de modo que se vislumbra ampliar e endossar as funções anteriormente citadas da aduana no controle do comércio exterior, utilizando técnicas modernas como análise de riscos e meios de detecção idôneos³⁵.

O Direito Aduaneiro como sistema de normas que disciplinam e regulamentam as atividades de importação e exportação exige normas de “fomento, incentivo, facilitação, promoção e estímulo ao comércio internacional”³⁶, ao mesmo tempo em que busca “limitar, conter, dificultar, restringir e impedir a mesma atividade”³⁷. Portanto, segue-se o entendimento de Folloni, que apresenta esse Direito como sistema de normas jurídicas a fim de disciplinar atividades de importação e de exportação, “incentivando-as ou restringindo-as, e que prescreve os regimes de fiscalização e de controle dessas

³² BASALDÚA, Ricardo Xavier. **Introducción al Derecho Aduanero**: concepto y contenido. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1988. p. 211.

³³ TREVISAN, Rosaldo. **A internacionalização da disciplina do imposto de importação**: contornos para uma regulação internacional da incidência. p. 571. Tese de Doutorado – Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 7 de julho de 2016. Disponível em: <<http://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/44050>>. Acesso em: 29 ago. 2017.

³⁴ COELHO, Flávio José Passos. **Facilitação comercial**: desafio para uma Aduana moderna. São Paulo: Aduaneiras, 2008. p. 154

³⁵ BASALDÚA, Ricardo Xavier. La Aduana: Concepto y Funciones Esenciales y Contingentes. **Revista de Estudios Aduaneros**, 1. sem. 2007. p. 48. Disponível em: <<http://www.iaea.org.ar/global/img/2010/09/Basaldua.pdf>>. Acesso em: 24 ago. 2017.

³⁶ FOLLONI, André Parmo. Normas Aduaneiras: Estrutura e Função. In: TREVISAN, Rosaldo. (coord.). **Temas Atuais de Direito Aduaneiro**. 2008. p. 58

³⁷ Idem.

operações, prescrevendo, também, o lançamento e a cobrança dos tributos que incidem sobre aquelas atividades”³⁸.

Cabe ressaltar que Rosaldo Trevisan trabalha com a questão da área de intersecção entre o Direito Tributário e o Direito Aduaneiro, a qual será abordada no próximo tópico do trabalho, acerca da relação do Direito Aduaneiro com os demais ramos do Direito. Assim, diante de todas as considerações apontadas, o Direito Aduaneiro, conforme entendimento de Zanellato, pode ser definido, efetivamente, como:

Conjunto de proposições jurídicas que disciplinam as relações decorrentes da atividade estatal destinada ao controle do tráfego de bens e pessoas pelo território nacional e as atividades de importação e exportação, incentivando-as ou restringindo-as mediante a prescrição de direitos e obrigações aos intervenientes no comércio exterior, ou por meio de restrições tarifárias e não tarifárias, estabelecendo ainda as normas para a disciplina da atividade de fiscalização e controle das operações de comércio exterior, lançamento e cobrança dos tributos pertinentes.³⁹

Ultrapassada a parte histórica e conceitual, passa-se à abordagem de como se relaciona esse Direito com os demais ramos.

1.3. Relação com os demais ramos do Direito

É importante trazer à baila que “a divisão do Direito em ramos não corresponde à distinção entre ciências, mas ao tratamento de ramos de uma mesma ciência [...] e decorrência do fenômeno da especialização”⁴⁰.

Miguel Reale brilhantemente dispôs que o Direito, como ciência, precisa ser dividido, e que as suas partes sejam objetivamente discriminadas, buscando a otimização do seu estudo⁴¹. Nesse viés, o Direito Aduaneiro significa disciplina autônoma para seu aprendizado que se relaciona com os demais ramos do

³⁸ FOLLONI, 2008, p. 79

³⁹ ZANELATO FILHO, 2016. p. 25.

⁴⁰ TREVISAN, 2008. p. 38.

⁴¹ REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 335.

Direito, de modo que estão todas as partes inter-relacionadas e interagindo entre si⁴².

Nesse sentido, o diagnóstico da autonomia do Direito Aduaneiro parte do pressuposto de que, conforme o seu conceito estabelecido em tópico anterior, as operações de fluxo de mercadorias (importação) são controladas pela aduana, instituto também em análise visitada que, por meio de instrumentos como a tributação e a aplicação de penalidades, deixa claro a existência de uma disciplina específica para essa área: o Direito Aduaneiro.

Entretanto, sabe-se da sua falta de reconhecimento no Brasil, como já afirmava Sosa, “no nosso país ainda não se reconhece a existência do Direito Aduaneiro como ramo autônomo ou especializado”⁴³, porém “internacionalmente o Direito Aduaneiro já tem sua autonomia reconhecida em muitos países e já começa a ganhar terreno no Brasil”⁴⁴.

Essa dificuldade de reconhecimento da autonomia diz respeito ao seu caráter científico, de modo que, embora tenha objeto desenvolvido, é necessária a “evolução da disciplina normativa pertinente, bem como da elaboração de estudos mais aprofundados”⁴⁵, já que a “homogeneidade das normas que perfazem o objeto do Direito Aduaneiro, qual seja, a disciplina do tráfego de pessoas e bens no território aduaneiro, assim como do comércio exterior, ensejam sua autonomia para fins didáticos”⁴⁶.

Folloni, por sua vez, defende a autonomia do Direito Aduaneiro em virtude da admissão de existência do Direito Tributário e Administrativo, portanto, “enquanto ciências que descrevem as normas específicas reguladoras daqueles segmentos da vida social, impõe-se que se admita também um Direito Aduaneiro”⁴⁷. O autor enfatiza, ainda, que, diferentemente do que defendem alguns doutrinadores *supra* referidos, há que existir uma autonomia decorrente da criação legislativa e outra em relação à didática acadêmica⁴⁸.

⁴² TREVISAN, Rosaldo. Direito Aduaneiro da Integração no Mercosul. In: MENEZES, Wagner (coord.). **Estudos de Direito Internacional**. Curitiba: Juruá, 2005. v. 5. p. 382-387.

⁴³ SOSA, 1996. p. 59.

⁴⁴ CARLUCCI, 1997. p. 25.

⁴⁵ COSTA, 2004. p. 20 e 36.

⁴⁶ Idem.

⁴⁷ FOLLONI, André Parmo. **Tributação sobre o Comércio Exterior**. São Paulo: Dialética, 2005. p. 59.

⁴⁸ FOLLONI, André Parmo. **Ciência do Direito Tributário no Brasil: crítica e perspectivas a partir de José Souto Maior Borges**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 41-42

A ponderação que deve ser feita versa no sentido de que as disciplinas jurídicas são construídas a partir do Direito positivo por meio de legislação específica, cujo movimento extrapola o normativismo e consolida o objeto de estudo da ciência jurídica – a qual precisa ser dividida em partes para um estudo didático mais eficaz –, conforme propriedades de cada área. Portanto,

Definimos Direito Aduaneiro como o segmento do Direito que se dedica ao complexo de normas que disciplinam as relações entre a Aduana e os intervenientes nas operações de comércio exterior, estabelecendo os direitos e as obrigações de cada um, e as restrições tarifárias e não tarifárias nas importações e exportações.⁴⁹

A doutrina⁵⁰ assume a relação do Direito Aduaneiro com os ramos do Direito Administrativo, do Direito Tributário, do Direito Penal e do Direito Internacional. Já o sistema constitucional aborda os ditos “ramos” em subsistemas (constitucional aduaneiro, constitucional administrativo, constitucional tributário, constitucional penal, constitucional internacional) associados ao sistema constitucional em si, de modo que extraem dele os “seus fundamentos e as condições de expressão e existência”⁵¹.

A título de exemplificação, tem-se o sistema constitucional tributário: conjunto de normas constitucionais compatíveis com princípios gerais que regula as atividades tributárias e impõe os seus limites, disciplinando tanto as faculdades do poder tributante quanto as garantias e os direitos do contribuinte no exercício dessa atividade⁵². Assim, o sistema constitucional aduaneiro possui relação com o tributário⁵³. Conforme a legislação própria, serve para o controle do tráfego de pessoas e bens e para a fiscalização da importação e da exportação, bem como para o lançamento e cobrança dos tributos oriundos das operações.

Rosaldo Trevisan defende que o Direito Tributário e o Direito Aduaneiro se cruzam no que diz respeito aos tributos incidentes sobre o comércio exterior, que são subdivididos em:

⁴⁹ TREVISAN, 2016. p. 33.

⁵⁰ Cf. CONTRERAS, 2009. p. 15; TREVISAN, 2008. p. 51-52; COSTA, 2004. p. 29; FOLLONI, 2005. p. 60-64.

⁵¹ ATALIBA, Geraldo. **Sistema Constitucional Tributário**. São Paulo: RT, 1968. p. 6

⁵² Ibid., p. 7-10.

⁵³ ZANELATO FILHO, 2016. p. 27.

Os tributos aduaneiros (exigidos exclusivamente nas atividades de comércio exterior, como o imposto de importação e o imposto de exportação), os tributos niveladores, vinculados a operações de comércio exterior, que promovem um equilíbrio econômico na tributação, ponderando o teor da cláusula do tratamento nacional e os princípios tributários decorrentes de ordem econômica brasileira (exigidos para eliminar tratamentos diferenciados entre os produtos nacional e os estrangeiros, como o imposto sobre produtos industrializados – IPI – vinculado à importação, o ICMS devido na importação, a Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico – Cide – exigida na importação de combustíveis, a Contribuição para os Programas de Integração Social e de Formação do Patrimônio do Servidor Público incidente na Importação de Produtos Estrangeiros ou Serviços – PIS/Pasep-Importação e a Contribuição Social para o Financiamento da Seguridade Social devida pelo Importador de bens Estrangeiros ou Serviços do Exterior – Cofins-Importação, e os tributos devidos em função de operação interna necessária à importação (v.g. Adicional ao Frete para Renovação da Marinha Mercante – AFRMM, taxa de utilização do Sistema Integrado de Comércio Exterior – Siscomex – e taxa de utilização do sistema Mercante).⁵⁴

É por esse motivo que o autor admite o Direito Aduaneiro Tributário – que diz respeito aos tributos aduaneiros – e o Direito Tributário Aduaneiro – que corresponde ao “segmento do Direito Tributário que estuda os tributos niveladores, vinculados a operações de comércio exterior, e os tributos devidos em função de operação interna necessária à importação”⁵⁵.

O Direito Aduaneiro rege, por meio da aduana, todo o procedimento e as questões pertinentes a ele, como despacho, transporte, regimes, infrações, penalidades e, especialmente, tributos. No que concerne aos tributos, tem-se o imposto de importação, cuja análise da relação entre aduaneiro e tributário enfatiza-se demonstrando que em algumas situações será necessário analisar o tributo desapegado do instituto, tal como é no Direito Tributário.

O referido imposto insere-se no texto das codificações aduaneiras, de modo que a doutrina o aborda como disciplina de Direito Aduaneiro, ainda que, na realidade, seja pertencente ao Direito Aduaneiro Tributário. Dessa forma, o “Direito Aduaneiro Tributário como parte do Direito Aduaneiro abrange o estudo das normas reguladoras de todos os tributos que incidem sobre o comércio exterior”⁵⁶. A relação jurídica aduaneira tributária é estabelecida entre a aduana e o fluxo de mercadorias tributadas. Assim,

⁵⁴ TREVISAN, 2008. p. 48-49.

⁵⁵ Ibid., p. 50.

⁵⁶ PELECHÁ ZOZAYA, 2009. p. 16-17.

[...] en la gran mayoría de los países, los tributos al comercio exterior integran ordenamientos especiales, se los denomine códigos aduaneros o leyes generales aduaneras [...] la finalidad del Derecho aduanero impone la especialidad de la materia, que determina entonces la existencia de particularidades, de excepciones o la diferente aplicación o, incluso, la inaplicabilidad de principios que se proclaman como generales y propios del Derecho tributario.⁵⁷

Desse modo, abordadas as concepções da intersecção entre o Direito Aduaneiro e o Direito Tributário, colacionam-se alguns julgados que trazem a relação: “Direito aduaneiro. Perdimento. Aquisição de mercadorias no mercado interno. Irregularidades constatadas. Notas fiscais que comprovam a aquisição. Perícia. Observância do devido processo legal”⁵⁸.

Ainda, sob uma análise da legislação brasileira, há distinção do Direito Tributário do Aduaneiro, quando apresenta as disposições sobre o imposto de importação na Lei nº 10.833/2003:

Art. 66. As diferenças percentuais de mercadoria a granel, apuradas em conferência física nos despachos aduaneros, não serão consideradas para efeito de exigência dos impostos incidentes, até o limite de 1% (um por cento), conforme dispuser o Poder Executivo.

Art. 67. Na impossibilidade de identificação da mercadoria importada, em razão de seu extravio ou consumo, e de descrição genérica nos documentos comerciais e de transporte disponíveis, serão aplicadas, para fins de determinação dos impostos e dos direitos incidentes, as alíquotas de 50% (cinquenta por cento) para o cálculo do Imposto de Importação e de 50% (cinquenta por cento) para o cálculo do Imposto sobre Produtos Industrializados.

O descumprimento doloso da obrigação aduaneira tributária ocasiona consequências penais, como ocorre nos casos de não pagamento dos tributos aduaneros regulados pelo art. 334 do Código Penal, que constitui crime de

⁵⁷ Tradução livre: “[...] na grande maioria dos países, os impostos sobre comércio exterior integram regulamentos especiais, são chamados códigos aduaneros ou leis aduaneras gerais [...] o propósito do Direito Aduaneiro impõe a especialidade da matéria, que então determina a existência de particularidades, das exceções ou da aplicação diferente ou, ainda, da inaplicabilidade de princípios que são proclamados como gerais e próprios ao Direito Tributário” (BASALDÚA, Ricardo Xavier. **Tributos al Comercio Exterior**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2011. p. 508)

⁵⁸ STF, Agravo de Instrumento nº 748201, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, monocrático. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp/>>. Acesso em: 20 ago. 2017.

descaminho, que não restou legislado pela Lei nº 8.137/1990, que trata de crimes contra a ordem tributária, enfatizando sua natureza diversa⁵⁹.

Conforme as peculiaridades já referidas no que diz respeito à disciplina aduaneira, Paulo de Barros Carvalho ainda estipula que:

[...] a contingencialidade dos tributos aduaneiros, que se querem sempre instrumentos rápidos, objetivos, porém maleáveis, prontos para assumir configurações diversas diante dos mutantes interesses econômicos e políticos que entram em jogo no concerto das nações, sugere *corpus* de legislação com traços bem característicos, diferentes das modalidades convencionais de tributação.⁶⁰

Ademais, sabe-se que, além do Direito Tributário e Penal, o Direito Aduaneiro possui estreita relação com o Direito Administrativo, devendo observar suas normas para:

regular a atividade administrativa concernente a regulamentação e fiscalização do tráfego de pessoas e bens do território nacional, as atividades de importação e exportação, bem como para aplicação das penalidades eventualmente cabíveis.⁶¹

⁵⁹ Nesse sentido, tem-se a jurisprudência: [...] Descaminho. Importação de produtos de informática e de telecomunicações. Simulação de operações comerciais. Mercadorias importadas de forma irregular. Desnecessidade de constituição definitiva do débito tributário. [...] 2. Quanto aos delitos tributários materiais, esta nossa Corte dá pela necessidade do lançamento definitivo do tributo devido, como condição de caracterização do crime. Tal direção interpretativa está assentada na ideia-força de que, para a consumação dos crimes tributários descritos nos cinco incisos do art. 1º da Lei 8.137/1990, é imprescindível a ocorrência do resultado supressão ou redução de tributo. Resultado aferido, tão somente, após a constituição definitiva do crédito tributário. (Súmula Vinculante nº 24) 3. Por outra volta, a consumação do delito de descaminho e a posterior abertura de processo-crime não estão a depender da constituição administrativa do débito fiscal. Primeiro, porque o delito de descaminho é rigorosamente formal, de modo a prescindir da ocorrência do resultado naturalístico. Segundo, porque a conduta materializadora desse crime é “iludir” o Estado quanto ao pagamento do imposto devido pela entrada, pela saída ou pelo consumo de mercadoria. E iludir não significa outra coisa senão fraudar, burlar, escamotear. Condutas, essas, minuciosamente narradas na inicial acusatória. (STF, 2ª Turma, HC nº 99.740, Rel. Min. Ayres Britto, unânime. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp/>>. Acesso em: 19 ago. 2017).

⁶⁰ CARVALHO, Paulo de Barros. A regra-matriz de incidência do imposto sobre importação de produtos estrangeiros. **Revista de Estudos Tributários e Aduaneiros da Receita Federal**, Brasília, v. 1, n. 1. p. 77, ago./dez. 2014. Disponível em: <<http://www.revistadareceitafederal.receita.fazenda.gov.br/index.php/revistadareceitafederal/article/view/95>>. Acesso em: 21 mai. 2017.

⁶¹ ZANELATO FILHO, 2016. p. 28.

Assim, Contreras⁶² já dispunha que essas normas de seguimento obrigatório advindas diretamente do Direito Administrativo: **(i)** conduzem os serviços da Administração Pública; **(ii)** consolidam determinadas funções aduaneiras; e **(iii)** estabelecem órgãos estatais responsáveis pelo controle de cobrança de tributos das atividades do comércio exterior. Além disso, estabelecem os critérios de exercício e limites da atividade administrativa aduaneira. Pode-se depreender tal relação da jurisprudência colacionada: “Administrativo. Direito Aduaneiro. Mercadoria importada. Rótulo em português. Ausência de indicação do país de origem. Pena de perdimento. Lei nº 4.502/1964. Reexame de matéria probatória. Súmula 07/STJ”⁶³.

O Direito Administrativo apresenta também as sanções administrativas que podem ser aplicadas diante das infrações aduaneiras, que “não possuem regime idêntico ao das sanções penais, certamente possuem regime semelhante”⁶⁴. Desse modo, o Direito Aduaneiro possui diversos institutos que carecem da análise interdisciplinar com os demais ramos do Direito, na busca pela ótica completa de cada um deles.

1.4. Autonomia do Direito Aduaneiro

Como já restou amplamente demonstrado, o ordenamento jurídico brasileiro abarca disposições específicas para a regulação da atividade aduaneira. Há autores que defendem que o Direito Aduaneiro carece de autonomia, pois extrai as normas e os princípios de ramos variados, o que restringe seu domínio a conceitos e princípios pessoais de modo específico⁶⁵.

Para outros estudiosos, como Andrés Rohdes Ponce, o Direito Aduaneiro possui autonomia em todas as classes: **(i)** a científica, quando se opera a existência de institutos próprios que não constam em outros ramos

⁶² CONTRERAS, 2009. p. 15.

⁶³ STJ, 1ª Turma, Recurso Especial nº 1026733/SP, Rel. Min. Luiz Fux, unânime. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 20 ago. 2017.

⁶⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 12. ed. São Paulo: RT, 2016. p. 609.

⁶⁵ CONTRERAS, op. cit., p. 11.

(legislação privativa da União, aduana, sistema de valores aduaneiros)⁶⁶; (ii) a didática, visto que significa disciplina de estudo nas faculdades de Direito⁶⁷ – posicionamento seguido por Rosaldo Trevisan⁶⁸ e Rosevelt Baldomir Sosa⁶⁹; e a (iii) legislativa, pois sempre teve sua própria e especial legislação⁷⁰, tanto que, no Brasil ela foi diferida das demais legislações na Lei nº 10.833/2003, que estipula o Capítulo III como “Das Disposições Relativas à Legislação Aduaneira”, bem como as próprias “decisões judiciais têm-se feito referência à legislação aduaneira (e até ao Direito Aduaneiro)”⁷¹.

Entretanto, como Ponce dispõe, essa autonomia diz respeito às classes, não ao Direito Aduaneiro propriamente dito, visto que, como Paulo de Barros Carvalho⁷² denomina, o Direito significa um conjunto uno de normas jurídicas válidas que se relacionam por vínculos hierárquicos e coordenados, o que faz que o reconhecimento de uma norma jurídica fora desse universo represente ignorar o próprio sistema jurídico.

Assim, afirmar a existência de um Direito Tributário, por exemplo, significa tão somente especificar o ramo cujo objeto de estudo são normas que regulam as relações tributárias⁷³. Desse modo, Trevisan⁷⁴ bem argumenta que a autonomia do Direito Aduaneiro nada mais é do que um conjunto de proposições jurídico-normativas para regular as relações advindas das operações de comércio exterior, englobando direitos, obrigações e restrições. Dessa forma, “as poucas resistências à autonomia do Direito Aduaneiro, na maioria das vezes, são reflexo de despreocupações desprovidas de caráter científico”⁷⁵.

⁶⁶ PONCE, 2008. p. 58.

⁶⁷ Idem.

⁶⁸ TREVISAN, 2008. p. 37

⁶⁹ SOSA, 1996. p. 59

⁷⁰ PONCE, op. cit. p. 58

⁷¹ TREVISAN, op. cit., p. 47

⁷² CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 14.

⁷³ TREVISAN, op. cit. p. 12

⁷⁴ Idem.

⁷⁵ TREVISAN, Rosaldo. **Atuação estatal no comércio exterior em seus aspectos tributário e aduaneiro**. Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da PUC-PR. 2008. Disponível em: <http://www.biblioteca.pucpr.br/tede/tde_arquivos/1/TDE-2008-0405T084414Z771/Publico/Rosaldo%20Trevisan%20.pdf>. Acesso em: 05 dez. 2017.

Cabe ressaltar o posicionamento de Regina Helena Costa, que admite a autonomia didática do Direito Aduaneiro⁷⁶, decorrente “do fato de se ter um grupo de normas que apresenta particular homogeneidade relativamente ao seu objeto, propiciando seu estudo separadamente, ainda que se sujeitando igualmente, a princípios de outros ramos do direito”⁷⁷, mas não assume a autonomia científica, significando mera especialização do Direito Administrativo, visto que sua essência reside na atividade administrativa “realizada pelo Estado, consistente na gestão dos serviços aduaneiros”⁷⁸.

Divergente do pensamento da autora, Sérgio Renato Tejada Garcia não admite essa subdivisão do Direito Administrativo, pois afirma que, “na verdade, o Direito Aduaneiro é um ramo do Direito Público voltado ao comércio exterior, cuja fiscalização e controle são privativos da União, estando afetos ao Ministério da Fazenda por expressa disposição do art. 237 da Lei Maior”.⁷⁹

Ainda, André Parmo Folloni posiciona-se do mesmo modo que Regina Helena Costa quanto ao aduaneiro significar ramo do Direito Administrativo como “campo da regulação e fiscalização do comércio exterior, acompanhadas pelo lançamento e pela arrecadação dos tributos incidentes sobre esse negócio jurídico”⁸⁰. Entretanto, diverge com relação ao pensamento de que inexistem autonomia do Direito Aduaneiro apenas pelo fato de utilizar ferramentas de outros ramos, já que segue o entendimento de que todos eles possuem autonomia didática, “haja vista que qualquer desses ramos inclui institutos de outros ramos do Direito”⁸¹.

Assim, dita que “enquanto ciências que descrevem as normas específicas reguladoras daqueles seguimentos da vida social, impõe-se que se

⁷⁶ Para Regina Helena Costa, a autonomia didática do direito aduaneiro “decorre do fato de se ter um grupo de normas que apresentam particular homogeneidade relativamente ao seu objeto, propiciando seu estudo separadamente, ainda que se sujeitando igualmente, a princípios de outros ramos do direito.” (COSTA, 2004. p. 20).

⁷⁷ Idem.

⁷⁸ Ibid. p. 29

⁷⁹ GARCIA, Sérgio Renato Tejada. Defesa em Juízo. In: FREITAS, Vladimir Passos de (coord). **Importação e exportação no Direito Brasileiro**. p. 276-277.

⁸⁰ FOLLONI, 2005. p. 56

⁸¹ Ibid. p. 58

admita também um Direito Aduaneiro”⁸². Paulo Wernek⁸³ também defende a autonomia do Direito Aduaneiro.

Nesse sentido, entende-se, para os fins deste trabalho e diante da compilação doutrinária ora apresentada, que o Direito Aduaneiro é didaticamente autônomo e resta dotado de caráter público especificamente, pois disciplina relações jurídicas nas quais “preponderam imediatamente interesses públicos”⁸⁴.

Como público, o Estado é o sujeito predominante nas relações e a ordem pública predomina suas disposições, o que justifica a intervenção estatal nos regramentos do comércio exterior, de modo a desenvolver a economia internamente, bem como fomentar sua finalidade internacional, como elemento de conexão com territórios, por meio de mercadorias ou pessoas, o que faz do Direito Aduaneiro um Direito público em dois níveis: estrangeiro e doméstico⁸⁵. Em suma, como ramo autônomo do Direito público possui a finalidade de regulamentação do trânsito de mercadorias.

1.5. Os direitos fundamentais e o Direito Aduaneiro

1.5.1. Livre-iniciativa

O Estado tem obrigação de assegurar os direitos fundamentais conforme sua atuação constitucional, cujo objetivo de desenvolvimento social é essencial na República. Assim, primeiramente, pretende-se tratar sobre a livre-iniciativa e o interesse público e as suas principais características, conceitos e importância e, ao final do trabalho, com um desfecho sob o viés de uma análise econômica, demonstrar as suas limitações mútuas para que seja preservada a supremacia e as sanções aduaneiras sejam eficientes.

⁸² FOLLONI, 2005. p. 59.

⁸³ WERNEK, Paulo. **Comércio Exterior e Despacho Aduaneiro**. 3. ed. Curitiba: Juruá. 2002. p. 53.

⁸⁴ CRETELLA JUNIOR, José. **Curso de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

⁸⁵ GARCIA, Fernando in CONTREAS, Máximo. **Derecho Aduanero**. México: Editorial Porrúa, 2004. p. 10.

Os direitos fundamentais são destinados a “criar e manter os pressupostos elementares de uma vida na liberdade e na dignidade humana”⁸⁶, que possuem três concepções formais⁸⁷: **(i)** normas positivadas no ordenamento, cuja fundamentalidade advém da atribuição legal; **(ii)** direitos contemplados pelas constituições com maior rigidez na modificação ou extinção, pois protegem determinados valores; e **(iii)** resultado cultural da formação de valores e concepções políticas tido como inexorável ao homem. Assim, de acordo com a referida classificação alemã, considera-se neste tópico tais direitos como normas positivadas no ordenamento, cuja fundamentalidade advém da atribuição legal, de modo que os direitos fundamentais se consolidam pelas positivações.

Assim, a identificação dos direitos fundamentais parte da presença da dignidade da pessoa humana, pois “materialmente, os direitos fundamentais devem ser concebidos como aquelas posições jurídicas essenciais que explicitam e concretizam essa dignidade”⁸⁸. A Constituição Federal, com o objetivo de proteger os indivíduos das ingerências do Poder Público e incentivar melhorias nas condições sociais, consolidou os referidos direitos como aqueles que:

Podem ser conceituados como a categoria jurídica instituída com a finalidade de proteger a dignidade humana em todas as dimensões [...] buscando resguardar o homem na sua liberdade (direitos individuais), nas suas necessidades (direitos sociais, econômicos e culturais) e na sua preservação (direitos relacionados à fraternidade e à solidariedade).⁸⁹

Como resultado da positivação de valores sociais, extrai-se que, do processo de transformação das concepções, a compreensão de que a “afirmação dos direitos do homem deriva de uma radical mudança de perspectiva, característica marcante da formação do Estado moderno na representação da relação política, ou seja, na relação Estado/cidadão”⁹⁰.

⁸⁶ GARCIA, 2004. p. 10.

⁸⁷ SCHMITT, Carl. *Verfassungslehre*, Unveraenderter Neudruck. In: BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 515.

⁸⁸ *Ibid.* p. 539.

⁸⁹ ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 109-110.

⁹⁰ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 2004. p. 24.

Assim, representou grande conquista “a fixação dos direitos reputados fundamentais do indivíduo, e a enumeração das garantias para tornar efetivos tais direitos, quer em face dos particulares, quer em face do Estado mesmo”⁹¹. A limitação da atuação estatal deve garantir o mínimo de exigências para que sejam possíveis a vida e o desenvolvimento livre das atividades lícitas⁹², para seguir os parâmetros do ordenamento jurídico e reconhecer a inviolabilidade dos direitos fundamentais.

O desenvolvimento decorre da busca por satisfação das necessidades humanas, e a sociedade se desenvolve por meio de um sistema de regras criadas para determinar a conduta nas relações, a fim de que os textos constitucionais consolidem sua estrutura conforme os objetivos apontados pela sociedade, aqui se considerando se os econômicos, devido aos fins do presente trabalho. Nesse sentido, a Constituição Federal dispõe sobre a livre-iniciativa como princípio norteador da Ordem Econômica (art. 170 da CF) e fundamento da República (art. 1º, IV, da CF), cuja base reside no direito à liberdade (art. 5º da CF). Significa a possibilidade de os agentes econômicos ingressarem no mercado, ou seja,

A liberdade de iniciativa econômica não se identifica apenas com a liberdade de empresa. Pois é certo que ela abrange todas as formas de produção, individuais ou coletivas. [...] Assim, entre as formas de iniciativa econômica encontramos, além da iniciativa privada, a iniciativa cooperativa, a iniciativa autogestionária e a iniciativa pública.⁹³

Portanto, sua característica reside na liberdade individual econômica, desde a produção e a circulação até a distribuição das riquezas, de modo que sejam asseguradas a livre escolha, tanto das profissões quanto das atividades e seus meios necessários. Esse princípio é dissecado nos elementos constitucionais que lhe auferem conteúdo: a propriedade privada⁹⁴, a liberdade

⁹¹ VILANOVA, Lourival. **Proteção Jurisdicional dos direitos numa sociedade em desenvolvimento**, Ordem dos Advogados do Brasil, São Paulo, 1970. p. 43.

⁹² CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de direito constitucional tributário**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 259.

⁹³ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 202.

⁹⁴ Arts. 5º, XXII, e 170, II, da CF.

de empresa⁹⁵, a livre concorrência⁹⁶ e a liberdade de contratar⁹⁷. Cabe ressaltar, nesse contexto, que suas exceções deverão ser autorizadas pela própria Carta Magna, pois o legislador ordinário não pode excluí-la, salvo se fundamentado em norma constitucional específica⁹⁸.

Seu papel consiste no reconhecimento de liberdade como base para a ordem, cuja estrutura centra-se em atividades de indivíduos e grupos, o que “não significa, porém, uma ordem do *laissez faire*, posto que a livre-iniciativa se conjuga com a valorização do trabalho humano”⁹⁹.

Como uma liberdade de fins e de meios, “não se reduz à soma de outras liberdades, não se exaure no exercício do direito de propriedade e da liberdade contratual”¹⁰⁰, de modo que é reconhecida às pessoas naturais e jurídicas, direito este cuja proteção e consequente preservação dependem do Estado no sentido de “(i) disciplinar comportamentos que resultariam em prejuízos à concorrência e (ii) disciplinar a atuação dos agentes econômicos, de forma a implementar uma política pública”¹⁰¹.

Com o objetivo fundamental de desenvolvimento, a ordem econômica da Constituição Federal de 1988 adotou a economia de mercado na qual os agentes econômicos decidem sobre as questões fundamentais da economia, e o Estado atua no mercado por meio da consolidação de regras para maximizar a eficiência dos processos econômicos, bem como produtor de bens públicos. Orienta os interesses sociais por meio da disciplina de atuação dos agentes econômicos, baseada na imposição dos princípios que legitimam suas condutas: a valorização do trabalho humano e a livre-iniciativa.

⁹⁵ Art. 170, parágrafo único, CF.

⁹⁶ Ou seja, a faculdade de o empreendedor estabelecer os seus preços, que serão determinados pelo mercado, em ambiente competitivo (CF, art. 170, IV).

⁹⁷ Ou seja, o fundamento das demais liberdades, pautado no princípio da legalidade, de que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei (art. 5º, II, CF).

⁹⁸ Diogo de Figueiredo Moreira Neto, **Ordem econômica e desenvolvimento na Constituição de 1988**, 1989. p. 69-70: “Este rol constitucional de instrumentos de intervenção regulatória é exaustivo: não admite ampliação por via interpretativa, uma vez que representam, cada um deles, uma exceção ao princípio da livre-iniciativa (art. 1º, IV, e art. 170, *caput*) e, mais precisamente, ao princípio da livre concorrência (art. 170, IV). Qualquer outra modalidade interventiva, admissível genericamente no art. 163 da antiga Carta [...] perde, na vigente, seu suporte constitucional”.

⁹⁹ Tércio Sampaio Ferraz Jr., Congelamento de preços – tabelamentos oficiais (parecer). **Revista de Direito Público** n. 91, 1989. p. 77.

¹⁰⁰ AMARAL NETO, Francisco dos Santos. A liberdade de iniciativa econômica. Fundamento, natureza e garantia constitucional. **Revista de Informação Legislativa**, a. 23, n. 92. p. 229.

¹⁰¹ FORGIONI, Paula A. **Os Fundamentos do Antitruste**. São Paulo: RT, 1998. p. 228-230.

O princípio da livre-iniciativa, por meio da organização social e econômica, consiste no poder reconhecido aos particulares de desenvolverem uma atividade econômica¹⁰², considerando que “a liberdade nas atividades econômicas só é exercida com a finalidade da justiça social e confere prioridade do trabalho humano sobre todos os demais valores da economia de mercado”¹⁰³, é também um critério de desenvolvimento¹⁰⁴, que altera a sociedade por meio da manifestação humana. Essa liberdade, portanto, possui características¹⁰⁵ de apropriação privada da propriedade, bem como bens de produção e consumo, ética dos fins lucrativos, concorrência como meio de obter eficácia nos negócios e o mínimo de intervenções nos negócios.

Assim, diante de toda a concepção ora descrita, devem ser considerados outros dois outros princípios, tratados por Eros Grau como um quadro:

a) liberdade de comércio e indústria (não ingerência do Estado no domínio econômico): a.1) faculdade de criar e explorar uma atividade econômica a título privado – liberdade pública; a.2) não sujeição a qualquer restrição estatal senão em virtude de lei – liberdade pública; b) liberdade de concorrência: b.1) faculdade de conquistar a clientela, desde que não através de concorrência desleal – liberdade privada; b.2) proibição de formas de atuação que deteriam a concorrência – liberdade privada; b.3) neutralidade do Estado diante do fenômeno concorrencial, em igualdade de condições dos concorrentes – liberdade pública.¹⁰⁶

Ademais, é possível também considerar a liberdade de exercício de qualquer ofício da escolha individual, visto que o trabalho é uma “atividade consciente ordenada a um fim distinto dela mesma e daquele que a exerce”¹⁰⁷; de modo que a própria coletividade justifica restrições a essa liberdade, tema que ensejou manifestação do Supremo Tribunal Federal no sentido de que:

Nem todos os ofícios ou profissões podem ser condicionadas ao cumprimento de condições legais para o seu exercício. A regra é a

¹⁰² PETTER, Lafayette Josué. **Princípios constitucionais da ordem econômica**. O significado e o alcance do art. 170 da constituição federal. São Paulo: RT, 2005. p. 164.

¹⁰³ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 39.

¹⁰⁴ SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Cia. das Letras, 2000. p. 37.

¹⁰⁵ TAVARES, André Ramos. **Direito Constitucional Econômico**. São Paulo: Método, 2003. p. 248.

¹⁰⁶ GRAU, 2005. p. 184.

¹⁰⁷ IVAN D. Rodrigues Alves; MATAL Piragibe Tostes C. **Teoria e Prática do Direito do Trabalho**. 8. ed. Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas, 1988. p. 28.

liberdade. Apenas quando houver potencial lesivo na atividade é que pode ser exigida inscrição em conselho de fiscalização profissional.¹⁰⁸

Dessa forma, também ocorre com a liberdade de contratar e estabelecer cláusulas para a efetivação do negócio, o que envolve as faculdades¹⁰⁹ de poder ser parte em um contrato, escolher o negócio com seu respectivo conteúdo e a pessoa para firmá-lo, bem como a potencialidade de acionar o judiciário, para que sejam consolidadas relações contratuais equilibradas, permitindo que equidade e justiça componham o núcleo do negócio jurídico.

Entretanto, não se pode olvidar de que há razões para que a intervenção direta do Estado na atividade econômica (art. 173 da CF) tenha as suas devidas limitações, para que sua forma e suas funções sejam minimizadas¹¹⁰. A inserção dessa regulação na Constituição Federal representa uma mudança na posição do Estado e da sociedade com a atividade econômica, “abandonando a neutralidade característica do Estado Liberal, para incorporar a versão ativa do Estado intervencionista, agente regulador da economia”¹¹¹. Assim, o Estado interfere na economia nos limites autorizados pelo Direito, considerando que a livre-iniciativa carece de “condições de ordem política para o seu exercício, tais como o pluralismo, a democracia e a propriedade privada”¹¹².

Cabe ressaltar que o exercício das atividades econômicas está condicionado ao bem-estar social¹¹³. Nesse sentido, José Afonso da Silva leciona que:

[...] a liberdade de iniciativa econômica privada, num contexto de uma Constituição preocupada com a realização da justiça social (o fim condiciona os meios), não pode significar mais do que liberdade de desenvolvimento da empresa no quadro estabelecido pelo poder público, e, portanto, possibilidade de gozar das facilidades e necessidade de submeter-se às limitações postas pelo mesmo. É legítima, enquanto exercida no interesse da justiça social. Será ilegítima quando exercida com objetivo de puro lucro e realização pessoal do empresário. Daí por que a iniciativa econômica pública,

¹⁰⁸ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 414.426. Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 1º.8.2011, Plenário, **DJe** 10.10.2011.

¹⁰⁹ TAVARES, 2003. p. 249.

¹¹⁰ SOUZA, Renildo. Estado e Desenvolvimento Econômico. **Revista Princípios**, edição 68, 2003, p. 34-41. Disponível em: <<http://revistaprincipios.com.br/artigos/68/cat/1201/estado-e-desenvolvimento-econôrmico-.html>>. Acesso em: 01 jun. 2017.

¹¹¹ HORTA, Raul Machado. **Direito constitucional**. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 252.

¹¹² TOLEDO, Gastão Alves de. **O Direito Constitucional Econômico e sua eficácia**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 176.

¹¹³ GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 869.

embora sujeita a outros tantos condicionamentos constitucionais, se torna legítima, por mais ampla que seja, quando destinada a assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social.¹¹⁴

Resta claro que a intervenção estatal possui um desafio ao estabelecer a segmentação entre Direito Público e Privado, já que os interesses se confundem. Quando o Estado intervém nas relações privadas, acaba por mitigar a autonomia dos agentes e estipular limites à liberdade contratual antes referenciada, sob a justificativa da busca pela justiça social. Assim, as exigências da “ordem pública econômica e social prevalecem sobre o individualismo, de modo que passam a funcionar como limitador da autonomia individual, no interesse da coletividade”¹¹⁵.

O que se extrai da reflexão conceitual do princípio é que a imposição de limitações precisa essencialmente resultar de uma ponderação de valores e objetivos constitucionais para que, respeitando os fundamentos da República e da ordem econômica, conquiste legitimidade quede concretizado plenamente na justiça social e no bem-estar coletivo. Não se exclui o fato de que pode ser relativizado, conforme restrições legais, já mencionadas, para o exercício de atividade econômica, não infringindo a dissociação entre o direito de exercício livre¹¹⁶. Ademais, o exercício dessa liberdade caracteriza o mercado dinâmico e produtivo no sistema econômico, que é, coincidentemente, o que mais pode abusar do poder econômico.

O Direito Aduaneiro como um conjunto de normas de Direito público regulatórias do ingresso de mercadorias no território demonstra claramente o princípio referido, visto que provém de uma atividade econômica entre particulares que precisa da tutela estatal para que possa ser consolidada. Dessa maneira, devem ser rigorosamente observados os limites das restrições possivelmente impostas para que a livre-iniciativa não seja violada, especialmente no que diz respeito à pena de perdimento, que será objeto de análise nos próximos capítulos.

¹¹⁴ SILVA, 2003. p. 726.

¹¹⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini et. al. **Código brasileiro de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1994. p. 286.

¹¹⁶ SANTOS OLIVEIRA, Sônia dos. **O princípio da livre-iniciativa**. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=851>>. Acesso em: 03 dez. 2017.

1.5.2. Interesse público

A partir desse momento, é feita uma análise do instituto do interesse público, para se consolidar a ideia anteriormente referida sobre as sanções aduaneiras e o seu respectivo envolvimento com os direitos fundamentais mencionados, visto que, para que seja realizado o controle aduaneiro por meio da penalidades, há que se observar os limites entre a livre-iniciativa e o interesse público, para que não seja aplicada pena superior à necessária, bem como não se justifique na coletividade penas injustificáveis.

Ainda resta divergência sobre a conceituação do interesse público, pois há quem entenda, no âmbito da doutrina clássica, que significa um interesse contraposto ao interesse individual ou que é um conjunto de interesses individuais. Dalmo de Abreu Dallari defende a impossibilidade de “consideração genérica, prévia e universalmente válida do que seja o interesse público, revelando-se inevitável a avaliação pragmática do que é interesse público”¹¹⁷, em que em cada caso “será indispensável fazer a verificação, uma vez que não há um interesse público válido universalmente”¹¹⁸.

Salienta, ainda, Eros Roberto Grau¹¹⁹ que “são indeterminados os conceitos cujos termos são ambíguos ou imprecisos [...] os parâmetros para tal preenchimento devem ser buscados na realidade”, de modo que, “tratando-se de matéria eminentemente discricionária, a aplicação pela Administração de conceitos indeterminados, sobretudo o de interesse público, estaria totalmente subtraída à apreciação do Poder Judiciário”¹²⁰.

Mesmo assim, apesar da diversidade conceitual do tema, Celso Antônio Bandeira de Mello expõe que,

Ao se pensar em interesse público, pensa-se, habitualmente, em uma categoria contraposta à de interesse privado, individual, isto é, ao

¹¹⁷ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Interesse público na contratação das entidades da administração descentralizada**. Suplemento Jurídico da Procuradoria Jurídica do Departamento de Estradas e Rodagem. v. 126, jan./mar., São Paulo, 1987. p. 15.

¹¹⁸ Ibid. p. 15.

¹¹⁹ GRAU, Eros Roberto. **Direito, Conceitos e Normas Jurídicas**. São Paulo: RT, 1988. p. 72.

¹²⁰ Cf. ENTERRIA, Garcia de; FERNANDEZ, Tomás Antonio. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: RT, 1990.

interesse pessoal de cada um. Acerta-se em dizer que se constitui no interesse do todo, ou seja, do próprio conjunto social, assim como acerta-se também em sublinhar que não se confunde com a somatória dos interesses individuais, peculiares de cada qual. Dizer isto, entretanto, é dizer muito pouco para compreender-se verdadeiramente o que é interesse público.¹²¹

Assim, segue seu pensamento enfatizando que o interesse público “deve ser conceituado como o interesse resultante do conjunto dos interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da sociedade e pelo simples fato de o serem”¹²², de modo que as “normas de direito público, embora protejam reflexamente o interesse individual, têm o objetivo primordial de atender ao interesse público, ao bem-estar coletivo”¹²³, como meio para a consolidação da justiça social e do bem comum¹²⁴.

Ou seja, o interesse público significa “resultado de um interesse necessário à vida em comunidade também como interesse próprio e direto”¹²⁵. Nesse contexto, faz parte da função do próprio Estado alcançar solução maximizadora dos interesses públicos, ou seja, o melhor interesse público como fim legítimo que orienta a atuação da Administração Pública¹²⁶, por meio da racionalidade que pondera interesses coletivos e individuais, utilizando o instrumento da proporcionalidade¹²⁷.

Significa princípio basilar da sociedade democrática, ou seja, o Estado promove a realização do instituto e “só poderá defender seus próprios interesses privados quando, sobre não se chocarem com os interesses públicos propriamente ditos, coincidam com a realização deles”¹²⁸.

Ainda, o princípio da legalidade atrelado ao princípio da supremacia do interesse público determina que o Estado deve praticar atos que supram a demanda social, com o objetivo de consolidar um bem maior. Em caso de conflito

¹²¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 59.

¹²² Ibid. p. 61.

¹²³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 69.

¹²⁴ Ibid. p. 69.

¹²⁵ ESCOLA, Hector Jorge. El Interés Público Como Fundamento Del Derecho Administrativo. 1989:31 Apud DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discrecionalidade Administrativa na Constituição de 1988**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 215.

¹²⁶ BINENBOJM, Gustavo. **Interesses Públicos versus Interesses Privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007. p. 151.

¹²⁷ Ibid. p. 167.

¹²⁸ MELLO, 2005. p. 66.

entre o interesse privado e o público, restará o público que é defendido pela Administração Pública, desde que com base legal, o que legitima os poderes e as prerrogativas públicas.

Entretanto, nem sempre o interesse público prevalecerá sobre o individual, sob pena de colocar em risco os direitos fundamentais individuais. Assim como há prerrogativas para atingir o interesse público, os cidadãos possuem a garantia contra o abuso de poder. Dessa maneira, a supremacia do interesse público inspira o legislador e vincula a autoridade administrativa em toda a sua atuação¹²⁹.

Defende Celso Antonio Bandeira de Mello¹³⁰ que esse princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado é geral e inerente a qualquer sociedade, significando a condição de sua existência, de modo que implica em muitas manifestações (função social da propriedade, defesa do consumidor, meio ambiente), sendo um pressuposto lógico social, já que “no interesse geral da sociedade e na soberania popular que se encontram os fundamentos da supremacia do interesse público”¹³¹. A referida supremacia, portanto,

[...] alastra-se por todo o ordenamento jurídico, submetendo as esferas pública e privada, as pessoas jurídicas e físicas, o Estado e o particular, ao interesse geral da sociedade e à soberania popular, assegurando a consecução do bem comum ancorada em uma ordem jurídica a serviço dos anseios de todos os seres humanos, compromissada com a democracia e desvinculada do culto tanto ao individualismo quanto aos interesses meramente estatais.¹³²

Assim, diante do primado do interesse público, “o indivíduo tem que ser visto como integrante da sociedade, não podendo os seus direitos, em regra, ser equiparados aos direitos sociais”¹³³, mas com a observação de que existem limitações legais para tanto, caso contrário “a desvalorização total dos interesses públicos diante dos particulares pode conduzir à anarquia e ao caos geral, inviabilizando qualquer possibilidade de regulação coativa da vida humana em

¹²⁹ DI PIETRO, 2006. p. 68.

¹³⁰ MELLO, 2005. p. 96.

¹³¹ CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. **Curso de Direito Administrativo**. Salvador: JusPodivm, 2008. p. 60-61.

¹³² *Ibid.*, p. 66.

¹³³ FILHO, José dos Santos Carvalho. **Manual de Direito Administrativo**. 15. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 24-25.

comum”¹³⁴, como defende Daniel Sarmiento, para que não se incida na condução à supressão da pluralidade de interesses jurídicos tuteláveis¹³⁵.

Essa observação de Sarmiento abre brecha para se trabalhar com a linha doutrinária que se pretende seguir neste trabalho, cujas críticas vão desde Justen Filho – ao destacar a importância real da necessária distinção entre o denominado interesse público com o interesse do próprio Estado¹³⁶, questionando a possibilidade de identificação do interesse público como aquele proveniente da maioria, visto que a democracia protege as minorias. Deste modo, militar-se-á pela incidência do interesse público sobre o individual em determinadas situações, de maneira que não significa ocorrência absoluta.

Sabe-se que, atualmente, as sociedades contam com inúmeros interesses, inclusive diversos públicos¹³⁷, o que enseja a negação de Justen Filho à supremacia do interesse público, mas que deve ser seguida a máxima realização dos direitos fundamentais, sejam individuais, coletivos ou difusos¹³⁸.

O autor Gustavo Binbenojm¹³⁹, na mesma linha de raciocínio, concluiu que os interesses públicos e os interesses privados não são antagônicos, mas pressupõem-se mutuamente, semelhante à postura de Daniel Wunder Hachem¹⁴⁰ ao expor que não existe hierarquia entre ambos. Se estão incorporados um no outro, a supremacia restaria em uma contradição em termos¹⁴¹. Postas as referidas reflexões,

Embora seja claro que pode haver um interesse público contraposto a um dado interesse individual, sem embargo, a toda evidência, não pode existir um interesse público que se choque com os interesses de cada um dos membros da sociedade. Esta simples e intuitiva

¹³⁴ SARMENTO, Daniel. **Interesses Públicos versus Interesses Privados**: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 28.

¹³⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. O princípio da moralidade pública e o direito tributário. **Revista Trimestral de Direito Público**. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 52/ 67. v. 11.

¹³⁶ Ibid., p. 39.

¹³⁷ Ibid., p. 42.

¹³⁸ Ibid., p. 45.

¹³⁹ BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

¹⁴⁰ HACHEM, Daniel Wunder. **Princípio Constitucional da Supremacia do Interesse Público**. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 77.

¹⁴¹ BINENBOJM, Gustavo. Da Supremacia do Interesse Público ao Dever de Proporcionalidade: Um novo paradigma para o Direito Administrativo. In: SARMENTO, Daniel (org.). **Interesses públicos versus Interesses privados**: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 168.

percepção basta para exibir a existência de uma relação íntima, indissolúvel, entre o chamado interesse público e os interesses ditos individuais.¹⁴²

A análise do caso concreto é fundamental à ponderação desses princípios em conflito, de modo que tomam sítio os princípios da razoabilidade, como controle dos atos normativos, e da proporcionalidade, como controle dos atos administrativos, mecanismos para controlar a discricionariedade legislativa e administrativa e invalidar atos que não têm adequação de fins e meios, não exigem a medida ou não são proporcionais, para que sejam garantidos os direitos fundamentais¹⁴³.

Luís Roberto Barroso¹⁴⁴ sintetiza a proporcionalidade nos subprincípios da adequação (medidas adequadas aos objetivos), da necessidade (não há outro meio) e da proporcionalidade em sentido estrito (ponderação entre o ônus e o bônus). Daniel Sarmento complementa explicando que:

[...] diante de conflitos entre direitos fundamentais e interesses públicos de estatura constitucional, pode-se falar, na linha de Alexy, numa “*precedência prima facie*” dos primeiros. Esta precedência implica na atribuição de um peso inicial superior a estes direitos no processo ponderativo, o que significa reconhecer que há um ônus argumentativo maior para que interesses públicos possam eventualmente sobrepujá-los. Assim, o interesse público pode até prevalecer diante do direito fundamental, após um detido exame calcado sobretudo no princípio da proporcionalidade, mas para isso serão necessárias razões mais fortes do que aquelas que permitiriam a “vitória” do direito fundamental. E tal ideia vincula tanto o legislador – que se realizar ponderações abstratas que negligenciarem esta primazia *prima facie* dos direitos fundamentais poderá incorrer e inconstitucionalidade – como os aplicadores do Direito – juízes e administradores – quando se depararem com a necessidade de realização de ponderações *in concreto*.¹⁴⁵

Desse modo, a supremacia do interesse público significaria constitucionalmente princípio implícito, decorrente da própria ordem jurídico-

¹⁴² MELLO, 2005. p. 60.

¹⁴³ GUEDES, Ricardo Catunda N. Supremacia do interesse público sobre o interesse privado em face dos direitos fundamentais. **Revista Mestrado em Direito**. Osasco. Ano 7, nº 1, 2007. p. 285.

¹⁴⁴ BARROSO, Luis Roberto. Interpretação e aplicação da Constituição. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 209

¹⁴⁵ SARMENTO, Daniel. Colisões entre direitos fundamentais e interesses públicos. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio. **Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 313.

constitucional¹⁴⁶ para atender a coletividade sem que sua valorização seja absoluta, sob pena de perder o elemento humano que lhe confere legitimidade. Deve ser relativa e ponderada.

¹⁴⁶ OSÓRIO, Fábio Medina. Existe uma supremacia do interesse público sobre o privado no Direito Administrativo brasileiro? **Revista de Direito Administrativo**, n. 220, 2000. p. 87.

2 – INFRAÇÕES E SANÇÕES ADUANEIRAS DECORRENTES DA IMPORTAÇÃO DE MERCADORIA

O Direito Aduaneiro brasileiro entende a importação como a entrada de determinada mercadoria em um território, conceito importado do Direito francês¹⁴⁷ e motivo da amplitude do termo “mercadoria”, que estabelece, até certo ponto, aparente incompatibilidade com a Constituição Federal, art. 153, I, e com o Código Tributário, art. 19, diplomas legais que estabelecem a incidência do imposto de importação sobre produtos estrangeiros, bem como o art. 1º do Decreto-Lei nº 37/1966.

Essa amplitude traz à tona duas interpretações: (i) o imposto de importação incidente sobre produtos importados com destinação comercial ou (ii) o imposto de importação incidente sobre bens não destinados ao comércio.

A primeira delas representa a corrente minoritária, cujo precursor é Lacombe¹⁴⁸, e seu principal argumento reside no fato de que a Constituição Federal traz o conceito de produto como bem móvel e corpóreo, e de mercadoria como bem móvel e corpóreo destinado ao comércio. Entretanto, vige o conceito do art. 1º do Decreto-Lei nº 37/1966, que estipula fora da incidência do imposto de importação os produtos não destinados ao comércio.

Souza¹⁴⁹ defende que a “mercadoria” do Decreto-Lei nº 37/1966 não buscou a restrição da incidência do imposto aos bens de comércio, tendo em vista que os arts. 13 e 14 dispõem que são tributados “bens que certamente não são mercadorias, como roupas e objetos pessoais de passageiros e bens de capital para uso de quem realiza a importação”. No mesmo caminho de não restrição, Meira aborda o referido conceito como pertinente a bens e ainda dispõe que, em:

[...] tratados internacionais, muitos deles incorporados pelo Brasil, o termo “mercadoria” não é utilizado com a acepção estrita de bem adquirido para revenda, como ocorre nos tributos internos brasileiros

¹⁴⁷ OMA. **Glossaire des Termes Douaniers Internationaux**. Disponível em: <http://wcoomdpublishings.org/downloadable/download/sample/sample_id/152/>. Acesso em: 01 set. 2017.

¹⁴⁸ LACOMBE, 1979, p. 14-18.

¹⁴⁹ SOUZA, Hamilton Dias de. **Estrutura do Imposto de Importação no Código Tributário Nacional**. São Paulo: Resenha Tributária, 1980. p. 29-30.

[...] mercadoria, para as regras de comércio internacional, significa todo bem que é suscetível das operações de importação e de exportação.¹⁵⁰

Germán Pardo Carrero desenha que, para efeitos aduaneiros, mercadoria significa “objeto do intercâmbio internacional, lícito ou ilícito, que é classificável pela tarifa aduaneira”¹⁵¹. Mercadoria seria, portanto, “aquilo que pode ser classificado na tarifa aduaneira, ou, simplesmente, na nomenclatura do Sistema Harmonizado¹⁵², que equivale, *grosso modo*, à tarifa desprovida da coluna referente à alíquota do imposto de importação”¹⁵³.

O art. 11 do Código Aduaneiro argentino e o art. 94 do Regulamento Aduaneiro brasileiro estabelecem que a classificação da mercadoria será embasada nas regras do Conselho de Cooperação Aduaneira, fundador do Sistema Harmonizado, criado justamente para classificar as mercadorias, mas que possui codificação complexa e não auxilia concretamente no conceito de mercadoria no Direito Aduaneiro. A Associação Latino-Americana de Integração (ALADI) define mercadoria como “todo produto, manufatura, semovente ou outros bens corporais móveis, sem exceção alguma”, e o Código Aduaneiro do Mercosul, aprovado pela Decisão CMC nº 27/2010, define, no art. 3º, mercadoria como “todo bem suscetível de um destino aduaneiro”.

O conceito exige, portanto, um desapego do caráter comercial da importação e seja analisada a existência corpórea, para superar a fronteira entre territórios, de modo a excluir tanto os serviços, direitos de propriedade intelectual, quanto bens e objetos por meio de *download*. Cabe ressaltar que são mercadorias os bens resíduos, conceito consolidado pela Lei nº 12.305/2010, e regulado pela Lei nº 12.715/2012.

Trevisan dispõe, portanto, sobre três elementos essenciais para a definição do conceito de mercadoria:

Tratamos aqui, assim, de três elementos essenciais da definição de mercadoria em Direito Aduaneiro: o primeiro, de não estar restrita a

¹⁵⁰ MEIRA, Liziane Angelotti. **Tributos sobre o comércio exterior**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 323-324.

¹⁵¹ PARDO CARRERO, Germán. **Tributación Aduanera**. Bogotá: Legis, 2009. p. 188-196.

¹⁵² O Sistema Harmonizado classifica as mercadorias em um código de seis dígitos numéricos, aos quais cada país, região ou bloco pode adicionar outros, formando sua respectiva nomenclatura, que, adicionada de coluna com as alíquotas do imposto de importação, compõe a “tarifa”.

¹⁵³ TREVISAN, 2016. p. 59.

operações de compra e venda (comerciais); o segundo, de tratar apenas de algo móvel e corpóreo, para que possa haver transporte de um território a outro, ou até apreensão, com recolhimento a depósito, nos casos previstos na legislação; e o terceiro, de abranger operações lícitas ou ilícitas, sendo irrelevante se o que foi introduzido/extraído no/do território é permitido ou resultou em uma operação com efetivo valor econômico.¹⁵⁴

Desse modo, qual seja a definição de mercadoria apontada, se abarcar os três elementos anteriormente referidos, será adequada. Em apertada síntese, mercadoria pode ser vista como “tudo aquilo suscetível de ser importado ou exportado”¹⁵⁵, conceito que merece a delimitação conforme os três elementos *supra* destacados. Portanto, Trevisan aponta que a mercadoria no Direito Aduaneiro “refere-se a bens corpóreos móveis que são suscetíveis de ser importados ou exportados”¹⁵⁶, e a “importação corresponde à introdução de mercadoria em um território aduaneiro, sendo a exportação a retirada de uma mercadoria do território aduaneiro”¹⁵⁷.

2.1. Regime jurídico das sanções aduaneiras

Para a compreensão do regime jurídico das sanções aduaneiras, é necessária a análise primeiramente do regime jurídico administrativo, que consiste, conforme Marçal Justen Filho:

[...] no conjunto de normas jurídicas que disciplinam o desempenho de atividades e de organizações de interesse coletivo, vinculadas direta ou indiretamente à realização dos direitos fundamentais, caracterizado pela ausência de disponibilidade e pela vinculação à satisfação de determinados fins.¹⁵⁸

¹⁵⁴ TREVISAN, 2016. p. 63.

¹⁵⁵ Código Aduanero del Mercosur – Antecedentes y modelos de uniformización, in José Vicente Troya JARAMILLO e Isabel Palacios LEGUIZAMÓN, **IV Encuentro de Magistrados de la Comunidad Andina y del Mercosur**. p. 71. Disponível em: <http://www.tribunalandino.org.ec/sit_etjca/index.php?option=com_filecabinet&view=files&id=9&Itemid=35>. Acesso em: 01 set. 2017.

¹⁵⁶ TREVISAN, 2016. p. 65.

¹⁵⁷ Idem.

¹⁵⁸ FILHO, 2016. p. 48.

A Administração Pública deve observar os princípios obrigatórios implícitos que regem sua atuação: a supremacia do interesse público sobre o privado e a indisponibilidade dos interesses públicos por parte da Administração Pública, conforme o art. 37, *caput*, da Constituição Federal, a fim de promover tratamento próprio na relação do administrador público e os seus administrativos, por meio de uma relação de direitos e deveres na busca da promoção do bem-estar coletivo.

Nessa toada, apresentado o gênero administrativo, sabe-se que o regime jurídico das sanções aduaneiras está atrelado à definição da obrigação aduaneira e como ela se liga à obrigação tributária, observados os dispositivos administrativos. O Código Tributário Nacional divide, no art. 113, as obrigações tributárias como principal ou acessória. Segundo essa definição, a obrigação tributária está condicionada à ocorrência do fato gerador, bem como seu objeto é o pagamento de tributo ou a penalidade pecuniária –objetos completamente distintos.

Por outro lado, a obrigação acessória é aquela prevista na legislação tributária, mas que tem como objetivo a prestação, positiva ou negativa, nela prevista no interesse da arrecadação e fiscalização dos tributos.

A jurisprudência do STJ, por sua vez, divide as obrigações acessórias em vinculadas à incidência tributária e autônoma. Esta última não possui qualquer vínculo com a existência do fato gerador do tributo.

No entanto, tal análise está adstrita ao regime jurídico tributário, no qual somente as obrigações tributárias-aduaneiras, referentes aos tributos incidentes das operações aduaneiras, fazem parte. Está presente aqui, portanto, o primeiro ponto a ser utilizado na definição do regime das sanções aduaneiras.

Ao analisar-se o outro ponto, porém, é perceptível que não existe definição legal brasileira de obrigação aduaneira, mas apenas a referência à obrigação tributária. Para que seja possível alcançar a definição da obrigação aduaneira, é necessário olhar para a Convenção de Quioto Revisada¹⁵⁹ e também para o Código Aduaneiro Comunitário (Europeu), que mais se

¹⁵⁹ A Convenção Internacional para a simplificação e a harmonização dos Regimes Aduaneiros, também denominada de Convenção de Quioto Revisada, é um instrumento reconhecido pela Organização Mundial das Aduanas (OMA) como um compêndio de práticas aduaneiras ideais e necessárias para um comércio global legítimo, simplificado e harmonizado.

aproximam do objeto. Especialmente ao determinar formalidades aduaneiras, como o conjunto das operações que devem ser executadas pelas pessoas interessadas e pelos serviços aduaneiros para cumprimento da legislação aduaneira.

Já no Código Aduaneiro do Mercosul (CAM), há a definição de obrigação tributária aduaneira, no art. 160, como vínculo de caráter pessoal que nasce com o fato gerador e que tem por objeto o pagamento dos tributos aduaneiros. Desse modo, o CAM leva em consideração somente o caráter tributário, e deixa de perceber o aduaneiro.

Luiz Roberto Domingo¹⁶⁰, por outro lado, considera a obrigação aduaneira como a principal no Direito Aduaneiro, a qual é destinada ao controle administrativo aduaneiro, decorrente de seu poder de polícia.

No entanto, é mais adequado deixar de lado a classificação principal ou acessória, posto que a natureza jurídica da obrigação aduaneira sempre estará vinculada ao bem jurídico protegido pelo Direito Aduaneiro, ou seja, o controle aduaneiro. Por conseguinte, toda obrigação aduaneira é acessória e essencial à efetivação do controle previsto no art. 237 da Constituição Federal, não se confundindo, pois, com a obrigação tributária, a qual está vinculada à arrecadação do tributo, esta sim classificada como principal ou acessória.

Conclui-se, assim, que o ponto-chave para diferenciar as obrigações está na motivação de sua criação. Enquanto as obrigações acessórias são instituídas com a finalidade de arrecadação e fiscalização dos tributos, as aduaneiras têm sua criação ligada às medidas de controle das operações de comércio exterior, não vinculados a fins tributários.

Ao adentrar no regime jurídico da infração aduaneira, é imprescindível analisar, novamente, a Convenção de Quioto Revisada, a qual, em seu anexo H.2, definiu Infrações Aduaneiras como qualquer violação ou tentativa de violação da legislação aduaneira.

Além disso, infração aduaneira caracteriza-se, também, por qualquer oposição ou obstrução à estância aduaneira em cumprimento das medidas de controle necessárias, bem como a apresentação às autoridades aduaneiras de faturas ou outros documentos falsos.

¹⁶⁰ DOMINGO, Luiz Roberto (coord.). **Tributação aduaneira à luz da jurisprudência do CARF** – Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. São Paulo: APET-MP, 2013. p. 84.

Na legislação brasileira, o Decreto-Lei nº 37/1966 instituiu o imposto de importação e, no art. 94, definiu infração aduaneira como “toda ação ou omissão, voluntária ou involuntária, que importe inobservância, por parte da pessoa natural ou jurídica, de norma estabelecida neste Decreto-Lei, no seu regulamento ou em ato administrativo de caráter normativo destinado a completá-los”.

O Regulamento Aduaneiro (Decreto nº 6.759/2009) reproduz, no art. 675, as penalidades aplicáveis às infrações aduaneiras previstas nas normas legais. Porém, a doutrina brasileira não trata especificamente das infrações aduaneiras, mas de infrações fiscais tributárias.

No entanto, Paulo Coimbra define o ilícito aduaneiro como o “inadimplemento de uma prestação cogente, comissiva ou omissiva, decorrente da lei ou contrato, que enseja a incidência de uma sanção”¹⁶¹.

O regime jurídico tributário-aduaneiro estipula a identificação da infração tributária com a ruptura do vínculo jurídico no qual o ente estatal cobra do sujeito privado determinada prestação tributária oriunda de certa obrigação tributária. Nesse sentido, a obrigação tributária-aduaneira possui normatização na legislação, que estabelece, inclusive, prazo determinado para o cumprimento da obrigação, que, caso descumprida, irá desencadear em uma sanção prevista em lei, devido à violação do bem jurídico tributário protegido: a arrecadação.

Percebe-se, assim, que as penalidades são devidas a partir do descumprimento da disposição legal, de modo que a relação jurídica que se origina depois da violação desse direito é decorrência do ilícito cometido. A infração consolidada na realidade enseja a incidência da norma sancionadora, que se sujeita à autoridade competente para sua aplicação. As infrações aduaneiras, inseridas nesse cenário, ocorrem devido à violação de determinada obrigação aduaneira que acarreta na violação do controle aduaneiro, que será conduta merecedora da sanção prevista na norma.

Podem ser enquadradas como infrações aduaneiras aquelas advindas do descumprimento de prazos e da omissão na apresentação de documento. Produzem resultado imediato e significam conduta de imposição de obstáculos para o exercício da função aduaneira, atitude que pode ser elevada e observada

¹⁶¹ SILVA, Paulo Roberto Coimbra. **Direito tributário sancionador**. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 132.

a nível coletivo, o que demonstra, inclusive, afronta à própria proteção da sociedade e da economia, tendo em vista o papel que a Aduana enfrenta perante o ordenamento jurídico.

As sanções também englobam funções preventivas e didáticas, pois buscam desestimular o descumprimento das obrigações e a consequência já apontada, tendo em vista que ensejam a ordem jurídica-aduaneira. Assim, conclui-se que a imposição e a aplicação das sanções aduaneiras, sujeitas ao regime jurídico aduaneiro e não ao regime tradicional tributário, decorrem do descumprimento de obrigações aduaneiras que fomentam o controle administrativo aduaneiro, de modo que os agentes devem possuir ciência da sua aplicação e a certeza da consolidação do ordenamento aduaneiro fortalecido.

2.2. Natureza jurídica das sanções aduaneiras

Primeiramente, é fundamental a compreensão da natureza das obrigações aduaneiras: que são sempre aduaneiras, mas podem ser integradas pela relação administrativa, tributária, penal. Assim, se a relação for aduaneira-tributária, a obrigação principal figurará no pagamento de tributo ou de multa pecuniária e/ou a obrigação acessória versará sobre a prestação de interesse da arrecadação ou fiscalização dos tributos.

José Lence Carluci defende, inclusive, que “as normas que dispõem sobre matéria aduaneira quando dizem respeito à obrigação tributária constituem Direito Tributário”¹⁶². Claro que, depois da ampla abordagem sobre a autonomia do Direito Aduaneiro, não se restringe à mera aplicação de determinado ramo ao que significa o aduaneiro em si, mas a título exemplificativo tem-se Carluci, que defende as normas aduaneiras que denotam o cumprimento de obrigações tributárias.

Percebe-se que a proposta de Carluci resta prejudicada, também no que diz respeito à natureza das demais obrigações advindas das relações aduaneiras não tributárias, por exemplo:

¹⁶² CARLUCI, 1997. p. 35.

Direito *antidumping*. Multa de ofício. Descabimento. Antecipação de tutela. Natureza jurídica não tributária. Auto de infração anulado. Motivo do ato sem correspondência com o motivo legal.

1. A multa tem caráter estritamente punitivo, objetivando coibir a inadimplência fiscal ou o descumprimento de obrigações tributárias acessórias. Não é cabível a aplicação de penalidade pecuniária pelo descumprimento da obrigação tributária, enquanto o contribuinte agir respaldado por decisão judicial que o autorizou a pagar o tributo de determinada maneira ou a deixar de pagá-lo. 2. O pressuposto que ocasiona a multa não está presente na hipótese vertente, pois a conduta do contribuinte ampara-se justamente na decisão judicial que concedeu a tutela antecipada, não havendo falar em atraso ou inadimplemento no cumprimento da obrigação. 3. Uma vez que as receitas decorrentes da cobrança dos direitos *antidumping* são originárias, resta indubitável que não têm caráter tributário. Por consequência, o regime jurídico dos direitos *antidumping* não se submete às limitações constitucionais ao poder de tributar, nem às normas gerais de direito tributário postas no CTN. Inteligência do parágrafo único do art. 1º e do art. 10 da Lei nº 9.019/1995. 4. Uma vez que o direito *antidumping* provisório não é tributo, inexistente a situação fática abstratamente prevista no *caput* do art. 44 da Lei nº 9.430/1996, aplicável unicamente às obrigações de natureza tributária, principais ou acessórias. O Decreto nº 1.602/1995, que constitui o regramento legal aplicável ao *dumping*, não contém previsão específica autorizando a imposição de multa em razão da ausência de recolhimento do direito *antidumping*, na ocasião em que houve o desembaraço aduaneiro da mercadoria importada. 5. O simples exame do Auto de Infração demonstra a ausência de materialidade do ato administrativo, pois não se está tratando de obrigação tributária que dê causa a crédito tributário. Assim, a Receita Federal não tem direito de exigir o seu pagamento por meio de Auto de Infração, justamente porque o motivo que o embasou inexistente. [...] (TRF – 4ª Região – 1ª Turma, AC nº. 20007000006392-9, Rel. Des. Joel Ilan Paciornik. DJ 27.11.2007).

Assim, Roosevelt Baldomir Sosa propõe a divisão das obrigações aduaneiras em espécies do tipo obrigações aduaneiro-administrativas e obrigações aduaneiro-tributárias¹⁶³.

Outra conceituação falha, visto que todas as obrigações aduaneiras também possuem natureza administrativa, mas que foi consolidada pelo legislador quando definiu a denúncia espontânea em matéria aduaneira. Assim, as obrigações que surgem a partir de uma relação aduaneira-tributária possuem natureza tributária e as obrigações que surgem de uma relação aduaneira não tributária possuem natureza administrativa.

Da ausência do cumprimento das obrigações, decorre, portanto, a infração jurídica, pela qual o Direito mostra sua força por meio da coercibilidade.

¹⁶³ SOSA, Roosevelt Baldomir. **Temas Aduaneiros:** estudos sobre problemas aduaneiros contemporâneos. São Paulo: Aduaneiras, 1999. p. 65.

As infrações aduaneiras são gênero, cujas espécies são: **(i)** infração aduaneiro-tributária; **(ii)** infração aduaneira-não tributária; e **(iii)** infração aduaneira de caráter misto.

O Direito Aduaneiro regula infrações decorrentes do ingresso de bens e pessoas: **(i)** relação jurídicas de cunho formal; **(ii)** relação jurídica de dar; e **(iii)** relação jurídica sancionadora.

A referida infração administrativa significa, conforme Daniel Ferreira, o “comportamento voluntário, violador da norma de conduta que o contempla, que enseja a aplicação, no exercício da função administrativa”¹⁶⁴ de uma sanção da mesma natureza. Assim, não pode se confundir com a infração penal ou até mesmo civil, pois sua apuração é realizada por autoridade e regime jurídico distintos.

A infração administrativa será analisada pela própria autoridade administrativa, conforme regem as regras e os princípios da disciplina e as demais infrações serão analisadas pela autoridade judiciária competente, seja com o auxílio do Direito Penal, Tributário ou Civil.

Ocorre que, perante a jurisprudência, até mesmo a área de Direito Econômico é citada como competente e pertinente para a análise e consequente resolução do caso:

Processual civil e econômico. Direitos *antidumping*. Importação de alhos frescos refrigerados da República Popular da China. Art. 1º, Lei nº 9.019/1995 c/c resolução Camex nº 41/2001. Legalidade. Preliminar de não conhecimento por ausência de preparo superada. Portanto, trata-se, ao que tudo indica, de medida de cunho eminentemente econômico, e não tributário. Neste sentido, o deferimento da tutela ora vindicada, além de irreversível – já que, uma vez liberados, os produtos serão comercializados e, conseqüentemente, consumidos –, teria como resultado exatamente o ingresso de mercadorias a um preço muito abaixo do ofertado pela produção nacional, gerando desequilíbrio de concorrência. Agravo de instrumento desprovido e agravo interno prejudicado.” (TRF 2ª Região – 5ª Turma, AG nº. 20040201014082-8, Rel. Des. Vera Lúcia Lima. **DJ** 29.08.2005).

A distinção entre os referidos e distintos ilícitos não diz respeito ao grau de violação da ordem jurídica, apenas é desvendada pela autoridade, que observará qual a sanção adequada que deve ser aplicada¹⁶⁵. Significa a função

¹⁶⁴ FERREIRA, Daniel. **Sanções administrativas**. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 63.

¹⁶⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 876.

da autoridade que dita tratar-se de infração-sanção administrativa ou de natureza diversa¹⁶⁶.

Já com relação às sanções administrativas são, em sua essência: **(i)** a sanção disciplinar de advertência; **(ii)** a pena de detenção por sonegação fiscal; e a **(iii)** multa por descumprimento do contrato de locação. Suas diferenciações comportam as características concernentes ao regime jurídico a que se submetem, a autoridade competente para sua imposição.

Destarte, conceitua-se sanção administrativa:

[...] a direta e imediata consequência jurídica, restritiva de direitos, de caráter repressivo, a ser imposta no exercício da função administrativa, em virtude da incursão de uma pessoa física ou jurídica num ilícito regularmente sindicável nesse âmbito.

Nesse sentido, para exemplificar a complexidade da definição de conceituação, sabe-se que a determinação da natureza legal dos impostos aduaneiros ocasionou dúvidas, que se dividem nas teses colacionadas a seguir¹⁶⁷:

(1) A multa é de natureza criminosa: visto que seu objetivo é evitar violações de leis aduaneiras ou tributárias, de modo que a penalidade possui função preventiva e, posteriormente, sancionatória para suprimir um ilícito na pessoa do infrator. Assim, essa multa vislumbra objetivos totalmente diferentes da meramente fiscal por descumprimento de determinada obrigação pecuniária.

(2) A multa tem caráter civil ou administrativo: a pena visa à compensação de danos causados pela ação

A definição da natureza jurídica dos direitos aduaneiros e as multas impostas passam por aplicação do Direito Penal, apesar de significarem infrações, e não delitos. Específica sistematização foi alcançada e ganhou autonomia em relação a outros órgãos jurídicos.

Assim, as sanções aduaneiras correspondem à consequência decorrente da ausência de cumprimento da obrigação aduaneira, que é diretamente aplicada ao responsável jurídico. Com base no art. 5º, XXXIX, da

¹⁶⁶ MELLO, Rafael Munhoz de. **Princípios constitucionais de direito administrativo sancionador**: as sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 64.

¹⁶⁷ COTTER, 2013, p. 30.

Constituição Federal, necessária a previsão da sanção para o descumprimento de determinada obrigação:

Assim:

A Constituição da República deixa literalmente assentado que: “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] II – ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei; [...] XXXIX – não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. Com base nisso, sustenta-se que a lei formal (aquela que decorre do processo legislativo) se impõe como instrumento idôneo para veiculação de ilícitos administrativos no regime de sujeição geral – aquele que decorre diretamente da lei (como acontece na senda do trânsito). No regime de sujeição especial, voluntário e que se forma mediante um vínculo particular de sujeição (como o que se propõe em relação a servidores e a contratados do poder público), admite-se a possibilidade de a infração ser (mais bem) prevista objetivamente por meio de ato infralegal, como o regulamento geral (da repartição) e a minuta de contrato. Isso não briga com a legalidade (*lato sensu*) e, ao revés, garante atenção ao princípio da certeza no direito, na medida em que se reclama do poder público que esclareça, com precisão, quais os comportamentos proibidos e obrigatórios, de modo a permitir ao destinatário decidir por (não) amoldar seu comportamento à pretensão normativa. É nesse espaço que surge a figura do regulamento necessário, aquele imprescindível para mitigar a generalidade e abstração da lei.¹⁶⁸

É importante também destacar a viabilidade de aplicação para que o responsável sancionado compreenda a certeza da sua utilização – de modo que “o efeito intimidativo da sanção depende mais da certeza de sua aplicação do que de sua gravidade”¹⁶⁹. Ou seja:

En passant, pode-se afirmar o seguinte: o âmago princípio da certeza no Direito reside na lógica garantia de sua incidência, o que equivale a dizer que por conta do cometimento de uma infração o sujeito-infrator (ou o responsável) “deverá ser” sancionado, numa implicação lógico-jurídica, de dever-ser. O princípio da segurança jurídica, de sua parte, assume dupla feição. A primeira, similarmente à certeza do Direito, implica no reconhecimento de que a imposição jurídico-material da sanção como resposta ao ilícito não é apenas um juízo de probabilidade, de modo que é o justo receio disso que convence os destinatários da norma a atenderem seus comandos. A segunda (certeza no Direito) quer referir à necessidade de o direito fazer-se compreender pelo destinatário da norma. Ou, como dito por J. J. Gomes Canotilho, o princípio da precisão ou determinabilidade dos atos normativos exige a “conformação material e formal dos atos

¹⁶⁸ FERREIRA, 2001, p. 98-102

¹⁶⁹ MACHADO, Hugo de Brito. **Estudos de Direito Penal Tributário**. São Paulo: Atlas, 2002. p. 93.

normativos em termos linguisticamente claros, compreensíveis e não contraditórios.¹⁷⁰

As sanções serão aplicadas por reposição da situação descrita pela norma ou por reparação do dano consolidado, e suas espécies são: **(i)** sanção restritiva de patrimônio econômico: perdimento do veículo, perdimento da mercadoria e perdimento da moeda; **(ii)** sanção patrimonial: multa; **(iii)** sanção restritiva de atividade: sanção administrativa de suspensão, sanção administrativa de cassação/cancelamento; **(iv)** sanção restritiva de patrimônio moral: sanção administrativa de advertência.

No que diz respeito aos ramos originários das sanções, Luciano Amaro afirma que o Direito Tributário Penal é:

O setor do Direito Tributário que comina sanções não criminais para determinadas condutas ilegais. Tratar-se-ia, nesses casos, das chamadas “infrações administrativas”, ou “ilícitos administrativos”, castigados com a aplicação de “sanções administrativas”, aplicadas pelas autoridades administrativas, mediante procedimento administrativo. [...] É que, em rigor, o que se opõe às infrações e às sanções criminais são as infrações e as sanções administrativas, pois, enquanto aquelas são previstas no Direito Penal, aplicadas pelos juízes criminais, segundo o específico processo penal, estas outras são previstas em leis afetas à administração, aplicadas por autoridades administrativas, mediante procedimento administrativo.¹⁷¹

Portanto, as sanções aplicadas no Direito Aduaneiro são por força da atividade da Administração Pública, possuindo, assim, natureza administrativa.

Analisadas as diferenças entre infração e sanção, tem-se que o ramo do Direito Aduaneiro possui a natureza jurídica das sanções aduaneiras residentes no instituto da infração, tendo em vista que depreendem da observância do Direito Administrativo, sendo que são aplicadas pelas autoridades administrativas mediante a égide dessa disciplina, o que converge também com a conceituação já estipulada para a análise do presente trabalho, apesar de possuir determinada autonomia, esse ramo do Direito utiliza os instrumentos de outras áreas para se consolidar, como ocorre, nesse caso, com o instituto das infrações administrativas que delimitam as sanções aduaneiras.

¹⁷⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998. p. 250.

¹⁷¹ AMARO, Luciano. **Direito Tributário Brasileiro**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 437.

2.3. Multas na importação

O Regulamento Aduaneiro (Decreto nº 6.759/2009) define, no art. 675, que são infrações aduaneiras: **(i)** o perdimento do veículo; **(ii)** o perdimento da mercadoria; **(iii)** o perdimento de moeda; **(iv)** a multa; e **(v)** a sanção administrativa.

A infração aduaneira pode se dividir em duas naturezas: infração tributário-aduaneira – relacionada à falta de pagamento de determinado tributo – e infração administrativo-aduaneira – violação do regime jurídico –, como a pena de perdimento de mercadorias e a multa pela importação de mercadoria sem licença.

Considerando o art. 237 da Constituição Federal, que dispõe que “a fiscalização e o controle sobre o comércio exterior, essenciais à defesa dos interesses fazendários nacionais, serão exercidos pelo Ministério da Fazenda”, esse órgão, portanto, permite o controle de entrada e saída de mercadorias no país. Controle que busca impedir condutas que lesionem os direitos individuais e coletivos das pessoas residentes ali.

Para a compreensão do instituto das multas na importação, são necessárias algumas ponderações. Primeiramente, deve-se entender que a multa tributária pode ser denominada como uma sanção, devido ao não cumprimento de determinada obrigação de natureza tributária. Seu objetivo é sancionar e punir essa conduta por meio do Fisco.

Cabe ressaltar que é apenas cabível a aplicação de multa conforme o princípio da legalidade, de modo que o art. 5º, II e XXXIX, da Constituição Federal explicita a necessidade da fixação por meio de lei dos deveres. As obrigações tributárias aplicam sanções não somente para quem não paga os tributos, mas também para aqueles que pagam incorretamente e os não cumprem com deveres instrumentais, como emitir notas fiscais e prestar declarações.

Mais especificamente, as multas incidentes no advento da importação são oriundas de determinação legislativa para situações nas quais o importador

descumpra seus deveres, de modo que o auditor-fiscal a aplica, de ofício, baseado no Regulamento Aduaneiro e nas respectivas leis.

Não se pode confundir o instituto da multa com tributo, visto que aquele é a sanção decorrente de um ato ilícito. Nesse sentido, sobre Distinção jurídica entre multa e tributo¹⁷²:

A confusão em torno dos conceitos de multa e tributo se dá, principalmente, em razão de que ambos se constituem de prestações pecuniárias compulsórias; são instituídos em lei; são cobrados administrativamente; e pela expressão crédito tributário ser composta tanto pelo tributo quanto pela multa aplicada ao ilícito tributário. A diferença se faz no fato que produz o direito, uma vez que tributo tem como pressuposto a realização de um fato lícito, conforme expressa disposição constante no art. 3º do Código Tributário Nacional, e multa tributária tem por causa a realização de um fato ilícito, o descumprimento de um dever legal.

Diante dessa diferenciação, Ricardo Corrêa Dalla¹⁷³ contribui com a ênfase na distinção da natureza jurídica entre ambos, já que a sanção é o “elemento coercitivo do consequente, da relação jurídica, não do antecedente, e no caso do chamado tributo proibitivo percebe-se a referida distinção, cuja finalidade, a princípio, não é render, mas desestimular o consumo”. Ou seja, a multa tributária é o resultado da hipótese de incidência do tributo e o seu normativo que obriga o seu pagamento.

Apesar da omissão normativa com relação aos tipos de multa, a doutrina aborda: **(i)** multas fiscais (descumprimento de obrigação tributária); **(ii)** multas administrativas (descumprimento de obrigação administrativa); **(iii)** multas indenizatórias (lesão ao erário); **(iv)** multas punitivas (sanção administrativa ou penal); **(v)** multas pecuniárias (pagamento em dinheiro); **(vi)** multas não pecuniárias (não exige dinheiro); **(vii)** multas moratórias (inadimplência); e **(viii)** juros de mora (decorrência da inadimplência).

Tanto as sanções administrativas quanto as tributárias utilizam os mesmos valores, as administrativas para impor determinada multa e as tributárias para compor a base de cálculo para apuração de tributos aduaneiros

¹⁷² Cf. BÜNDCHEN, Somaia Gasel. **A natureza jurídica das multas tributárias**. Instituto Brasileiro de Estudos Tributários – IBET. Brasília, 2009. Disponível em: <<http://www.ibet.com.br/wp-content/uploads/2017/01/Somaia-Gasel-Khodr-B%C3%BCndchen-A-natureza-jur%C3%ADdica-das-multas-tribut%C3%A1rias.pdf>>. Acesso em: 15 out. 2017.

¹⁷³ DALLA, Ricardo Corrêa. **Multas tributárias: natureza jurídica, sistematização e princípios aplicáveis**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 32.

e suas respectivas multas, entretanto, ambas não se confundem, conforme entendimento do próprio Superior Tribunal de Justiça na aplicação dos arts. 138 e 139 do Decreto-Lei nº 37/1966, que dispõem sobre o prazo para a imposição de sanções pela autoridade competente, como pode ser extraído do julgado colacionado a seguir:

Administrativo e processual civil. Ausência de prequestionamento. Súmula 282/STF. Violação ao art. 535, II, do CPC. Inexistência. Legislação aduaneira. Imposição de penalidade. Perdimento dos bens. Exportação clandestina. Prazo decadencial. Cinco anos.

1. A ausência de debate, na instância recorrida, sobre os dispositivos legais cuja violação se alega no recurso especial atrai, por analogia, a incidência da Súmula 282 do STF.
2. Não viola o artigo 535 do CPC, nem importa em negativa de prestação jurisdicional o acórdão que adota fundamentação suficiente para decidir de modo integral a controvérsia posta. Precedentes: EDcl no AgRg no EREsp 254949/SP, Terceira Seção, Min. Gilson Dipp, **DJ** 08.06.2005; EDcl no MS 9.213/DF, Primeira Seção, Min. Teori Albino Zavascki, **DJ** 21.02.2005; EDcl no AgRg no CC 26808/RJ, Segunda Seção, Min. Castro Filho, **DJ** 10.06.2002.
3. Nos termos dos artigos 138 e 139 do Decreto-lei nº 37/1966, é de cinco anos o prazo decadencial para a imposição das penalidades nele previstas.
4. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, desprovido. (RESP nº 643.185 – SC 2004/0031115-1. Rel. Min. Teori Albino Zavascki).

Conforme o caso, a sanção aduaneiro-administrativa aplica-se mediante a contagem do prazo decadencial com relação ao lançamento, segundo o art. 139 do Decreto-Lei nº 37/1966: cinco anos contados a partir da data da infração, o mesmo do art. 1º do Decreto-Lei nº 20.910/1932, que aborda a cobrança das dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios, é o mesmo entendimento do Superior Tribunal de Justiça, conforme o Parecer PGFN/CRJ nº 506/2010 da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional. Ainda, o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais tem adotado a postura de afastar a aplicação das normas do Código Tributário Nacional para as multas aduaneiras de natureza administrativa, para manter o que dispõe o Decreto-Lei nº 37/1966, conforme seus acórdãos¹⁷⁴ 3202-001.475 e 3202-001.588.

A multa será imposta por autoridade determinada em lei. Por exemplo, no caso de multas decorrentes de importação, é a autoridade aduaneira que

¹⁷⁴ Disponível em: <<http://idg.carf.fazenda.gov.br/jurisprudencia/acordaos-carf-1>>.

possui essa prerrogativa, por meio do auditor-fiscal da jurisdição competente, cuja função seja fiscalizadora, conforme estabelece o art. 15 do Regulamento Aduaneiro:

Art. 15. O exercício da administração aduaneira compreende a fiscalização e o controle sobre o comércio exterior, essenciais à defesa dos interesses fazendários nacionais, em todo o território aduaneiro (Constituição, art. 237).

Parágrafo único. As atividades de fiscalização de tributos incidentes sobre as operações de comércio exterior serão supervisionadas e executadas por Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil (Lei nº 5.172, de 1966, arts. 142, 194 e 196; Lei nº 4.502, de 1964, art. 93; Lei nº 10.593, de 6 de dezembro de 2002, art. 6º, com a redação dada pela Lei nº 11.457, de 16 de março de 2007, art. 9º). (Incluído pelo Decreto nº 7.213, de 2010).

A autoridade administrativa também é competente para constituir o crédito tributário pelo lançamento, conforme a ocorrência do fato gerador da obrigação e o seu respectivo tributo, conforme dispõe o Código Tributário Nacional, em seu art. 142.

A partir desse ponto, adentra-se especificamente no instituto das multas na importação, apresentando a extensa legislação aduaneira no arrolamento de hipóteses de incidência. Assim, o Regulamento Aduaneiro estabelece, no art. 702, as hipóteses de aplicação de multa, proporcionais ao valor do imposto incidente sobre a importação da mercadoria ou o que incidiria se não houvesse isenção ou redução, com percentuais que variam de 100% a 10%, a depender da conduta praticada.

Já o art. 703-A aplica a multa de 100% sobre a diferença de preço das mercadorias submetidas a despacho ou desembaraçadas ao amparo do regime (art. 102-A) nas hipóteses que especifica. O art. 704 dispõe que será aplicada multa igual ao valor comercial da mercadoria aos que entregarem a consumo ou consumirem mercadoria de procedência estrangeira introduzida clandestinamente ou irregularmente no Brasil, sem registro da declaração da importação, Guia de Licitação ou nota fiscal. Já o art. 704-A complementa com percentuais de 100% a 50% para mercadorias submetidas ao regime do art. 102-A.

O art. 705 determina a aplicação de multa em 50% no caso de utilização de bem admitido no reperto de modo diverso ao qual se destinada, bem como o

art. 706 estabelece multas de 30% a 10% na ocorrência de determinadas hipóteses de infração administrativa quando da importação, de modo que os arts. 707 e 708 estabelecem algumas regras a essa aplicação.

Segundo o art. 709, há multa de 10% quando descumpridas condições para aplicação do regime aduaneiro especial de admissão temporária ou de admissão temporária para aperfeiçoamento ativo, e o art. 710 define multa de 5% no caso de descumprimento de obrigação com relação aos documentos obrigatórios, de modo que os arts. 710-A e 711 estabelecem parâmetros percentuais para tal. A multa será de 1% no caso estabelecido no art. 712, ou seja, quando houver relevação da pena de perdimento.

O art. 713 aduz as infrações relativas à bagagem de viajante e suas respectivas multas, que podem variar de 200% a 50%. Enquanto o art. 714 aplica multa em caso de importação de mercadoria que atente à moral e aos bons costumes, saúde ou ordem pública, o art. 715 estabelece multa para apresentação de fatura comercial em desacordo e o art. 716 para produtos apreendidos. O art. 717, ainda, aborda a questão do recolhimento de direitos *antidumping* ou compensatórios.

Como se não bastasse esse rol extensamente taxativo, pode-se encontrar, do art. 725 ao art. 731, as multas decorrentes de importação e exportação, tratadas de maneira conjunta. Nesse sentido, para facilitar a visualização do panorama geral das infrações e as suas respectivas penalidades e possibilidades de redução, pode-se analisar o Quadro Resumo de Multas na Importação organizado pela Receita Federal (ANEXO A)¹⁷⁵.

No tema sobre as multas, devem-se ressaltar as discussões do âmbito administrativo federal, sobre o cabimento da multa qualificada federal de 150%, prevista no art. 44 da Lei nº 9.430/1996. Em virtude dessa situação, na busca pela consolidação jurisprudencial, o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais do Ministério da Fazenda editou a Súmula nº 14, que aduz que a “simples apuração de omissão de receita ou de rendimentos, por si só, não autoriza a qualificação da multa de ofício, sendo necessária a comprovação do evidente intuito de fraude do sujeito passivo”¹⁷⁶, ou seja, a comprovação do dolo.

¹⁷⁵ Disponível em: <<http://idg.receita.fazenda.gov.br/orientacao/aduaneira/manuais/despachode-importacao/topicos-1/infracoes-e-penalidades/multas-na-importacao/quadro-resumo>>.

¹⁷⁶ Disponível em: <<http://carf.fazenda.gov.br/sincon/public/pages/Sumulas/listarSumulas.jsf>>.

A multa qualificada advém da multa comum fundamentada também nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/1964, quanto à sonegação, fraude ou conluio. A sonegação refere-se ao ato que se pratica ou se deixa de praticar para obstaculizar a atuação do Fisco sobre a obrigação tributária em questão e apenas pode ser caracterizada depois da conclusão do fato gerador, visto que “não é possível cometer sonegação sem, antes, realizar o fato gerador do tributo”¹⁷⁷. Já a fraude fiscal é estabelecida no art. 72 da Lei nº 4.502/1964:

Art. 72. Fraude é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, ou a excluir ou modificar as suas características essenciais, de modo a reduzir o montante do imposto devido a evitar ou diferir o seu pagamento.

Assim, sob uma ótica constitucional, é possível afirmar que essa hipótese aborda a questão da promoção da falsidade no registro ou na formalização dos documentos, ou seja, o que comprometeria o acesso à informação pelo Fisco por meio da maquiagem realizada. Não se pode considerar uma mera omissão, já que o contribuinte mentiu sobre a inexistência do fato gerador ou de sua modificação.

Entretanto, a não ser que a prática seja comparada à elusão fiscal, instituto autônomo e passível de punição, pois presente o dolo, de modo que “tal situação seria verificada quando o agente oculta, dolosamente, a verdadeira situação de fato, relevante para fins penais”¹⁷⁸, não se vê necessidade da contemplação da disposição desse dispositivo. Contudo, ainda assim, é importante destacar a dificuldade de identificação do dolo na conduta, porque deve ser demonstrada a maquiagem realizada pelo contribuinte e a sua realidade anterior, juntamente com a identificação da intenção de dolo.

O conluio que encontra previsão no art. 73 da mesma lei, significa a prática, juntamente com outra pessoa, das condutas referidas nos arts. 71 e 72. Entende-se, portanto, que é essencial a presença do dolo para a aplicação da multa qualificada de 150%.

¹⁷⁷ NOGUEIRA, Ruy Barbosa. **Curso de Direito Tributário**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 201.

¹⁷⁸ ROTHMANN, Gerd. Willi. Afinal, o planejamento tributário pode ser criminoso? In: PRETO, Raquel Elita Alves (coord.). **Tributação brasileira em evolução**: estudos em homenagem ao Professor Alcides Jorge Costa. São Paulo: IASP, 2016. p. 697.

Adere-se à conceituação de Bitencourt e Conde com relação ao dolo como “consciência e vontade que conduz a linha de raciocínio do indivíduo que realiza a conduta descrita no tipo penal”¹⁷⁹, bem como o que estipula o art. 18, I, do Código Penal, que dispõe como doloso quando o agente quer o resultado ou assume o respectivo risco. Sabe-se que não basta examinar apenas “se o resultado buscado e atingido está tipificado”¹⁸⁰, mas também se o agente agiu “consciente e voluntariamente para atingir o objetivo legalmente tipificado como crime, e que tem pleno conhecimento de que existe uma relação de causa e efeito entre a sua conduta e o resultado objetivado”¹⁸¹.

Isso abre uma brecha imensa para as atitudes pensadas como exercício regular do direito, quando realizado de modo imprudente. Além disso, o problema anteriormente referido com relação à comprovação da vontade do agente, visto que reside apenas em seu interior de modo que, nem mesmo sua confissão é suficiente para demonstração de dolo¹⁸².

Nesse sentido, a Súmula nº 14 do CARF, anteriormente mencionada, exige a comprovação do evidente intuito de fraude do sujeito passivo encontre-se gravemente prejudicada, visto que não pode ser comprovado esse intuito, pois a vontade, como referida anteriormente, só poderá começar a ser comprovada quando “na medida em que se torne reconhecível no ambiente social, quer por declarações quer por comportamentos, ela passa a ser um fato social, suscetível de interpretação e valoração”¹⁸³.

Frustrado todo o entendimento do dolo, devido à sua aplicação pelas autoridades, agrava-se a aplicação da multa qualificada pelos auditores da Receita Federal do Brasil, sob a alegação de que as provas caracterizam os crimes de sonegação, fraude ou conluio. Considerando que essa autoridade deve realizar o lançamento tributário mediante uma avaliação valorativa de dolo, questiona-se se este teria capacidade de avaliar os aspectos subjetivos do

¹⁷⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto; CONDE, Francisco Muñoz. **Teoria geral do delito**. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 149.

¹⁸⁰ GRECO, Marco Aurélio. Multa agravada e em duplicidade. **Revista Dialética do Direito Tributário**. n. 76. São Paulo: Dialética, jan. 2002. p. 156.

¹⁸¹ BIANCO, João Francisco. Sonegação, fraude e conluio como hipótese de agravamento da multa na legislação tributária federal. **Revista Dialética do Direito Tributário**. n. 133. São Paulo: Dialética, out. 2006. p. 38.

¹⁸² RIBAS, Lídia Maria Lopes Rodrigues. **Direito penal tributário – questões relevantes**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 48.

¹⁸³ BETTI, Emilio. **Teoria geral do negócio jurídico**. Coimbra: Editora Coimbra, 1969. p. 375.

sujeito passivo da obrigação tributária, o que poderia ser tema para outro trabalho, devido à sua complexidade, de modo que, por ora, intentamos apenas no levantamento da reflexão.

2.3.1 Redução das multas

As multas aduaneiras podem ser recolhidas mediante redução, conforme os arts. 732 a 734 do Regulamento Aduaneiro. Ainda, cabe ressaltar que o Ato Declaratório Interpretativo do Secretário da Receita Federal nº 18/2002¹⁸⁴, dispõe que:

Art. 1º Aplica-se a redução prevista no art. 6º da Lei nº 8.218/1991, às multas de lançamento de ofício decorrentes de infrações relativas aos impostos de importação e de exportação, inclusive às formalizadas no curso do despacho aduaneiro ou por ocasião da revisão aduaneira, às multas administrativas ao controle das importações e às multas expressas em valor mínimo, exceto nas hipóteses em que a Lei instituidora da multa dispuser de forma contrária.

Art. 2º Não estão abrangidas pela redução de que trata o art. 1º as multas cobradas em virtude de conversão ou de relevação da pena de perdimento.

Ainda, o § 3º do art. 6º da Lei nº 8.218/1991 determina que a redução também se aplica às penalidades aplicadas de maneira isolada. O art. 732 do Regulamento Aduaneiro dispõe sobre a redução de 50% da multa ao contribuinte que efetuar o pagamento do débito no prazo de impugnação, citando o art. 6º da Lei nº 8.218¹⁸⁵ e o art. 44 da Lei nº 9.430¹⁸⁶.

¹⁸⁴ Informação extraída e disponível em: <http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/imprimir.action?visao=original&idAto=5672>

¹⁸⁵ “Art. 6º. Ao sujeito passivo que, notificado, efetuar o pagamento, a compensação ou o parcelamento dos tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, inclusive das contribuições sociais previstas nas alíneas a, b e c do parágrafo único do art. 11 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, das contribuições instituídas a título de substituição e das contribuições devidas a terceiros, assim entendidas outras entidades e fundos, será concedido redução da multa de lançamento de ofício nos seguintes percentuais: (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009) (Vide Decreto nº 7.212, de 2010)

I – 50% (cinquenta por cento), se for efetuado o pagamento ou a compensação no prazo de 30 (trinta) dias, contado da data em que o sujeito passivo foi notificado do lançamento; (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009) [...]”

¹⁸⁶ “Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas: (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007) [...] § 3º Aplicam-se às multas de que trata este artigo as

Já o art. 733 determina a redução de 45% e 20% caso o contribuinte seja notificado e queira realizar o parcelamento do débito, dentro do prazo de impugnação (Lei nº 8.383, de 1991, art. 60, *caput*, e Lei nº 9.430, de 1996, art. 44, § 3º). O art. 734 estipula a inaplicabilidade da redução para determinados casos: I – multas referidas nos arts. 689, § 1º, 698, 703, 704, 709, 710, 711, 712, 714, 715, 724, 728 e 731 (Lei nº 10.833/2003, art. 81); II – outras hipóteses de conversão da pena de perdimento em multa equivalente ao valor aduaneiro da mercadoria; III – outras hipóteses de relevação da pena de perdimento mediante aplicação de multa; IV – lançamento de ofício da multa de mora; e V – outras hipóteses de não redução previstas em lei.

Ainda que não expressa em lei, há a possibilidade de redução de multas confiscatórias por parte do Judiciário, de maneira proporcional:

ICM. Redução de multa de feição confiscatória. Tem o STF admitido a redução de multa moratória imposta com base na lei, quando assume ela, pelo seu montante desproporcionado, feição confiscatória. Dissídio de jurisprudência não demonstrado. RE não conhecido. (RE 91.707-MG, Rel. Min. Moreira Alves, Ac. Unânime da 2ª Turma – RTJ 96/1354).

Multa fiscal. Pode o Judiciário, atendendo às circunstâncias do caso concreto, reduzir multa excessiva aplicada pelo Fisco. (RE 82.510-SP, Ac. Unânime da 2ª Turma, Rel. Min. Leitão de Abreu – RTJ 37/296-97).

2.3.2 *Caráter confiscatório*

Com relação à aplicação da multa qualificada, sabe-se que esta deve se atentar ao confisco. A Constituição, em seu art. 150, IV, proíbe o uso de tributos com efeito de confisco. O imposto de caráter confiscatório capta grande parte do valor da propriedade ou da renda, de modo que o confisco se caracteriza quando a alíquota efetiva resulta mais de 50% do seu valor econômico líquido ao Fisco.

Essa penalidade de 150% sobre a totalidade ou diferença do tributo que não é recolhido/declarado ou é declarado erroneamente, conforme previsão da

reduções previstas no art. 6º da Lei nº 8.218, de 29 de agosto de 1991, e no art. 60 da Lei nº 8.383, de 30 de dezembro de 1991. (Vide Decreto nº 7.212, de 2010) [...]"

penalidade no art. 44 da Lei nº 9.430/1996. Assim, essa multa, caso aplicada sobre infração cometida que resulte nesses patamares inconstitucionais, tem seu lançamento tributário sem conformidade com a Carta Magna, como vemos na jurisprudência colacionada:

Ação Direta de Inconstitucionalidade – Lei nº 8.846/1994 editada pela União Federal – A tributação confiscatória é vedada pela Constituição da República. É cabível, em sede de controle normativo abstrato, a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal examinar se determinado tributo ofende, ou não, o princípio constitucional da não confiscatoriedade consagrado no art. 150, IV, da Constituição da República. Hipótese que versa o exame de diploma legislativo (Lei 8.846/1994, art. 3º e seu parágrafo único) que instituiu multa fiscal de 300% (trezentos por cento). A proibição constitucional do confisco em matéria tributária – ainda que se trate de multa fiscal resultante do inadimplemento, pelo contribuinte, de suas obrigações tributárias – nada mais representa senão a interdição, pela Carta Política, de qualquer pretensão governamental que possa conduzir, no campo da fiscalidade, à injusta apropriação estatal, no todo ou em parte, do patrimônio ou dos rendimentos dos contribuintes, comprometendo-lhes, pela insuportabilidade da carga tributária, o exercício do direito a uma existência digna, ou a prática de atividade profissional lícita ou, ainda, a regular satisfação de suas necessidades vitais básicas. O Poder Público, especialmente em sede de tributação (mesmo tratando-se da definição do *quantum* pertinente ao valor das multas fiscais), não pode agir imoderadamente, pois a atividade governamental acha-se essencialmente condicionada pelo princípio da razoabilidade que se qualifica como verdadeiro parâmetro de aferição da constitucionalidade material dos atos estatais. (STF – ADI-MC 1075/DF – DJ 24.11.2006. p. 00059).

É também importante ressaltar o movimento judicial ocorrido no caso concreto que originou o RE 736.090, no qual um Posto de Combustível de Blumenau (SC) recorreu da decisão da 1ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, que admitiu a aplicação da multa de 150% sob o fundamento de que a punição tem previsão legal quando comprovado o conluio entre empresas. Caminhado o processo, houve a manifestação do Ministro Luiz Fux, na ADI 1.075-MC, em oportunidade de análise do Recurso Extraordinário do caso, a seguir colacionado:

Recurso extraordinário. Tributário. Multa fiscal qualificada. Sonegação, fraude e conluio. 150% sobre a totalidade ou diferença do imposto ou contribuição não paga, não recolhida, não declarada ou declarada de forma inexata (atual § 1º C/C o inciso I do caput do artigo 44 da Lei Federal nº 9.430/1996). Vedação ao efeito confiscatório. Matéria constitucional. Questão relevante dos pontos de vista econômico e jurídico. Transcendência de interesses. Existência de repercussão geral. 1. Os limites da multa

fiscal qualificada em razão de sonegação, fraude ou conluio, tendo em vista o disposto no artigo 150, IV, da Constituição Federal, que veda o efeito confiscatório na seara tributária, é tema controvertido que revela inequívoca repercussão geral. 2. Relevância da matéria e transcendência de interesses. Manifestação pela existência de repercussão geral da questão constitucional. (ADI 1.075-MC, Rel. Min. Celso de Mello, Plenário, **DJ** 24.11.2006).

Foi analisada a razoabilidade da multa fiscal qualificada em razão de sonegação, fraude ou conluio, no percentual de 150% sobre a totalidade ou diferença do imposto ou contribuição não paga, não recolhida, não declarada ou declarada de forma inexata (atual § 1º c/c o inciso I do *caput* do art. 44 da Lei nº 9.430/1996), tendo em vista a vedação constitucional ao efeito confiscatório tributário. Assim, o Ministro apontou a jurisprudência sobre o tema:

Tributário – Multa – Valor superior ao do tributo – Confisco – Artigo 150, inciso IV, da Carta da República. Surge inconstitucional multa cujo valor é superior ao do tributo devido. Precedentes: Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 551/RJ – Pleno, relator ministro Ilmar Galvão – e Recurso Extraordinário nº 582.461/SP – Pleno, relator ministro Gilmar Mendes, Repercussão Geral. (RE 833.106, Rel. Min. Marco Aurélio, 1ª Turma, **DJe** 12.12.2014).

Essa questão foi debatida no julgamento do AgRg no RE 833.106/GO, que expôs, por meio do seu relator, o Ministro Marco Aurélio, a limitação do percentual de 100% da multa imposta que deveria ser imposta a uma empresa goiana, de modo que o STF, portanto, estipulou o limite da multa para que não fosse violado o princípio do não confisco. Considerando a ausência de definição constitucional sobre o confisco no âmbito tributário, os tribunais deveriam analisar os excessos praticados pelo Fisco, de maneira que podem pleitear reduções consideráveis, sendo relevante o tema.

A carga tributária deve poder ser suportada para que haja o exercício da existência digna, seja por meio da prática de atividade lícita ou da regular satisfação de necessidades básicas. Nesse sentido,

[...] nem mesmo a sanção, com finalidade diferente da do tributo, buscando reprimir e ensinar a conduta juridicamente correta, pode ser usada para retirar todos os bens do contribuinte ou inviabilizar o exercício de atividade econômica. A capacidade contributiva e o não confisco estabelecem um limite para a carga tributária, entendida esta como todas as obrigações tributárias (principais, acessórias e sancionatórias) que se contextualizam na esfera das exações. Proíbem exageros, e desse modo têm conexão direta com a ideia maior de

razoabilidade. Ao fazer incidir uma sanção, por mais grave que seja a conduta infracional, o Fisco não pode ser irrazoável. Isso posto, capacidade contributiva e não confisco não podem ser lidos sem a consideração da proporcionalidade tributária.¹⁸⁷

Nesse sentido, a multa, enquanto obrigação tributária, é acessória e, nessa condição, não pode ultrapassar o principal (STF, RE 81.550, **RTJ** 74/319), de modo que o caráter confiscatório é inconstitucional. Assim, cita-se a decisão do Juiz Guilherme de Souza Nucci, da 9ª Vara da Fazenda Pública de São Paulo, nos autos nº 596.053.01.009930-3:

O Poder Legislativo não pode criar leis que firam os princípios gerais de direito e também os princípios implícitos na Constituição Federal da razoabilidade e da proporcionalidade. Do mesmo modo que não se deve admitir, somente porque existe lei, penas excessivas na esfera do Direito Penal – doutrina pacífica atualmente; da mesma maneira que não se pode aceitar a fixação de tributos de caráter confiscatório, que agridam o princípio da capacidade contributiva, porque abusivos e desproporcionais – pacífico na doutrina igualmente; enfim, se em qualquer ramo do direito não se pode acolher, passivamente, que o Estado legisle ferindo preceitos básicos do sistema de equilíbrio entre o seu poder e os direitos e garantias individuais, com maior razão, no contexto do direito administrativo o mesmo não pode se dar. A multa cobrada é nitidamente desproporcional à infração cometida e fere a capacidade de pagamento do autor [...]. Por isso, vemos sentido em cancelar a aplicação da multa, considerando inconstitucional a lei que fixa seu valor, por desrespeitar os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Assim, considerado o caráter confiscatório inconstitucional:

O alcance do preceito constitucional que veda o confisco é também extensivo às penalidades, pois sendo desdobramento da garantia do direito de propriedade (art. 5º, XXII, e art. 170, II) proíbe o confisco ao estabelecer prévia e justa indenização, nos casos em que autoriza a desapropriação, não poderia ficar de fora do alcance dessa proteção constitucional a imposição de multas confiscatórias.¹⁸⁸

Portanto, o valor das multas aplicadas deve ser proporcional à obrigação tributária, sob pena de destruição da fonte do tributo: o contribuinte¹⁸⁹, de modo

¹⁸⁷ HARET, Florence. Princípios (e interpretações) aplicáveis às sanções tributárias: análise das imposições de ordem constitucional e da exegese mais recente da jurisprudência em matéria de ilícitos tributários. **Revista tributária das Américas**, v. 9, jan. 2014. p. 11-12.

¹⁸⁸ MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Direitos Fundamentais do Contribuinte**. São Paulo: RT, 2000.

¹⁸⁹ RODRIGUES, Marilene Talarico Martins. **Direitos Fundamentais do Contribuinte**. São Paulo: RT, 2000. p. 338.

que “o Supremo Tribunal Federal tem entendido que, sequer nos casos de fraude inequívoca, em que as medidas punitivas são mais rigorosas em face do dolo comprovado, poderão subsistir penalidades confiscatórias, tendo na ADIN 551-RJ, concedido medida liminar”¹⁹⁰, conforme se observa:

Ação Direta de Inconstitucionalidade. §§ 2.º e 3.º do art. 57 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição do Estado do Rio de Janeiro. Fixação de valores mínimos para multas pelo não recolhimento e sonegação de tributos estaduais. Violação ao inciso IV do art. 150 da Carta da República. A desproporção entre o desrespeito à norma tributária e sua consequência jurídica, a multa, evidencia o caráter confiscatório desta, atentando contra o patrimônio do contribuinte, em contrariedade ao mencionado dispositivo do texto constitucional federal. Ação julgada procedente. (STF – ADI 551/RJ – DJ 14.02.2003. p. 00058).

Desse modo, certo de que a fixação de multas não pode ultrapassar a capacidade contributiva do sujeito passivo, respeitando a razoabilidade e a proporcionalidade, visto que “confiscatório é o imposto que, por assim dizer, ‘esgota’ a riqueza tributável das pessoas, isto é, que passa ao largo de suas capacidades contributivas, impondo-lhes ônus que vão além do que se entende por razoável”¹⁹¹. Assim é que se orienta o princípio do não confisco:

O princípio da não confiscatoriedade (ou do não confisco), insculpido no art. 150, IV, da CF (pelo qual é vedado “utilizar tributo com efeito de confisco”), proíbe usurpar, simulando tributar, o patrimônio do contribuinte. Assim, as leis tributárias não podem compelir os contribuintes a colaborar além da monta com os gastos públicos. Entremeia-se com os princípios da igualdade e da capacidade contributiva e, nessa medida, define, tanto quanto estes, garantia fundamental, que, além de ter eficácia plena e aplicabilidade imediata (cf. art. 5º, § 1º, da CF), pertence ao núcleo imodificável da Carta Magna (cf. art. 60, § 4º, IV, da CF). De fato, especialmente as leis que criam impostos devem levar em conta as forças econômicas dos contribuintes, não podendo, assim, compeli-los a colaborar com os gastos públicos além de suas possibilidades.¹⁹²

Ao mesmo tempo em que o Estado deve ter limitações para que não aplique multa de caráter confiscatório, não há conceito definido do que seria o confisco, o que o sujeita a “alto grau de subjetividade e varia muito de acordo

¹⁹⁰ RODRIGUES, 2000, p. 338.

¹⁹¹ CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de direito constitucional tributário**. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 112-113.

¹⁹² Ibid. p. 113.

com as concepções político-filosóficas do intérprete¹⁹³, mas se conclui que a melhor interpretação considera os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade:

O princípio da vedação ao efeito confiscatório também poderia ser denominado de princípio da razoabilidade ou proporcionalidade da carga tributária. A ideia subjacente é que o legislador, ao se utilizar do poder de tributar que a Constituição lhe confere, deve fazê-lo de forma razoável e moderada, sem que a tributação tenha por efeito impedir o exercício de atividades lícitas pelo contribuinte, dificultar o suprimento de suas necessidades vitais básicas ou comprometer seu direito a uma existência digna.

Assim, o Poder Público não pode agir de maneira desmedida, pois deve seguir o princípio da razoabilidade como parâmetro de verificação da constitucionalidade material. Nesse sentido, entende-se a razoabilidade a partir da seguinte ótica:

O razoável é conforme a razão, racional. Apresenta moderação, lógica, aceitação, sensatez. A razão enseja conhecer e julgar. Expõe o bom senso, a justiça, o equilíbrio. Promove a explicação, isto é, a conexão entre um efeito e uma causa. É contraposto ao capricho, à arbitrariedade. Tem a ver com a prudência, com as virtudes morais, com o senso comum, com valores superiores propugnado em data comunidade.¹⁹⁴

Ainda, cabe ao STF a observância do princípio da segurança jurídica, devido à necessidade de concretização da norma constitucional que veda o confisco tributário e determina demarcações para a incidência do efeito confiscatório na aplicação de multas fiscais qualificadas. Assim:

O princípio de segurança jurídica é um elemento essencial, como a justiça (*Gerechtigkeit*), do princípio do Estado de Direito e tem, por conseguinte, como todos os elementos estruturadores da noção de Estado de Direito, um valor constitucional. Isso decorre de uma concepção teórica mais global da liberdade individual e da sociedade liberal que é aquela onde se nutre a democracia. No seio desta sociedade onde a liberdade individual se determina a ser um valor de referência e onde o Estado de Direito se empenha a ser a garantia, a

¹⁹³ ALEXANDRE, Ricardo. **Direito tributário esquematizado**. São Paulo: Método, 2013. p. 122-123.

¹⁹⁴ OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. **Por uma teoria dos princípios: o princípio constitucional da razoabilidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

segurança jurídica aparece como componente essencial de tal proteção.¹⁹⁵

O conceito indeterminado de não confisco não afasta a possibilidade de discussão, mas implica em um debate mergulhado em um alto grau de subjetividade, que demanda o bom senso do Poder Judiciário para analisar o caso concreto, visto que a aplicação do confisco é completamente diversa da de uma multa, pois “quando esta é tal que agride violentamente o patrimônio do cidadão contribuinte, caracteriza-se como confisco indireto e, por isso, é inconstitucional”¹⁹⁶.

¹⁹⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Onda Reformista do Direito Positivo e suas Implicações com o Princípio da Segurança Jurídica. **Revista da Escola Nacional de Magistratura**, n. 1. p. 92-118, abr. 2006.

¹⁹⁶ COELHO, Sacha Calmon Navarro. **Cadernos de Pesquisas Tributárias**, ed. CEEU/Resenha Tributária, São Paulo, 1979. p. 445.

3 – PENA DE PERDIMENTO

A jurisprudência consolidou que:

o perdimento de bens se justifica na medida em que caracteriza ressarcimento ou restituição em relação ao patrimônio lesado do Estado pelo dano ao erário causado, que deve necessariamente estar presente na aplicação de perdimento de mercadorias, pois a não ser assim, o ato rotulado como perdimento terá verdadeira natureza de confisco, vedado pela Constituição.¹⁹⁷

A pena de perdimento dos bens importados submete-se à instauração do processo fiscal, julgado em instância única pelo Ministro da Fazenda (art. 27, § 4º, do Decreto-Lei nº 1.455/1976), restando plenamente resguardados os direitos inerentes ao devido processo legal, sem os quais não se legitima a sanção¹⁹⁸. Ainda que esteja no exercício de poder de polícia, a Administração Pública “não pode impor aos administrados sanções que repercutam no seu patrimônio sem a preservação da ampla defesa”¹⁹⁹.

Sendo assim, a pena de perdimento é a sanção mais grave que pode ser aplicada aos bens veículos e mercadorias e decorre de infrações que causem dano ao erário. Essa lógica é aplicada conforme o Decreto-Lei nº 1.455/1976, que dispõe sobre mercadorias estrangeiras apreendidas e regula o processo de perdimento. Ainda, a MP nº 2.158-35/2001, em seu art. 89, dispõe acerca de moedas apreendidas e regula o rito processual. As infrações definidas na legislação como dano ao erário são punidas com a pena de perdimento das mercadorias e/ou veículos, segundo os arts. 23 e 24 do Decreto-Lei nº 1.455/1976.

Com relação ao veículo, a pena ocorre quando ele for utilizado para transportar mercadoria sujeita a perdimento, sendo necessária a demonstração

¹⁹⁷ Cf. Ac. da 3ª Turma do extinto TFR na AMS nº 83.471-SP, Rel. Min. Lauro Leitão, publicado no **JTFR** Lex Ed. S/A vol. 4/219.

¹⁹⁸ Cf. Ac. da 6ª Turma do TRF na AMS nº 89.247-AM publicado no **JTFR** Lex Ed. S/A vol. 19/119; cf tb. Súmulas nº 138 e nº 147 do extinto TFR.

¹⁹⁹ Cf. Ac. da 1ª Turma do STJ no REsp 536463-SC, Reg. nº 2003/0085386-3, em sessão de 25.11.2003, Rel. Min. Luiz Fux, **DJU** 19.12.2003. p. 360.

da responsabilidade do proprietário do veículo na prática do ilícito (art. 688 do Regulamento Aduaneiro).

Já a pena aplicada à mercadoria que não seja localizada/consumida pode se converter em multa. Conforme o § 3º do art. 23 do Decreto-Lei 1.455/1976 – alterado pela redação da Lei nº 12.350/2010 –, as infrações previstas no referido dispositivo serão punidas com multa equivalente ao valor aduaneiro da mercadoria na importação ou ao preço constante da respectiva nota fiscal ou documento equivalente na exportação, quando a mercadoria não for localizada ou tiver sido consumida ou revendida, observados o rito e as competências estabelecidos no Decreto nº 70.235/1972. Portanto, a pena de perdimento será substituída por multa equivalente apenas quando não for localizada ou tiver sido consumida/revendida a mercadoria.

É necessário destacar que, diante dessas circunstâncias, a multa substitutiva da pena de perdimento tornou-se regra, de modo que o perdimento passou a ser considerado instrumento de desconsideração dos negócios jurídicos. Ademais, a pena que era aplicada pontualmente passou a objetivar as operações de importação realizadas no período não atingido pela decadência. Assim, a título exemplificativo, a multa por conversão pode ocorrer no caso de bagagem (Instrução Normativa nº 69/1999) e de mercadoria (Regulamento Aduaneiro).

Em possibilidade de dano ao erário, caso devidamente provada a responsabilidade do operador de transporte, sem prejuízo da responsabilidade do transportador, pode ser o perdimento convertido em multa (art. 699 do Regulamento Aduaneiro). Em relação ao perdimento de veículo, a conversão não pode ultrapassar três vezes o valor da mercadoria transportada (art. 699, parágrafo único, do Regulamento Aduaneiro). Em caso de viagem com transporte de mercadoria sujeita ao perdimento, deve ser aplicada a multa do art. 731 do Regulamento Aduaneiro ao transportador, excetuando hipóteses em que o veículo se sujeite à pena de perdimento do art. 688, V, do Regulamento Aduaneiro. Cabe ressaltar, de plano, que não cabe a multa por subfaturamento do art. 88 da MP nº 2.158-35/2001 concomitantemente ao perdimento da mercadoria ou à multa de conversão.

Com relação à suposta incompatibilidade da pena de perdimento de bens e a Constituição Federal, mais especificamente no seu art. 5º, XLVI, *b*, que

trata de sanções criminais, dispõe: “XLVI – a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, [...] b) perda de bens [...]”, deve-se ressaltar que o referido dispositivo legal não incide na situação de perdimento, pois não exclui:

[...] à legislação subalterna a previsão de perdimento de bens em reparação de dano ao erário e no caso de enriquecimento ilícito no exercício de função pública, só para referir hipóteses históricas. É que se trata de preceito específico, voltado a disciplinar a perda de bens só como pena criminal, sem com isso inibir ou proibir, por argumento a contrário, repugnante à hipótese, a adoção da medida na esfera civil, quando compatível com o sistema constitucional. (RE 251.008 AgR, voto do Rel. Min. Cezar Peluso, j. 28.03.2006, 1ª Turma, **DJ** 16.06.2006).

Com relação à restrição constitucional ao perdimento de bens, devem ser lembrados os arts. 5º, LIV, e 150, IV, da CF. O primeiro exige que a privação do bem obedeça às garantias, substantivas e adjetivas, inerentes ao princípio do justo processo da lei, enquanto o segundo proíbe a tributação excessiva, que aniquila direitos de propriedade e liberdade. Nesse sentido, o Ministro Cezar Peluso, no RE 251.008, afirmou que não encontrava insulto à Constituição da República.

O advento da promulgação da Constituição Federal de 1988 trouxe, imediatamente, a divisão de opiniões acerca da pena de perdimento. De um lado, mostrava-se a negativa:

A Constituição de 1988, ao apenas cuidar do perdimento de bens como consequência da condenação do acusado em um processo criminal, não recepcionou nenhum dos casos previstos na legislação anterior relativamente ao perdimento de bens aplicado pela autoridade administrativa? A resposta minha, o meu ponto de vista, os senhores já viram. A meu ver, a partir de 5 de outubro de 1988, não existe mais nenhuma possibilidade da autoridade administrativa aplicar a pena de perdimento de bens prevista em nenhum dos diplomas legais que lhe sejam anteriores ou que lhe sejam posteriores, porque de qualquer forma não existe mais no nosso ordenamento jurídico-constitucional a possibilidade da aplicação de pena de perdimento apenas por dano ao erário; admite-se, sim, a aplicação da pena de perdimento de bens no caso em que resultar a condenação criminal do acusado.²⁰⁰

De outro lado, a positiva, que entendia que a pena de perdimento seria aplicada por meio de sentenças condenatórias “em virtude da prática de crime

²⁰⁰ LIMA, Sebastião de Oliveira. Perdimento de bens. **Revista de Direito Tributário**, n. 58, São Paulo: Malheiros, 1991. p. 175.

contra a administração pública ou em detrimento da Fazenda Pública, nos termos do artigo 91, II, letras “a” e “b” do Código Penal, na redação da Lei nº 7.209/1984”²⁰¹.

Entretanto, considerando diversas desavenças doutrinárias, a compreensão da desnecessidade de tudo estar expressamente previsto na Constituição para existir, a ausência de previsão expressa não enseja a inconstitucionalidade (RE 223.075/DF; STF, 1ª Turma; Rel. Min. Ilmar Galvão; **DJ** 06.11.1998). Assim, nada “obstaculiza que sob certos aspectos e condições esses direitos fundamentais submetam-se a determinadas condições”²⁰².

Ainda, Vera Ponciano considera ser irrelevante essa expressa determinação da Constituição, de modo que defende a validade do perdimento devido ao próprio contexto histórico brasileiro, considerando também a razoabilidade, visto que não é possível que a sua não aplicação resulte em enriquecimento ilícito de alguns em detrimento da coletividade²⁰³.

Ademais, considerando a pena de perdimento como sanção ao direito de propriedade, não pode ser inconstitucional, já que não existe direito absoluto. Ainda, não é o fato de existir uma sanção sem previsão expressa que a torna ilegítima, e essa visão demonstra desconhecimento com relação à própria construção normativa decorrente do processo interpretativo.

Desse modo, com relação à pena de perdimento, rejeita o enriquecimento ilícito, mas será obrigado a reparar o dano quem o tiver cometido, estendido aos sucessores até o valor. A pena de perdimento é plenamente constitucional.

Na busca da conceituação do “dano ao erário”, primeiramente cabe destacar que, conforme o Decreto-Lei nº 37/1966 e o Decreto-Lei nº 1.455/1976, não há causação de prejuízo ao patrimônio público, visto que dano significa perda ou prejuízo (circunstância concreta), enquanto o erário é sinônimo de Fazenda ou Tesouro Público²⁰⁴.

²⁰¹ CARLUCI, José Lence. **Uma introdução ao direito aduaneiro**. São Paulo: Aduaneiras, 1997. p. 366-367.

²⁰² FERREIRA, Rony; FREITAS, Vladimir Passos (Coord.). **Importação e exportação no direito brasileiro**. São Paulo: RT, 2004. p. 169 e ss.

²⁰³ PONCIANO, Vera Lúcia Feil. Sanção aplicável ao subfaturamento na importação: pena de perdimento ou pena de multa. In: TREVISAN, Rosaldo (org.). **Temas de direito aduaneiro**. São Paulo: Lex, 2008. p. 281.

²⁰⁴ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Aurélio Século XXI** – o dicionário da língua portuguesa. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999. p. 604.

Para o Direito Civil, “dano é o prejuízo que alguém sofre contra sua vontade”²⁰⁵ ou, ainda, “a lesão causada no interesse juridicamente tutelado, que reveste as mais das vezes a forma de uma destruição, subtração ou deterioração de certa coisa, material ou incorpórea”²⁰⁶.

Sob esse viés, o art. 927, parágrafo único, do Código Civil determina a “obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”, adotando, portanto, a teoria do risco objetivo.

Assim, o Código Civil, em harmonia com o art. 136 do Código Tributário e a legislação aduaneira, acolhe a teoria do risco objetivo, quando aduz que, caso alguma atividade gere dano, a pessoa se obriga a repará-lo, independentemente de imprudência ou negligência²⁰⁷. Rui Barbosa diverge desse entendimento, pois entende a responsabilidade objetiva incompatível com o Estado de Direito²⁰⁸, de modo que haveria sintonia entre o Código Civil e o Código Tributário Nacional, mais especificamente quando da disposição do art. 94, § 2º, do Decreto-Lei nº 37/1966, que traz que, “salvo disposição expressa em contrário, a responsabilidade por infração independe da intenção do agente ou do responsável”. A legislação tributária e a aduaneira pretendem o impedimento da ocorrência de dano ao patrimônio público e as condutas que podem coadunar com isso.

Quando se pensa em “dano ao erário”, portanto, lembra-se de que, para qualquer circunstância na qual haja o ilícito, a consequência natural é o estabelecimento da sanção proporcional. Em todas as situações, é necessária a caracterização do dolo.

²⁰⁵ MONTENEGRO, Antonio Lindbergh C. **Ressarcimento de danos**. 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 10.

²⁰⁶ VARELA, João de Matos Antunes. **Das obrigações em geral**. 10. ed. Coimbra: Almeda, 2000. v. I. p. 598.

²⁰⁷ Cf. BALEEIRO, Aliomar. **Direito tributário brasileiro**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991. p. 759. Cf. CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 503. Cf. MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Da sanção tributária**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 56.

²⁰⁸ NOGUEIRA, Rui Barbosa. **Curso de direito tributário**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 106.

As hipóteses normativas alusivas ao perdimento, sob o ponto de vista do erário, podem ser divididas em grupos²⁰⁹:

- (I) Condutas que claramente demonstram a prática de contrabando ou o efetivo dano ao erário, que se confundem com o descaminho, ou praticadas mediante outro artifício doloso (artigo 105, incisos III, V, VI, VII, VIII, X, XI, XII, XIII, XV, XVI e XVIII; artigo 23, I e V, do Decreto-Lei nº 1.455/1976, regulado pelo artigo 689, XX e XXII do RA/2009; artigo 87, I, da Lei nº 4.502/1964, regulado pelo artigo 690 do RA/2009; artigo 18 do Decreto-Lei nº 1.593/1977, na redação da Lei nº 10.833/2003, regulado pelo artigo 694 do RA/2009 e artigo 2º, parágrafo único e 9º da Lei nº 10.743/2003, com artigo 695 do RA/2009);
- (II) Condutas demonstrativas de iminente risco do cometimento dessas espécies de ilícito, senão a própria tentativa de cometê-los e sobre as quais, em face das circunstâncias, infere-se ser requerido o dolo (artigo 104, I, II, III, IV e VI, e artigo 105, I, II, IV e XVII do Decreto-Lei nº 37/1966; regulada pelos respectivos incisos dos artigos 688 e 689 do RA/2009);
- (III) Condutas demonstrativas de grave risco à segurança, saúde, moral ou ordem públicas (artigo 105, XIV e XIX);
- (IV) Abandono (artigo 105, IX, do Decreto-Lei nº 37/1966, regulado pelo artigo 689, IX, do RA/2009 e artigo 23, II e III do Decreto-Lei nº 1.455/1976, com artigo 689, XXI, do RA/2009);
- (V) Decorrente de acordos internacionais (v.g. artigo 68, *caput*, da Lei nº 5.025/1966 e artigo 691 do RA/2009; artigo 2º, parágrafo único e 9º, da Lei nº 10.743/2003 e artigo 695 do RA/2009); (VI) Por reflexo: quando aplicada ao veículo em decorrência da sua suposta incidência pela prática de uma das condutas citadas nos itens anteriores (salvo, por incompatibilidade, o abandono).

Ou seja, não são todos os danos que geram efetiva e imediata perda do Tesouro Nacional, alguns apenas ficam no plano da tentativa. O que está presente em todos eles é o dolo, que deve ser sempre provado²¹⁰.

Os tipos, no entanto, inserem o risco de maneira implícita, o que justifica a falta sentida da ausência de adoção legislativa de dano. Há ainda a concepção de que o dano ao erário significa infração por meio de tentativa de esquiva do poder de polícia, o que foi realmente considerado pelo Supremo Tribunal Federal quando definiu dano ao erário como a “ação cujo objeto é a violação de leis em que se regula o exercício do poder de polícia de atividades econômico-

²⁰⁹ BRUYN JÚNIOR, Herbert Cornelio Pieter. **A pena de perdimento no direito aduaneiro brasileiro**. 2016. 430 fls. Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2016. Disponível em: <<https://sapientia.pucsp.br/bitstream/handle/19641/2/Herbert%20Cornelio%20Pieter%20de%20Bruyn%20J%C3%BAnior.pdf>>. Acesso em: 05 out. 2017.

²¹⁰ CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 474.

financeiras, que é atribuição relevante da administração tributária”²¹¹. Entretanto, a falha desse entendimento é que ele suporta toda e qualquer infração, excluindo aquelas nas quais incide multa.

Nesse diapasão, considerando que:

não é razoável admitir-se a colocação de uma presunção absoluta como pressuposto essencial para aplicação de uma penalidade que somente é cabível em face de um dano efetivo, [...] [tem-se que] a ocorrência de dano ao erário é um pressuposto essencial para a aplicação da pena de perdimento da mercadoria importada porque, sem esse dano, a perda se faz inteiramente contrária ao princípio da proporcionalidade.²¹²

Dessa maneira, “a ocorrência do dano financeiro ao erário é pressuposto material para ensejar a cominação da penalidade de perdimento”²¹³.

Com relação às hipóteses de dano ao erário presentes na legislação aduaneira, sabe-se que se remetem tanto aos danos efetivos quanto à ocorrência presumida, com a ênfase da necessidade de confirmação do dolo, o que irá determinar a aplicabilidade da norma será o caso concreto. Desse modo, embora possa se aderir à concepção de que inexistente o dano ao erário, seja ele real ou presumido, isso não deslegitima a pena de perdimento, que possui outras estruturas que a fundamentam, como o regular exercício de poder de polícia.

Ainda, com relação à natureza jurídica do dano ao erário – considerando a sanção como retribuição ao descumprimento da norma que determina um comportamento –, pode ser de natureza civil, administrativa, penal, e assim por diante. Pode pura e simplesmente atuar desde o emprego de medidas indenizatórias até a repressão do ilícito em cada caso.

A natureza da sanção de perdimento é composta de determinadas questões: **(i)** intuito ressarcitório, **(ii)** incidência sobre a mercadoria, **(iii)** permanência intacta, mesmo com o adimplemento. Assim, ausente o caráter exclusivo ressarcitório, quando se considere ocorrido dano ao erário, “será

²¹¹ PADILHA, Maria Ângela Lopes Paulino. **As sanções no direito tributário**. São Paulo: Noeses, 2015. p. 201.

²¹² MACHADO, Hugo de Brito. A pena de perdimento de bens e a insubsistência do fato gerador da obrigação tributária. **Revista de Estudos Tributários**, n. 57, set.-out. São Paulo: Síntese, 2007. p. 15.

²¹³ PADILHA, op. cit. p. 204.

aplicada pena de perdimento, a qual não será elidida nem pelo pagamento de todos os tributos incidentes sobre a importação, acrescidos de importâncias suficientes para reparar eventual dano causado à Fazenda Pública”²¹⁴.

Na verdade, verificadas as situações a que se referem os artigos 104 e 105 do Decreto-Lei nº 37 de 1966, o fundamento da apreensão não é, como à primeira vista parece ser, o artigo 153, parágrafo 11 que permite a pena de perdimento de bens por danos causados ao Erário. O que se verifica é a apreensão de veículos utilizados como instrumento para a introdução irregular de bens no país (artigo 104) ou dos próprios bens que constituem objeto da infração (artigo 105). Dentre tais hipóteses o dolo está sempre presente, o que é mais um dado a conduzir à conclusão de comisso, não de perdimento por danos causados ao Erário.²¹⁵

Até houve, na Constituição de 1967, a concepção da pena de perdimento como medida ressarcitória, o que anteriormente, pelo Decreto-Lei nº 37/1966, era punitiva. Portanto, o perdimento de bens é uma pena e não se configura como mero ressarcimento de prejuízos, estando incluído na categoria que Hector Villegas denomina de sanção de caráter repressivo-compensatório ou misto, que mescla a finalidade de reprimir o comportamento ilícito e ressarcir o Fisco pelos danos infligidos²¹⁶.

Ainda sobre a pena de perdimento, suas hipóteses estão inseridas no Regulamento Aduaneiro, divididas em três capítulos: **(i)** do perdimento do veículo, **(ii)** do perdimento da mercadoria e **(iii)** do perdimento da moeda, disciplinados do art. 688 ao 700 do referido Decreto nº 6.759/2009. Com relação ao veículo e à mercadoria, consta expressamente na norma a configuração do dano ao erário, motivo pelo qual se pretendeu utilizar parte desse tópico em sua explicação.

3.1. Da pena por interposição fraudulenta (ocultação do real importador)

²¹⁴ SOUZA, Hamilton Dias de. **Estrutura do imposto de importação no Código Tributário Nacional**. São Paulo: Resenha Tributária, 1980. p. 121.

²¹⁵ Ibid. p. 124.

²¹⁶ VILLEGAS, Hector. **Direito penal tributário**. São Paulo: Universidade Católica, 1974. p. 289.

A jurisprudência reiteradamente afirma que “a pena de perdimento de mercadorias importadas, quando decretada a base de presunções e suposições, não pode subsistir”²¹⁷, deve ser obrigatoriamente comprovado o dano ao erário²¹⁸ para a consolidação da infração passível da aplicabilidade da pena de perdimento.

Do mesmo modo, o entendimento jurisprudencial é que, com relação à infração tributária, a sujeição à sanção correspondente enseja o questionamento acerca do elemento subjetivo, em virtude das normas contidas no art. 137 do CTN e da própria ressalva prevista no art. 136, de modo que “não se tem consagrada de nenhum modo em nosso Direito positivo a responsabilidade objetiva enquanto sujeição à sanção-penalidade”²¹⁹. A pena de perdimento, nesse contexto, “não pode abstrair o elemento subjetivo, nem desprezar a boa-fé”²²⁰.

A legislação estabelece a incidência da pena de perdimento da mercadoria importada (entre outras), quando: **(i)** existir a falsificação de qualquer documento necessário ao seu embarque, conforme o art. 105, VI, do Decreto-Lei nº 37/1966; **(ii)** quando tiverem sido pagos os tributos da mercadoria desembaraçada de maneira equivocada, conforme o art. 105, XI, do Decreto-Lei nº 37/1966; ou **(iii)** em caso de ocultação do real importador, sujeito passivo, por meio de fraude, simulação ou interposição fraudulenta de terceiros – quando não há comprovação da origem, disponibilidade e transferência dos recursos empregados na importação (art. 23, V e § 2º, do Decreto-Lei nº 1.455/1976; Lei nº 10.637/2002).

Entretanto, como já mencionado em outras oportunidades ao longo deste trabalho, para que possa ser legitimamente aplicada a pena de perdimento, além da ocorrência do dano efetivo, exige-se que existam a conduta dolosa quando houver a falsificação do documento, a ocultação do responsável pela importação, devendo ocorrer mediante fraude ou simulação, visto que “não

²¹⁷ Ac. unânime da 2ª Turma do STJ no RESP 15569-DF Reg. nº 199100209597, Rel. Min. Ari Pargendler, **DJU** 10.06.1996, p. 20303 e in LEXSTJ nov. 1996, vol. 87/119.

²¹⁸ Ac. da 2ª Turma do STJ no REsp nº 639252-PR, Reg. nº 2004/0005080-0, em sessão de 21/11/2006, Rel. Min. João Otávio de Noronha, **DJU** 06.02.2007, p. 286.

²¹⁹ Ac. da 1ª Turma do STJ no REsp nº 777.732/MG, Reg. nº 2005/0143899-3, em sessão de 05.08.2008, Rel. Min. Denise Arruda, **DJU** 20.08.2008.

²²⁰ Ac. da 1ª Turma do STJ no REsp nº 315.553/PR, 1ª Turma, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, **DJU** 12.11.2001.

basta a 'ocultação pura e simples', essa ocultação deve ser qualificada pela fraude ou pela simulação, para que se qualifique como dano ao erário para os fins do art. 23, V, do Decreto-Lei nº 1.455/1976"²²¹.

A jurisprudência, conforme entendimento da 2ª Turma do STJ no REsp nº 1448678/SC, também consolida que o preço subfaturado na Declaração de Importação não pode ser confundido com falsificação ou adulteração documental e não incide na pena de perdimento (art. 105 Decreto-Lei nº 37/1966). Nesse sentido, o subfaturamento de mercadorias importadas sem comprovação de fraude não enseja pena de perdimento de bens. Resta claro que, diante dessa situação, a ocorrência de subfaturamento não pode ser presumida sem a comprovação dos ilícitos, pois a presunção de fraude fere direitos e garantias individuais consagrados na Constituição Federal²²².

Em casos de ocultação de intervenientes na importação, "não é possível a manutenção de lançamento fiscal por interposição fraudulenta em que somente um dos acusados da prática ilícita consta no Auto de Lançamento" (conforme julgado no Acórdão nº 3201-00398, 2ª Turma da 3ª Seção do CARF, Rec. nº 140.698, Proc. nº 12466 004068/2006-73), de modo que as infrações decorrentes da ocultação do importador encontram embasamento em provas inequívocas, o que enseja a impossibilidade de demonstração do ilícito doloso, não podendo, portanto, ser aplicada a penalidade.

Diante dessa situação, na busca por coibir a ação fraudulenta, a Instrução Normativa SRF nº 228/ 2002 estabeleceu um procedimento para poder obter informações sobre a origem dos recursos utilizados nas operações internacionais, analisando-as conjuntamente com a capacidade econômica para tal. Nesse sentido, comprovadas a disponibilidade e a transferência dos recursos por meio importador e anulada a presunção de interposição fraudulenta, não podem ser valoradas e utilizadas as provas já aproveitadas, em conformidade com o devido processo legal.

²²¹ Acórdão nº 3402-002.2275, da 2ª Turma da 4ª Câmara da 3ª Seção do CARF no Proc. nº 10983.721008/201292, em sessão de 28.01.2014, Rel. Cons. Des. João Carlos Cassuli.

²²² Acórdão nº 303-29.204 da 3ª Câmara do 3º CC, Rec. 119.984, Rel. Cons. Nilton Luiz Bártoli, **DOU** 15.03.2002. p. 24, in ADCOAS 8208837.

3.1.1. O sujeito ativo na importação de mercadorias

A sujeição ativa do imposto de importação é tema abordado por Américo Lourenço Masset Lacombe, autor que possui obra²²³ pioneira no tema de imposto de importação no Brasil e tece comentário gerais sobre a sujeição passiva, sem se aprofundar no tema. Folloni, um autor amplamente citado no presente trabalho em virtude da sua atuação na área, cuja doutrina²²⁴ sobre tributação e comércio exterior no Brasil é uma das mais sólidas, não escreve mais do que um parágrafo sobre o tema.

Em que pese a ausência de doutrina consolidada sobre o tema, é possível verificar o posicionamento de Solon Sehn quanto à definição do sujeito ativo na importação e mercadoria.

O sujeito ativo do imposto de importação coincide com a pessoa política competente para a instituição do tributo: a União Federal. Não há, ao contrário do modelo adotado em outros países, um órgão individualizado voltado ao controle aduaneiro. Esse é exercido pela Secretaria da Receita Federal, a quem compete a arrecadação e a fiscalização do imposto de importação e demais tributos aduaneiros.²²⁵

Os doutrinadores que mais trabalham sujeição ativa no imposto de importação, e mesmo assim apresentam o tema por meio de uma síntese, são os autores Melo e Reis²²⁶, que estudam o disposto constitucional da União como o sujeito ativo da obrigação tributária, o que é aplicado ao Direito Aduaneiro, já que não há divergência quanto à competência da própria União. Cabe ressaltar curiosidade acerca do referido imposto, apontada por Trevisan:

Veja-se que o imposto de exportação, por exemplo, já foi de competência dos Estados da federação, na Constituição Federal de 1937, conforme o artigo 23. Assim, merece registro a curiosidade de

²²³ LACOMBE, Américo Lourenço Masset. **Imposto de Importação**. São Paulo: RT, 1979. p. 49.

²²⁴ FOLLONI, 2005. p. 122.

²²⁵ SEHN, Solon. **Pressupostos de incidência do imposto de importação no direito brasileiro**. 2015. Tese (Doutorado em Direito) — PUC-SP, São Paulo. Disponível em: <<https://sapientia.pucsp.br/handle/handle/6961>>. Acesso em: 01 jun. 2017. p. 130.

²²⁶ MELO, Ruy de; REIS, Raul. **Manual do imposto de importação e regime cambial correlato**. São Paulo: RT, 1970. p. 51.

que o único imposto que nunca mudou nem de nome, nem de competência, em nossa história, é o imposto de importação.²²⁷

Em virtude da escassa doutrina, a legislação é pertinente para a devida definição. O Código Tributário Nacional define, no art. 119, o sujeito ativo da obrigação como “a pessoa jurídica de direito público, titular da competência para exigir o seu cumprimento”. Ora, aqui outro problema resta instaurado: a utilização da palavra competência, pois há diferença no sujeito competente para legislar e no sujeito competente como ativo da relação – que arrecada e fiscaliza o imposto.

Para sanar a divergência, recorre-se ao art. 7º do CTN, que estabelece que a “competência tributária é indelegável, salvo atribuição das funções de arrecadar ou fiscalizar tributos, ou de executar leis, serviços, atos ou decisões administrativas”. Em outras palavras, “salvo a capacidade de figurar no polo ativo da relação tributária”²²⁸.

Nessa situação, portanto, o Direito Aduaneiro utiliza o conceito da referida obrigação tributária, a necessidade versa sobre o conteúdo referente à obrigação aduaneira-tributária, aquela cujo “vínculo de caráter pessoal que nasce com o fato gerador e que tem por objeto o pagamento dos tributos aduaneiros”, como dispõe o art. 160 do Código Aduaneiro do Mercosul. No seu art. 7º, II, *d*, dispõe que compete à Administração Aduaneira “determinar, arrecadar e fiscalizar os tributos aduaneiros e os que lhe forem demandados”.

Destarte, a referida sujeição ativa da Secretaria da Receita Federal do Brasil, que arrecada e fiscaliza o imposto de importação em nome da União, conforme dispôs o Decreto nº 7.482/2011, no art. 1º. Ademais, a Lei nº 10.683/2003, determinou, no art. 27, V, *b*, a competência do Ministério da Fazenda para a execução da “política, administração, fiscalização e arrecadação tributária e aduaneira”.

Assim, brevemente analisado o instituto do sujeito ativo da importação, cabe ressaltar que o Novo Regulamento Aduaneiro (Decreto nº 6.759/2009) determina a importação como a promoção da “entrada de mercadoria

²²⁷ TREVISAN, 2016. p. 415.

²²⁸ Ibid. p. 414.

estrangeira no território nacional”, de modo que haja a incidência do imposto de importação, cujo contribuinte é o importador (arts. 69, 72 e 104).

3.1.2. Importação direta

A importação direta não exige um sujeito que tenha realizado previamente a encomenda e que esta já esteja, portanto, predeterminada. Outra peculiaridade reside no fato de que os recursos para sua efetivação pertencem ao importador, de modo que as mercadorias buscadas do mercado externo para o interno são comercializadas mediante a revenda ou a industrialização.

Para a realização da importação em referência, o importador deverá ser habilitado com antecedência no Siscomex, apresentar os documentos exigidos e cumprir procedimentos previstos na legislação que regula o despacho aduaneiro de importação.

3.1.3. Importação por encomenda

A Receita Federal, em seu sítio eletrônico²²⁹, explica que a importação por encomenda pode ser conceituada como importação efetivada por uma empresa que importa mercadorias do exterior com seus próprios recursos financeiros e, para consolidar o ato, realiza o despacho aduaneiro – ou seja, sua nacionalização – para poder revender as mercadorias a uma empresa que a tenha encomendado por meio de contrato com objeto, prazo e operações pactuadas, conforme o art. 2º, § 1º, I, da Instrução Normativa da Secretaria da Receita Federal nº 634/2006.

Com relação ao importador contratado, decorrem os mesmos efeitos fiscais de uma importação própria. O importador, sujeito que efetua a compra

²²⁹ Disponível em: <<http://idg.receita.fazenda.gov.br/orientacao/aduaneira/importacao-e-exportacao/operacoes-realizada-por-intermedio-de-terceiros/importacao-por-encomenda>>. Acesso em: 01 set. 2017.

internacional, deve dispor de capacidade econômica para o pagamento e adquirir as mercadorias revendidas pelo importador contratado no mercado interno.

Essa operação cambial de pagamento deve necessariamente ser realizada em nome do importador (Regulamento do Mercado de Câmbio e Capitais Internacionais – Título 1, Capítulo 12, Seção 2 do Banco Central do Brasil). O art. 14 da Lei nº 11.281/2006 determina que deve ser aplicada ao importador e a quem encomenda as regras de preço de transferência (arts. 18 a 24 da Lei nº 9.430/1996).

Assim, cabe ressaltar a jurisprudência sobre esse gênero de importação, especificamente quando hipótese de pena de perdimento, conforme o julgado colacionado a seguir:

Tributário. Aduaneiro. Importação por encomenda. Pena de perdimento. Não comprovada a intenção de fraudar. Impossibilidade de substituição da multa do art. 33 da Lei nº 11.488/2007 pela multa do inciso III do art. 711 do Decreto nº 6.759/2009. Ônus sucumbenciais. Honorários advocatícios. Majoração.

1. A importação por encomenda se define fundamentalmente a partir do fato de existir um comprador predeterminado aos produtos internados, de modo que a operação existe somente em função de seus interesses.

2. Não configurada a intencionalidade de fraudar (dolo/má-fé) não cabem as penas dos artigos 23, V e § único do Decreto-lei nº 1.455/1976 e 33 da Lei nº 11.488/2007 e, tampouco é possível a substituição, de ofício, pelo magistrado do fundamento do auto de infração para a aplicação da multa do art. 711, III, do Decreto nº 6.759/2009, restando evidente a nulidade do auto de infração.

3. Embora o equívoco do autor tenha ocasionado a apreensão das mercadorias, a distribuição dos ônus processuais não é informada apenas pelo princípio da causalidade, mas também pelo princípio da sucumbência. Assim, declaradas insubsistentes as penas de perdimento e de multa, bem como condenada a União ao pagamento de indenização, resta evidente que, pelo princípio da sucumbência, incumbe à ré arcar com os ônus processuais.

4. Considerando o proveito econômico que o autor teve com a demanda, merece provimento o seu apelo, devendo ser majorada a verba honorária para 10% sobre o valor da condenação.

(TRF – 4ª Região 5000745-88.2011.404.7103, 1ª Turma, Rel. Jorge Antonio Maurique. j. 18.09.2014).

Considerando que a importação por encomenda necessita do comprador determinado a investir seus recursos, a operação existe somente em função de seus interesses e, conforme decidiu o julgado, não figurou conduta dolosa, sendo apenas um equívoco do autor, o que reitera o posicionamento aqui apresentado,

na explicação da importação da efetiva comprovação do dolo para a aplicação da pena.

3.1.4. Importação por conta e ordem de terceiros

A Receita Federal, em seu sítio eletrônico²³⁰, também dispõe sobre a importação por conta e ordem de terceiro como serviço prestado por determinada empresa importadora, que consolida o despacho aduaneiro de importação de mercadorias adquiridas por outra empresa, devido ao contrato firmado entre ambas, que pode englobar também a prestação de outros serviços de transação comercial, como a cotação de preços e a intermediação comercial, como apresenta o art. 1º da Instrução Normativa da Secretaria da Receita Federal nº 225/2002 e o art. 12, § 1º, I, da Instrução Normativa da Secretaria da Receita Federal nº 247/2002.

Portanto, a atuação da importadora pode abranger desde execução do despacho até intermediação da negociação estrangeira, transporte, seguro. A adquirente, importadora, efetivamente importa a mercadoria por meio da compra internacional pela importadora por conta e ordem.

A adquirente deve possuir capacidade econômica para o pagamento, que pode ser realizada tanto em nome da importadora quanto da adquirente, conforme estabelece o Regulamento do Mercado de Câmbio e Capitais Internacionais – Título 1, Capítulo 12, Seção 2 do Banco Central do Brasil. Sobre esse instituto, é necessário apresentar a crítica da possibilidade de sua inexistência, visto que:

Apesar de existir uma vasta gama de argumentos que são lançados para defender a existência da figura da importação por conta e ordem de terceiros no Brasil, tais como a transparência e a visibilidade dos operadores e intervenientes no comércio exterior, evitar a lavagem de dinheiro e remessa ilegal de divisas, reduzir as burlas e aumentar a precisão do processo de parametrização das declarações aduaneiras e habilitação para operar no comércio exterior, dentre outras

²³⁰ Disponível em: <<http://idg.receita.fazenda.gov.br/orientacao/aduaneira/importacao-e-exportacao/operacoes-realizada-por-intermedio-de-terceiros/importacao-com-conta-e-ordem/importacao-por-conta-e-ordem>>. Acesso em: 01 set. 2017.

usualmente empregadas pelo Fisco, a realidade encoberta por trás destas justificativas é uma só. Todo o regramento da importação por conta e ordem de terceiro existe para garantir a arrecadação integral dos tributos aduaneiros. Isto é, para evitar que planejamentos impactem na arrecadação do Fisco Federal.²³¹

Tem-se que a Medida Provisória nº 2.158/2001 não definiu o que é esse instituto, de modo que delegou a função à Receita Federal do Brasil, que publicou a Instrução Normativa SRF nº 225/2002 já referida. Portanto, se o regramento desse gênero de importação visa à garantia de arrecadação integral dos tributos, entende-se que o sujeito apenas incorre na intermediação internacional dos negócios, ou seja, não é um importador, mas sim um mero intermediário²³², visto que utiliza os recursos do adquirente – que assume todo o risco da operação, não procedendo nem mesmo com a sua própria vontade.

3.1.5. Do subfaturamento com o controle de preço pelo Departamento de Operações de Comércio Exterior

O sistema de controle e fiscalização do comércio exterior é composto por uma organização de instituições governamentais descentralizada, cuja operação reside em duas áreas de competências: (i) órgãos que cuidam dos interesses brasileiros no exterior e (ii) órgãos que cuidam dos assuntos gerenciais e reguladores de comércio exterior, divididos em órgãos gestores e anuentes. É aí que se encontra o Departamento de Operações de Comércio Exterior, que controla comercialmente determinados produtos ou operações de comércio, que demandam análise antes da autorização do processo de licenciamento de importação/exportação.

Essa fiscalização está disposta no art. 237 da Constituição Federal²³³, que atribui a competência ao Ministério da Fazenda, com o objetivo de defender

²³¹ BEZERRA, Eduardo Navarro; ULIANA JUNIOR, Laércio Cruz. Importação por Conta e Ordem de Terceiros: Teoria e Prática. In: BRITTO, Demes de (coord.). **Questões Controvertidas do Direito Aduaneiro**. São Paulo: IOB Folhamatic EBS – SAGE, 2014. p. 127.

²³² Ibid. p. 128.

²³³ Arelada à legislação do art. 36, XI, da Lei nº 8.630/1993; bem como o art. 16 da Lei nº 9.779/1999 e os arts. 80 a 88 da Medida Provisória nº 2.158/2001 e o art. 27, XII, *b* e *g* da Lei nº 10.683/2003.

interesses políticos, administração aduaneira e arrecadação tributária. Ademais, estão envolvidos os objetivos econômicos, sociais, ambientais, segurança nacional.

Nesse sentido, diante das inúmeras informações que podem ser tratadas com relação a essa estrutura, o foco reside no Departamento de Operações de Comércio Exterior, para que seja conduzida a temática com ligação ao controle de preços. O Departamento possui competência para solicitar informações das importações, conforme estabelecido no art. 19, IV e V, do Decreto nº 9.260/2017:

Art. 19. Ao Departamento de Operações de Comércio Exterior compete:

IV – analisar e deliberar sobre:

- a) licenças de importação, registros de exportação, registros de vendas, registros de operações de crédito e atos concessórios de drawback nas operações que envolvam regimes aduaneiros especiais e atípicos;
- b) drawback, nas modalidades de isenção e suspensão;
- c) bens usados; e
- d) similaridade e acordos de importação com a participação de empresas nacionais;

V – fiscalizar preços, pesos, medidas, classificação, qualidades e tipos, declarados nas operações de exportação e importação, diretamente ou em articulação com outros órgãos da administração pública, observadas as competências das repartições aduaneiras [...].

Considere, ainda, o art. 30 da Portaria SECEX nº 23/2011 que estabelece que o DECEX efetuará o acompanhamento dos preços praticados nas importações, podendo solicitar as informações necessárias²³⁴, cujo objetivo consiste no impedimento do ingresso de mercadorias fruto de fraude ou que fomentem a concorrência desleal às empresas brasileiras. Desse modo, não é competência do DECEX analisar a ocorrência da prática de subfaturamento, mas verificar possíveis discordâncias entre valores declarados e praticados, exercendo, assim, função preventiva no processo de importação²³⁵.

²³⁴ Vide: TRF5, AC – Apelação Cível – 520052, Rel. Des. Federal José Maria Lucena, 1ª Turma, **DJE** 18.12.2013.

²³⁵ PONCIANO, Vera Lúcia Feil. Controle de preços pelo DECEX – Departamento de Operações e Comércio Exterior no licenciamento não automático. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 27, dez. 2008. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao027/vera_ponciano.html>. Acesso em: 05 dez. 2017.

Nesse sentido, para melhor visualização do tópico, serve o seguinte julgado:

Administrativo. DECEX. Licença de importação. Exigência de comprovação do preço negociado. Legalidade. Majoração da verba honorária.

1. A atuação do DECEX no controle de preços sobre as operações de comércio exterior, como requisito para a emissão da Licença de Importação, não se confunde com as atribuições da Secretaria da Receita Federal do Brasil, e do DECOM, que, embora também se dediquem à semelhante atividade fiscalizatória, o fazem, respectivamente, com vistas ao procedimento de valoração aduaneira e à aplicação de medidas antidumping.

2. A averiguação de eventual prática de subfaturamento ou dumping pelo importador não compete ao DECEX, mas isso não significa que o mesmo não possa obstar a importação quando, procedendo ao controle dos valores declarados para a operação, apurar incongruências não justificadas em relação aos preços praticados no comércio exterior.

3. O DECEX tem plena competência para exercer a fiscalização de preços declarados na importação de produtos sujeitos a licenciamento não automático, de modo que, constatando que estes são injustificadamente inferiores aos usualmente observados no mercado internacional, está autorizado a pedir explicações ao importador e, reputando-as insuficientes, indeferir a Licença de Importação pleiteada [...]. (Tribunal Regional Federal da 4ª Região – Apelação Cível: AC 2606 PR 2007.70.00.002606-0. 3ª Turma. Publicação 31.01.2011. j. 25.01.2011. Rel. Maria Lúcia Luz Leiria).

Observe-se que, conforme a jurisprudência colacionada, a análise de eventual prática de subfaturamento não compete ao DECEX, mas pode impedir importação que aponte incongruências não justificadas com relação aos preços. Ou seja, sua competência é de análise de preços declarados na importação, podendo vir a requerer explicações e, até mesmo, indeferir a Licença de Importação pleiteada.

3.2. Da pena de perdimento por subfaturamento

A aplicação da pena de perdimento de bens decorre de Procedimento Especial de Controle Aduaneiro (Instrução Normativa SRF nº 1.169/2011), em face de subvaloração aduaneira, como foi demonstrado em tópico anterior. A Instrução Normativa indica as situações de infrações puníveis com a pena de

perdimento e incluiu a subvalorização aduaneira como ensejo ao procedimento especial punível com a pena de perdimento.

Nesse sentido, extrai-se da referida norma, em seu art. 1º, que esse procedimento de controle aplica-se às operações de importação e exportação de bens ou mercadorias sob possível irregularidade que possa ser punida com o perdimento. O art. 2º, por sua vez, estabelece:

Art. 2º – As situações de irregularidade mencionadas no art. 1º compreendem, entre outras hipóteses, os casos de suspeita quanto à:

I – autenticidade, decorrente de falsidade material ou ideológica, de qualquer documento comprobatório apresentado, tanto na importação quanto na exportação, inclusive quanto à origem da mercadoria, ao preço pago ou a pagar, recebido ou a receber;

[...]

1º As dúvidas da fiscalização aduaneira quanto ao preço da operação devem estar baseadas em elementos objetivos e, entre outras hipóteses, na diferença significativa entre o preço declarado e os:

I – valores relativos a operações com condições comerciais semelhantes e usualmente praticados em importações ou exportações de mercadorias idênticas ou similares;

II – valores relativos a operações com origem e condições comerciais semelhantes e indicados em cotações de preços internacionais, publicações especializadas, faturas comerciais pro forma, ofertas de venda, dentre outros;

III – custos de produção da mercadoria;

IV – valores de revenda no mercado interno, deduzidos os impostos e contribuições, as despesas administrativas e a margem de lucro usual para o ramo ou setor da atividade econômica. [...].

Essas hipóteses claramente demonstram situações sem previsão legal que podem resultar na aplicação da pena de perdimento de bens. Para tanto, cabe ressaltar a existência do Acordo de Valoração Aduaneira, recepcionado pelo Decreto nº 1.355/1994, que reconhece a necessidade de elaboração de normas uniformes, um sistema equitativo e a inexistência de valores aduaneiros arbitrários, bem como que a base de valoração deve ser o valor de transação das mercadorias, com referência em critérios simples e em conformidade com as práticas comerciais. Seu objetivo era a imposição de barreira para a atuação arbitrária das alfândegas de modo a dificultar o livre fluxo de mercadorias.

Nesse sentido, o Regulamento Aduaneiro (Decreto nº 6.759/2009) trata da administração das atividades aduaneiras – como fiscalização, controle e tributação – e tem base no Acordo de Valoração Aduaneira. O art. 76 da referida

norma determina que toda mercadoria importada estará sujeita ao controle de valor aduaneiro.

Com relação ao subfaturamento na importação sob pena pecuniária de multa de 100% sobre a diferença entre o preço declarado e o preço arbitrado conforme o Regulamento Aduaneiro:

Art. 703. Nas hipóteses em que o preço declarado for diferente do arbitrado na forma do art. 86 ou do efetivamente praticado, aplica-se a multa de cem por cento sobre a diferença, sem prejuízo da exigência dos tributos, da multa de ofício referida no art. 725e dos acréscimos legais cabíveis.

1º A multa de cem por cento referida no caput aplica-se inclusive na hipótese de ausência de apresentação da fatura comercial, sem prejuízo da aplicação de outras penalidades cabíveis (Lei nº 10.833, de 2003, art. 70, inciso II, alínea “b”, item 2, e § 6º).

Ainda, o Tribunal Regional Federal da 3ª Região, no mesmo sentido:

Apelação em mandado de segurança – Administrativo – Importação – Valoração aduaneira – Artigo 148 do CTN – IN 16/1998 – Tratado internacional do GATT – Valor da transação.

1 – O artigo 148 do Código Tributário Nacional estabelece que, para o cálculo dos tributos incidentes sobre a importação que tenham por base o preço da mercadoria, a autoridade aduaneira poderá arbitrar valor ou preço sempre que as declarações ou esclarecimentos prestados, ou ainda os documentos apresentados pelo sujeito passivo, forem omissos ou não mereçam fé.

2 – Nesse mesmo sentido, dispõe a Instrução Normativa nº 16/1998, em seu artigo 16: “O importador deverá comprovar o valor declarado mediante a prestação das necessárias informações e a apresentação da respectiva documentação justificativa”.

3 – A valoração aduaneira é critério para o cálculo dos impostos incidentes sobre a importação (art. 20, II, CTN), devendo a autoridade aduaneira exercer o controle sobre o valor declarado pelo importador, desde que observadas as regras do Acordo de Valoração Aduaneira dispostas no Tratado Internacional do GATT.

4 – O Acordo de Valoração Aduaneira promulgado pelo Decreto nº 1.355/1994 estabeleceu, em seu art. VII, os métodos possíveis para determinar o valor aduaneiro das mercadorias importadas, sendo o método prioritário aquele que tem por base o valor da transação.

5 – Os critérios de valoração aduaneira devem ser aplicados de forma sucessiva e, somente com base em parecer fundamentado, poderá a autoridade administrativa decidir pela impossibilidade de aplicação do método de valor da transação, ao que se extrai do art. 82 do Decreto nº 4.543/2002.

6 – No caso dos autos, a autoridade impetrada não apresentou preços de produtos similares ou documentos que pudessem retirar a plausibilidade do método de valoração aduaneira utilizado pela impetrante, tampouco foram apresentados indícios suficientes de subfaturamento das mercadorias.

(TRF, 3ª Região, AMS 213236, 6ª Turma, Des. Fed. Lazarano Neto, DE 24.07.2008).

Percebe-se que as práticas perpetradas pelas alfândegas na aplicação da pena de perdimento de bens, sem observância dos preceitos do Acordo de Valoração Aduaneira e do Regulamento Aduaneiro em casos de subfaturamento que além de afrontar a legalidade e o devido processo legal, significam ato administrativo inválido.

A validade do ato administrativo considera sua conformidade legal, de modo que, caso viole o ordenamento jurídico, será inválido. O plano de validade do ato administrativo pressupõe a perfeição com relação à sua formação. Como defende o doutrinador Celso Antônio Bandeira de Mello²³⁶, são seis pressupostos de validade do ato administrativo: sujeito, motivo, requisitos procedimentais, finalidade, causa e formalização.

Desse modo, o Departamento de Operações de Comércio Exterior não é autoridade competente para promover esse julgamento pertinente à pena de perdimento, seu motivo muitas vezes não merece embasamento, seus requisitos procedimentais não são cumpridos, visto que não há publicidade do ato, e sua finalidade resta frustrada, apenas sua formalização equivocada pode ser consolidada.

O ato administrativo válido, manifestado por meio da vontade da Administração Pública para resguardar determinados direitos ao impor as obrigações, acaba por exteriorizar a “vontade dos agentes da Administração Pública ou de seus delegatários que, sob-regime de direito público, visa à produção de efeitos jurídicos, com o fim de atender ao interesse público”²³⁷. Entretanto, caso esse ato seja inválido, permitirá a existência de uma sanção também inválida, que poderá comprometer o ordenamento jurídico com a produção de seus efeitos equivocados.

3.3. Da liberação da mercadoria mediante caução

²³⁶ Cf. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

²³⁷ FILHO, José dos Santos Carvalho. **Manual de Direito administrativo**. 20. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 96.

A retenção de mercadorias no procedimento especial de fiscalização (Instrução Normativa nº 1.169/2011) normalmente causa diversos prejuízos aos importadores: deterioração das mercadorias, custos de armazenamento, entre outros. O art. 5º da IN promove a retenção das mercadorias e instaura o procedimento de duração de até seis meses, extrapolando todas as barreiras de rapidez de atuação no mercado que exige o comércio internacional.

Justifica-se a retenção completamente desproporcional devido às suspeitas que podem ensejar a pena de perdimento. Novamente, assim como no tópico anterior, se está diante de um problema com o próprio ato administrativo. Nesse caso, ele autoriza o procedimento especial de fiscalização que deve ser motivado por causa justa diante de evidente fraude que ensejaria a pena, e não mera suposição. Nesse sentido:

A necessidade de motivação ocorre em benefício dos destinatários do ato administrativo, em respeito não apenas ao princípio da publicidade e ao direito à informação, mas também para possibilitar que os administrados verifiquem se tais motivos realmente existem. Não é outra a *ratio essendi* da teoria dos motivos determinantes, uma vez que a ausência de motivação, *in casu*, acarreta a nulidade do ato, ensejando a liberação das mercadorias retidas e indenização pelos prejuízos causados em decorrência da retenção (multas contratuais, armazenagem, *demurrage*, entre outros).²³⁸

Além disso, o acórdão do REsp 15.569/DF de relatoria do Ministro Ari Pargendler, consolidando jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, afirmou que a pena de perdimento não subsiste se decretada diante de presunções. Além da impossibilidade do ato administrativo devido aos requisitos já apontados, deve-se ressaltar também a falta de previsão na IN nº 1.169/11 sobre a liberação das mercadorias diante de caução no curso do procedimento (180 dias ou mais), considerando a suspensão dos prazos prevista no art. 9º.

O art. 68 da MP nº 2.158-35 determina à Receita Federal que estipule prazo máximo de retenção e situações decorrentes do procedimento de fiscalização, o que denota a ilegalidade da impossibilidade de liberação de mercadorias mediante caução, conforme dispõe o art. 7º da IN SRF 228/2002

²³⁸ MORAES, Augusto Fauvel de. Retenção de mercadorias mediante caução é ilegal. **Conjur**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2013-ago-12/augusto-fauvel-retencao-mercadorias-mediante-caucao-ilegal>>. Acesso em: 3 dez. 2017.

O art. 5º da IN nº 1.169/2011 dispõe que a mercadoria submetida ao procedimento ficará retida até a conclusão da fiscalização e não aborda qualquer previsão de liberação mediante caução, divergindo da legalidade posta, especialmente a internacional já citada, falha no sistema que a jurisprudência busca reparar quando se consolida no sentido de decidir pela possibilidade de liberação mediante caução.

4 – A ANÁLISE ECONÔMICA DA APLICAÇÃO DA PENA DE PERDIMENTO

Como já abordado no primeiro capítulo deste trabalho, foram analisados os princípios constitucionais do Direito Aduaneiro da livre-iniciativa e do interesse público.

Nesse contexto, o que se extrai da livre-iniciativa é que as limitações devem resultar de uma ponderação de valores e objetivos constitucionais para a concretização da justiça social e do bem-estar coletivo. Dessa maneira, o Direito Aduaneiro, como atividade econômica entre particulares necessitados da tutela estatal, deve seguir os limites das restrições impostas para que o princípio da livre-iniciativa não seja violado.

Já o interesse público assegura o atendimento à coletividade, considerando que a sua valorização deve ser relativa e ponderada. Dessa forma, o controle aduaneiro, ativo por meio das penalidades, observa os limites e não aplica pena superior à necessária. Além disso, não pode ser justificável na coletividade as penas injustificáveis.

Nesse sentido, quando colocados em xeque os limites entre ambos os princípios, ou seja, o interesse público e o privado, analisando o instrumento de freios e contrapesos, considerando-se a soberania coordenada²³⁹ do país que envolve a aduana, a complexidade dos desafios aqui encontrados se concentra na sua inserção no contexto da globalização. Assim, sabe-se que o mercado é o globo, e são necessárias regras uniformes de regulação desse comércio segmentado, que ao mesmo tempo é um só²⁴⁰.

Para tal fim, busca-se na Análise Econômica do Direito a resposta de como devem ser analisadas e aplicadas as sanções aduaneiras, e a sua adequação em relação ao caso concreto, por meio da ótica da eficiência e da concretização dos direitos fundamentais para a compreensão da natureza econômica do fenômeno do Direito Aduaneiro como direito fundamental ao desenvolvimento e as suas consequências jurídicas. Considerando que, como

²³⁹ PRADO, Maurício Prado; DE SANTANA, Renata Duarte. **O Brasil e a globalização: pensadores do direito internacional**. São Paulo: Editora de Cultura, 2013. p. 22.

²⁴⁰ Ibid. p. 23.

toda modalidade de análise, pode ser criticada e até reformulada em suas hipóteses e conclusões²⁴¹.

Isto pois, a repercussão do Direito Aduaneiro na Economia e, especialmente no presente estudo, das sanções, sob a prevalência das máximas de eficiência e garantia dos direitos fundamentais, muitas vezes geram limitações na importação. Assim, as dificuldades ocasionadas das penalidades são objeto de estudo do Direito, especialmente através das regras tributárias, para que a atividade econômica continue sendo exercida, respeitadas as normas e manejando o mercado da livre iniciativa.

4.1. Breve histórico

Para que a questão seja aprofundada, faz-se necessária, primeiramente, a construção do instituto da análise econômica. Seu histórico pode ser ilustrado a partir de Adam Smith, um importante expoente da escola, que se concentrou nas normas jurídicas que regulam o mercado, controlando a atividade econômica, desenvolvida exponencialmente com o amadurecimento da economia como ciência, originada a partir dos questionamentos sobre a regulação estatal e a condução das relações de troca de bens e serviços.

Assim, a essência de sua teoria pode ser extraída do seguinte trecho de sua obra:

Não é da benevolência do açougueiro, do cervejeiro, ou do padeiro que esperamos nosso jantar, mas da consideração que eles têm pelos seus próprios interesses. Cada indivíduo não tem a intenção de promover o interesse público, nem sabe o quanto o está promovendo. Não pensa senão no próprio ganho, e neste caso, como em muitos outros casos, é conduzido por uma mão invisível a promover um fim que não fazia parte de sua intenção. E nem sempre é pior para a sociedade que não fizesse parte. Ao perseguir seu próprio interesse, ele frequentemente promove o interesse da sociedade de modo mais eficaz do que faria se realmente se prestasse a promovê-lo.²⁴²

²⁴¹ ACCIARRI, Hugo A. **Elementos da Análise Econômica do Direito dos Danos**. Coord. Marcia Carla Pereira Ribeiro. São Paulo: RT, 2014. p. 246.

²⁴² SMITH, Adam. **A riqueza das nações**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. Vol II. p. 35.

Desse modo, promove a economia como um contexto, no qual seus agentes são motivados por seus próprios interesses, dirigidos pelo mercado, no sentido da promoção do bem-estar econômico social. Da mesma maneira, propõe-se a analisar a intervenção estatal econômica e as suas falhas. Pelo direito das relações de mercado, a Análise Econômica do Direito pretende desenvolver um composto de direitos reais e a promoção da concorrência, para impedir falhas de ineficiência.

De igual maneira, em um segundo momento, Jeremy Bentham²⁴³ promoveu o instituto com foco nas normas que regulavam comportamentos alheios ao mercado, estudando relações jurídicas não econômicas sobre a perspectiva econômica a partir do individualismo metodológico²⁴⁴ de autointeresse²⁴⁵, este último estudado por Gary Becker, que utilizou a teoria neoclássica de preços para explicar a discriminação racial, a organização familiar e a prevenção de crimes²⁴⁶, concepções que serão analisadas no decorrer deste capítulo.

Posteriormente, aproximadamente dos anos 1940, quando a Escola da Análise Econômica do Direito centrava-se em áreas estreitamente vinculadas à economia, até os anos 1960, momento no qual se desenvolveu para um novo modelo de análise a partir da análise das regras legais e contratuais.

A Universidade de Chicago foi precursora do movimento, adotando a economia microeconômica, de modo que “*Chicago’s law and economics is, by and large, the economic analysis of law*”²⁴⁷.

Assim, o instituto começou a se desenvolver e legitimar sua força como novo ramo de pesquisa. O professor Aaron Director foi um dos agentes iniciais de promoção da análise e, na década de 1950, implantou o primeiro programa

²⁴³ Cf. BENTHAM, Jeremy. **An Introduction to the Principles of Morals and Legislation**, 1789. Disponível em: <<http://www.earlymoderntexts.com/assets/pdfs/bentham1780.pdf>>. Acesso em: 02 dez. 2017.

²⁴⁴ Nesse sentido, Mercurio e Medema concluem que os indivíduos agem sempre para maximizar sua satisfação, respondendo racionalmente a incentivos e desincentivos externos (MERCURIO, N.; MEDEMA, S.G. **Economics and the Law: From Posner to PostModernism**. Princeton University Press, 1999. p. 57).

²⁴⁵ Cf. MILLER, James. **Game Theory at Work: how to use game theory of outthink and outmaneuver your competition**. McGraw-Hill, 2003.

²⁴⁶ MERCURIO; MEDEMA, 1999. p. 55.

²⁴⁷ Tradução livre: “A lei e a economia de Chicago são, em geral, a análise econômica do direito” (Ibid., p. 173)

do instituto nos Estados Unidos e fundou o **Journal of Law and Economics**, para divulgar a concepção de que a regulação econômica é uma função do mercado, e não do Estado²⁴⁸. Posteriormente, influenciou outros nomes para o estudo do direito à propriedade, que deveria ser solucionado por meio da estruturação de uma empresa pelo mercado²⁴⁹.

O estudo da intersecção de Direito e Economia relaciona-se diretamente com a concepção de justiça, por meio de interpretação que vise à maximização de eficiência, como pode ser observado, por exemplo, pelo critério de Kaldor-Hicks²⁵⁰.

Richard Posner trabalha com relação com à justiça, considerando que a economia é meio essencial para analisar questões concretas, nem sempre bem analisadas pelo Direito. Desse modo, “se os juízes não estão sendo capazes de maximizar a riqueza, o analista econômico irá pressioná-los a alterar sua prática ou doutrina da melhor maneira possível”²⁵¹.

Posner também contribuiu para enfatizar a aplicação da análise econômica neoclássica aos mais diferentes ramos jurídicos²⁵² e disseminar o estudo entre os estudantes da área, promovendo o pensamento de que sua função quedava na garantia de que a alocação de direitos entre as partes se desse sempre de maneira eficiente²⁵³, sugerindo que eficiência seria proveniente de “*a moral system founded on economic principles is congruent with, and can give structure to, our everyday moral intuitions*”²⁵⁴.

Dessa maneira que a questão da eficiência e o seu real sentido vêm à tona na reflexão e passam a ocupar discussões jurídicas e econômicas intermináveis, apontando, no geral, para uma conceituação neoclássica de eficiência econômica. Assim:

²⁴⁸ DUXBURY, N. *Patterns of American Jurisprudence*. Oxford: Clarendon Press, 2001. p. 343.

²⁴⁹ ULEN, T. *Law and Economics: settled issues and open questions*. In: MERCURO, N. **Law and Economics**. Boston: Kluwer Academic Publishers, 1988. p. 218.

²⁵⁰ Medida de eficiência econômica, instituída por Nicholas Kaldor e John Hicks, que abrange parte da eficiência de Pareto que será analisada posteriormente no presente trabalho, que traz critérios menos rigorosos aplicados na economia do bem-estar social (Informação disponível em: <http://www.princeton.edu/~achaney/tmve/wiki100k/docs/Kaldor-Hicks_efficiency.html>. Acesso em: 10 de jan. 2017).

²⁵¹ POSNER, Richard Allen. **The economics analysis of law**. 6. ed. Aspen, 2003. p. 41.

²⁵² POSNER, R. **Economic Analysis of Law**. 4. ed. Little Brown, 1992. p. xix.

²⁵³ DUXBURY, 2001. p. 390.

²⁵⁴ Tradução livre: “um sistema moral baseado em princípios econômicos é congruente e pode dar estrutura às nossas intuições morais cotidianas” (POSNER, R. *The Problems of Jurisprudence*. **Harvard University Press**, 1990. p. 84).

Against the idea that law can be understood only through the use of traditional legal doctrinal concepts base on justice and fairness, economics counters that such understanding can be augmented (supplanted?) by economic concepts, including the criteria of economic efficiency. As such, the Economics in Law and Economics is a body of literature comprised primarily of the concepts within neoclassical microeconomics and welfare economics.²⁵⁵

Portanto, é ferramenta para que o Direito atinja seus objetivos sociais, considerando a influência do utilitarismo clássico sobre as construções atuais da Análise Econômica do Direito, no qual o Estado deve proporcionar de forma eficiente a maximização da felicidade dos indivíduos, por sistema de normas adequado. A busca pelo equilíbrio entre eficiência e equidade – enquanto capacidade de assimilação de regras genéricas.

A economia influencia no âmbito jurídico, especialmente, em relação às externalidades. Ou seja, os efeitos reflexos a externos em relação contratual entre as partes, de modo que analisa o que ultrapassa as barreiras da esfera privada pactuada, como ocorre, por exemplo, na intervenção no Direito concorrencial ou, até mesmo, Direito Ambiental e Penal, para a regulação da economia atrelada à prevenção de dano social, regulando riscos e observando os efeitos das normas e a sua respectiva conveniência social.

Nesse sentido, Thomas Ulen²⁵⁶ defende que a relação Direito/Economia se apresenta como método frutífero, considerando a cientificidade do método proposto pela Economia²⁵⁷ no estudo do Direito. Já que, como visto, analisa a decisão das pessoas em relação a incentivos e demonstra técnicas empíricas

²⁵⁵ Tradução livre: “Contra a ideia de que a lei só pode ser entendida através do uso de conceitos doutrinários jurídicos tradicionais baseados na justiça e justiça, a economia considera que tal entendimento pode ser aumentado (suplantado?) Por conceitos econômicos, incluindo os critérios de eficiência econômica. Como tal, a Economia em Direito e Economia é um corpo de literatura composto principalmente dos conceitos dentro da microeconomia neoclássica e economia do bem-estar” (MERCURO; MEDEMA, 1999. p. 13).

²⁵⁶ ULEN, Thomas S. Direito e Economia para Todos. **Estudos sobre Negócios e Contratos:** uma perspectiva internacional a partir da análise econômica do direito. Coimbra: Almedina, 2017. p. 17.

²⁵⁷ Esse método significa o estudo pela articulação de hipóteses coerentes sobre fenômenos reais atrelada à análise sistemática de dados concernentes à probabilidade estatística do acerto das hipóteses (Cf. ULEN, **A Nobel Prize in Legal Science:** Theory, Empirical Work, and the Scientific Method in the Study of Law, 2002. III, Ver. 875).

para avaliá-las, enquanto o âmbito jurídico significa método de governança e de orientação do comportamento por meio de regras e normas²⁵⁸.

A Análise Econômica do Direito é, portanto, um “conjunto de ferramentas analíticas que podem complementar as ferramentas já tradicionalmente utilizadas pelo Direito”²⁵⁹.

Na mesma esteira, é essencial ressaltar a importância do autor Douglass C. North, que analisa a natureza das instituições e a respectiva influência que tem no desempenho econômico, bem como a promoção da mudança institucional pela cognição humana para analisar as políticas atuais de desenvolvimento.

Além disso, questiona as políticas promovidas pelos Estados quando estes não se dedicam ao estudo dos aspectos econômicos²⁶⁰. Se o mundo fosse inculcado da racionalidade instrumental e experimentasse mercados eficientes²⁶¹ econômica e politicamente²⁶², sem valoração ideológica, haveria a desnecessidade da presença das instituições.

4.2. A escolha eficiente e racional

Para a compreensão da teoria, faz-se necessário compreender o conceito de eficiência econômica, absorvida pela Análise Econômica do Direito, de modo que o primeiro passo é a análise dos postulados adotados. Ejan

²⁵⁸ Ou seja, consolida-se a análise do processo de tomada de decisões, de modo a maximizar a utilidade ou bem-estar, observando as imperfeições do mercado (exemplo: monopólios), custos externos e graves assimetrias de informação (ULEN, 2017. p. 20)

²⁵⁹ Ibid. p. 35.

²⁶⁰ NORTH, Douglass C. Economic Performance Through Time. **The American Economic Review**, Vol. 84, n. 3 (jun., 1994), pp. 359-368. Disponível em: <<https://www.iei.liu.se/nek/730A22/filarkiv-2013/del-1a-andersson/1.516346/NorthEcpertthroughtime.pdf>> Acesso em 12 de outubro de 2017.

²⁶¹ Mercados eficientes são aqueles criados “in the real world when competition is strong enough via arbitrage and efficient information feedback to approximate the Coase zero-transaction-cost conditions and the parties can realize the gains from trade inherent in the neoclassical argument” (NORTH, op. cit. p. 360).

²⁶² Mercados econômicos eficientes são raros de se encontrar e, mercados políticos são impossíveis. Isto pois, os custos de transação como aqueles especificam o que é trocado e fazem cumprir os acordos, no político significa a troca de votos entre eleitores e legisladores, de modo que o eleitor tem pouco incentivo a informação (NORTH, op. cit. p. 361).

Mackaay defende as premissas do individualismo metodológico e das escolhas racionais como base para o instituto²⁶³.

A primeira premissa enfatiza que as análises do contexto social devem submeter-se à apreciação da conduta individual e as suas respectivas escolhas, que influem na coletividade, assim como o efeito de determinada norma sobre o bem-estar coletivo:

*Constitutional political economy is a research program that directs inquiry to the working properties of rules, and institutions within which individuals interact, and the processes through which these rules and institutions are chosen or come into being. The emphasis on the choice of constraints distinguishes this research program from conventional economics, while the emphasis on cooperative rather than conflictual interaction distinguishes the program from much of conventional political science. Methodological individualism and rational choice may be identified as elements in the hard core of the research program.*²⁶⁴

O individualismo metodológico é uma das principais características da economia neoclássica²⁶⁵, que significa “*dominant approach among neoclassical economics in recent times*”²⁶⁶. Decisões racionais pretendem analisar a diferença entre benefícios e custos, para gerar a reflexão sobre o bem-estar e atingir satisfação.

Essa característica do mercado significa variação de preços e consumos. O que, quando trazido à análise econômica, possui seus efeitos irradiados nas normas jurídicas, que também atua na atividade dos indivíduos

²⁶³ MACKAAY, E. Schools: General. In: DE GEEST, G. **Encyclopedia of Law and Economics**, Volume I. The History and Methodology of Law and Economics, Cheltenham, Edward Elgar, 2000. p. 408.

²⁶⁴ Tradução livre: “A economia política constitucional é um programa de pesquisa que direciona a investigação para as propriedades de funcionamento de regras e instituições dentro das quais os indivíduos interagem, e os processos através dos quais essas regras e instituições são escolhidas ou passam a existir. A ênfase na escolha de restrições distingue este programa de pesquisa da economia convencional, enquanto a ênfase na interação cooperativa, em vez de conflitante, distingue o programa de grande parte da ciência política convencional. O individualismo metodológico e a escolha racional podem ser identificados como elementos do núcleo duro do programa de pesquisa” (BUCHANAN, J.M. **The Domain of Constitutional Economics**, Constitutional Political Economy, 1-18, 1990. p. 1).

²⁶⁵ BLAUG, M. **The Methodology of Economics** – or how economists explain. 2. ed. Cambridge University Press, 1994. p. 229.

²⁶⁶ Tradução livre: “abordagem dominante entre a economia neoclássica nos últimos tempos” (KJOSAVIK, D. J. Methodological Individualism and Rational Choice in Neoclassical Economics: A review of Institutional Critique. **Forum for Development Studies**. N. 2, 2003. p. 217).

como estímulo²⁶⁷. Isso acontece, pois “*economic analysis has enjoyed great success by analyzing a legal sanction as if it were a market price. Viewed as a price, the actor sees a sanction as an external constraint*”²⁶⁸.

Gary Becker, como dito anteriormente, demonstrou a relação entre normas e condutas aplicando a teoria de preços e escolhas racionais²⁶⁹. Nesse sentido, Mercurio e Medema explicam:

*The adjustment – through public/legal policy – of the level of illegal activity, be it tortious acts, breach of contract, or criminal behavior, thus becomes a matter of adjusting the prices reflected in the legal rules. To reduce the amount of such activities, one simply raises their prices through the imposition of higher fines or greater jail time by the amount sufficient to induce the desired degree of behavioral change.*²⁷⁰

Diante do exposto, resta claro que a definição neoclássica de eficiência, adotada pela Análise Econômica do Direito, advém do individualismo metodológico e da racionalidade maximizadora.

Neste ponto cabe uma explicação sobre a aplicação dos pressupostos da escolha racional, cuja teoria de racionalidade estratégica visa ao comportamento maximizador, conforme as preferências dos agentes, resultando em alto grau de previsibilidade. O comportamento do ser racional consegue tomar decisão em uma gama de alternativas, de modo que classifica as alternativas, ainda que seu *ranking* de preferência seja transitivo, escolhe o primeiro lugar dele e sempre toma a mesma decisão quando existem alternativas semelhantes²⁷¹.

²⁶⁷ POSNER, 1992. p. 75.

²⁶⁸ Tradução livre: “A análise econômica obteve grande sucesso ao analisar uma sanção legal como se fosse um preço de mercado. Visto como preço, o ator vê uma sanção como uma restrição externa” (COOTER, R. Expressive Law and Economics. **Journal of Legal Studies**. 1998. p. 2).

²⁶⁹ BECKER, Gary S. **A Treatise on the Family**. Enlarged edition, Cambridge, MA, Harvard University Press, 1991. p. 15.

²⁷⁰ Tradução livre: “O ajuste - por meio de políticas públicas / legais - do nível de atividade ilegal, seja de atos ilícitos, quebra de contrato ou comportamento criminoso, torna-se uma questão de ajustar os preços refletidos nas normas legais. Para reduzir a quantidade de tais atividades, basta elevar seus preços através da imposição de multas mais altas ou maior tempo de prisão, pela quantidade suficiente para induzir o grau desejado de mudança comportamental.” (MERCURIO; MEDEMA, 1999. p. 58).

²⁷¹ OLSON, Mancur. **A lógica da ação coletiva** – Os benefícios públicos e uma teoria dos grupos sociais. São Paulo: Edusp. p. 28.

Nesse sentido, “a longo prazo, esperamos naturalmente que um homem racional tenha um desempenho melhor do que um homem irracional, porque os fatos aleatórios se neutralizam e a eficiência triunfa sobre a ineficiência”²⁷², ou seja, o comportamento do indivíduo representa resposta ao seu meio e os reflexos dele provenientes. Assim, diante desse contexto, George Tsebelis²⁷³ aborda dois tipos de exigências para a racionalidade: **(i)** as exigências fracas de racionalidade, que asseguram coerência interna de preferências, e **(ii)** as exigências fortes de racionalidade, que trazem exigências de validação externa.

Seguindo a linha de raciocínio dos requisitos da eficiência, Herbert Simons afirma que “em seu sentido mais amplo, ser eficiente significa simplesmente tomar o caminho mais curto, o meio mais barato, para a consecução dos objetivos desejados”.

É necessário entender que essa concepção possui intensa influência da teoria de Pareto²⁷⁴, na qual a eficiência é definida como equilíbrio de um contexto, o qual não se pode melhorar um dos sujeitos econômicos envolvidos sem prejudicar o outro, o que implica no denominado “Ótimo Social”, já que as trocas resultam de utilidades individuais²⁷⁵.

Assim, os critérios potenciais de Pareto são utilizados para descrever situações “nas quais há indivíduos inicialmente prejudicados pela mudança, mas o benefício daqueles que foram favorecidos é tal que seria suficiente para compensar integralmente os prejuízos dos desfavorecidos”²⁷⁶.

Essa concepção surgiu após a publicação do artigo **The Problem of Social Cost**, de Ronald Coase, que defendeu que a distribuição eficiente dos bens e direitos, quando ausentes os custos de transação²⁷⁷, levaria ao Ótimo de Pareto, pois, conforme dito, nenhuma parte pode melhorar sua situação sem piorar a da outra²⁷⁸.

²⁷² OLSON, p. 28.

²⁷³ TSEBELIS, George. **Jogos Ocultos** – Escolha Racional no Campo da Política Comparada. São Paulo: Edusp, 1998. p. 36.

²⁷⁴ Cf. PARETO, Vilfredo. **Manual de Economia Política**. São Paulo: Abril Cultural, 1984.

²⁷⁵ COOTER, R., e ULEN, T. **Law and economics**. 2. ed. Califórnia: Addison-Wesley, 1996. p. 41.

²⁷⁶ ACCIARRI, 2014. p. 27.

²⁷⁷ Com relação aos custos de transação de Coase, diversas interpretações foram dadas quanto à sua efetividade, desde a consideração de que a análise econômica não deve considerá-los até a constatação de que o Direito eficiente se limita à redução de custos e admite transações voluntárias (ACCIARRI, 2014. p. 32).

²⁷⁸ DUXBURY, 2001. p. 390.

Essa teoria demonstrada por Pareto não necessariamente resolvia os problemas alocativos, pois apenas evitava julgar o bem-estar social quanto aos ganhos ou as perdas individuais, motivo pelo qual Posner passa a disseminar a eficiência potencial de Pareto no âmbito judicial, de modo que os ganhadores poderiam compensar os perdedores, tanto quanto as políticas públicas e decisões²⁷⁹.

Cabe citar também a teoria econômica de Pigou, que incorporou as externalidades na economia, considerando que o indivíduo afetado é o detentor da informação sobre a intensidade do dano sofrido. Porém, no Direito, buscavam-se critérios objetivos para essa ponderação²⁸⁰, como a influência na conduta humana, por meio das escolhas individuais feitas todos os dias²⁸¹, observada nas normas jurídicas. Por esse motivo, as estruturas de ordem social buscam regular o comportamento dos indivíduos e determinar os incentivos das economias.

Um professor da Universidade de Chicago, Coase, demonstra que o mercado encontra seu maior problema em relação aos custos de transação em vez das externalidades. Ele defende que, quando ausentes os custos de transação, a atribuição de direitos de propriedade não muda a alocação dos bens, o que levanta imensa desconfiança quanto às concepções de causalidade e justiça estudadas pelos juristas, e afixa uma brecha para os seus respectivos questionamentos sob a ótica econômica²⁸².

Desse modo, depois da compreensão do instituto, cabe ressaltar a observação feita por Duxbury:

*Today, law and economics is a subject over which controversy and confusion reign. Defining the subject is like trying to eat spaghetti with a spoon. Law and economics can be positive, normative, neo-classical, institutional, Austrian – quite simply, the subject is weighed down by a multitude of competing methodologies and perspectives which are not easily distinguishable.*²⁸³

²⁷⁹ COOTER, 1996. p. 41.

²⁸⁰ ACCIARRI, op. cit. p. 28.

²⁸¹ NELSON, R.R. Bringing institutions into evolutionary growth theory. **Journal of Evolutionary Economics**, 2002. p. 12:17-28.

²⁸² DUXBURY, 2001. p. 389.

²⁸³ Tradução livre: "Hoje, direito e economia é um assunto sobre o qual a polêmica e a confusão reinam. Definir o assunto é como tentar comer espaguete com uma colher. Direito e economia podem ser positivos, normativos, neoclássicos, institucionais, austríacos - simplesmente, o

Para a utilização da Análise Econômica do Direito, a metodologia econômica explica a escolha do instituto pela microeconomia neoclássica, já que se apresenta na vertente descritiva e prescritiva, de modo que aponta os tópicos e busca a adoção de atitudes para o progresso²⁸⁴. Por esse motivo, John Stuart Mill considerou a economia uma ciência mental, preocupada com as condutas humanas na vida econômica²⁸⁵ e os seus processos indutivos.

Milton Friedman considera a metodologia econômica inserida no conceito de ciência ao abandonar o realismo empírico da teoria para considerar suas previsões fáticas:

Such a theory cannot be tested by comparing its “assumptions” directly with “reality”. Indeed, there is no meaningful way in which this can be done. Complete “realism” is clearly unattainable, and the question whether a theory is realistic “enough” can be settled only by seeing whether it yields predictions that are good enough for the purpose in hand or that are better than predictions that are good enough for the purpose in hand or that are better than predictions from alternative theories.²⁸⁶

O objetivo da metodologia consiste na descrição da ciência e no apontamento dos requisitos necessários do conhecimento. Posto isso, passa-se à aplicação da Análise Econômica do Direito pelos Tribunais, tema que, apesar de novo, já é seguramente admitido pelos juízes.

assunto é pesado por uma infinidade de metodologias e perspectivas concorrentes que não são facilmente distinguíveis.” (DUXBURY, 2001, p. 314).

²⁸⁴ BLAUG, 1994. p. XII.

²⁸⁵ Ibid. p. 59.

²⁸⁶ Tradução livre: “Tal teoria não pode ser testada comparando suas “suposições” diretamente com a “realidade”. De fato, não há maneira significativa em que isso possa ser feito. O “realismo” completo é claramente inatingível, e a questão de se uma teoria é realista “suficiente” pode ser resolvida apenas para ver se ela produz previsões que são boas o suficiente para o propósito em questão ou que são melhores do que as previsões propósito na mão ou que são melhores do que as previsões de teorias alternativas” (FRIEDMAN, M. The methodology of positive economics. In: HAUSMAN, D.M. (Ed.), **The philosophy of economics: an anthology**. Cambridge: Cambridge University Press. 1984. p. 237).

4.3. Aplicação da Análise Econômica do Direito pelos Tribunais

Desde o princípio, notou-se que a intersecção entre Direito e Economia não obteve a atenção devida dos juristas brasileiros, especialmente pela até então inércia do uso das ferramentas que lhe são próprias, conforme já trabalhado em tópicos anteriores, de certo modo ignorando essa reinterpretação do ordenamento jurídico conforme as escolhas racionais. A tentativa de “explicar e prever o comportamento dos grupos que participam do sistema jurídico, além de explicar a estrutura doutrinal, procedimental e institucional do sistema”²⁸⁷ restou falha em um primeiro momento.

Diante de todo desenvolvimento do tema, considerando o histórico apresentado, a disciplina começa a tomar forma no Brasil, como bem apontam Pargendler e Salama²⁸⁸, que, a partir de revisão bibliográfica, identificaram pontos para justificar essa morosidade no país. Podem ser destacados a singularidade da ideologia americana, as atitudes divergentes entre ciência e prática, a inaptidão com matemática e economia, os obstáculos linguísticos, o poder dos tribunais estadunidenses, os incentivos aos professores, o protecionismo dos profissionais, a interpretação equivocada sobre o método, as diferenças culturais e a ideologia empregada nas faculdades econômicas, entre outros.

Pode-se visualizar a influência desse déficit na própria academia, especialmente no que diz respeito às especializações. Mesmo assim, o número de decisões com a aplicação da Análise Econômica do Direito aumentou consideravelmente, tendo em vista as decisões exaradas pelos Tribunais, demonstrando que as barreiras apontadas estão, aos poucos, sendo superadas para uma melhor compreensão do instituto.

No Superior Tribunal de Justiça, o caso mais conhecido começou no ajuizamento de uma ação de revisão de prestações do saldo devedor e repetição de indébito em face do Banco do Estado do Rio Grande do Sul S.A., visando ao

²⁸⁷ POSNER, Richard. **Fronteiras da Teoria do Direito**. Tradução de Evandro Ferreira e Silva, Jefferson Luiz Camargo, Paulo Salles e Pedro Sette-Câmara. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011. p. 8.

²⁸⁸ PARGENDLER, Mariana; SALAMA, Bruno. **Law and Economics in the Civil Law World: The Case of Brazilian Courts**. Disponível em: <<http://direitogv.fgv.br/publicacoes/working-papers>>. Acesso em: 01 dez. 2017.

restabelecimento do equilíbrio contratual de financiamento habitacional, com a revisão de cláusulas abusivas. Em primeira instância, foi julgado parcialmente procedente o pedido, com o afastamento da Tabela Price na amortização da dívida e da capitalização dos juros em menos de um ano, além disso foi deferida a compensação das parcelas pendentes com as pagas e os efeitos da mora foram suspensos até decisão final.

Em sede de recurso, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul reconheceu parcialmente a apelação do banco, mas negou provimento e deferiu em parte o provimento à apelação da autora, o que ensejou a oposição de embargos de declaração pelos autores, rejeitados. O banco interpôs recurso especial sob alegação de violação dos arts. 46 e 50 da Lei nº 10.931/2004, pois entendeu que não se aplicam aos contratos de financiamento de imóveis. Ademais, requereu depósito judicial dos valores devidos sob pena de inépcia da ação, o que gerou apresentação de contrarrazões, recurso admitido. Nesse sentido, em seu julgamento, pode-se aferir a linha argumentativa que defende que:

A análise econômica da função social do contrato, realizada a partir da doutrina da Análise Econômica do Direito, permite reconhecer o papel institucional e social que o direito contratual pode oferecer ao mercado, qual seja a segurança e previsibilidade nas operações econômicas e sociais capazes de proteger as expectativas dos agentes econômicos, por meio de instituições mais sólidas, que reforcem, ao contrário de minar, a estrutura do mercado. (REsp 1163283/RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª Turma, j. 07.04.2015, **DJe** 04.05.2015).

O julgamento defendeu que profissionais da área econômica já tinham identificado a Lei nº 10.931/2004 como um dos pontos que denotam a primeira fase da reforma do judiciário, iniciada com EC nº 45/2004, de modo que ambas significam realizações das teorias desenvolvidas pela Análise Econômica do Direito, cujo marco importante resta nos estudos de Coase²⁸⁹.

O interessante da Análise Econômica como método é que pode ser aplicada em praticamente qualquer área jurídica que se pretenda desvelar

²⁸⁹ MONTEIRO. Renato Leite. **Análise econômica do direito**: uma visão didática. Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, 2009.

pontos de eficiência. Nesse sentido, em disciplina completamente distinta da constatada na análise de caso anterior, no Tribunal Regional Federal da 4ª Região, a Desembargadora Cláudia Cristina Cristofani é figura que tem se dedicado a utilizar a Análise Econômica no âmbito da matéria criminal. Desse modo, seus julgados, proferidos na 7ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região e na 4ª Seção do mesmo Tribunal (seção que representa a junção das 7ª e 8ª Turmas de matéria criminal), são fundamentados nas premissas do método econômico para a resolução dos litígios.

Para ilustrar a situação na qual a Magistrada utilizou a Análise Econômica do Direito, tem-se o julgado de Exceção de Suspeição do Juiz Sérgio Moro, no caso da Lava Jato, em seu voto proferido na 4ª Seção do Tribunal Regional Federal da 4ª Região.

Na mesma oportunidade, considerou que o grau de independência dos juízes está diretamente relacionado ao crescimento econômico, pois foi estudada, em 60 países, a relação dos fatores, considerando o Estado-juiz garantidor e obrigado a cumprir seus compromissos e proteger a propriedade²⁹⁰. É nesse sentido que “[...] um feixe de interesses gira em torno deste predicado obrigatório do juiz, que o define e se estabelece em prol não apenas das partes, como também da sociedade e do próprio equilíbrio entre as funções e poderes estatais” (TRF – 4ª Região – 5047412-28.2016.4.04.0000, 4ª Seção, Rel. Cláudia Cristina Cristofani, juntado aos autos em 16.12.2016).

Ainda, sobre a aplicação das sanções em julgado diverso, a magistrada Cláudia Cristofani explicou, em caso de agravo de execução penal interposto contra decisão do Juízo da 2ª Vara Federal de Santa Maria/RS, que indeferiu o pedido de substituição da pena de prestação de serviços à comunidade por prestação pecuniária.

O réu foi condenado a três anos e seis meses de reclusão e ao pagamento de quinze dias-multa, de modo que a pena privativa de liberdade restou substituída por duas penas restritivas de direitos (prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária). Ao alegar não ter tempo hábil para cumprir

²⁹⁰ LARS, F; VOIGT, S. **Economic Growth and Judicial Independence: Cross Country Evidence Using a New Set of Indicators**. CESoFfo Working aper n. 906, Category 2: Public Choice, abr. 2003. Disponível em: <www.SSRN.com>. Acesso em: 04 dez. 2017.

os serviços à comunidade, realizou um pedido de conversão, no qual pediu para que a pena fosse convertida em pecúnia. O pedido foi indeferido.

Tal indeferimento foi objeto de interposição do agravo discutido, que alegou, basicamente, a necessidade da alteração das condições da sentença no que diz respeito ao serviço comunitário, para que ele não fosse prejudicado no seu ofício, invocando o princípio da proporcionalidade, já que a pena deve ser o meio menos gravoso na consecução do objetivo. Nessa oportunidade, a Procuradoria Regional da República manifestou-se pelo desprovimento do recurso.

A juíza, portanto, nos referidos autos sobre a fixação da multa nas situações penais (TRF – 4ª Região 5008766-51.2014.4.04.7102, 7ª Turma, Rel. Cláudia Cristina Cristofani, juntado aos autos em 08.06.2017), abordou sobre a busca de a eficácia ser atingida pela determinada escolha racional, tema já trabalhado em tópico anterior. Para tanto, utiliza-se do já mencionado autor Gary Becker, que se dedicou ao estudo das sanções equilibradas por meio da equidade e da isonomia, para explicar que a lesão cometida à sociedade deve ser mensurada para a aplicação da pena, de modo a se adequar ao sistema valor da justiça.

Sua explicação continua com base em Cass Sunstein²⁹¹, doutrinador que considera a coerência, especificamente no Direito, como ideal compartilhado, devidos aos indivíduos esperam um sistema normativo baseado na igualdade e na equidade, ainda que a coerência dependa anteriormente da resolução de diversos obstáculos, tais como falhas de justiça que denotam problemas no ordenamento.

Explana que, para a aplicação da multa ser eficaz, há que ser suportada pelos menos favorecidos financeiramente e ser relevante para os mais favorecidos, de modo a atender ao requisito do art. 60 do Código Penal, que afirma que a multa deve atender à capacidade econômica do réu, situação que diz respeito à avaliação da prova apresentada pelo acusado e a distribuição do ônus dessa prova.

Entretanto, não se pode exigir a observância exclusiva da situação econômica do apelante, declarada em interrogatório, visto que há outros meios

²⁹¹ SUNSTEIN, Cass R. et all. **Predictably Incoherent Judgments**. John M. Olin Law & Economics Working Paper n. 131, Chicago U, 2010.

para que seja auferida, seja pela natureza do ilícito ou pelo contexto no qual estava inserido, bem como a declaração de baixos rendimentos.

Depreende-se do julgado que, na busca pelo anseio da lei, tem-se a punição do cidadão pelo ilícito cometido, não residindo apenas na aplicação da letra fria da legislação, sob pena de não atingir o seu objetivo: a punição de caráter pedagógico para que o sujeito não reitere no ilícito. Assim, analisam-se os aspectos da vida do indivíduo para se constatar qual a pena mais eficaz a ser empregada.

A atuação do Judiciário na interpretação legal pretende reduzir as possíveis incertezas proporcionadas pela lei, para posicionar as regras e a intervenção no comportamento por meio das decisões, que devem ser dotadas de capacidade de análise dos fatos atrelada à atitude de auferir o sentido da lei. Assim, “o exercício dessa importante função social ressalta a importância da amplitude da consciência dos fatores que interferem com a eficiência social da lei, no momento de sua interpretação e aplicação aos casos concretos”²⁹².

Resta clara a existência de outros julgados que adotam a Análise Econômica do Direito de maneira bastante explícita, como pode ser observado diante da jurisprudência das Turmas Recursais do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná²⁹³. Ainda, há julgados que aplicam o método de maneira implícita, conforme dispõe José Eduardo Figueiro de Andrade Martins²⁹⁴, quando traz à tona o Recurso Especial 962.934/MS²⁹⁵ como exemplo, de relatoria do Ministro Herman Benjamin.

O referido processo cuida de situação de responsabilidade civil do Estado em virtude das más condições dos presídios, tendo em vista que determinado presidiário reclamou por indenização moral devido à superlotação

²⁹² CRISTOFANI, C. **Aspectos Econômicos da Precisão da Decisão Judicial**. 2016. 215f. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídico-Econômicas) – Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa, Lisboa, 2016) p. 105-106.

²⁹³ TJPR – 3ª Turma 0007730-97.2014.8.16.0148/0 – Rolândia – Rel. Renata Ribeiro Bau – j. 29.09.2015; TJPR – 1ª Turma Recursal – 0018364-55.2013.8.16.0030/0 Rel. Gustavo de Almeida – j. 21.10.2014; TJPR – 1ª Turma Recursal – 0010334-60.2013.8.16.0182/0 – Curitiba – Rel. Gustavo de Almeida – j. 21.10.2014.

²⁹⁴ MARTINS, José Eduardo Figueiro de Andrade. **Análise Econômica do Direito é instrumento de Justiça Social**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-jul-10/opiniao-analise-economica-direito-meio-justica-social>>. Acesso em: 02 dez. 2017.

²⁹⁵ Julgado disponível em: <[https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&documento=8839687&termosPesquisados=bGF3IGVjb25vbWljcw==](https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&documento=8839687&termosPesquisados=bGF3IGVjb25vbWljcw==>)>. Acesso em: 05 dez. 2017.

e à falta de condições inabitáveis das celas, não só pela higiene como também pelo tamanho. Entretanto, o ministro relator deferiu o recurso do Estado ao não conceder a indenização. É cabível ressaltar que o Supremo Tribunal Federal aprovou tese de repercussão geral no Recurso Extraordinário 580.252/MS, constatando o dever do Estado de manutenção dos presídios conforme padrões mínimos e ressarcimento de eventuais danos causados aos presidiários caso não sejam observadas essas condições.

Diante do caso, havia três alternativas: **(i)** deferir o pleito do presidiário e conceder a indenização; **(ii)** prover o recurso do estado e reconhecer as violações fundamentais, mas indeferir a indenização por não haver gravidade suficiente ou não ser suficiente para reparar e desestimular a produção do dano; **(iii)** deferir o recurso e indeferir a indenização. O ministro votou no sentido de constatar a condenação estatal como um tipo de pedágio, assim, o Estado paga a indenização em vez de promover melhores condições aos presidiários, o que apenas faria esgotar recursos públicos escassos sem dar fim ao problema. Nesse sentido, explica-se:

Ainda que não o faça de maneira explícita, a fundamentação do seu voto possui uma alta carga de Análise Econômica do Direito, pois se encaixa dentro da hipótese (2). Dentro de um escopo de eficiência, de análise de custo e benefício, o ministro relator entendeu não compensar a reparação por dano moral, pois o custo econômico não traria um benefício social. Ao contrário: aumentaria o custo social, pois seria mais benéfico economicamente ao Estado pagar a indenização ao invés de melhorar as condições do presídio.²⁹⁶

Claro, não apenas sob o aspecto econômico deve ser fundamentada a demanda, mas deve ser considerada a eficiência econômica da indenização depois da constatação de violação de direitos fundamentais, o que implica na indenização, analisando-se os benefícios. Isso denota a importância da aplicação do método sem outorgar objetivos fins do próprio Direito, devendo ser analisado o caso concreto para que seja feita a justiça social.

²⁹⁶ MARTINS, José Eduardo Figueiredo de Andrade. **Análise Econômica do Direito é instrumento de Justiça Social**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-jul-10/opiniaao-analise-economica-direito-meio-justica-social>>. Acesso em: 02 dez. 2017.

4.3.1. Da aplicação da Análise Econômica do Direito na pena de perdimento decorrente da importação de mercadoria

Por ora, com relação à temática muito específica do Direito Aduaneiro, objeto de estudo do presente trabalho, não se encontrou na análise jurisprudencial julgado que utilizasse expressamente o instituto da Análise Econômica do Direito. Contudo, pode-se verificar julgado do Superior Tribunal de Justiça a seguir tal aplicabilidade:

Tributário. Recurso especial. Mercadoria importada. Dano ao erário inexistente. Pena de perdimento. Inaplicabilidade. Proporcionalidade.

[...]

Ademais, inexistente comprovação de que o contribuinte tenha utilizado algum meio fraudulento objetivando burlar os encargos tributários, de modo que se **afigura exorbitante a aplicação da pena de perdimento**, podendo, em vez desta, ser aplicada multa e determinada a reetiquetagem do produto.

(REsp 639.252/PR, Rel. Min. João Otávio de Noronha, 2ª Turma, j. 21.11.2006, DJ 06.02.2007. p. 286).

O Relatório descreveu a narração fática como a situação na qual a 1ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, em sede de apelação e remessa oficial, julgou o caso tributário de pena de perdimento e dano ao erário presunçosa, tendo em vista a aposição de declaração nas etiquetas, indicando falsa procedência das mercadorias, ao se tomar na literalidade a disposição descrita, cria uma presunção de dano ao erário. Contudo, por não ser responsabilidade objetiva que incidiria sobre o contribuinte a perda, considerando os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, houve o acolhimento parcial de embargos de declaração opostos.

Posteriormente, julgou-se os embargos infringentes, considerando que para a aplicação da pena de perdimento seria imprescindível a real existência de dano ao erário, e a consolidação de determinada hipótese dos arts. 513 e ss. do Regulamento Aduaneiro para a imposição de penalidade na intensidade do perdimento administrativo de bens.

Desse modo, afirmou que o caso contou com o adequado recolhimento dos tributos aduaneiros e com a necessária documentação de instrução do despacho de importação, de modo que não houve dano ao erário e que possível prejuízo ocasionado ao consumidor em detrimento da circulação de produtos com falsa identificação de procedência atentaria ao Direito do Consumidor e lei de economia popular e não Direito Tributário, como figura no caso.

Nesse sentido, defende o princípio da proporcionalidade quanto à necessidade e à adequação dos meios empregados, como no referido caso, podendo ser aplicável penalidade mais branda ou designação de providência menos gravosa ao contribuinte – como a reetiquetagem das mercadorias, o que conclui demasiadamente a pena imposta.

A Fazenda Nacional interpôs recurso especial e defende que a aplicação da pena de perdimento está condicionada à ocorrência de dano ao erário, de modo que, na situação fática, esse dano está configurado, pois a mercadoria possuía etiqueta indicando falsa procedência – observa-se que essa situação tinha de pôr fim à fraude ao fisco, e essa indicação falsa preenche os requisitos para a imputação da pena de perdimento, já que o ilícito apontado é passível de enquadramento legal.

Assim, o recurso especial teve seu provimento negado pelo Superior Tribunal de Justiça, tendo em vista que são estritamente necessárias a comprovação de dano ao erário e a flexibilização da pena de perda de mercadoria estrangeira, de modo que, por meio da proporcionalidade, atrelada à interpretação legislativa e à jurisprudência da Corte, a pena de perdimento só tem aplicação quando efetivamente comprovada a ocorrência de dano aos cofres públicos.

O que se pode presumir é a boa-fé, visto que tampouco há comprovação de utilização de meio fraudulento para burlar os encargos tributários. Assim, decide-se pela aplicação de multa e reetiquetagem do produto.

Analisadas as premissas da Análise Econômica do Direito, esse caso demonstra claramente sua utilização ao converter a pena de perdimento em multa, visto seu conjunto de ferramentas teórico que auxilia nas respostas dos

agentes, servindo “para iluminar problemas jurídicos e para apontar implicações das diversas possíveis escolhas normativas”²⁹⁷.

Em caso semelhante julgado pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, o Recurso de Apelação 5000605-72.2016.4.04.7008/PR utilizou de maneira singela a aplicação da Análise Econômica. Trata-se de mandado de segurança impetrado em face do Chefe do Serviço de Vigilância Agropecuária em Paranaguá, visando à colocação de novas etiquetas nos tambores das mercadorias importadas, para que se proceda o desembaraço aduaneiro.

A sentença foi procedente, mas não afastou a possibilidade de realização de prévia análise laboratorial da mercadoria importada, caso assim necessário ou conveniente conforme a fiscalização federal, considerando seu poder de polícia e a desnecessidade de autorização judicial. A União apelou pela legitimidade do ato, sob o fundamento de que inexistia previsão legal que autorize a correção de rótulo em zona primária. Com as contrarrazões, os autos foram para o julgamento, que considerou que:

[...] não é razoável obstaculizar os direitos da importadora, tampouco o adimplemento de um negócio jurídico, frustrando expectativas recíprocas dos contratantes, com fulcro unicamente em questão formal, qual seja, a etiqueta de rotulagem dos tambores que contêm o produto. Portanto, não se vislumbra óbice à impetrante proceder à etiquetagem dos produtos importados, eis que ausente qualquer elemento que permita se concluir pela má-fé do contribuinte (TRF 4ª Região – 5000605-72.2016.4.04.7008, 1ª Turma, Rel. Jorge Antonio Maurique, juntado aos autos em 01.06.2017).

No caso em tela, o voto caminhou no sentido de que a própria pena de perdimento seria uma sanção ineficaz e irracional diante da infração cometida no processo, o que contrariaria o interesse público, que objetiva a penalização adequada do ilícito para que seja permitida a reparação do dano causado, de maneira a priorizar os pressupostos da livre-iniciativa.

Ademais, fora da esfera das decisões judiciais, apenas para exemplificar a aplicabilidade do método da Análise Econômica do Direito no âmbito administrativo, como em casos de Direito Ambiental, tem-se a utilização do Termo de Ajustamento de Conduta, que determina a reparação do dano perante

²⁹⁷ SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é pesquisa em Direito e Economia? **Cadernos Direito GV**, v. 5. p. 4-58, 2008. p. 6.

o meio ambiente e, conseqüentemente, a sociedade, de forma diversa que não a submissão ao pagamento da multa.

Com o objetivo de cessar, reparar e prevenir o dano – seja na fase extrajudicial ou judicial –, promove-se um “acordo sobre a concretização dos direitos e interesses coletivos envolvidos para a definição das condições de cumprimento da obrigação”²⁹⁸. Pressupõe o compromisso de recomposição do dano causado e a imposição de sanções quando o ressarcimento não restar suficiente à repressão e à prevenção.

Aproveitando o gancho da preocupação de atuação preventiva, a aplicação da Análise Econômica também pode – e deve – seguir esse caminho, como pode ser demonstrado, por exemplo, o Programa de Recuperação Fiscal (Refis), instituído pelo Governo Federal conforme o objetivo de oferecer possibilidade simples de parcelamento de dívidas fiscais a pessoas jurídicas, mecanismo que visa à regularização de créditos da União²⁹⁹.

Assim, de modo não diferente, o Estado adotou essa modalidade no campo do Direito Aduaneiro ao permitir que no momento em que a Receita Federal do Brasil faça retenção da mercadoria para análise do Procedimento Especial de Controle Aduaneiro – que provavelmente irá culminar em Pena de Perdimento –, na qual o importador poderá liberar a carga mediante caução, nos termos do art. 5º-A da Instrução Normativa 1169/11:

Art. 5º-A. Caso as irregularidades que motivaram a retenção de que trata o art. 5º sejam exclusivamente as elencadas nos incisos IV e V do *caput* do art. 2º, a mercadoria poderá ser desembaraçada ou entregue antes do término do procedimento especial de controle mediante a prestação de garantia.

Ou seja, a liberação da carga se torna eficaz e racional tendo em vista que, caso constatado como um caso de perdimento, o valor que garantiu a liberação será convertido em uma multa do total de 100%. Assim, significa hipótese na qual a norma está atingindo seu objetivo de eficácia, pois o importador terá sanção adequada ao seu caráter pedagógico para que não se

²⁹⁸ GAVRONSKI. Alexandre Amaral. **Técnicas extraprocessuais de tutela coletiva**. São Paulo: RT, 2011. p. 382.

²⁹⁹ Informação disponível em: <<http://www.administradores.com.br/noticias/negocios/saiba-o-que-e-refis/102106/>>. Acesso em: 02 dez. 2017.

tenha reincidência no ilícito, e racional, pois é um valor adequado para o Estado punir, já que não trará prejuízo à livre-iniciativa.

Caso sejam analisadas as demais hipóteses do art. 2º da referida Instrução Normativa – sendo excluído os incisos IV e V –, são mercadorias que têm sua importação proibida em território nacional, que dificilmente seria sanável por erro material ou algo similar.

Nesse sentido, ainda se mostra desafiadora a aplicação da Análise Econômica perante os Tribunais, que deve ultrapassar barreiras tanto culturais quanto do próprio ordenamento jurídico da *civil law*, mas, em contrapartida, cada vez mais os juízes estão abertos à interpretações e métodos que facilitem o processo como um todo, o que efetiva o direito pleiteado.

A Análise Econômica do Direito como ferramenta de estudo utilizada para a compreensão dos efeitos econômicos das sanções aduaneiras, pode destacar que as penalidades exacerbadas, conforme demonstradas, prejudicam a atividade aduaneira se não aplicadas adequadamente ou aplicadas discricionariamente. O equilíbrio resta prejudicado e, conseqüentemente, a concretização dos direitos fundamentais. Não se pode punir de maneira descabida um indivíduo que promove sua atividade econômica com base nos princípios da boa-fé de modo que, ainda que não comprovado o meio fraudulento para burlar os encargos tributários, aplica-se a multa, como analisado em um dos julgados acima.

Nesse contexto, apesar da Análise Econômica do Direito ainda não ser utilizada nos Tribunais da maneira como se almeja entrelaçar no presente trabalho, a sua consolidação como um instrumento que busca a eficácia e promove o estudo do caso sob a perspectiva econômica já foi construída no âmbito teórico e percebe-se cada vez mais sua incidência prática, o que resulta na consolidação dos direitos fundamentais e na promoção da justiça.

Deste modo, pode-se perceber que sua utilização é essencial para que não se cometam arbitrariedades e desequilíbrios no Direito Aduaneiro, visto que a base econômica auxilia, nesse sentido, na complementação da justiça, congruência da efetivação dos princípios da livre iniciativa e interesse público e seus respectivos exercícios pelos cidadãos. Deve ser instrumento de promoção da justiça, sanando os eventuais percalços e dificuldades que os efeitos meramente econômicos trazem para a atividade, extremamente importante no

contexto global, principalmente no que diz respeito à importação, de modo que sua penalidade não pode, de maneira alguma, significar inviabilidade de negócio, devido ao poder arbitrário do Estado e suas decisões não condizentes com os preceitos constitucionais.

Espera-se que a Análise Econômica do Direito possa passar a ser utilizada com uma frequência tal que promova a análise dos resultados de determinadas decisões, para que as penalidades possam ser sopesadas e efetivadas harmoniosamente, tanto com o ordenamento jurídico, quanto com a atividade livre e, respeitando o interesse público de modo parcial – conforme já observado e analisado pois não pode ser incumbido de caráter absoluto.

É para tanto que se buscou, no presente trabalho, demonstrar o Direito Aduaneiro e sua conexão com a Análise Econômica do Direito diante da efetivação dos princípios constitucionais, demonstrando seus efeitos práticos nos limites impostos para que seja promovida a adequada justiça e estudo das penalidades aduaneiras.

CONCLUSÃO

Diante da vasta análise dos institutos do Direito Aduaneiro, conclui-se que os princípios da livre-iniciativa e do interesse público representam os freios e contrapesos que traçam os limites para as sanções aduaneiras. Isto pois, é claro é interesse da coletividade para que as pessoas tenham sua condenação adequada, sem incorrer em arbitrariedades, que poderiam colocar em risco o próprio ordenamento jurídico na sua totalidade.

Da mesma forma, é necessária a observância obrigatória da livre-iniciativa, de modo que a sanção esteja adequada a esse pressuposto, caso contrário, pode-se recair em uma concorrência desleal, na qual o Estado não pode apenas aplicar as penalidades mensurando a coletividade, sem que considere a iniciativa privada como fomentador social que deve ser preservada e tratada de maneira igualitária perante todos os outros agentes do mercado.

Nesse sentido, portanto, a Análise Econômica do Direito propõe uma ótima e racional escolha para a aplicação da sanção aduaneira. Esse método pode abordar a situação-problema de maneira positiva, ocupando-se das previsões das consequências das normas jurídicas ou de forma normativa, ao formular possíveis normas com base nos efeitos econômicos³⁰⁰.

Considerando que o Direito tem dificuldade na organização do sistema normativo adequado para a concretização dos direitos fundamentais, as outras ciências devem suprir essa lacuna ferramental analítica. Assim, a Economia, cujo objeto de estudo é o comportamento humano e a consequente ordenação e administração de recursos escassos³⁰¹, pretende criar possibilidades de previsão de condutas dos agentes para aplicar nas instituições jurídicas.

Raquel Sztajn traduz essa necessidade normativa devido ao fato de que

[...] pesquisas já assinalaram que os países com sistemas jurídicos decorrentes da *civil law* (tradição de direito romano-germânico) possuem baixo desempenho econômico, pois são países que oferecem menor proteção jurídica aos investidores em razão do

³⁰⁰ PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, Economia e Mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 88.

³⁰¹ NUSDEO, Fábio. **Curso de Economia** – Introdução ao Direito Econômico. 4. ed. São Paulo: RT, 2005. p. 44.

conteúdo das normas jurídicas (direito material) e da forma de cumprimento destas (direito processual), o que resulta em mercados de crédito e de capitais com menor desenvolvimento.³⁰²

Essa interação entre Direito e Economia é tão interessante que os estudiosos desse tema consideram os sistemas jurídicos como reprodutores dos fatores que determinam o desempenho econômico, de modo que a eficiência de reserva da economia sofra considerável distorção diante da existência do risco jurídico³⁰³.

Nesse sentido, a eficiência de Pareto e Kaldor-Hicks se desenvolve e dá espaço à concepção promovida por Galdino, que defende o instituto condicionado pelos valores da sociedade e por fatores sociais, políticos e econômicos³⁰⁴, ou seja, a maximização da efetividade para que sua aplicação seja condizente com os limites de recursos e valores morais.

Nessa perspectiva, é que se pretende a concretização dos direitos da livre-iniciativa e do interesse público, observando seus limites entre freios e contrapesos, para que as sanções aduaneiras e, especialmente, a pena de perdimento não sejam inadequadas com relação a proporcionalidade, incidência e efeitos.

O caso deve ser analisado a partir da racionalidade, observados os custos de transação e externalidades para que as normas recaiam em uma perspectiva consciente de aplicação, bem como as condutas sejam incentivadas por meio do individualismo metodológico, trazendo ao sistema uma complexa eficiência na efetivação dos referidos direitos.

Cabe ressaltar que “o direito inadequado em grau extremo é um dos principais causadores da pobreza e da violência”³⁰⁵, o que faz com que o Direito estruturado de maneira inadequada seja um dos principais causadores da não concretização dos direitos fundamentais.

³⁰² ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel; PINHEIRO, Armando Castelar [et al.]. **Direito e economia**: análise econômica do direito e das organizações. Rio de Janeiro: Campus, 2005. p. 42.

³⁰³ TIMM, Luciano Benetti; Alexandre Bueno Cateb [et al.]. **Direito e economia no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2014. p. 54.

³⁰⁴ GALDINO, Flávio. **Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos**: Direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 241.

³⁰⁵ Ibid. p. 269.

Assim, a Análise Econômica do Direito é instrumento necessário para avaliar os efeitos econômicos das sanções aduaneiras e orientar que sua formulação de maneira adequada que consiga produzir os efeitos mais equilibrados e justos para fins de concretização dos direitos fundamentais. Há que se desapegar da concepção de economia como instrumento negativo de concretização dos direitos, especialmente visto que seu instrumental teórico possui plena competência e capacidade para guiar a atuação estatal visando à maximização dos direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS

- ACCIARRI, Hugo A. **Elementos da Análise Econômica do Direito dos Danos**. Coord. Marcia Carla Pereira Ribeiro. São Paulo: RT, 2014.
- ALEXANDRE, Ricardo. **Direito tributário esquematizado**. São Paulo: Método, 2013.
- ALVES, Ivan D. Rodrigues; MATAL; Piragibe Tostes C. **Teoria e Prática do Direito do Trabalho**. 8. ed. Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas, 1988.
- ALVIM, José Eduardo Carreira. **Tratado Geral da Arbitragem**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.
- AMARAL NETO, Francisco dos Santos. A liberdade de iniciativa econômica. Fundamento, natureza e garantia constitucional. **Revista de Informação Legislativa**, a. 23, n. 92.
- AMARO, Luciano. **Direito Tributário Brasileiro**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- ATALIBA, Geraldo. **Sistema Constitucional Tributário**. São Paulo: RT, 1968.
- BALSADÚA, Ricardo Xavier. **El derecho aduanero y la Organización Mundial del Comercio**. Buenos Aires: Lexis Nexis, 2007.
- _____. La Aduana: Concepto y Funciones Esenciales y Contingentes. **Revista de Estudios Aduaneros**, Buenos Aires, n. 1. p. 48, 2007.
- _____. **Introducción al Derecho Aduanero: concepto y contenido**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2011.
- _____. **Tributos al Comercio Exterior**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2011.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 6. ed. São Paulo: Saraiva: 2004.
- BECKER, Gary S. **A Treatise on the Family**. Enlarged edition, Cambridge, MA, Harvard University Press, 1991.
- BENTHAM, Jeremy. **An Introduction to the Principles of Morals and Legislation**. 1789. Disponível em: <<http://www.earlymoderntexts.com/assets/pdfs/bentham1780.pdf>>. Acesso em: 02 dez. 2017.

- BETTU, Emilio. **Teoria geral do negócio jurídico**. Coimbra: Editora Coimbra, 1969.
- BEZERRA, Eduardo Navarro; ULIANA JUNIOR, Laércio Cruz. Importação por Conta e Ordem de Terceiros: Teoria e Prática. In: BRITTO, Demes (coord.). **Questões Controvertidas do Direito Aduaneiro**. São Paulo: IOB Folhamatic EBS – SAGE, 2014.
- BIA, João Francisco. Sonegação, fraude e conluio como hipótese de agravamento da multa na legislação tributária federal. **Revista Dialética do Direito Tributário**, São Paulo, n. 133, 2006.
- BINENBOJM, Gustavo. **Interesses Públicos versus Interesses Privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- _____. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- _____. Da Supremacia do Interesse Público ao Dever de Proporcionalidade: Um novo paradigma para o Direito Administrativo. In: SARMENTO, Daniel (org.). **Interesses públicos versus Interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- BITENCOURT, Cezar Roberto; CONDE, Francisco Muñoz. **Teoria geral do delito**. São Paulo: Saraiva, 2000.
- BLAUG, M. **The Methodology of Economics – or how economists explain**. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 1994.
- BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 2004.
- BRUYN JÚNIOR, Herbert Cornelio Pieter. **A pena de perdimento no direito aduaneiro brasileiro**. 2016. 430 fls. Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2016. Disponível em: <<https://sapientia.pucsp.br/bitstream/handle/19641/2/Herbert%20Cornelio%20Pieter%20de%20Bruyn%20J%3%BAnior.pdf>>. Acesso em: 05 out. 2017.
- BUCHANAN, J.M. **The Domain of Constitutional Economics**. Constitutional Political Economy, p. 1-18, 1990.
- BUNDCHEN, Somaia Gasel. **A natureza jurídica das multas tributárias**. Disponível em: <<http://www.ibet.com.br/wp-content/uploads/2017/01/Somaia-Gasel-Khodr-B%3%BCndchen-A-natureza-jur%3%ADdica-das-multas-tribut%3%A1rias.pdf>>. Acesso em: 03 set. 2017.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

- CARLUCI, José Lence. **Uma introdução ao Direito Aduaneiro**. São Paulo: Aduaneiras, 1997.
- CARRAZA, Roque Antonio. **Curso de direito constitucional tributário**. São Paulo: Malheiros, 2012.
- CARRERO, Germán Pardo. Razón de ser del derecho aduanero. **El Derecho Aduanero en el Siglo XXI**. Bogotá: Legis, 2009.
- CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito Tributário: Fundamentos Jurídicos da Incidência**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- _____. A regra-matriz de incidência do imposto sobre importação de produtos estrangeiros. **Revista de Estudos Tributários e Aduaneiros da Receita Federal**, Brasília, v. 1, n. 1. p. 61 – 77, ago/dez 2014. Disponível em: <<http://www.revistadareceitafederal.receita.fazenda.gov.br/index.php/revistadareceitafederal/article/view/95>>. Acesso em: 21 de mai. 2017.
- _____. **Curso de Direito Tributário**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. **Curso de Direito Administrativo**. Salvador: JusPodivm, 2008.
- COELHO, Flávio José Passos. **Facilitação Comercial: desafio para uma Aduana moderna**. São Paulo: Aduaneiras, 2008.
- COELHO, Sacha Calmon Navarro. **Resenha Tributária**. Cadernos de Pesquisas Tributárias. CEUU, São Paulo, 1979.
- CONTRERAS, Máximo Carvajal. **Derecho Aduanero**. 15. ed. México D. F.: Editorial Porrúa México, 2009.
- COSTA, Regina Helena. **Notas Sobre a Existência de um Direito Aduaneiro**. Importação e exportação no Direito Brasileiro. Belo Horizonte: RT, 2004.
- COTTER, Juan Patricio. **Las Infracciones Aduaneras**. 2. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2013.
- COOTER, R. Expressive Law and Economics. **Journal of Legal Studies**. 1998.
- COOTER, R.; ULEN, T. **Law and economics**. 2. ed. Califórnia: Addison-Wesley, 1996.
- CRETELLA JUNIOR, José. **Curso de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- CRISTOFANI, C. **Aspectos Econômicos da Precisão da Decisão Judicial**. 2016. 215f. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídico-Econômicas) – Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa, Lisboa, 2016.

- DALLA, Ricardo Corrêa. **Multas tributárias: natureza jurídica, sistematização e princípios aplicáveis**. [S.l.]: Del Rey, 2002.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. **Interesse público na contratação das entidades da administração descentralizada**. Suplemento Jurídico da Procuradoria Jurídica do Departamento de Estradas e Rodagem. v. 126, jan./mar., São Paulo, 1987.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.
- _____. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007.
- DOMINGO, Luiz Roberto. **Direito aduaneiro e direito tributário – regimes jurídicos distintos**. Tributação Aduaneira à luz da jurisprudência do CARF – Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. São Paulo: MP Editora, 2013. p. 185-204.
- DUXBURY, N. **Patterns of American Jurisprudence**. Oxford: Clarendon Press, 2001.
- ENTERRIA, Garcia de; FERNANDEZ, Tomás Antonio. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: RT, 1990.
- ESCOLA, Hector Jorge. **El Interés Público Como Fundamento Del Derecho Administrativo**. 1989:31.
- FERRAZ, Tércio Sampaio. Congelamento de preços – tabelamentos oficiais. **Revista de Direito Público**, n. 91, 1989.
- FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Aurélio Século XXI – o dicionário da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.
- FERREIRA, Daniel. **Sanções administrativas**. São Paulo: Malheiros, 2001.
- FERREIRA, Rony. **Importação e exportação no direito brasileiro**. Importação e exportação no direito brasileiro. São Paulo: RT, 2004.
- FILHO, José dos Santos Carvalho. **Manual de Direito Administrativo**. 15. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- FOLLONI, André Parmo. **Tributação sobre o Comércio Exterior**. São Paulo: Dialética, 2005.
- FOLLONI, André Parmo. Normas Aduaneiras: Estrutura e Função. **Temas Atuais de Direito Aduaneiro**. São Paulo: Lex Editora, 2008.
- FOLLONI, André Parmo. **Ciência do Direito Tributário no Brasil: crítica e perspectivas a partir de José Souto Maior Borges**. São Paulo: Saraiva, 2013.
- FORGIONI, Paula A. **Os Fundamentos do Antitruste**. São Paulo: RT, 1998.

- FREITAS, Vladimir Passos de. **Importação e exportação no Direito Brasileiro**. São Paulo: RT, 2004.
- FRIEDMAN, M. The methodology of positive economics. In: Hausman, D.M. (Ed.), **The philosophy of economics: an anthology**. Cambridge, Cambridge University Press. 1984.
- FRIEDRICH, Tatyana Scheila. **Normas Imperativas de Direito Internacional Privado: Lois de Police**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.
- GALDINO, Flávio. **Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos: Direitos não nascem em árvores**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- GARCIA, Sérgio Renato Tejada. Defesa em Juízo. **Importação e exportação no Direito Brasileiro**. São Paulo: RT, 2004.
- GAVRONSKI, Alexandre Amaral. **Técnicas extraprocessuais de tutela coletiva**. São Paulo: RT, 2011.
- GRECO, Marco Aurélio. Multa agravada e em duplicidade. **Revista Dialética do Direito Tributário**, n. 76, 2002.
- GARCIA, Fernando; CONTREAS, Máximo. **Derecho Aduanero**. México: Editorial Porrúa, 2004.
- GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- _____. **Direito, Conceitos e Normas Jurídicas**. São Paulo: RT, 1988.
- GRINOVER, Ada Pellegrini et. al. **Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1994.
- GUEDES, Ricardo Catunda N. Supremacia do interesse público sobre o interesse privado em face dos direitos fundamentais. **Revista Mestrado em Direito**. Osasco, a. 7, n. 1, 2007.
- HACHEM, Daniel Wunder. **Princípio Constitucional da Supremacia do Interesse Público**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.
- HARET, Florence. Princípios (e interpretações) aplicáveis às sanções tributárias: análise das imposições de ordem constitucional e da exegese mais recente da jurisprudência em matéria de ilícitos tributários. **Revista tributária das Américas**, RT, São Paulo, v. 9, 2014.
- HORTA, Raul Machado. **Direito constitucional**. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 12. ed. São Paulo: RT, 2016.

_____. O princípio da moralidade pública e o direito tributário. **Revista Trimestral de Direito Público**. São Paulo, Malheiros, 1995. v. 11. p. 52.

KJOSAVIK, D. J. **Methodological Individualism and Rational Choice in Neoclassical Economics**: A review of Institutional Critique. Forum for Development Studies. N. 2, 2003.

LABATUT, Ênio Neves. **Teoria e prática de comércio exterior**. 3. ed. São Paulo: Aduaneiras, 1990.

LACOMBE, Américo Lourenço Masset. **Imposto de Importação**. São Paulo: RT, 1979.

LARS, F; VOIGT, S. **Economic Growth and Judicial Independence**: Cross Country Evidence Using a New Set of Indicators. CESoFfo Working aper n. 906, Category 2: Public Choice, abr/2003. Disponível em: <www.SSRN.com>. Acesso em: 04 dez. 2017.

LIMA, Sebastião de Oliveira. Perdimento de bens. **Revista de Direito Tributário**, São Paulo, Malheiros Editores, n. 58, 1991.

LOPES FILHO, Osiris de Azevedo. **Regimes Aduaneiros Especiais**. São Paulo: RT, 1984.

MACHADO, Hugo de Brito. **Estudos de Direito Penal Tributário**. São Paulo: Atlas, 2002.

_____. A pena de perdimento de bens e a insubsistência do fato gerador da obrigação tributária. **Revista de Estudos Tributários**, n. 57, 2007.

MACKAAY, E. Schools: General. In: DE GEEST, G. **Encyclopedia of Law and Economics**, Volume I. The History and Methodology of Law and Economics, Cheltenham, Edward Elgar, 2000.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Direitos Fundamentais do Contribuinte**. Pesquisas Tributárias – Nova Série, RT, São Paulo, n. 6, 2000.

MARTINS, José Eduardo Figueiredo de Andrade. **Análise Econômica do Direito é instrumento de Justiça Social**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-jul-10/opinio-analise-economica-direito-meio-justica-social>>. Acesso em: 02 dez. 2017.

MATTHES, Rafael Antonietti. Introdução ao Direito Aduaneiro. **Temas Atuais do Direito Aduaneiro Brasileiro e notas sobre o direito internacional**. São Paulo: IOB, 2012.

MEIRA, Liziane Angelotti. **Regimes Aduaneiros Especiais**. São Paulo: IOB, 2002.

- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.
- MELLO, Rafael Munhoz de. **Princípios constitucionais de direito administrativo sancionador**: as sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988. São Paulo: Malheiros, 2007.
- MERCURO, N.; MEDEMA, S.G. **Economics and the Law**: From Posner to PostModernism. Princeton University Press, 1999.
- MILLER, James. **Game Theory at Work**: how to use game theory of outthink and outmaneuver your competition. McGraw-Hill, 2003.
- MONTEIRO, Renato Leite. **Análise econômica do direito**: uma visão didática. Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, 2009.
- MONTENEGRO, Antonio Lindbergh C. **Ressarcimento de danos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- MORAES, Augusto Fauvel de. Retenção de mercadorias mediante caução é ilegal. **Conjur**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2013-ago-12/augusto-fauvel-retencao-mercadorias-mediante-caucao-ilegal>>. Acesso em: 3 dez. 2017.
- NELSON, R.R. Bringing institutions into evolutionary growth theory. **Journal of Evolutionary Economics**, 2002.
- NOGUEIRA, Ruy Barbosa. **Curso de Direito Tributário**. São Paulo: Saraiva, 1990.
- NORTH, Douglass C. Economic Performance Through Time. **The American Economic Review**, v. 84, n. 3, jun. 1994, p. 359-368.
- NUSDEO, Fábio. **Curso de Economia**: Introdução ao Direito Econômico. 4. ed. São Paulo: RT, 2005.
- OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. **Por uma teoria dos princípios**: o princípio constitucional da razoabilidade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- OLSON, Mancur. **A lógica da ação coletiva** – Os benefícios públicos e uma teoria dos grupos sociais. São Paulo: Edusp.
- OMA. **Glossaire des Termes Douaniers Internationaux**. Disponível em: <http://wcoomdpublishings.org/downloadable/download/sample/sample_id/152/>. Acesso em: 01 set. 2017.
- OSÓRIO, Fábio Medina. Existe uma supremacia do interesse público sobre o privado no Direito Administrativo brasileiro? **Revista de Direito Administrativo**, n. 220, 2000.
- PADILHA, Maria Ângela Lopes Paulino. **As sanções no direito tributário**. São Paulo: Noeses, 2015.

- PARETO, Vilfredo. **Manual de Economia Política**. São Paulo: Abril Cultural, 1984.
- PARGENDLER, Mariana; SALAMA, Bruno. **Law and Economics in the Civil Law World: The Case of Brazilian Courts**. Disponível em: <<http://direitogv.fgv.br/publicacoes/working-papers>>. Acesso em: 01 dez. 2017.
- PETTER, Lafayette Josué. **Princípios constitucionais da ordem econômica**. O significado e o alcance do art. 170 da Constituição Federal. São Paulo: RT, 2005.
- PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, Economia e Mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.
- PIRES, Adriana C. **O surgimento do direito aduaneiro**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 1º dez. 2008. Disponível em: <<http://conteudojuridico.com.br/artigo,o-surgimento-do-direito-aduaneiro,21903.html>>. Acesso em: 21 ago. 2017.
- PONCE, Andrés Rohde. **Derecho Aduanero Mexicano: fundamentos y regulaciones de la actividad aduanera**. México D. F.: ISEF, 2008. v. 1.
- PONCIANO, Vera Lucia. **Sanção aplicável ao subfaturamento na importação: pena de perdimento ou pena de multa**. Temas de direito aduaneiro. São Paulo: Lex Editora, 2008.
- _____. Controle de preços pelo DECEX – Departamento de Operações e Comércio Exterior no licenciamento não automático. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 27, dez. 2008. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao027/vera_ponciano.html>. Acesso em: 05 dez. 2017.
- POSNER, Richard. **Fronteiras da Teoria do Direito**. Tradução de Evandro Ferreira e Silva, Jefferson Luiz Camargo, Paulo Salles e Pedro Sette-Câmara. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.
- _____. **The economics analysis of law**. 6. ed. Rio de Janeiro: Aspen, 2003.
- _____. **Economic Analysis of Law**. 4. ed. Boston: Little Brown, 1992.
- _____. **The Problems of Jurisprudence**. Cambridge: Harvard University Press, 1990.
- PRADO, Maurício Prado; DE SANTANA, Renata Duarte. **O Brasil e a globalização: pensadores do direito internacional**. São Paulo: Editora de Cultura, 2013.
- REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. São Paulo: Saraiva, 2002.
- RIBAS, Lídia Maria Lopes Rodrigues. **Direito penal tributário – questões relevantes**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

- RODRIGUES, Marilene Talarico Martins. Direitos Fundamentais do Contribuinte. Pesquisas Tributárias Nova Série, **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 6, 2000.
- ROTHMANN, Gerd Willi. **Afinal, o planejamento tributário pode ser criminoso?** Tributação brasileira em evolução: estudos em homenagem ao Professor Alcides Jorge Costa. IAPS, São Paulo, 2016.
- SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é pesquisa em Direito e Economia? **Cadernos Direito GV**, v. 5. p. 4-58, 2008.
- SANTOS OLIVEIRA, Sônia dos. **O princípio da Livre-Iniciativa**. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=851>>. Acesso em: 03 dez. 2017.
- SARMENTO, Daniel. **Interesses Públicos versus Interesses Privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- _____. Colisões entre direitos fundamentais e interesses públicos. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio. **Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Cia. das Letras, 2000.
- SEHN, Solon. **Pressupostos de incidência do imposto de importação no direito brasileiro**. 2015. Tese (Doutorado em Direito) – PUC-SP, São Paulo. Disponível em: <<https://sapientia.pucsp.br/handle/handle/6961>>. Acesso em: 01 jun. 2017.
- SCHMITT, Carl. Verfassungslehre, Unveraenderter Neudruck. In: BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- SILVA, Paulo Roberto Coimbra. **Direito tributário sancionador**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.
- SMITH, Adam. **A riqueza das nações**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. v. II.
- SOSA, Roosevelt Baldomir. **A Aduana e o Comércio Exterior**. São Paulo: Aduaneiras, 1996.
- SOUZA, Hamilton Dias de. **Estrutura do imposto de importação no Código Tributário Nacional**. São Paulo: Resenha Tributária, 1980.
- SOUZA, Renildo. Estado e Desenvolvimento Econômico. **Revista Princípios**, edição 68, 2003, p. 34-41. Disponível em: <<http://revistaprincipios.com.br/artigos/68/cat/1201/estado-e-desenvolvimento-econômico-.html>>. Acesso em: 01 jun. 2017.

- SUNSTEIN, Cass R. Predictably Incoherent Judgments. **John M. Olin Law & Economics Working Paper**, n. 131, Chicago U, 2010.
- TAVARES, André Ramos. **Direito Constitucional Econômico**. São Paulo: Método, 2003.
- THEODORO JÚNIOR, Humber. Onda Reformista do Direito Positivo e suas Implicações com o Princípio da Segurança Jurídica. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, n. 35. p. 15-48, 2006.
- TIMM, Luciano Benetti; CATEB, Alexandre Bueno. **Direito e economia no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2014.
- TOLEDO, Gastão Alves de. **O Direito Constitucional Econômico e sua eficácia**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- TRÉMEAU, Henri; BERR, Claude-J. **Le Droit Douanier Communautaire et national**. 7. ed. Paris: Economica, 2006.
- TREVISAN, Rosaldo. Direito Aduaneiro da Integração no Mercosul. **Estudos de Direito Internacional**. Curitiba: [s.n.], 2005. v. 5.
- _____. Direito Aduaneiro e Direito Tributário – Distinções Básicas. **Temas Atuais de Direito Aduaneiro**. São Paulo: Lex Editora, 2008.
- _____. **A internacionalização da disciplina do imposto de importação**: contornos para uma regulação internacional da incidência. p. 571. Tese de Doutorado – Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2016. Disponível em: <<http://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/44050>>. Acesso em: 29 ago. 2017.
- TSEBELIS, George. **Jogos Ocultos** – Escolha Racional no Campo da Política Comparada. São Paulo: Edusp, 1998.
- ULEN, Thomas S. Direito e Economia para Todos. **Estudos sobre Negócios e Contratos**: uma perspectiva internacional a partir da Análise Econômica do Direito. Coimbra: Almedina, 2017.
- _____. Law and Economics: settled issues and open questions. In: MERCURO, N. **Law and Economics**. Boston: Kluwer Academic Publishers, 1988.
- _____. **Nobel Prize in Legal Science**: Theory, Empirical Work, and the Scientific Method in the Study of Law, 2002. III, Ver. 875.
- ULIANA JUNIOR, Laércio Cruz; BEZERRA, Eduardo Navarro. **Importação por Conta e Ordem de Terceiros**: Teoria e Prática. Questões Controvertidas do Direito Aduaneiro, IOB, São Paulo, 2014. Coord. Demes Britto.
- VARELA, João de Matos Antunes. **Das obrigações em geral**. Coimbra: Almeida, 2000.

VILANOVA, Lourival. **Proteção Jurisdicional dos direitos numa sociedade em desenvolvimento**. Ordem dos Advogados do Brasil, São Paulo, 1970.

WERNEK, Paulo. **Comércio Exterior e Despacho Aduaneiro**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2002.

ZANELLATO FILHO, Paulo José. **A (in)constitucionalidade da pena de perdimento aduaneira**. São Paulo: Aduaneiras, 2016.

ZOZAYA, Francisco Pelechá. **Fiscalidad sobre el comercio exterior: el Derecho aduanero tributario**. Madrid: Marcial Pons, 2009.

ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel; PINHEIRO, Armando Castelar. **Direito e economia: Análise Econômica do Direito e das organizações**. Rio de Janeiro: Campus, 2005.

ANEXO A – Tabela de Multas

INFRAÇÃO	BASE LEGAL	PENALIDADE	REDUÇÃO	LIMITE MÍNIMO	LIMITE MÁXIMO
Uso de falsidade nas provas exigidas para obtenção dos benefícios e incentivos previstos no Decreto-Lei nº 37/66	Art. 702, inciso I, alínea "c", do Regulamento Aduaneiro	100% do Imposto de Importação	Sim. Art. 732 do Regulamento Aduaneiro	Não	Não
Importação, como bagagem, de mercadoria com finalidade comercial ***Esta multa encontra-se sem aplicabilidade, pois não é permitida a importação, por pessoa física, de bens para fins comerciais ou industriais (vide art. 161, § 1º, do Regulamento Aduaneiro) com nova redação dada pelo Decreto nº 7.213/2010	Art. 702, inciso III, alínea "b", do Regulamento Aduaneiro	50% do Imposto de Importação	Sim Art. 732 do Regulamento Aduaneiro	Não	Não
Extravio de mercadoria, inclusive em ato de vistoria aduaneira	Art. 702, inciso III, alínea "c", do Regulamento Aduaneiro	50% do Imposto de Importação	Sim Art. 732 do Regulamento Aduaneiro	Não	Não
Chegada ao País de bagagem e bens de passageiro fora dos prazos regulamentares, quando sujeitos a tributação	Art. 702, inciso IV, alínea "a", do Regulamento Aduaneiro	20% do Imposto de Importação	Sim Art. 732 do Regulamento	Não	Não
Apresentação de fatura comercial sem o visto consular, quando exigível	Art. 702, inciso V, alínea "a", do Regulamento Aduaneiro	10% do Imposto de Importação	Sim Art. 732 do Regulamento Aduaneiro	Não	Não
Preço declarado diferente do arbitrado na forma do art. 86 do Regulamento Aduaneiro ou do efetivamente praticado	Art. 703 do Regulamento Aduaneiro	100% da diferença apurada	Não Art. 734 do Regulamento Aduaneiro	Não	Não
Ausência de LI	Art. 706, I, a, do Regulamento Aduaneiro	30% do Valor Aduaneiro	Sim Art. 732 do Regulamento Aduaneiro	R\$ 500,00 Art. 706, § 2º, inciso I, do Regulamento Aduaneiro	Não
LI deferida após o embarque	Art. 706, I, b, do Regulamento Aduaneiro	30% do Valor Aduaneiro	Sim Art. 732 do Regulamento Aduaneiro	R\$ 500,00 Art. 706, § 2º, inciso I, do Regulamento Aduaneiro	R\$ 5.000,00 Art. 706, § 2º, inciso II, do Regulamento Aduaneiro
Embarque da mercadoria depois de vencido o prazo de validade da LI, de mais 20 até 40 dias	Art. 706, II, do Regulamento Aduaneiro	20% do Valor Aduaneiro	Sim Art. 732 do Regulamento Aduaneiro	R\$ 500,00 Art. 706, § 2º, inciso I, do Regulamento Aduaneiro	R\$ 5.000,00 Art. 706, § 2º, inciso II, do Regulamento Aduaneiro
Embarque da mercadoria depois de vencido o prazo de validade da LI, até 20 dias	Art. 706, III, do Regulamento Aduaneiro	10% do Valor Aduaneiro	Sim Art. 732 do Regulamento Aduaneiro	R\$ 500,00 Art. 706, § 2º, inciso I, do Regulamento Aduaneiro	R\$ 5.000,00 Art. 706, § 2º, inciso II, do Regulamento Aduaneiro
Classificação Incorreta NCM	Art. 711, I, do Regulamento Aduaneiro	1% do Valor Aduaneiro	Não Art. 734 do Regulamento Aduaneiro	R\$ 500,00 Art. 711, § 2º, do Regulamento Aduaneiro	10% do total da DI. Art. 711, § 5º, do Regulamento Aduaneiro
Quantificação errônea na medida estatística	Art. 711, II, do Regulamento Aduaneiro	1% do Valor Aduaneiro	Não Art. 734 do Regulamento Aduaneiro	R\$ 500,00 Art. 711, § 2º, do Regulamento Aduaneiro	10% do total da DI. Art. 711, § 5º, do Regulamento Aduaneiro
Omitir ou prestar de forma inexacta informação necessária à determinação do procedimento de controle aduaneiro	Art. 711, III e § 1º, do Regulamento Aduaneiro	1% do Valor Aduaneiro	Não Art. 734 do Regulamento Aduaneiro	R\$ 500,00 Art. 711, § 2º, do Regulamento Aduaneiro	10% do total da DI. Art. 711, § 5º, do Regulamento Aduaneiro
Não prestação de informações, na forma e no prazo estabelecidos pela RFB, pelas empresas de transporte internacional, agentes de carga, depositários ou operadores portuários	Art. 728, IV, alíneas "e" e "f" do Regulamento Aduaneiro	R\$ 5.000,00	Não Art. 734, inciso I, do Regulamento Aduaneiro	Não	Não
Incorreção na Fatura Comercial	Art. 715 do Regulamento Aduaneiro	R\$ 200,00 por Fatura	Não Art. 734 do Regulamento Aduaneiro	Não	Não

Multa de Ofício por falta de pagamento de "Direitos Antidumping ou Compensatórios" não recolhidos na data do Registro da DI	Art. 717, II, do Regulamento Aduaneiro	75% do valor total ou da diferença dos "Direitos Antidumping"	Não Art. 734 do Regulamento Aduaneiro	Não	Não
Multa de Ofício por falta de pagamento dos Tributos (II, PIS, COFINS etc.)	Art. 725, I, do Regulamento Aduaneiro	75% do valor total ou da diferença dos tributos	Sim Art. 732 do Regulamento Aduaneiro	Não	Não
PJ que ceder nome para operações de terceiros	Art. 727 do Regulamento Aduaneiro	10% do Valor da Operação	Sim Art. 732 do Regulamento Aduaneiro	R\$ 5.000,00	Não
Desacato à autoridade aduaneira	Art. 728, III, do Regulamento Aduaneiro Art. 76, Inciso II, alínea "f" da Lei nº 10.833/2003	R\$ 10.000,00 Suspensão	Não Art. 734 do Regulamento Aduaneiro	Não	Não
Embaraçar, impedir ou dificultar a ação da fiscalização	Art. 728, IV, c, do Regulamento Aduaneiro Art. 76, Inciso III, alínea "d" da Lei nº 10.833/2003	R\$ 5.000,00 cancelamento ou cassação do registro, licença, autorização, credenciamento ou habilitação	Não Art. 734 do Regulamento Aduaneiro	Não	Não
Ausência de Romaneio de Carga (packing-list)	Art. 728, VIII, e, do Regulamento Aduaneiro	R\$ 500,00	Não Art. 734 do Regulamento Aduaneiro	Não	Não
Importação de produto submetido a restrição quantitativa quando a origem declarada não for comprovada e tiver de ser devolvido ao exterior.	Art. 41 da Lei nº 12.546/2011	R\$ 5.000,00 por dia, contados da data do registro da Declaração de Importação até a data da efetiva devolução do produto ao exterior	Sim Arts. 732 e 734 do Regulamento Aduaneiro, art. 6º, § 3º, da Lei nº 8.218/1991 e A DI SRF nº 18/2002	Não	Não
Falta de comprovação da origem não preferencial (exceto no caso de devolução ao exterior cuja penalidade é prevista no art. 41 da mesma Lei)	Art. 42 da Lei nº 12.546/2011	30% do valor aduaneiro da mercadoria	Sim Arts. 732 e 734 do Regulamento Aduaneiro, art. 6º, § 3º, da Lei nº 8.218/1991 e A DI SRF nº 18/2002	Não	Não
Destruição de Mercadoria que não Obteve Licenciamento	§ 4º do Art. 46 da Lei nº 12.715/2012	R\$ 10,00 por quilograma	Sim Arts. 732 e 734 do Regulamento Aduaneiro, art. 6º, § 3º, da Lei nº 8.218/1991 e A DI SRF nº 18/2002	Não	Não
Não destruição nem devolução de mercadoria cuja importação não foi autorizada por órgão anuente de proteção ao meio ambiente, saúde, segurança pública ou controles sanitários em sessenta dias da respectiva ciência da determinação	§ 8º, inciso I, do Art. 46 da Lei nº 12.715/2012	R\$ 20,00 por quilograma	Sim Arts. 732 e 734 do Regulamento Aduaneiro, art. 6º, § 3º, da Lei nº 8.218/1991 e A DI SRF nº 18/2002	Não	Não
Extravio de mercadoria cuja importação não foi autorizada por órgão anuente de proteção ao meio ambiente, saúde, segurança pública ou controles sanitários e cuja devolução ou destruição foi determinada	§ 5º do Art. 46 da Lei nº 12.715/2012	R\$ 30,00 por quilograma	Sim Arts. 732 e 734 do Regulamento Aduaneiro, art. 6º, § 3º, da Lei nº 8.218/1991 e A DI SRF nº 18/2002	Não	Não
Não cumprimento da devolução ou autorização de destruição de mercadoria cuja importação não foi autorizada por órgão anuente de proteção ao meio ambiente, saúde, segurança pública ou controles sanitários	§ 2º, inciso II, e § 4º, do Art. 46 da Lei nº 12.715/2012	R\$ 10,00 por quilograma	Sim Arts. 732 e 734 do Regulamento Aduaneiro, art. 6º, § 3º, da Lei nº 8.218/1991 e A DI SRF nº 18/2002	Não	Não

Fonte: Receita Federal