Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

Herbert Cornelio Pieter de Bruyn Júnior

A pena de perdimento no direito aduaneiro brasileiro

Doutorado em Direito

São Paulo

2016

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

Herbert Cornelio Pieter de Bruyn Júnior

A pena de perdimento no direito aduaneiro brasileiro

Tese apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Doutor em Direito, na área de concentração Direito Administrativo, sob a orientação do Professor Doutor Robson Maia Lins.

São Paulo

2016

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

Herbert Cornelio Pieter de Bruyn Júnior

A pena de perdimento no direito aduaneiro brasileiro

Tese apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Doutor em Direito, na área de concentração Direito Administrativo, sob a orientação do Professor Doutor Robson Maia Lins.

Aprovado em: ____/___/___.

Banca examinadora

Professor Doutor Robson Maia Lins (Orientador)
Instituição: PUC-SP
Julgamento: _____
Assinatura: _____

Professor (a) Doutor (a) _____
Julgamento: _____
Instituição: _____Assinatura_____

Professor (a) Doutor (a) _____
Julgamento: _____
Instituição: _____Assinatura_____

Professor (a) Doutor (a) _____
Julgamento: _____
Instituição: _____Assinatura_____

Professor (a) Doutor (a) _____
Julgamento: _____
Instituição: _____Assinatura_____

À minha querida esposa,
Daldice Maria Santana de Almeida,
grande incentivadora e apoiadora deste trabalho;
Aos meus queridos filhos
Herbert Alexander Santana de Bruyn, com infinito amor,
e em memória de minha querida filha Ana Caroline Santana de Bruyn
(princesa), cujo brilho e calor sempre estarão a inspirar-nos;
E aos meus pais, Herbert e Miriam,
com gratidão pelo apoio e minha formação.

RESUMO

Com o escopo de demonstrar a constitucionalidade da pena de perdimento no Direito Aduaneiro brasileiro, esta tese analisa a questão sobre os prismas sintático, semântico e pragmático da norma. Analisa-se, portanto, o conceito de sanção, o contexto do comércio exterior, o significado dessa pena na legislação vigente, bem como a maneira pela qual, tem-se dado, pela administração e jurisprudência, a aplicação dessas normas.

Palavras-chave: Aduaneiro. Poder de Polícia. Sanções. Perdimento.

ABSTRACT

This thesis intends to demonstrate the constitutionality of the forfeiture penalty in the Brazilian Customs Law through a syntactic, semantic and pragmatic analysis of the rule. It examines, therefore, the concept of sanctions, the foreign trade context, the meaning of this penalty in the current legislation and the way the administrative bodies and case law have applied these rules.

Keywords: Customs. Police Power. Penalties. Forfeiture.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	11
2	O DIREITO E A LINGUAGEM COMO OBJETOS CULTURAIS	15
3	DIREITO E LINGUAGEM	21
4	O SISTEMA JURÍDICO	35
5	A NORMA JURÍDICA	47
6	OS PRINCÍPIOS JURÍDICOS	61
7	A RELAÇÃO JURÍDICA	74
8	CONCEITOS, FUNDAMENTOS E ESPÉCIES DE SANÇÕES	84
8.1	O caráter plurívoco do conceito	84
8.2	Fundamentos ontológicos da sanção	89
8.3	Sanções civis, administrativas e penais	92
9	OS PRINCÍPIOS BÁSICOS NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	101
9.1	Noções gerais	101
9.2	Princípio da supremacia do interesse público	104
9.3	Princípios da razoabilidade e da proporcionalidade	107
9.4	Princípio da segurança jurídica	111
9.5	Princípio da legalidade	114
9.6	Princípio da finalidade	116
9.7	Princípio da impessoalidade	118
9.8	Princípio da motivação	119
9.9	Princípio da publicidade	120
9.10	Princípio da isonomia	121
9.11	Princípio do devido processo legal	122
9.12	Princípio da eficiência	126
10	BOA-FÉ OBJETIVA E O PRINCÍPIO DA MORALIDADE	128
11	O PODER DE POLÍCIA	138
12	COMÉRCIO EXTERIOR: IMPORTÂNCIA E INFLUÊNCIA DAS NORMAS DE DIREITO INTERNACIONAL NO CONTROLE SOBRE ELE EXERCIDO POR CADA PAÍS	155
13	COMÉRCIO EXTERIOR, DIREITO ADUANEIRO E PODER DE POLÍCIA	169
13.1	Fundamentos do exercício do poder de polícia em matéria de comércio exterior	169
13.2	Direito aduaneiro: conceito	175

14 OS MECANISMOS DE ATUAÇÃO DO PODER DE POLÍCIA EM MATÉRIA ADUANEIRA 185
14.1 O espectro e os níveis nos quais se exerce o poder de polícia em matéria aduaneira 185
14.2 Obrigações “principais” e “acessórias” 187

15 OS REGIMES JURÍDICOS ADUANEIROS 195
15.1 Noções gerais 195
15.2 Regime de tributação comum (RTC) 196
15.3 Regime de tributação especial (RTE) 211
15.4 Regime de tributação simplificada (RTS) 215

16 AS SANÇÕES ADUANEIRAS E O DIREITO COMPARADO 219

17 RESPONSABILIDADE E SANÇÃO NO DIREITO ADUANEIRO BRASILEIRO 233

18 DA PENA DE PERDIMENTO DE VEÍCULO 248

19 DA PENA DE PERDIMENTO DE MERCADORIAS – PRIMEIRA PARTE 258
19.1 Noções gerais 258
19.2 Em operação de carga ou já carregada, em qualquer veículo ou dele descarregada ou em descarga, sem ordem, despacho ou licença, por escrito da autoridade aduaneira ou não cumprimento de outra formalidade especial estabelecida em texto normativo 260
19.3 Incluída em listas de sobressalentes e provisões de bordo quando em desacordo, quantitativo ou qualificativo, com as necessidades do serviço e do custeio do veículo e da manutenção de sua tripulação e passageiros 263
19.4 Oculta, a bordo do veículo ou na zona primária, qualquer que seja o processo utilizado (Decreto-Lei n.37/1966, artigo 105, III) 264
19.5 Existente a bordo do veículo, sem registro em manifesto ou documento equivalente ou em outras declarações 267
19.6 Nacional ou nacionalizada em grande quantidade ou de vultoso valor, encontrada na zona de vigilância aduaneira, em circunstâncias que tornem evidente destinar-se a exportação clandestina 267
19.7 Estrangeira ou nacional, na importação ou na exportação, se qualquer documento necessário ao seu embarque ou desembaraço tiver sido falsificado ou adulterado 270
19.8 Nas condições do inciso VI, possuída a qualquer título ou fim 282
19.9 Estrangeira, que apresente característica essencial falsificada ou adulterada, que impeça ou dificulte sua identificação, ainda que a falsificação ou a adulteração não influa no seu tratamento tributário ou cambial 283
19.10 Estrangeira, encontrada ao abandono, desacompanhada de prova do pagamento dos tributos aduaneiros 285

20 A PENA DE PERDIMENTO DE MERCADORIAS: INCISOS X SEGUINTES DO ARTIGO 105 DO DECRETO-LEI n.37/1966 e OUTROS DISPOSITIVOS LEGAIS 295
20.1 Estrangeira, exposta à venda, depositada ou em circulação comercial no país, se não for feita prova de sua importação regular 295
20.2 Estrangeira, já desembaraçada, e cujos tributos hajam sido pagos em parte, mediante artifício doloso 296
20.3 Estrangeira, chegada com falsa declaração de conteúdo 298
20.4 Transferida a terceiro, sem o pagamento dos tributos aduaneiros e outros gravames, quando desembaraçada nos termos do inciso III do artigo13 304
20.5 Encontrada em poder de pessoa natural ou jurídica não habilitada, tratando-se de papel com linha ou marca d'água 308
20.6 Constante de remessa postal internacional com falsa declaração de conteúdo 309
20.7 Fracionada em duas ou mais remessas postais ou encomendas aéreas internacionais visando a elidir, no todo ou em parte, o pagamento dos tributos ou normas de controle das importações ou, ainda, beneficiar-se do regime de tributação simplificada 309
20.8 Estrangeira, em trânsito, quando o veículo terrestre desviar-se de sua rota legal sem motivo 310
20.9 Estrangeira, acondicionada sob fundo falso, ou de qualquer modo oculta 312
20.10 Estrangeira, atentatória à moral, aos bons costumes, à saúde ou à ordem públicas 313
20.11 Importada ao desamparo de licença de importação ou documento de efeito equivalente quando sua emissão estiver vedada ou suspensa, na forma da legislação específica 314
20.12 Importada e considerada abandonada pelo decurso do prazo de permanência em recinto alfandegado, nas hipóteses referidas no artigo 642 316
20.13 Estrangeira ou nacional, na importação ou na exportação, na hipótese de ocultação do sujeito passivo ou do real vendedor, comprador ou de responsável pela operação, mediante fraude ou simulação, inclusive a interposição fraudulenta de terceiros 317
20.14 Exportação ou tentativa de exportação de mercadorias de saída proibida do território nacional, assim consideradas aquelas previstas em lei, ou nos tratados e convenções internacionais firmados pelo Brasil 320
20.15 Infração às medidas de controle fiscal para desembaraço, circulação, posse e consumo de fumo, charuto, cigarrilhas e cigarro 322
20.16 Produtos classificados nas posições 7102.10, 7202.21 ou 7102.31, submetidos a despacho ou na posse de qualquer pessoa na zona primária sem o certificado de processo de Kimberley 323

20.17 Mercadoria saída da zona franca de Manaus sem autorização da autoridade aduaneira, quando ingressada naquela área com benefícios fiscais 324
20.18 Introdução de mercadoria no mercado interno procedente de zona de processamento de exportação e introdução de mercadoria estrangeira não permitida na zona de processamento de exportação 324

21 PERDIMENTO DE BENS: EVOLUÇÃO LEGISLATIVA, CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA DO DANO AO ERÁRIO 327
21.1 Evolução legislativa com respeito à perda de bens e do conceito de dano ao erário 327
21.2 Conceito de dano ao erário e natureza da pena de perdimento 331
21.3 Da natureza jurídica do dano ao erário 345

22 A CONSTITUCIONALIDADE DA PENA DE PERDIMENTO 348

23 PARÂMETROS DE APLICAÇÃO DA PENA DE PERDIMENTO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988 361
23.1 Noções gerais 361
23.2 Da observância ao devido processo legal e dos princípios do contraditório e da ampla defesa 362
23.3 O duplo grau de jurisdição 364
23.4 O julgador natural 371
23.5 Vedação de provas ilícitas 373
23.6 Motivação das decisões 374
23.7 Razoabilidade e proporcionalidade 375
23.8 Anterioridade e irretroatividade das leis que criem hipóteses sancionatórias ou as agravem 382
23.9 A vedação do *bis in idem* 385
23.10 Observância, pelas partes, do princípio da boa-fé objetiva 388
23.11 Aplicação da norma mais benigna 391
23.12 Livre acesso ao Poder Judiciário 392

24 CONCLUSÃO 394

REFERÊNCIAS 418

1 INTRODUÇÃO

Sempre que nos propusermos a estudar determinado objeto a fim de compreendê-lo, vale lembrar a brilhante narrativa exposta na famosa “Alegoria da Caverna”, na qual Platão, em “A República” (Livro VII), mostra-nos as dificuldades e armadilhas presentes nesse processo.

É intuitivo que, ao sair de um ambiente em completa escuridão, vislumbremos vários objetos. Primeiro um contorno, uma silhueta. Só depois de um tempo, detendo-nos em um elemento em particular, conseguiremos vê-lo nítido e completo. Entorpecida pela prolongada ausência de luz, lentamente a visão começa a se reordenar, permitindo acesso ao mundo recém-revelado.

Não será apenas um pequeno vislumbre ou mesmo o primeiro olhar, contudo, que nos proporcionará completo conhecimento sobre o objeto analisado. Ainda que conseguíssemos uma análise completa nessa abordagem preliminar, ela não passaria de uma perspectiva do objeto perscrutado.

Comumente as pessoas detêm-se na primeira impressão, acreditando, com isso, terem obtido integral conhecimento sobre o objeto. Contentam-se com o primeiro ângulo pelo qual ele se nos apresenta, enquanto outros mantêm-se nas brumas, distantes do nosso olhar.

Cotidianamente, em relação às coisas do mundo, vemos apenas um vulto, um contorno. Porém, o que realmente se apresenta perante nossos sentidos? Poderíamos estar iludidos a respeito do que vemos?

Para alcançar conhecimento consistente, mais próximo da realidade, antes é preciso esquadrinhar ao máximo o objeto, sob todos os ângulos possíveis, internos e externos. Somente assim obter-se-á o melhor resultado. Nem sempre, contudo, este será o ideal. Não raro alguns aspectos podem, mesmo com todo o cuidado, permanecer ocultos ao pesquisador. Para alguns, aliás, jamais o pleno conhecimento pode ser alcançado.

De igual modo como, ao ver uma casa, não podemos afirmar conhecê-la razoavelmente salvo se a virmos, assim como os elementos que a constituem, sob todos os ângulos, em minúcias – de frente, pelos fundos, pelas laterais, do alto e em seu interior, e, ainda, aí, por suas várias quadraturas, tampouco

conheceremos determinada realidade jurídica se não a observarmos sob todos os prismas possíveis e a dissecarmos devidamente.

Desde os primórdios da filosofia discute-se sobre a possibilidade de se captar a realidade pelos sentidos ou se tudo não passaria de ilusão.

A nosso ver, é inegável a existência de uma realidade fática, concretizada no mundo fenomênico. No entanto, só parcialmente ela tenderá a ser captada pelo indivíduo. Sempre haverá facetas obscuras ou mal compreendidas, dada a dificuldade inerente ao processo de conhecimento e a inafastabilidade da influência do mundo circundante sobre o homem que, simultaneamente, tenta compreendê-lo.

Social por excelência, o ser humano não se perfaz completo, isoladamente. Ele só o logra em sua relação com o mundo, da qual brotam, na plenitude, seus sentimentos, enquanto afia-se a razão, em especial pela erupção de incontáveis problemas, de toda a ordem, postos à resolução. Tudo isso vem moldar a razão e a personalidade do homem, de maneira a influenciar tudo o mais, principalmente, sua própria forma de ver o mundo, sua cosmovisão.

Fácil comprovar essa circunstância na simples relação com o outro e em pequenos círculos sociais, tampouco se pode desprezar o impacto da consciência coletiva – a sociedade globalmente considerada – na construção do raciocínio e do modo de sentir de uma pessoa.

Assim, como já advertia Georges Charbonier, o homem não é produto somente de sua natureza biológica, com toda a riqueza de espectros que isso representa, dentre os quais os emocionais e intelectuais, mas também da cultura, assim entendido o complexo de costumes, crenças e instituições pertinentes ao grupo social.

Ainda, a perpassar isso tudo, há a linguagem, dado cultural e instrumento de captação e transmissão da realidade aos seres humanos. Tecida a partir de um conjunto de signos – pré-fixados em relação aos interlocutores e estruturados segundo regras próprias – é ela que colmata e condiciona o modo de pensar e a interpretação que se faz do mundo, interferindo, nitidamente, na formação do conhecimento.

O homem, no dizer de Ernest Cassirer, encontra-se tão envolvido nas formas linguísticas que não consegue ver ou conhecer coisa alguma a não ser pela interposição desse meio artificial.

Diante dessas vicissitudes, portanto, dificilmente conseguir-se-á um quadro completo e exaustivo sobre a realidade estudada. O conhecimento obtido, senão falso, poderá ser maior ou menor; jamais, porém, completo.

É sobre essas premissas que se alicerça esta tese, cujo objetivo é demonstrar a constitucionalidade da pena de perdimento no Direito aduaneiro e sob quais condições isso ocorre.

Para que sua compreensão seja a mais plena possível, cremos útil não somente proceder ao exame da teleologia da norma, como, ainda, dos aspectos sintáticos, semânticos e pragmáticos desta.

Por isso, afora a influência da cultura na formação da norma, analisar-se-á, também, sua estrutura e imersão no sistema jurídico, ou seja, relação com as demais normas (sintática), em paralelo ao seu significado (semântica) e sua aplicação pelas pessoas legitimadas a fazê-lo (pragmática).

Particularmente no afã de demonstrar esses dois últimos aspectos, serão abordados os fundamentos e as finalidades das sanções, as variadas hipóteses com relação às quais são previstas essa penalidade nesse ramo do Direito e o contexto em que isso se dá, bem como as perspectivas segundo as quais ela é vista pela doutrina, pela Administração e pela jurisprudência. Paralelamente, discorrer-se-á sobre o tão controvertido conceito de dano ao erário e seus eventuais reflexos pertinentes a essa espécie de sanção.

Com isso, crê-se que, se da convergência dos resultados derivados desses vários prismas de análise não resultar (como é certo) uma representação integral e perfeita do objeto, disso ao menos possa advir alguma significativa contribuição ao estudo do tema. Longe de pretender se perder em abstrações, este estudo propõe-se, tanto quanto necessário, à resolução dos impasses concretos, comumente observados quando da aplicação dessa espécie de norma.

Ainda que outra fosse a pretensão – e esta, em termos de conhecimento, deve ser sempre infinita – lamentavelmente não se espera esgotar o tema. Não por falta de vontade. Em parte, pela necessidade de se aplicar um corte metodológico, capaz de atingir o escopo proposto, o que exige

fixar limites ao texto. Em certa medida, talvez, por inaptidão do autor; certamente, porém, muito mais pela grande complexidade e abrangência do tema – fator para o qual confluem os dois primeiros – que, tal como qualquer outro fenômeno da realidade, deve ser visto em sua mais ampla expressão, pela análise de todos os aspectos possíveis.

2 O DIREITO E A LINGUAGEM COMO OBJETOS CULTURAIS

Dotado de natureza social, da qual nos fala Aristóteles[1], não raro o ser humano assume atitudes cooperativas em relação aos outros, mesmo em seu desfavor. Em especial quando a isso levado por sentimentos como o afeto e a compaixão. Muito amiúde[2], porém, largado exclusivamente ao sabor de seus interesses e preferências, ele tenderá a satisfazê-las atento apenas a seus propósitos e alheio aos dos demais.

Não que, por natureza, inapelavelmente o "homem seja o lobo do homem", como afirmava Hobbes.[3] Apenas que, dotado de livre-arbítrio e, portanto, livre para optar por um comportamento, certamente, sopesados os fatores de toda a ordem (racionais e emocionais) capazes de interferir na tomada de decisão, a escolha, em regra, tenderá a recair sobre a alternativa mais diretamente favorável à pessoa, segundo a lógica do custo-benefício.

Tudo dependerá dos valores intrínsecos ao indivíduo. Nem sempre ele se guiará, preponderantemente, pelo valor utilidade. Há quem prefira privilegiar o outro (por piedade ou questão ética) ou por sentir que nisto estaria o bem (a bondade).

Se, como diz Reale, viver é tomar posição sobre valores[4] e toda a nossa vida não é senão um contínuo exercício de opções, é da interação do caráter do indivíduo com a cultura dominante e a razão, em conjunto com as circunstâncias do momento, que serão definidas as condutas a serem perfilhadas. A própria personalidade humana, afirma George Mead, não deixa de ser fruto do contexto social, na medida em que por ele também é condicionada[5].

É complexo o mecanismo da interação humana. A "ação social é sempre e simultaneamente psíquica e social [...] ela apela para mecanismos psíquicos e para componentes sociais". Sob esse ponto de vista, é "uma realidade total, global, que compromete e influencia a personalidade individual, formando

---

[1] ARISTÓTELES. **A Política**. I, 9. Seguem-lhe, nessa linha, Cícero (*Da República*, I, 15) e São Tomás de Aquino (*Summa Theologica*, I, XCVI, 4).

[2] Ainda que vivêssemos em um mundo hobbesiano, sempre haveria aquelas pessoas as quais a filosofia dos valores costuma atribuir o da "santidade". (HESSEN, Johannes. **Filosofia dos valores**. Coimbra: Almedina, 2001, p.96).

[3] HOBBES, Thomas. **Leviatã**. Parte I, Cap. XVIII.

[4] REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 1969, p.173.

[5] MEAD, George Herbert. Mind, self and society apud ROCHER, Guy. **Sociologia geral**. 3.ed. v.1.Lisboa: Presença, 1977, p.61.

simultaneamente o tecido do meio social".[6] Assim, a própria personalidade sofre influxos do social.

Justamente por isso, embora no plano individual a escala de valores varie por conta da multiplicidade de fatores personalíssimos capazes de condicioná-lo e que interagem com a pressão social, no coletivo ela sempre aponta para um vetor dominante, comum à maioria dos indivíduos. É a esta que o consenso geral requer adesão, como modelo para a harmônica vida social.

Preexistente ao indivíduo, é esmagadora a influência da cultura em sua formação. Não somente porque – dada a imersão iniciada anteriormente ao nascimento – tudo vemos, pensamos e sentimos segundo sua ótica, mas, também, porque é por meio da linguagem – código de comunicações e principal elemento componente da cultura – que interagimos com o mundo.

Tamanha é a sua importância que, dizia Wittgenstein, a linguagem define os limites do mundo[7].

Relativamente pacífica, na tradição ocidental, a concepção pela qual a linguagem – criação aleatória do homem – designa a realidade[8], não poucos apontam ela própria ser criadora da realidade.

De fato, quando formulamos uma compreensão do mundo – do que seja, por exemplo, "casa", "humano" e "árvore", dentre outros objetos – tudo é feito pela e segundo a linguagem. Nada conhecemos senão por ela. Por isso, diz Heidegger, "só onde existe a linguagem o ente pode revelar-se como ente".[9]

É ela, ainda, conforme Vilém Flusser, que nos permite ordenar o caos "aparente" do mundo físico – mediante instrumentos como a Filosofia, a Religião, as Ciências e as Artes – e, no seu dizer, constituir a realidade.[10]

Ainda que não concordemos integralmente com essa última assertiva, por ser imprecisa a afirmação de a linguagem "constituir a realidade" (que não pode ser tomada literalmente), é inegável que só por seu intermédio o aparente

---

[6] ROCHER, Guy. **Sociologia geral**. 3.ed. v.1.Lisboa: Presença, 1977, p.40.
[7] **Tratactus** apud SCAVINO, Dardo. **La filosofia actual**: Pensar sin certezas. Santiago del Estero: Paidós Postales, 1999, p.12.
[8] FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 1994, p.34.
[9] CARVALHO, Aurora Tomazini de. **Curso de teoria geral do direito**. São Paulo: Noeses, 2013, p.19.
[10] CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário** – linguagem e método. 5.ed. São Paulo: Noeses, 2013, p.170-171.

caos do universo pode ser apreendido pelo espírito humano, tornando-o minimamente compreensível.

Não se discute o fato de que pela linguagem estruturamos nossas ideias, nosso pensar e racionalizamos nossos sentimentos. Nesse sentido, realmente, ela nos abre para o mundo. Todavia, é preciso distinguir os fenômenos ocorridos no mundo fático daquilo que, a eles relativo, têm lugar no mundo da cultura. Distinguir os objetos representados dos seus signos, por mais que o entrelaçamento de ambos em nós esteja incorporado. Afinal, tratam-se de dois planos diversos, embora, por vezes, sobrepostos. Uma pedra, aqui ou em Marte, não deixa de "existir" materialmente apenas porque não a vemos ou porque dela não falamos. Ela pode até ser irrelevante, porque ignorada (intencionalmente ou não); nunca, porém, inexistente.

Nessa perspectiva, portanto, o que Flusser denomina "constituição do real", como efeito da linguagem, preferimos encarar como uma visão do real, isto é, a realidade como a vemos. A linguagem não cria a realidade fática; somente a incorpora ("constitui") em nosso mundo.

Ainda assim, deve-se creditar à expressão o mérito de realçar o fato de a realidade não ser o que vemos, mas que só conhecemos as coisas pela linguagem e nos limites desta.

Essa consideração é visceral não apenas por dela derivar a conclusão de que, na verdade, nada sabemos, com exatidão, sobre o mundo tangível (algo com reflexo na teoria da prova). Mas porque essa perspectiva realça a circunstância de que este, pelo prisma que vemos – inseridos na esfera cultural –, apresenta-se segundo planos diversos de linguagem, os quais – como se verá – devemos distinguir e decifrar. Refletirá, também, na distinção entre o mundo do "*ser*" e o do "*dever-ser*", de que nos fala a Filosofia do Direito.

É nesse contexto que surge o Direito, em sua forma mais rudimentar, derivada da imperiosa necessidade de se delimitar o campo de ação dos indivíduos com o fito de tornar possível a vida em sociedade. Trata-se, portanto, em um primeiro momento, de refrear o livre-arbítrio e fixar diretivas de comportamento aos cidadãos – deixando clara a ideia de que o direito do indivíduo termina onde começa o do outro – em paralelo com o de organizar e regular o exercício do poder político.

Assente essa premissa, outra não pode ser a conclusão senão a de o Direito, na acepção exposta, corresponde, também, como a linguagem que o traduz, a um produto cultural. É “uma obra humana social (fato) de forma normativa destinada à realização de valores”[11], cuja função principal, a par de regular os conflitos de interesses, está em legitimar e organizar o poder político.

Deveras, indiscutível a influência dos valores na confecção do Direito e o fato de ele se alicerçar sobre a linguagem, objeto e fundamento da cultura[12]. Note-se: objeto, porquanto fruto da atividade humana em determinado contexto espaço-tempo; fundamento, por ser o esteio sobre o qual tudo o mais é comunicado na sociedade. Outra não poderia ser a conclusão senão em favor de sua natureza cultural.

É importante lembrar que, em si, os valores são atemporais e a-espaciais.[13] Também não se definem em termos lógico-formais nem se subordinam ao princípio da causalidade. Existem apenas em função de algo (coisa ou ideia) e, ainda assim, somente porque, a juízo do indivíduo, eles valem enquanto contrapostos a um desvalor (nesse sentido são bipolares).[14]

É o homem, enfim, que traça um juízo sobre a recíproca implicação desses polos contrapostos (juízo de valor) e opta por uma das soluções dadas, tomando posição em direção a certo sentido (isso decorre da característica da ‘referibilidade’, atribuída aos valores, pela qual eles sempre apontam, como um vetor, para um fim).[15]

A função do Direito, todavia, não se resume a implantar valores, o que faz de modo apenas mediato, e regrar condutas intersubjetivas, prevenindo ou resolvendo os conflitos de interesse, bem como estabelecer e regular a organização política. Envolve, também, conferir certeza e segurança quanto às

---

[11] RECASÉNS SICHES, Luiz. **Filosofia del derecho**. 14.ed. México: Porrúa, 1999, p.159. Idem em REALE, Miguel. **Teoria tridimensional do direito**. São Paulo: Saraiva, 1968, p.57.

[12] Nesse sentido: ARAÚJO, Clarice von Ortzen de. **Semiótica no direito**. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p.17.

[13] Isto é, não variam, como tais, no tempo e no espaço, ainda que os objetos por eles qualificados tenham seu valor alterado nessas coordenadas (o belo tornar-se feio ou o bom, mau). A esse respeito: HESSEN, Johhannes. **Filosofia dos valores**. Coimbra: Almedina, 2001, p.57.

[14] REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 1969, p.169-172; HESSEN, Johannes. **Filosofia dos valores**. Coimbra: Almedina, 2001, p.58. Por desvalor, entenda-se o “valor negativo” dentro dessa estrutura bipolar.

[15] A referibilidade, no caso, tem o sentido de representar uma tomada de posição sobre algo por alguém, tendo em vista este vetor.

diretrizes esboçadas. Sem previsibilidade destas, torna-se impossível refrear os conflitos e, portanto, obter eficácia e conferir sentido ao Direito.

Precisamente a esse propósito, ressalta Recaséns Siches: “el Derecho no surge primeramente como mero tributo a esos valores de superior rango, sino al impulso de una urgencia de seguridad”.[16]

De outra parte, atribuída a pessoas (para isso legitimadas) a tarefa de preestabelecer as condutas que a sociedade pretende proibidas, obrigatórias ou facultadas – tanto as especialmente desejadas, potenciais objeto de incentivo, como as meramente autorizadas – inevitavelmente o resultado vicejará sob o impacto dos valores vigentes àquele tempo e lugar, dada a simbiose existente entre estes e o das pessoas viventes nesse meio. Afinal, dizia Ortega y Gasset, para esboçar a ideia da inextricável ligação entre o homem e o meio, inclusive cultural, que o rodeia e compõe, o homem é ele e suas circunstâncias.[17]

Variam, sem dúvida, as visões de mundo do Antigo Egito com o do atual, assim como entre as do Ocidente e do Oriente e, neste, entre o Oriente Próximo e o Extremo, mesmo na contemporaneidade. Ainda que existam ações cuja prática sempre tenda a ser condenada por nociva, fatalmente, em termos gerais, a cosmovisão vigente variará de acordo com as coordenadas espaço-tempo, de maneira a definir uma cultura.[18] Isso porque, como sublinha Milagro Otero Parga, cada sociedade possui distintas origens, aspirações e tradições[19], ademais de se situarem em distintos contextos.

Todavia, de igual modo como a cultura – assim entendido o modo de pensar, agir e sentir de determinada comunidade em determinado momento[20] – é relevante para a construção do Direito, também, como na Física, a essa ação corresponder uma reação em sentido contrário: a cultura influencia o Direito, mas é por ele influenciada.

---

[16] RECASÉNS SICHES, Luiz. **Filosofia del Derecho**. 14.ed. México: Porrúa, 1999, p.220. Tradução livre: “o Direito não surge primeiramente como mero tributo a esses valores de nível superior, senão ao impulso de uma urgência de segurança”.

[17] GASSET, José Ortega y. In: Meditações do Quixote (1914), citado por KUJAWSKI, Gilberto de Mello. **Ortega y Gasset** – a aventura da razão. 2.ed. São Paulo: Moderna, 1994, p.38-40.

[18] A propósito das diferenças de valores e problemas disso decorrentes para a ordem mundial ver: HUNTINGTON, Samuel P. **O choque de civilizações** – e a recomposição da ordem mundial. Rio de Janeiro: Objetiva, 1997, p.227.

[19] PARGA, Milagro Otero. **Valores constitucionais**; introcción a la filosofia del derecho: axiologia jurídica. Santiago de Compostela: Universidad de Santiago de Compostela, Servicio de Publicación y Intercambio Científico, 1999, p.14.

[20] ROCHER, Guy. **Sociologia geral**. 3.ed. v.1.Lisboa: Presença, 1977, p.198. O enfoque tem por base a definição de E. B. Tylor.

Não há como não impactar, em qualquer grau, a cultura se, ao cumprir sua função básica – moldar a sociedade –, necessariamente o Direito deverá reprimir costumes antigos considerados nocivos ou inadequados aos propósitos de vida perseguidos, reforçar outros e, ainda, por meio de incentivos, propiciar à sociedade que possa galgar um novo patamar de bem-estar e de desenvolvimento, deixando para trás o antigo *modus vivendi*. Cultura e Direito interagem, ou seja, retroalimentam-se, permanente e indefinidamente.

Daí porque, de tempos em tempos, a depender das questões prementes e dos valores em discussão, torna-se necessário aos órgãos encarregados da aplicação do Direito (a própria Administração ou o Judiciário) efetuar uma releitura dos preceitos jurídicos existentes, de modo a construir novas normas. De igual modo, as pessoas legitimadas a elaborar os enunciados jurídicos selecionarão os fatos mais relevantes do mundo e, portanto, merecedores de regulação, e os atrelarão aos valores cuja prevalência se pretende, cravando novos preceitos, irradiadores de normas diversas.

É da força dos valores e da contemplação da realidade circundante, abrangente dos dados da experiência e das expectativas em torno do destinatário da norma, que se abebera o legislador quando incorpora ao Direito Positivo – conjunto de normas jurídicas editadas pela autoridade competente com o fim de reger a dinâmica social – enunciados capazes de reprimir, prevenir ou incentivar condutas.

Sob essa perspectiva, é patente a tríplice dimensão contida no Direito Positivo: são básicos o fato cuja regulação se pretende; o valor que busca dirigi-lo a determinada finalidade; e a estrutura normativa, vertida em linguagem, que veicula a mensagem desejada pelo emissor da norma. Dimensões que, como afirma Miguel Reale, interagem entre si e não passam de aspectos de uma mesma realidade, o Direito Positivo.[21]

Não por outra razão, embora natural que, por razões didáticas, o Direito seja estudado mais usualmente sob o aspecto estático, nunca se pode perder de vista seu caráter dinâmico.

[21] REALE, Miguel. **Teoria tridimensional do direito**. São Paulo: Saraiva, 1968, p.59.

3 DIREITO E LINGUAGEM

Signo, ensina Charles S. Peirce é “qualquer coisa que está para alguém no lugar de algo sob determinados aspectos ou capacidades”. Corresponde, portanto, na visão do observador, à representação do objeto por ele retratado.[22]

No entanto, embora a visão do intérprete estabeleça a significação emanada do signo, a relação deste com o objeto representado deriva sempre de convenção social.[23]

É intensa a cooperação entre esses três elementos: signo, objeto representado e intérprete.[24] O primeiro pode representar um objeto específico ou uma classe determinada de objetos. Em qualquer caso, porém, a compreensão do intérprete será sempre captada diretamente por seu intermédio.

Bem se vê, portanto, que nessa definição não necessariamente o signo refere-se a um ato comunicacional entre seres humanos. Na visão de Peirce, podem limitar-se à representação de fatos da natureza, circunstância em que se qualificam como “signos naturais” (distintos dos “não-intencionais” de origem humana ou “comunicacionais”).

No campo das comunicações humanas, na dicção de Ferdinand de Saussaure, língua é o “sistema de signos” capaz de exprimir ideias e “confrontável com a escrita, o alfabeto dos surdos-mudos, os ritos simbólicos, as fórmulas de cortesia, os sinais militares, etc.”[25]

Consistiria, portanto, conforme explana Umberto Eco, em um conjunto articulado de signos, que atua como “artifício comunicativo” na interação de dois seres humanos para expressar uma ideia.[26]

A diferença básica entre Saussure e Peirce, no tocante aos signos, está em que, enquanto o primeiro subentende sua atuação apenas nas relações comunicacionais, o segundo extrapola esse contexto quando ressalta nem sempre eles derivarem de fonte humana. Podem representar, também, fenômenos da natureza (*v.g.* sintomas meteorológicos como o raio, que denota a tempestade).

---

[22] Poderá ser uma categoria de objetos ou um elemento determinado.
[23] ECO, Umberto. **Tratado geral de semiótica**. 3.ed. São Paulo: Perspectiva, 2000, p.12.
[24] ECO, Umberto. **Tratado geral de semiótica**. 3.ed. São Paulo: Perspectiva, 2000, p.10.
[25] ECO, Umberto. **Tratado geral de semiótica**. 3.ed. São Paulo: Perspectiva, 2000, p.9.
[26] ECO, Umberto. **Tratado geral de semiótica**. 3.ed. São Paulo: Perspectiva, 2000, p.10.

Em sentido amplo, explica Aurora Tomazini de Carvalho, que adota a terminologia de Edmund Husserl e parece partilhar da visão de Peirce, “signo é tudo o que representa algo para alguém, um objeto, um desenho, um dado físico, um gesto, uma expressão facial, etc.”

Seu suporte físico – a parte material passível de apreender pelos sentidos –, contudo, é apenas um dos aspectos do signo (marcas de tinta no papel, gestos, ondas sonoras da fala...). Os outros são o *significado* – representação formada a partir do suporte físico (sua interpretação); e a *significação*, ideia suscitada por esse significado na mente do intérprete e, portanto, variável de pessoa a pessoa, conforme a vivência e os valores inerentes a cada um.[27]

Por isso, apresentado o suporte físico denotado pela expressão “casa” (*v.g.* os traços de tinta que a revelam), fatalmente o sujeito extrairá do conceito correspondente – “espécie de habitação”[28] – uma significação que tanto poderá referir-se a uma edificação genérica, abrangente do conceito de “casas” e “unidades autônomas de edifícios” (apartamentos) residenciais, como, ainda, quando a imagem não recair sobre habitações coletivas ou qualquer compartimento habitado (por exemplo, em hotel). Poderá denotar quaisquer edificações nas quais se desenvolva uma atividade ou situações específicas como a de um pagode ou uma oca.

Não raro, como expõe a autora, as ideias de *significado* e *significação* se misturam, uma vez que em ambas a realidade é construída a partir do suporte físico. Ainda assim, fundado seu significado no consenso social, não tem o indivíduo, isoladamente, o poder de alterar a linguagem. Ela deriva de convenção tácita a respeito dos signos representativos do mundo. O que poderá variar é a compreensão por ele formulada, a ser dada após o devido processo de interpretação.

Por sua vez, independentemente das imprecisões que possa revelar, é evidente o caráter sistêmico da língua. Reconheceu-o Ferdinand de Saussaure, logo no início da linguística (1916), quando a definiu como um sistema

---

[27] CARVALHO, Aurora Tomazini de. **Curso de teoria geral do direito**. São Paulo: Noeses, 2013, p.163-164. Para melhor compreensão, vale trazer, ainda que em síntese, o exemplo fornecido pela autora, consubstanciado na palavra “GATO”, que compõem um signo. As marcas gravadas no papel seriam o suporte físico que trariam ao intérprete o significado “animal, mamífero, felino, domesticado”, o qual suscitaria ideia (conceito) particular, de acordo com sua vivência e valores (p.164).

[28] SILVA, Oscar Joseph de Plácido e. **Vocabulário jurídico**. 12.ed. v.I. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p.389.

organizado, segundo ordem própria, “cujas partes podem e devem ser consideradas na sua solidariedade sincrônica.”[29]

Desse modo, se quisermos compreender a realidade por ela representada, só o conseguiremos a partir da análise do todo (objeto, texto, fenômeno); nunca somente das partes isoladas, pois, ainda que possam ter importância (*v.g.* as palavras), uma compreensão mais plena e fidedigna da mensagem só será obtida quando, além de sua análise, também nos detivermos sobre as conexões advindas de suas inter-relações.

De outra parte, tendo a linguagem – que estriba toda a intrincada troca comunicativa derivada da dinâmica social[30] – sido erigida sobre um sistema de signos estabelecidos convencionalmente e imersos em nosso inconsciente desde antes do nascimento, é certo toda compreensão do mundo ser feita por seu intermédio. É, pois, inegável sua influência na cultura.

Particularmente no processo comunicacional, sempre haverá um emissor (remetente), um receptor (destinatário), um canal físico a conectá-los, um código de conhecimento comum a ambos e uma mensagem. Mas não só. Há, ainda, explica Aurora Tomazini de Carvalho, o “contexto que a envolve, comum ao remetente e ao destinatário”, ao que acrescenta Paulo de Barros Carvalho “a conexão psicológica entre emissor e receptor.”[31]

Assim, se o ser humano só é integralmente compreendido em sua vida social – o “eu” é necessariamente sempre condicionado pelo “outro”, em infinito processo dialético. Não se pode descurar do fato de que, estabelecidas as relações em torno de determinada linguagem, nela estará revelada não somente a mensagem a transmitir, mas também a expectativa quanto à atitude do outro, a qual, habitualmente, procura-se prever.

Daí o cuidado muitas vezes antes de iniciar o processo comunicacional (*v.g.* a transmissão de uma ordem, informação, etc.) de se preparar para a reação do outro, seja mediante a utilização de mecanismos de defesa (pela prevenção a respostas indesejadas, assunção de tom mais ameno ou

---

[29] SAUSSAURE, Ferdinand de. Cours de Linguistique générale. 5.ed. Paris, Payot, p.43 apud ROCHER, Guy. **Sociologia geral**. 3.ed. v.3.Lisboa: Presença, 1977, p.178.
[30] ARAÚJO, Clarice von Ortzen de. **Semiótica no direito**. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p.17.
[31] CARVALHO, Aurora Tomazini de. **Curso de teoria geral do direito**. São Paulo: Noeses, 2013, p.172; CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário** – linguagem e método. 5.ed. São Paulo: Noeses, 2013, p.167.

tergiversativo), seja para incentivá-lo ou direcioná-lo a determinada conclusão ou postura, mediante o uso de argumentos racionais ou emocionais.

Em conjunto, os signos formam enunciados, correspondentes à "expressão linguística, produto da atividade psicofísica de enunciação". Correspondem às frases "formadas pelo conjunto de fonemas e grafemas devidamente estruturados que tem por finalidade transmitir um conteúdo completo, num contexto comunicacional".[32] Exemplos: "O dia é belo"; "incide imposto de importação na introdução de mercadoria estrangeira no território nacional".

Portanto, nem todo aglomerado de palavras constitui um enunciado. Para que o seja devem estruturar-se segundo regras predeterminadas (gramática), que prescrevem o modo de arranjo das palavras na frase. Desobedecido isso, dificilmente elas conseguirão transmitir algum conteúdo.[33]

Proposição, por sua vez, corresponde ao sentido capaz de se atribuir ao enunciado[34], isto é, a significação que dele advém para o receptor da mensagem como resultado do processo interpretativo. Curioso observar a esse propósito o exemplo formulado por Paulo de Barros Carvalho pelo qual, diante do único enunciado – "O Presidente foi deposto" –, mostra dele se poder extrair mais de uma proposição, na medida em que o episódio tanto poderia referir-se ao fato ocorrido em 1945 como o de 1964. Neste caso, portanto, o enunciado teria apenas significação geral; não uma específica.[35]

A esse respeito, disserta Aurora Tomazini de Carvalho:

> Tomando a proposição como a significação que construímos a partir da leitura de um enunciado, temos que, de uma mesma sequência de palavras podemos construir inúmeras proposições diferentes, dependendo dos valores atribuídos a cada um dos seus termos. Por exemplo, do enunciado 'é proibido usar trajes de banho' podemos construir a significação de que 'deve-se usar uma roupa mais composta' ou de que 'não se deve usar roupa alguma'. Da mesma forma, duas sequências de palavras diferentes, também podem dar ensejo à mesma proposição como por exemplo os enunciados 'ligue o ar condicionado' e 'o ar condicionado está ligado?'. Assim, não há relação entre o número de enunciados com o número de proposições.

[32] CARVALHO, Aurora Tomazini de. **Curso de teoria geral do direito**. São Paulo: Noeses, 2013, p.184.Também CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário** – linguagem e método. 5.ed. São Paulo: Noeses, 2013, Parte I, p.85.
[33] CARVALHO, Aurora Tomazini de. **Curso de teoria geral do direito**. São Paulo: Noeses, 2013, p.185.
[34] CARVALHO, Aurora Tomazini de. **Curso de teoria geral do direito**. São Paulo: Noeses, 2013, p.185-186; CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário** – linguagem e método. 5.ed. São Paulo: Noeses, 2013, p.85-86.
[35] CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário** – linguagem e método. 5.ed. São Paulo: Noeses, 2013, p.86.

> Porém, a cada enunciado corresponde ao menos uma proposição, caso contrário, não se trata de enunciado, pois estes só se caracterizam como tal por estimularem intelectualmente a construção de um sentido completo.[36]

Nesse passo, rememorando o quanto anteriormente dito a respeito dos signos, é patente o incremento da complexidade: cada letra, cada palavra, adquire uma significação, que readquire nova dimensão quando coordenadas em um enunciado do qual decorre a proposição.

É de salientar, por sua vez, ser da linguagem comum que se formam as técnicas, próprias para tratar, de modo especializado, determinado objeto, com o objetivo de melhor manuseá-lo e conhecê-lo. Para tanto, procura-se atribuir às palavras plurívocas, tanto quanto possível, sentidos específicos, hábeis a restringir a má compreensão daquilo cuja significação se pretende.

É nessa quadra – a das linguagens técnicas – que se situam as utilizadas pelo Direito Positivo e pela Ciência do Direito. A saber, respectivamente, em abordagem simplificada, o conjunto de normas jurídicas, emanadas da autoridade competente, regulatória da conduta das pessoas submetidas ao poder do Estado em determinado momento; e o ramo da ciência que, por ter o Direito Positivo como objeto de estudo, procede a uma análise sobre sua estrutura, os elementos que o compõem, seu funcionamento e finalidade.

A diferença básica consiste em que, enquanto o Direito Positivo vale-se de enunciados prescritivos e de índole coercitiva com o objetivo de disciplinar as condutas intersubjetivas, os que verbalizam a Ciência do Direito possuem natureza meramente descritiva, satisfazendo-se em versar sobre o Direito Positivo com o propósito de compreender seu sentido (significado) e finalidade (o *telos* da norma).

Dadas as finalidades distintas e a diversidade dos emitentes de seus respectivos enunciados, cada qual desses sistemas possui uma estrutura autônoma entre si e nunca intercambiáveis, salvo quanto ao aspecto de que, por ser o Direito Positivo objeto de estudo da Ciência do Direito, esta atua como metalinguagem em relação àquele.

---

[36] CARVALHO, Aurora Tomazini de. **Curso de teoria geral do direito**. São Paulo: Noeses, 2013, p.186.

Assim, relativamente ao comportamento humano, é possível vislumbrar ao menos três planos de linguagem sobrepostos: o pertinente ao mundo fático, no qual as condutas dirigem-se segundo o livre-arbítrio; o concernente ao Direito Positivo, que toma por base o plano inferior com o intuito de regulá-lo; e o da Ciência do Direito, que, por via de enunciados descritivos, expõe e analisa aqueles prescritivos do Direito Positivo com o fim de explicá-lo.

Espraiada por todos os aspectos e níveis da vida social, a linguagem se entrelaça ao Direito, que não pode ser concebido sem linguagem escrita, oral, gestual ou por outra, irradiada por qualquer signo. Por consequência, todo o conhecimento do universo jurídico só pode construir-se nos limites de sua respectiva linguagem, a jurídica,[37] enquanto cada estrutura pertinente a uma específica linguagem técnica, como a do Direito Positivo e a Ciência a ele relativa, configura um sistema autônomo.

O fato de a construção da linguagem estruturadora do enunciado jurídico (Direito Positivo) sempre, irremediavelmente, dever ser feita pela autoridade para a qual o ordenamento atribui competência resulta de razões culturais – em especial de raiz histórica e filosófica – originária do consenso quanto à busca de segurança jurídica que permeou a edificação do Direito ocidental moderno. Se, é certo, delimitar as pessoas autorizadas a emitir esses comandos não resolve por inteiro a questão (pois outras medidas mais são necessárias), ao menos dá o primeiro passo para cercear o arbítrio, prestigiando os valores liberdade e segurança.

Nesses termos, em regra, quando se tratar de norma abstrata e genérica, observável por todos – circunstância na qual assoma importância a preocupação com a segurança jurídica e o aspecto democrático da decisão – a autoridade será o legislador. Em outras circunstâncias, porém, apontadas no próprio sistema, principalmente quando se requer maior agilidade e o contorno do objeto a ser regulado está suficientemente delimitado pelo legislador, de modo a coibir os abusos ou as impropriedades, o emitente poderá ser o ocupante de cargo integrante do Poder Executivo (como na veiculação de Decretos, Portarias, Instruções) ou do Judiciário (sentenças e acórdãos).

[37] CARVALHO, Aurora Tomazini de. **Curso de teoria geral do direito**. São Paulo: Noeses, 2013, p.21.

Será o sistema, enfim, à luz dessas preocupações e da consideração de outros fatores relevantes que definirá a autoridade competente para estabelecer os enunciados do Direito Positivo.

Problema de extrema importância que permeia o Direito, advindo do indispensável uso da linguagem, decorre do caráter plurisêmico das palavras: se só logramos alcançar seu significado mediante a interpretação dos signos que as compõem, estamos jungidos às suas vicissitudes, notadamente à variabilidade de conotações.

Apenas como exemplo, tome-se a própria palavra “direito”, logo irradiadora de sua ambiguidade. Pode significar (I) o que é justo; (II) faculdade legal de praticar atos ou não; (III) ciência das normas; (IV) jurisprudência; (V) conjunto de leis.[38] Tudo dependerá do contexto a ser inferido do objetivo almejado por quem a utilizou.

Também o vocábulo “jurídico” tanto pode significar aquilo “pertencente ao direito”, referindo-se à linguagem utilizada por suas fontes (o legislador), quer como aquilo “relativo” ao direito, como é a linguagem utilizada pela doutrina (a Ciência Jurídica).[39] Idêntico com a expressão “lei”, que ora pode referir-se às leis da natureza, ora às do homem ou, ainda, às de Deus.[40]

Particularmente com relação à expressão “norma jurídica”, porém, também plurissêmica, a questão é mais complexa.

Primeiro, porque qualificar de “jurídica” a “norma” requer uma digressão pela teoria das classes para diferenciá-la de outras do gênero, em especial da moral. Segundo porque, mesmo delimitado seu âmbito àquele referente ao Direito Positivo, ainda assim resta larga a plurissignificação.

Segundo a teoria das classes, classificar é agrupar objetos individuais dentro de um mesmo conjunto, conforme atendam às mesmas condições ou requisitos. Trata-se de processo mental formulado arbitrariamente por um sujeito, fundado em critério racional específico. Nesse procedimento, o sujeito destaca dentre conceitos mais amplos contidos em um conjunto (os gêneros; uma espécie de 'superclasse') alguns cujo objeto possui uma diferença específica em relação aos demais nele contidos, mas com elementos comuns

[38] ARAÚJO, Clarice von Ortzen de. **Semiótica no direito**. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p.20.
[39] GUASTINI, Riccardo. **Das fontes às normas**. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p.45.
[40] FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 1994, p.36-37.

entre si, e, na sequência, forma com eles um novo conjunto, considerado espécie (subclasse) daquela anterior da qual se diferenciou (o gênero).[41]

Diferença específica, explica Stuart Mill, é "aquilo que deve ser adicionado à conotação do gênero para completar a conotação da espécie". Ou, como esclarece Paulo de Barros Carvalho, "o nome que se dá ao conjunto de qualidades que se acrescentam ao gênero para a determinação da espécie".[42]

Não raro essas operações envolvem várias subdivisões. Tudo depende dos fatores relacionados a cada objeto e da necessidade do observador, que define o critério útil para os fins de análise. Por isso, adequadamente realizadas, as classificações não são certas ou erradas; apenas facilitam o estudo do objeto sob o prisma do critério eleito.

No caso do enunciado jurídico, a diferença específica em relação ao gênero "enunciado" corresponde, como visto, ao fato de ele ter sido pronunciado por autoridade competente – aquela para isso designada no sistema jurídico – como hábil a estabelecer, com base no seu caráter prescritivo, norma dessa espécie.

Não se trata, portanto, de um enunciado qualquer. Só aquele proveniente da autoridade à qual a Constituição ou leis com ela convergentes atribuam competência para produzi-lo e ao qual se atribuem efeitos de natureza jurídica, quais sejam, a imperatividade e a capacidade de ter seu cumprimento exigido perante os órgãos estatais. Esse é, em termos simplificados, o enunciado jurídico e daí sua diferença com a norma moral, que, gerada no seio da comunidade, é desprovida de coercitividade.

A dificuldade, porém, vai além, na medida em que, consoante ressalta Tárek Moysés Moussallem, a "norma jurídica" pode referir-se a quatro planos distintos. Assim, caso utilizemos, indistintamente, a expressão para essas variadas significações estar-se-ia a criar fator propício a confusões: qual seria a pretendida: o texto, o enunciado isolado ou a conjugação de enunciados com sentido específico?

A esse propósito, os planos vislumbrados pelo autor são os seguintes: (I) S1 – o plano físico; (II) S2 – o plano das significações isoladas (proposições

[41] Nesse dizer, Aristóteles e Stuart Mill. **O sistema da lógica**, p.34 apud CARVALHO, Aurora Tomazini de. **Curso de teoria geral do direito**. São Paulo: Noeses, 2013, p.339.
[42] CARVALHO, Aurora Tomazini de. **Curso de teoria geral do direito**. São Paulo: Noeses, 2013, p.339.

jurídicas); (III) S3 – o plano das significações estruturadas (normas jurídicas); (IV) S4 – o plano da contextualização das significações estruturadas (o sistema jurídico).

O plano S1 corresponderia ao plano material (suporte físico) do Direito, em que se encontram os enunciados prescritivos que servem de base para a construção do significado pelo intérprete. Trata-se, portanto, de plano ao qual ainda não se agregou significação, a ocorrer apenas em etapa posterior. Há apenas os textos dos enunciados jurídicos, que, a depender de sua estrutura gramatical, sem extração de nenhuma significação,[43] podem ser de três tipos[44]:

a) *meramente prescritivos*: dirigem-se à conduta humana, em regra em tom imperativo, com o fim de determinar comportamento, ao prescrever obrigações de dar, fazer ou não fazer.

b) *qualificatórios*: qualificam coisas, pessoas ou ações, usualmente pelo uso de expressões como “é”, “são” ou outros equivalentes. Exemplo: “são Poderes da União...”, “são bens imóveis...”.

c) *definitórios*: apontam o sentido pretendido pelo legislador com referência a determinada palavra, normalmente mediante o uso das expressões “significa...”, “considera-se...” ou outras do gênero. Exemplo: “considera-se empresário” (artigo 966 do CC); “considera-se família...”

d) *regras técnicas*: indicam meios para o alcance de determinados fins; habitualmente, utilizam-se da estrutura condicional “*se...tem que*...”, cujo exemplo é, segundo o autor, o artigo 64 da Constituição Federal, pelo qual “A discussão e votação dos projetos de lei de iniciativa do Presidente da República, do Senado Federal, dos Tribunais Superiores terão início na Câmara dos Deputados”.

No plano S2, a seu turno, o das proposições jurídicas (significações isoladas), são atribuídos significados aos enunciados de forma a seu conteúdo

[43] Ainda que do ponto de vista didático seja útil a distinção, pois sem dúvida sobre um plano de signos escritos desborda outro no qual se verifica sua significação, é inegável que, mesmo no primeiro deles, os próprios signos incorporam certa carga conceitual e, portanto, um significado de modo que na prática são quase simultâneas essas operações.

[44] CARVALHO, Aurora Tomazini de. **Curso de teoria geral do direito**. São Paulo: Noeses, 2013, p.282; 343-344.

adquirir maior relevância que a estrutura sintático-gramatical.[45] No entanto essa operação é feita isoladamente, limitada ao enunciado, sem considerar os demais. Dessa forma, não há preocupação, ainda nessa fase, com o conteúdo próprio à mensagem legislada, mas apenas com a compreensão isolada do enunciado. Segundo Gregorio Robles, nesse ponto há uma verificação relevante: as proposições são diretas, por prescreverem claramente a ação, ou indiretas, se estabelecem requisitos ou condições para esta (*v.g.* fixação da maioridade).[46]

São proposições diretas, para Robles, as (I) procedimentais, cuja função é estabelecer procedimentos para a prática de ações; (II) as potestativas, declaratórias da licitude ou ilicitude da ação (a exemplo de "É lícita a compra e venda entre os cônjuges, com relação a bens excluídos da comunhão"); e (III) as deônticas, que verbalizam deveres, isto é, as normas de conduta propriamente ditas[47], além das decisórias e executórias.

Indiretas seriam (I) espaciais, que estabelecem os elementos pertinentes ao local da ação; (II) temporais, responsáveis por fixar aspectos dessa natureza em relação à ação (podem ser disposições relativas à vigência, normas derrogatórias de outras, relativas a prazos para ação, prescrição e decadência); (III) as que especificam destinatários da ação (quem se considera pessoa, cidadão, ou que instituam organizações); e (IV) as que estipulam competências.[48]

De todo o modo, não seria nesse plano que configuraria a significação deôntica primeira do enunciado, o que só ocorre na esfera subsequente.

É no plano S3 (sistema de significações normativas) que há superação da significação mais elementar, descortinada no plano anterior – no qual houve apenas interpretação dos signos de uma proposição – para, a partir das proposições pertinentes no texto, construir-se outra, mais elaborada e com sentido deôntico e sob a forma hipotético-condicional. É nele, portanto, que se estruturam significações deônticas, conferindo normatividade à proposição. Exemplo disso é dado por Aurora Tomazini de Carvalho, seguindo a lição de

[45] CARVALHO, Aurora Tomazini de. **Curso de teoria geral do direito**. São Paulo: Noeses, 2013, p.282; 345.
[46] CARVALHO, Aurora Tomazini de. **Curso de teoria geral do direito**. São Paulo: Noeses, 2013, p.345-346.
[47] CARVALHO, Aurora Tomazini de. **Curso de teoria geral do direito**. São Paulo: Noeses, 2013, p.346-347.
[48] CARVALHO, Aurora Tomazini de. **Curso de teoria geral do direito**. São Paulo: Noeses, 2013, p.348.

Paulo de Barros Carvalho e que ora reproduzimos, simplificadamente: tomada a frase “Pena – reclusão de 6 (seis) a 20 (vinte) anos” constante do Código Penal, obtida a significação dos vocábulos que a compõem (plano S2) – como “pena”, “reclusão” –, faz-se mister contextualizá-la em termos mais abrangentes, para verificar a que se refere, dotando-a de sentido deôntico. É quando surgem as indagações “pena em razão de quê?”, “quando se considera praticada a conduta?”, “em que local?”, “quem deve cumprir a pena e perante quem?”. Seria nessa composição que o intérprete extrairia o sentido da norma, diante da qual, na hipótese de se “matar alguém”, deve ser imposta a pena cominada.[49]

É o plano, destaca Aurora Tomazini de Carvalho, no qual podemos distinguir as normas de conduta estritamente voltadas às relações intersubjetivas das de estrutura, que, embora também dirigidas a pessoas, regulam a criação, modificação e extinção de enunciados jurídicos.[50] Exemplo disso é a norma do artigo 153, I, da Constituição, que confere à União competência (faculdade) de criar o imposto de importação.

Igualmente, é a esfera em que se distinguem as normas primárias das secundárias[51], as abstratas das concretas e as gerais das individuais.

Por fim tem-se o plano S4, o das significações normativas sistematicamente organizadas, no qual se consideram as normas em conjunto, em suas relações com o restante do sistema.

Tomada a significação obtida na fase anterior, verificam-se os vínculos de subordinação e de coordenação existentes entre as normas, de maneira a compreender a exata dimensão dela no sistema. Consistiria, por exemplo, em confrontar aquela instituidora do imposto de importação com a da Constituição, que confere competência à União, bem como com aquelas que obrigam à declaração respectiva, determinam a forma e o prazo de pagamento, estabelecem penalidades, dentre outras, de forma a obter-se o quadro normativo completo sobre o assunto.[52]

---

[49] CARVALHO, Aurora Tomazini de. **Curso de teoria geral do direito**. São Paulo: Noeses, 2013, p.253.
[50] CARVALHO, Aurora Tomazini de. **Curso de teoria geral do direito**. São Paulo: Noeses, 2013, p.353-354.
[51] CARVALHO, Aurora Tomazini de. **Curso de teoria geral do direito**. São Paulo: Noeses, 2013, p.353.
[52] CARVALHO, Aurora Tomazini de. **Curso de teoria geral do direito**. São Paulo: Noeses, 2013, p.256-257.

Logo se vê, pois, que de igual forma como são distintos os conceitos de enunciado e proposição, também os de enunciado jurídico e norma jurídica não coincidem. Enquanto o primeiro corresponde ao imperativo veiculado por meio de determinado dispositivo formal (artigo, inciso, alínea ou parágrafo), o segundo termo indica a direção para a qual aponta um ou mais enunciados.

A respeito disso, é clara a lição de Paulo de Barros Carvalho quando distingue

> enunciados prescritivos, [...], usados na função pragmática de prescrever condutas e normas jurídicas, [...] significações construídas a partir dos textos positivados e estruturadas consoante a forma lógica dos juízos condicionais, compostos pela associação de duas ou mais proposições prescritivas.[53]

Portanto, nem sempre basta um enunciado para definir o alcance e o sentido da norma; pode ser necessário conjugar alguns deles para obtê-lo.

Quanto ao fato de, por vezes, a expressão “norma jurídica” ser utilizada para albergar apenas prescrições gerais e abstratas e, em outras, também as singulares e concretas, além do equivalente a enunciado [54] ou sua significação, cumpre salientar que, neste trabalho, o sentido corresponderá sempre à significação derivada do enunciado, formulada em termos deônticos, e abrangerá tanto a regra de conduta geral e abstrata como a individual e concreta. Sempre que necessário, contudo, far-se-á menção à situação específica, com o fito de evitar confusões. De igual maneira, não se perderá de vista que, simultaneamente à criação de normas, todo o ato jurídico, salvo os constitucionais, estará, também, a aplicar o direito disposto na norma mais abrangente.[55]

Claro que toda essa ambiguidade conspira contra a segurança jurídica, motivo pelo qual, para atingir-se a finalidade proposta, qual seja, a paz e o desenvolvimento social, o próprio Direito deve prever um mecanismo estável e coerente para superar essa dificuldade.

Muitas vezes, contudo, o problema não decorre da enorme gama de palavras plurissignificativas. Advém do caráter vago da palavra ou, ainda, da

---

[53] CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário** – linguagem e método. 5.ed. São Paulo: Noeses, 2013, p 129.

[54] GUASTINI, Riccardo. **Distinguiendo, estúdios de teoria y metateoria del derecho**. Barcelona: Gedisa, 1999, Segunda Parte, p.94.

[55] GUASTINI, Riccardo. **Distinguiendo, estúdios de teoria y metateoria del derecho**. Barcelona: Gedisa, 1999, Segunda Parte, p.95.

utilização de conceitos indeterminados que abrem espaço à formulação de distintas significações.

Em virtude de a linguagem ser construída em conformidade com as necessidades do homem, é frequente que ela seja imprecisa, vaga e venha a conotar uma "zona de penumbra", para utilizar a expressão de Genaro Carrió[56]. Nesses casos, é preciso afastar da linguagem técnica, tanto quanto possível, essa imprecisão, algo a ser feito normalmente pelo estabelecimento de certas definições[57] e uniformidade no uso desse vernáculo.

Por outro lado, veja-se que, aos seus destinatários, os enunciados jurídicos revelam-se sob um aspecto tríplice: (I) o dos suportes físicos, normalmente consubstanciados em linguagem escrita (texto), embora não só; (II) o dos respectivos significados; e, por fim, (III) o das significações atribuídas pelos intérpretes (*lato sensu*, todos aqueles a elas submetidos).

Assim, mesmo quando não imprecisa a linguagem – mas principalmente quando ela o é – torna-se mister interpretar os enunciados jurídicos. Não somente frente às situações mais complexas ou obscuras, mas, também, em face de qualquer ato comunicativo no qual, vislumbrado signo, automaticamente seu perceptor inicia processo interpretativo com o fim de construir sua significação. Daí porque a interpretação jurídica adquire caráter crucial no direito: é por seu intermédio que os enunciados adquirem a forma e o sentido que os tornam aptos a pautar a conduta social.[58]

Por sua vez, sendo uma das funções do Direito comunicar aos destinatários, integrantes do corpo social, parâmetro sobre as condutas a adotar, necessariamente seus enunciados – em regra formalmente organizados em artigos, incisos, etc. – incorporam os assim denominados "modais deônticos" (obrigatório, proibido e permitido), caracterizadores das proposições jurídicas que disciplinam a conduta humana, voltados a implementar determinados valores.

Mas não só. Dotado de caráter coercitivo, sob pena de não lograr êxito no cumprimento dessa sua finalidade, torna-se necessário ao Direito municiar-se de mecanismo hábil a sujeitar o transgressor da norma de conduta a

[56] CARVALHO, Aurora Tomazini de. **Curso de teoria geral do direito**. São Paulo: Noeses, 2013, p.71.
[57] CARVALHO, Aurora Tomazini de. **Curso de teoria geral do direito**. São Paulo: Noeses, 2013, p.71.
[58] CARVALHO, Aurora Tomazini de. **Curso de teoria geral do direito**. São Paulo: Noeses, 2013, p.166.

consequências desencorajadoras da violação, quer sob o aspecto pessoal, quer o social. É do que trataremos mais adiante.

4 O SISTEMA JURÍDICO

Ambígua, em decorrência de sua múltipla significação, a palavra "sistema" surgiu, segundo consta, por intermédio de Sexto Empírico, com a finalidade de conotar, na filosofia, o conjunto formado por premissas e conclusão ou de apenas premissas. Tempos depois, passou a designar o discurso organizado de modo dedutivo, no qual o todo deriva das partes.

Wolff, por exemplo, denominava sistema o "conjunto de verdades ligadas entre si e com seus princípios", enquanto Kant traduzia, com essa expressão, a "unidade de múltiplos conhecimentos reunidos sob uma única ideia".[59]

Já na definição de Condillac, sistema seria "a disposição das diferentes partes de uma arte ou de uma ciência numa ordem onde elas se sustentam todas mutuamente e onde as últimas se explicam pelas primeiras", sendo os princípios as partes hábeis a fornecer sustentação às outras.[60] Hegel, a seu turno, destaca as ideias de unidade, totalidade e organização em face de um fim.[61]

Em todos esses casos, portanto, o termo sistema traz conotação de um conjunto de elementos formado segundo uma lógica e organização interna, vinculados a um fim.

Não obstante, só bem posteriormente, no alvorecer do século XX, foi formulada a teoria dos conjuntos. O ponto de partida nessa empreitada foi a busca por um ponto de intersecção entre os diversos campos da matemática, útil para apontar contradições nos sistemas, a despeito da utilização de procedimentos lógica e matematicamente corretos.[62]

Da Matemática aos trabalhos de Ludwig von Bertalanffy, autor de alentado estudo no qual é apresentada a teoria geral dos sistemas, foi um passo. É na "Teoria Geral dos Sistemas", publicada por esse autor em 1968, que se conceituam os sistemas como "conjunto de elementos em interação" e

---

[59] ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. (Coord.) Alfredo Bosi. Revisão da tradução Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p.908.
[60] CONDILLAC, Étienne Bonnot de. **Tratado dos sistemas**. Coleção Os Pensadores. São Paulo: Abril Cultural, 1973, p.9.
[61] CRUZ, Valéria Álvares. **Direito, complexidade e sistemas**. São Paulo: Fiúza, 2001, p.13.
[62] GUERRA FILHO, Willis Santiago. **A autopoiese do direito na sociedade pós-moderna**: introdução a uma teoria social sistêmica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p.44-45.

são pressupostos princípios gerais, aplicáveis às suas diferentes espécies, independentemente de sua natureza física, biológica ou sociológica.[63]

Vinculada à cibernética[64], iniciada por Norbert Wiener, a teoria acabou por identificar-se, ainda, não apenas com as ideias de unidade e de interação entre seus elementos, mas também com as de finalidade, retroalimentação e controle, básicas na teoria geral.[65]

De fato, Beer define sistema como

> o conjunto de elementos dinamicamente relacionados entre si, formando uma atividade para atingir um fim, operando sobre entradas (informações, energia ou matéria) e fornecendo saídas (informações, energia ou matéria) processadas.

A seu ver, os sistemas sempre se inseririam dentro de outros, de âmbito maior, jungidos a alguma forma de controle.[66]

Agregam-se, pois, à concepção original (unidade, organização, união sob uma finalidade comum) as ideias de interação, retroalimentação e controle que, em linhas básicas, é o que diferencia um sistema de um mero conjunto (unidade vinculada a uma finalidade específica).

Qualquer conjunto de ideias ou coisas, materiais ou imateriais, é suscetível de sistematização. Basta seus elementos poderem compor uma unidade organizada segundo um critério comum.

Esse é o entendimento de Lalande e de Edgar Morin,[67] bem como de Goffredo Telles Jr., para quem sistematizar é alocar os seres na ordem conveniente para a consecução de um fim.[68]

Com frequência, ensina o mestre, a unidade transcende o significado das partes isoladas e adquire uma nova dimensão, inalcançável de outra forma. Exemplo disso é a reunião de telhas, madeiras, ferros e outros bens para a consecução de um fim: a construção de um imóvel. A toda a evidência o significado do conjunto, ordenado segundo finalidade própria, adquire

---

[63] BERTALLANFFY, Ludwig von. **Teoria general de los sistemas**: fundamentos, desarollo, aplicaciones. México: Fondo de Cultura Económica, 1986, p.38.
[64] Cibernética, do grego *kybernytiky*, significa "ciência da comunicação e controle". Surgiu dos estudos de Norbert Wiener e foi desenvolvida por Stafford Beer e Gregori Batenson.
[65] CHIAVENATO, Idalberto. **Introdução à teoria da administração**. 3.ed. São Paulo: McGrowHill, 1983, p.471.
[66] CHIAVENATO, Idalberto. **Introdução à teoria da administração**. 3.ed. São Paulo: McGrowHill, 1983, p.471-473.
[67] CRUZ, Valéria Álvares. **Direito, complexidade e sistemas**. São Paulo: Fiúza, 2001, p.14. Ambos também destacam a ideia de unidade, organização e interação.
[68] TELLES JR., Goffredo. **O direito quântico**. 5.ed. São Paulo: Max Limonad, 1980, p.241;245.

expressão própria, distinta da original. Ademais, é importante notar: "a ausência de uma certa ordem não é desordem, mas a presença de outra ordem."[69]

Por isso é possível associar o conceito de "sistema" não somente à filosofia ou outras linhas de pensamento (econômicas, etc.), a conotar determinada corrente de ideias, mas também a conjuntos de coisas materiais (como sistema solar, sanguíneo, neurológico, digestivo) ou imateriais (*v.g.* sistema jurídico). Em todos os casos a diversidade forma uma unidade, enfeixada por uma função específica, em que cada elemento está vinculado e é afetado pelos demais. Qualquer alteração em um deles influencia os demais, a denotar um novo sistema, diferente – ainda que ligeiramente – do anterior.

Só por isso conclui-se que, na consideração do sistema, pesa, principalmente, o critério utilizado para delineá-lo: dependerá do observador. É sob o seu prisma que determinado conjunto configurará um sistema, subsistema ou 'superssistema'.

Em alguns dos exemplos acima (solar, sanguíneo, etc.) há consenso, reafirmado no tempo, do que os compõem e como funcionam. Em outros casos, porém, principalmente quando os elementos não são materiais, a distinção pode levar a considerações, principalmente, quanto aos seus limites: qual a medida para determinada linha de pensamento compor um sistema de ideias?

No caso do Direito, essa consideração indubitavelmente envolve questões como as das suas fontes, a da legitimidade do emissor da norma, a da revogação, bem como levar à consideração de subsistemas, conforme as normas se destaquem por um diferencial específico uniforme. Daí a distinção entre Direito Civil, Penal, Tributário e Administrativo, entre outros, assim como, em etapa anterior, entre Direito Positivo e Ciência do Direito, Direito Positivo e Moral, Direito e Economia e assim por diante, todos, em certa medida, subsistemas em relação ao sistema cultural.

Por sinal, no que atine ao Direito, embora desde o século XIX, em decorrência do positivismo, o vocábulo "sistema" designe qualquer conjunto de normas (ordenamento)[70], só a partir da década de 1950, com lastro em estudos

[69] TELLES JR., Goffredo. **O direito quântico**. 5.ed. São Paulo: Max Limonad, 1980, p.245.
[70] FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 1994, p.177.

multidisciplinares ligados à “teoria geral dos sistemas”, a Ciência do Direito passou a perquiri-lo de forma mais aprofundada, considerando-o como um conjunto de elementos inter-relacionados e aglutinados segundo um critério distintivo.

É inegável que a teoria propicia uma visão mais percuciente sobre o funcionamento do Direito, seja sob o ponto de vista estático, seja dinâmico. Basta proceder à análise de suas partes e da interação entre elas, bem como delas com o todo, para ter-se noção mais apurada de conceitos e fenômenos jurídicos como os referentes à validade e hierarquia das normas, sua criação e revogação, bem como à interpretação jurídica.

Nesse aspecto, importante realçar a conclusão de Juan Antonio Garcia Amado ao tratar a respeito desse tema na filosofia de Niklas Luhmann: a segmentação da realidade em partes especializadas, mais simples, fornece um valioso instrumental para a compreensão da complexidade do mundo.[71]

Decerto, reduzir o complexo em partes menores, especializadas, favorece o conhecimento do objeto. Por isso, transplantada para o âmbito do jurídico, a sistematização é uma ferramenta eficaz ao estudo e compreensão do ordenamento. Transcende a teoria das classes, embora ambas não se confundam (ao contrário, complementam-se em seus propósitos), pois, enquanto esta limita-se a propugnar o exame das partes e do todo com o fito de procurar sua diferença específica em relação a outros semelhantes, para o fim de aprofundar o conhecimento do objeto e da relação do gênero com suas espécies, a teoria dos sistemas adota um enfoque simultaneamente estático – quando disseca a estrutura e os elementos do conjunto – e dinâmico, quando avalia a interação entre eles e deles com o todo, perscrutando o objeto de maneira inalcançável por aquele primeiro exame.

Ademais, na medida em que se reconhece, como Willis Santiago Guerra Filho, a complexidade da sociedade atual, alcunhada de “pós-moderna”[72]

---

[71] No texto: “cada (sub) sistema permite um tratamento setorial e simplificado da parte de complexidade de que se ocupa. A gênese dos sistemas não é nada mais nada menos que a especialização funcional para a redução de complexidade”. (Tradução: AMADO, Juan Antonio Garcia. **A filosofia del derecho de Habermas y Luhmann**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1997, p.116).

[72] Utilizamos a expressão “sociedade pós-moderna”, em parte, lastreados no sentido que lhe aponta GUERRA FILHO, Willis Santiago. **A autopoiese do direito na sociedade pós-moderna**: introdução a uma teoria social sistêmica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p.11-12; 22-28: para a (I) a prevalência da globalização econômica e cultural, (II) a importância da intensa circulação de informações que, abundantes, levam à superficialidade, (III) a crise das ideologias e a descrença em verdades absolutas, ao que agregamos a cultura de massas, com o consequente consumismo.

(principalmente a partir da segunda metade do século XX), torna-se mister, ante a inevitável multiplicação das antinomias e contradições disso resultantes, incrementar o uso do conceito de "sistema", com a finalidade de tornar mais fácil lidar com as perplexidades disso derivadas.

Daí a importância da compreensão desse conceito, inclusive para identificar os pontos de contato entre as ciências[73] e respectivos objetos de análise. Afinal, considerados os propósitos da sistematização, jamais caberá confundir elementos ou conceitos de um com os de outro sistema, de estrutura diversa. A compreensão de sistema é impossível desse modo: cada um possui estrutura, elementos e finalidade própria, sendo inconcebível a confusão.

Bons exemplos do nexo a vincular diferentes segmentos da realidade encontram-se nos capítulos precedentes, quando apontamos o vínculo entre o sistema cultural, o linguístico (componente daquele), o Direito Positivo e a Ciência do Direito, cada qual a compor um sistema próprio, embora com certa interpenetração. Igualmente os sistemas político e econômico: autônomos e compostos de diferentes elementos e segundo princípios diversos, ambos participam de um sistema maior, a cultura de um povo, guardando pontos de contato entre si e retroalimentando-se continuamente. Em relação a estes, o Direito atém-se a contemplar suas ações e tecer expectativas sobre os modos como devem operar. Nesse sentido, cria, quanto a eles, uma nova realidade.[74]

Note-se que mesmo se considerada a 2ª Lei da Termodinâmica[75], pela qual os sistemas tendem, sempre, à decomposição e ao caos subsequente, a importância da consideração dos sistemas não diminui, pois a mera noção dessa perspectiva é suficiente para fazer programar mecanismos de controle com o intuito de equilibrar o sistema.

Inegável, portanto, o valor do conceito. Em especial no que diz respeito ao campo jurídico: que mais senão um "sistema" normativo – por definição, organizado segundo critérios rígidos e claros – teria o condão de propiciar tranquilidade aos cidadãos para atuarem em sua vida diária e projetarem seus

---

[73] GUERRA FILHO, Willis Santiago. **A autopoiese do direito na sociedade pós-moderna**: introdução a uma teoria social sistêmica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p.57-60.

[74] TEUBNER, Gunter. **O direito como sistema autopoiético**. Tradução de José Engracia Antunes. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1993, p.156.

[75] Segundo essa lei da Física, quanto maior o grau de mudanças, maior o nível de entropia a gerar crescente decomposição dos sistemas em estados mais simples. Entropia (do grego *entrope*, que significa "transformação") foi conceito introduzido nessa ciência por Clausius, em 1865, como medida de desordem (CRUZ, Valéria Álvares. **Direito, complexidade e sistemas**. São Paulo: Fiúza, 2001, p.28).

anseios futuros, sem receio de mudanças bruscas no padrão de conduta imposto, capaz de afetar-lhes a vida, a liberdade ou expectativa quanto ao futuro almejado?

Observados os conceitos de “sistema” mencionados, logo despontam traços comuns a todos, dos quais se extraem importantes ilações: (I) a de se tratarem de uma unidade, composta por um conjunto de elementos, materiais ou imateriais, do que decorre devam ser relativamente homogêneos entre si; (II) sua organização estar pautada segundo critérios próprios, a denotar a questão dos princípios estruturantes e a circunstância de possuírem uma estrutura específica; (III) a existência de interação recíproca entre os elementos. (IV) a finalidade. Relativamente aos sistemas fechados, costuma-se apontar, ainda, para a tendência à degradação (entropia), também antes mencionada, enquanto o ideal seria a situação de “homeostase” (estado firme), correspondente ao equilíbrio dinâmico entre as partes do sistema.[76]

Em situações normais, os sistemas importam, por suas “entradas” (*inputs*), a depender de sua natureza, informações, energia ou materiais do meio (exterior), que serão nele processados com a finalidade de gerarem um produto novo e distinto, que será deles exportado. Assim, do mesmo modo que o sistema elétrico gera luz e o informático gera novas informações, o sistema jurídico, captando os dados do mundo – observações sobre o que costuma ocorrer – processa-os e produz enunciados jurídicos que, ao final, mediante o processo já analisado, levarão às normas jurídicas.

Os sistemas, ensina Bertalanffy, podem ser abertos ou fechados, conforme o grau de intercâmbio que mantêm com o meio.

Designam-se “abertos”, na teoria geral dos sistemas, aqueles que mantêm contínuo intercâmbio de matéria, energia ou informações com o meio ambiente, por intermédio de suas entradas e saídas, nunca podendo subsistir isolados, uma vez que seu desgaste só é restaurado na interação com o mundo exterior. Consequentemente, possuem tendência à desordem, só contrabalançada mediante um controle específico, efetuado por mecanismos de retroalimentação. Por isso, são eminentemente adaptativos.

---

[76] Nascido na fisiologia animal, com Claude Bernard (1813-1878) o termo é utilizado para as situações em que o sistema possui aptidão para alcançar o equilíbrio interno, a despeito de modificações no ambiente. O equilíbrio, por sua vez, seria conseguido pela autorregulação do sistema. (CHIAVENATO, Idalberto. **Introdução à teoria da administração**. 3.ed. São Paulo: McGrowHill, 1983, p.482-483; 516).

Exemplos candentes de sistemas abertos, na visão de Daniel Katz e Robert L. Kahn[77], seriam as organizações sociais, que, contínua e diretamente afetadas pelas trocas com o meio, logo buscam reorganizar-se em conformidade com o estímulo. O equilíbrio, no caso, será buscado mediante o controle das entradas e saída.

"Fechados", por sua vez, seriam os sistemas inabilitados a se relacionarem com o meio ambiente, permanecendo afastados de suas influências. A rigor, nada absorveriam nem nada lançariam ao meio circundante.

Todavia, não há sistema fechado puro. No máximo possuem uma grande rigidez, não permitindo trocas senão por entradas e saídas únicas e bem específicas. Exemplo disso é o representado por certas máquinas, dotadas de apenas uma entrada para os insumos e uma saída de produto, invariavelmente funcionando sempre do mesmo modo.

Nesse caso, portanto, tem-se um comportamento programado, com intercâmbio mínimo de matéria, energia ou informação.[78]

O ideal é que o sistema não seja assaz aberto nem tampouco absolutamente fechado, pois, se de um lado o fechamento reduz a possibilidade de "desordem", de outro a abertura propicia a adaptação e, portanto, a sobrevivência do sistema às novas realidades.

É nesse contexto que surge o conceito de sistema adaptativo complexo, suscetível de desenvolver-se por meio das informações adquiridas. Sem estar cerrado às influências do mundo, ele as absorveria de modo controlado, em condições de adaptar-se às novas configurações.

Suas características seriam (I) a compleição dinâmica em constante evolução; (II) permanente interação com as demais unidades do sistema; (III) a existência de aberturas permissivas de interação com o meio ambiente; (IV) capacidade de auto-organização e adaptação.

Nesse sentido, indubitavelmente o Direito caracteriza-se como sistema adaptativo complexo, uma vez que, por meio de aberturas próprias, ele absorve

---

[77] CHIAVENATO, Idalberto. **Introdução à teoria da administração**. 3.ed. São Paulo: McGrowHill, 1983, p.527-530.
[78] CHIAVENATO, Idalberto. **Introdução à teoria da administração**. 3.ed. São Paulo: McGrowHill, 1983, p.518.

os dados da realidade e, processando-os, produz normas pretensamente adaptadas às novas contingências.

Visto pelo lado pragmático, as “aberturas” do sistema jurídico situam-se, justamente, na previsão do processo legislativo, principiado a partir da iniciativa de uma das pessoas indicadas na Constituição – no caso brasileiro, mencionadas nos seus artigos 60 e 61 – e, em certa medida, na jurisprudência, fruto do labor dos juízes, que buscam adequar as leis às situações concretas.

Principalmente com relação ao primeiro caso, foi salientado, anteriormente, o papel do legislador na produção normativa: a seleção de hipóteses de comportamento para ordená-los à luz dos valores vigentes. Neste ato, ele se abre para o mundo, quer ao pinçar fatos, quer ao valorá-los, antes de traçar aquilo que pretende por norma.

No segundo, o juiz, sob o influxo das leis que deve fazer aplicar, mas também das circunstâncias concretas e dos valores constitucionais hábeis a iluminá-las, decide a lide, estabelecendo, para o caso, a norma individual a regê-lo. Dessa forma, ainda que limitada nessa situação, nem por isso a abertura nela não está presente.

Tudo a afirmar o Direito como um autêntico sistema autopoiético: aquele dotado de natureza autorreferencial, por estar seu modo de produção e reprodução disciplinado e operante no interior do próprio sistema, mediante sequência de interação circular e fechada.[79] Nele, a despeito da clausura operativa, caracterizada pela não permeabilidade a elementos estranhos ao sistema, apresenta sempre abertura cognitiva em relação ao ambiente, do qual extrai os fatos e valores a considerar.

A única possibilidade de elementos estranhos influenciarem o sistema – jamais interferirem diretamente – é por via das “entradas”, que atuam apenas cognitivamente, ou seja, colhendo informações com o fulcro de processá-las no interior do sistema. Ingressados esses dados, pelos meios mencionados, que os traduzem na linguagem pertinente, seja o processo legislativo, seja o judicial, desenvolvem-se da forma prevista, sem o influxo de elementos externos. Se sobrevier fato capaz de repercutir na disciplina a aplicar,

[79] Observação feita por José Engracia Antunes, titular da cadeira de Direito Comercial da Faculdade de Direito da Universidade Católica do Porto, no prefácio, de sua autoria, à edição da obra: TEUBNER, Gunter. **O direito como sistema autopoiético**. Tradução de José Engracia Antunes. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1993.

fatalmente ele deverá ser posto em linguagem normativa antes de penetrar no sistema. Igualmente, consoante afirma Garcia Amado, o Direito só será válido em decorrência das "decisões que estabelecem sua validez."[80]

Exemplifico: se o legislador, atento à realidade do comércio exterior, detecta determinada possibilidade de fraude, ainda não contemplada no sistema, ele poderá, a partir dessa hipótese, iniciar o trabalho para o estabelecimento de norma que vise coibi-la, inclusive por meio da previsão de sanção. Nesse sentido, nutriu-se da abertura cognitiva do sistema, por ele mesmo prevista, que previamente estabelece a maneira pela qual deve produzir-se a norma jurídica. Tanto o processo legislativo, como qualquer procedimento relativo à aplicação dessa norma pela autoridade administrativa ou pelo Judiciário, ou mesmo sua invalidação (por conta da posterior verificação de sua não conformidade, isto é, pertinência ao sistema) pautar-se-ão em consonância com o regramento nele fixado a esse respeito (recursos, reclamações, etc.). Assim, ainda que, no curso de discussão administrativa ou judicial, surja fato novo capaz de subvertê-la, de nenhum modo essa ocorrência, externa ao sistema, terá o condão de afetar, direta e efetivamente, o processo. Antes, para que isso ocorra, ele deverá ser incorporado ao sistema jurídico por meio da linguagem pertinente. Para tanto, pois, caberá traduzir esse fato da linguagem imanente ao subsistema social do qual advém, para a própria do sistema jurídico. Antes disso, a este não pertence. Particularmente no exemplo assinalado, o fato social nele ingressará somente quando mediante peça processual considerada válida e instruída com provas a seu respeito forem apresentadas à autoridade competente. Nesse sentido ele é operativamente cerrado, conquanto cognitivamente aberto.

Particularmente com referência aos subsistemas jurídico e político, é fácil notar, como destaca Marcelo Neves, ser a Constituição a responsável pelo acoplamento estrutural de ambos, pois é ela quem torna jurídica as relações políticas, entre outras.[81] Notável relevo assume, por exemplo, a absorção dos valores que é feita por seu intermédio (embora não exclusivamente), por se traduzirem nos mais altos do ordenamento jurídico.

---

[80] AMADO, Juan Antonio Garcia. **A filosofia del derecho de Habermas y Luhmann**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1997, p.180.
[81] GUERRA FILHO, Willis Santiago. **A autopoiese do direito na sociedade pós-moderna**: introdução a uma teoria social sistêmica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p.71.

De fato, se, na dicção de Canaris, o Direito abriga os valores mais elevados, traduzidos de sua realidade própria e adequados à "unidade interior da ordem jurídica"[82] é por via da abertura e dos procedimentos pertinentes à via constitucional que isso se dá.

Quanto ao vetor, isto é, princípio básico que confere unidade ao sistema, este se consubstancia em sua finalidade última, correspondente à ordenação social. Deveras, o sistema jurídico só apresenta sentido, razão de existência, na potencialidade de ele normatizar o mundo fático. Sem isso, será inócuo, ou seja, ineficaz, inservível, portanto, para qualquer coisa. Não será, em suma, um sistema jurídico, no sentido de possuir algum grau de coercibilidade. Será, apenas, uma bizarrice, feita para divertir, ou um dado histórico, a ser objeto de estudos de outra ordem.

Luhmann, a esse propósito, é categórico ao afirmar a necessidade de os sistemas possuírem finalidade certa e definida que, no caso do Direito, seria o "uso específico da normatividade", a qual consistiria na "utilização de perspectivas conflituais para a formação e reprodução de expectativas de comportamento congruentemente generalizadas" no tempo; ou seja, assegurar o perfazimento de certas condutas, tendo por base uma previsão de quais sejam os comportamentos humanos suscetíveis de gerar conflitos.[83]

A seu ver, se os sistemas sociais se estribam em expectativas concernentes ao indivíduo (lembre-se o quanto antes foi dito a respeito da relação do eu com o outro) e estas são ilimitadas, somente fazendo-se opção pelas condutas desejadas e plasmando o resultado obtido em um código estável de conduta as pessoas terão segurança de que não serão turbadas pelas demais e, por consequência, poderão desenvolver-se, ainda que, nesse processo, sua liberdade venha a ser tolhida em certa medida.[84] Reside aí a raiz do dilema liberdade *versus* segurança.

Só por essa característica, à qual, naturalmente, deve-se agregar a coercitividade, o Direito será o único subsistema social capaz de, pela redução das expectativas de condutas plausíveis, tornar menos conflituosa a vida

---

[82] CANARIS, Claus-Wilhem. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito.** Introdução e tradução de A. Menezes Cordeiro. 2.ed. Lisboa: Calouste Gulbenkain, 1996, p.22-23.
[83] AMADO, Juan Antonio Garcia. **A filosofia del derecho de Habermas y Luhmann**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1997, p.169.
[84] AMADO, Juan Antonio Garcia. **A filosofia del derecho de Habermas y Luhmann**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1997, p.161.

social. A infração seria exceção à regra, incapaz de macular a certeza de que, a despeito da possibilidade de seu cometimento, ainda assim prevalece o aspecto positivo irradiado da própria existência do sistema jurídico.

Não só: também a perspectiva de frustração do comportamento esperado torna-se ponto de partida para uma nova expectativa, correspondente à busca da recomposição da situação anteriormente preconizada, por meio de novas normas, adequadas a esse desiderato, bem como da imposição de sanção.

Conhecido o conceito de sistema, particularmente o jurídico, as conexões entre os subsistemas culturais, suas espécies (abertos, fechados, adaptativos complexos e, sob outro critério, autopoiéticos ou não), bem como, a finalidade e, em linhas gerais, o modo como aquele em foco se reproduz, cumpre tecer algumas considerações sobre sua estrutura e elementos.

Todo sistema contém um repertório, os elementos que o compõem, e determinada estrutura, consistente no conjunto de regras que determinam as relações entre esses elementos.[85]

Considerado o jurídico, os elementos correspondem às normas jurídicas, que podem ser regras ou princípios, e a estrutura ao resultado decorrente do acervo de regras a isso pertinentes, ou seja, relativas às condições e procedimentos para a produção de normas de conduta válidas[86] e relações entre elas, igualmente expostas sob a forma de norma jurídica. Assim, também as regras que conformam a estrutura do sistema fazem parte do repertório.

Compõem a estrutura do sistema, dentre outras, as regras que dispõem sobre as espécies normativas e sua respectiva hierarquia (estabelecendo relações de subordinação e de coordenação entre as normas), aquelas relativas aos princípios da *lex superior* (prevalência da lei de maior hierarquia em caso de contradição), da *lex posterior* (prevalência da lei mais nova se ambas tiverem hierarquia semelhante) e da *lex specialis* (predominância da regra especial sobre a geral), assim como as que definem o ingresso e a

---

[85] FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 1994, p.175.

[86] BOBBIO limita-se a apontar, como normas de estrutura (que também chama “de competência”) aquelas relativas às “condições e procedimentos através dos quais emanam normas de conduta válidas”. (BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**.10.ed. Brasília: UnB, 1999, p.33). Não se pode olvidar, porém, que também as que estabelecem as relações de hierarquia, revogação ou apresentam vias para confrontar a invalidade de outra norma possuem caráter estrutural. Neste trabalho, registre-se que a expressão “norma de competência” será utilizada tão somente no sentido de atribuição de poderes, atribuições, não no sentido apontado, a que nos referimos como “normas de estrutura”.

exclusão do sistema e o critério de pertinência a este (validade), que Hart denomina norma de reconhecimento. De igual modo o princípio da unidade do Direito, de hábito tácito, que define o Direito como uma unidade homogênea, marcada por princípios comuns (que Tercio Sampaio Ferraz Jr. considera ser a "norma fundamental" de Kelsen)[87] consubstanciaria regra de estrutura.

Quanto ao repertório, composto por normas jurídicas que, segundo a doutrina moderna, principalmente depois de Dworkin, podem assumir a condição de regras ou princípios, é de destacar que, em ambos os casos sua denotação decorrerá, sempre, como mencionado, da interpretação que se faz dos enunciados dessa espécie.

Com efeito, o processo interpretativo do qual resulta a norma, iniciado a partir do exame dos enunciados jurídicos, independe da natureza destes. Nos dois casos constrói-se a denotação de modo igual, utilizando-se, para enunciá-las estrutura formal semelhante, de natureza deontológica (*Se A deve ser B*). A diferenciar essas espécies normativas, portanto, está, principalmente, o seu grau de 'fundamentalidade' para o sistema, caracterizada pela aptidão de influenciar a produção e a interpretação de outras normas.[88]

A própria palavra "princípio" espelha essa ideia, uma vez que, conforme Luiz Diez Picazo, na geometria, de onde deriva, designa as premissas de um sistema.[89] Nesse sentido teria sido introduzida na filosofia por Anaximandro e, posteriormente, utilizada por Platão e Aristóteles, respectivamente, no sentido de fundamento de um raciocínio e de premissa maior de uma demonstração.[90]

Tido por plurívoco, contudo, atualmente o significado do vocábulo vai além, para designar, em primeira abordagem, ainda bastante simplista, a classe de normas de caráter mais genérico e de índole programática (embora nem sempre tenham esses aspectos), de importância fundamental no sistema.

Justamente à vista de sua importância para o sistema jurídico, seja sob o aspecto teórico ou prático, cumpre analisar mais pormenorizadamente esse elemento, para melhor compreensão da matéria objeto deste estudo.

---

[87] FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 1994, p.176.
[88] Ver, a esse propósito, o prólogo de Riccardo Guastini à edição italiana da obra "Teoria dos princípios", de Humberto Ávila (ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 16.ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p.17-19).
[89] BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 1994, p.228-229.
[90] CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de direito constitucional tributário**. 3.ed. São Paulo: RT, 1991, p.23.

5 A NORMA JURÍDICA

Independentemente dos significados deduzíveis da linguagem referente ao Direito Positivo, descabe perder de vista a possibilidade de também se poder analisá-la sob o prisma lógico, por seus enunciados tenderem a refletir dados da experiência, objeto de processamento racional.[91]

Ao observar a realidade circundante, o homem apercebe-se das relações entre os fenômenos do mundo e, perscrutando causas e consequências, firma suas conclusões. Nesse processo, mesclam-se experiência e racionalidade para a formação do conhecimento.[92] A primeira fornece os dados que servem de ponto de partida para as ilações. A segunda processa-os abstratamente mediante associações.

Apenas a maneira de inferi-los ocorre diferentemente segundo o contexto. Incidem basicamente duas variáveis: se os fatos observados se referem ao mundo físico ou ao cultural.

No primeiro caso, por exemplo, ao observar o aquecimento da água e concluir que ela entra em ebulição a 100ºC, o pesquisador imediatamente verbalizará a conclusão por meio do enunciado descritivo correspondente – "a água ferve a 100ºC". A frase traduz o vínculo causal entre as variáveis "água" e "aquecimento"[93], mesmo quando não aduzido expressamente. Na situação, é óbvia a relação de causalidade subjacente, bem como sua inexorabilidade.

Entretanto, enquanto o mundo do ser (a natureza) submete-se à causalidade física, definida por regras imperativas e inafastáveis, que, apreendidas pela linguagem, são incorporadas à cultura (*v.g.* a lei da gravidade), no mundo cultural, erigido e cultivado pelo homem, as relações de causa e efeito definem-se a partir de tendências. Ou seja, decorrem de probabilidades formadas a partir do contexto. Tudo porque, na raiz, as condutas humanas variam em decorrência do livre-arbítrio e dos inúmeros fatores que afetam a condição humana.

---

[91] CARVALHO, Aurora Tomazini de. **Curso de teoria geral do direito**. São Paulo: Noeses, 2013, p.198-199.
[92] Nesse sentido: VILANOVA, Lourival. **Causalidade e relação no direito**. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 30; CARVALHO, Aurora Tomazini de. **Curso de teoria geral do direito**. São Paulo: Noeses, 2013, p. 200.
[93] CARVALHO, Aurora Tomazini de. **Curso de teoria geral do direito**. São Paulo: Noeses, 2013, p.199.

Kant já apontara a distinção entre esses dois universos e suas respectivas leis ao enfatizar que as relações de causalidade não operam de igual modo no mundo físico, regido pelas leis da natureza, e no mundo da cultura, regrado segundo princípios diversos.[94]

De fato, considerada apenas a relação entre a ação humana, pautada pelo livre-arbítrio, e seu resultado, é patente ela não estar submetida a nenhuma lei imutável da natureza, mas a uma lógica diversa, influenciada por circunstâncias várias, que constituem objeto de outras ciências, como a psicologia e a economia. São fatores físicos, psíquicos e culturais que influenciarão como será exercido o livre-arbítrio e, por conseguinte, as ações do indivíduo. A depender das múltiplas e concomitantes interações entre eles, uma ou outra poderá ser a conduta adotada. É impossível sua previsão.

Essa é a razão pela qual, diferentemente dos enunciados pertinentes às ciências físicas, descritivos e referentes a uma relação de causalidade estrita e inafastável, os do Direito Positivo atêm-se a prescrever a conduta esperada diante de determinada hipótese fática. Mais: previamente essa proposição assume a possibilidade de sua inobservância.

A situação foi muito bem apreendida por Kant, que ressaltou estarem as leis jurídicas estruturadas segundo uma relação de "imputabilidade deôntica", isto é, enlaçadas ao *dever ser* próprio dessas proposições.[95]

Esse ensinamento, por sua vez, foi absorvido por Kelsen e apresenta-se repercutido na obra de Paulo de Barros Carvalho, que afirma no âmbito jurídico não haver relação de causalidade, mas somente de imputabilidade.[96]

Em suma, enquanto as leis físicas apontam para a única consequência possível diante de determinada causa, as jurídicas cingem-se a indicar a adequada (*dever ser)* em determinada hipótese fática, expondo, embora subliminarmente, seu grau de vinculatividade: total (quando obriga ou veda uma conduta) ou limitada (quando apenas a faculta).

Naturalmente, para obter o efeito desejado no que se refere à regulação da conduta humana, é imprescindível não somente que a autoridade competente para a emissão da norma seja hábil em eleger os fatos da vida

---

[94] KANT, Emmanuel. **Metafísica dos costumes**. Bauru: Edipro, 2003, p.56-57.
[95] CARVALHO, Aurora Tomazini de. **Curso de teoria geral do direito**. São Paulo: Noeses, 2013, p.198.
[96] Como expõe, a hipótese implica a tese (consequente), assim como o fato jurídico implica a relação jurídica (CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário** – linguagem e método. 5.ed. São Paulo: Noeses, 2013, p.149-150).

carentes de regração – no caso de normas gerais e abstratas – mas também tenha nítido o escopo por ela pretendido e os valores observáveis. Ademais, ela precisa ser hábil em eleger o efeito jurídico atribuível à hipótese, tendo em vista a finalidade.

Foi essa a maneira, por exemplo, pela qual chegou-se à fórmula de que deve ser "vedada a imposição de tributos sem prévia previsão em lei". Visou-se impedir o arbítrio do soberano, em um quadro no qual é imprescindível cobrar tributos para a manutenção do Estado e a experiência ocidental, atenta à necessidade de conferir segurança aos cidadãos, quis proteger seu patrimônio contra investidas ilegítimas. Por isso, a aprovação – posteriormente esclareceu-se a ideia de princípio democrático – precisa ser dada pelos representantes do povo. Facilmente vê-se a finalidade da norma e os valores que a presidem.

Sintaticamente, explana Ricardo Guastini, toda norma jurídica é reduzível a uma forma condicional (hipotética). Em última análise, apresenta a seguinte estrutura: se F então C. O termo antecedente (F) refere-se a uma classe de circunstâncias fáticas hipoteticamente consideradas e o termo consequente (C), a uma classe de consequências jurídicas decorrentes da implementação concreta daquele fato.[97]

Trata-se de concepção a qual já fora antevista por Korkounov, que salientou o caráter "condicional" das normas jurídicas, compostas "de dois elementos: [...] a hipótese [...] e a disposição ou a ordem. Podem ser expressas na fórmula seguinte: Se... em consequência..."[98]

Toda mensagem deontológica compõe-se da proposição antecedente – descritiva de um fato social – e de outra consequente, relativa aos efeitos jurídicos decorrentes da concretização desse fato. Assim, portanto, necessariamente a norma jurídica apresenta uma estrutura composta,

---

[97] GUASTINI, Riccardo. **Distinguiendo, estúdios de teoria y metateoria del derecho**. Barcelona: Gedisa, 1999, Segunda Parte, p.95. Sinônimos dos termos antecedente e consequente, destaca Paulo de Barros Carvalho, são, respectivamente, "hipótese e tese", "pressuposto e estatuição"; "suposto e mandamento", "prótase e apódose" e "descritor e prescritor" (CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário** – linguagem e método. 5.ed. São Paulo: Noeses, 2013, p.147).

[98] DINIZ, Maria Helena. **Conceito de norma jurídica como problema de essência**. São Paulo: RT, 1979, p.66.

correspondente a duas partes conectadas por um ato de autoridade legislativa; um vínculo neutro que apenas estabelece o "dever ser".[99]

Neutro, pois não interfere nem é afetado pelo conteúdo das mensagens e tampouco por quem seja seu emissor ou destinatário. Para muitos, aliás, o "dever ser" nem sequer pode ser definido; é uma categoria do pensamento. Seria um modo de pensamento, "como o futuro e o pretérito".[100] Ainda assim, porém, não se lhe pode negar ser, em última análise, a exigência de uma vontade, expressão de um querer.[101]

Saliente-se: no antecedente, nunca há regulação alguma; somente a descrição de uma hipótese fática possível, sucintamente descrita. É no plano da consequência, relacionada àquela, que se estipula a conduta pretendida, apontando os modos "obrigatório" (O), "permitido" (P) ou "vedado" (V), categorias estabelecidas pela Lógica Deontológica e de eminente teor prescritivo, que sintetizam as únicas possibilidades de variação das condutas.[102]

A respeito, elucidativa é a lição de Lourival Vilanova:

> Na proposição normativa ou deôntica, o dever ser (que se triparte nas modalidades O, P, V, obrigatório, permitido e proibido) é constitutivo da estrutura formal, é o operador específico que conduz à proposição deôntica. Faltando, desfaz-se a estrutura.[103]

Entre causa e consequência estabelece-se um nexo causal de natureza deontológica (Dada a hipótese F, a consequência *deve ser* C), de modo que, ocorrido o fato delineado no antecedente, *deverá* dar-se o consequente, por não se pretender comportamento diverso do preconizado; apenas este.

A fórmula (*Se F deve ser C*), de natureza lógica, é invariável. Sempre, nas circunstâncias fáticas descrita no antecedente, *deve* dar-se o consequente. O que alterna, em cada estrutura normativa, é o seu conteúdo, do qual advém a significação obtida pelo intérprete.

---

[99] CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário** – linguagem e método. 5.ed. São Paulo: Noeses, 2013, p.131.
[100] Nesse sentido, Georg Simmel, citado por ENGISH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. 7.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, p.37.
[101] Conforme EISLER, citado por ENGISH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. 7.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, p.37.
[102] Na Lógica Deôntica, estabelecida a partir dos estudos de von Wright, essas categorias são denominadas modais.
[103] VILANOVA, Lourival. **As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo**. São Paulo: Max Limonad, 1997, p.72.

É por isso que, como assinala Paulo de Barros Carvalho, diz-se ser a norma jurídica “uma significação deonticamente estruturada”[104], isto é, uma estrutura deôntica à qual se atrela uma significação.

Observe-se que, frente à homogeneidade sintática das unidades do ordenamento, sempre dispostas de acordo com a fórmula citada, impera a heterogeneidade semântica. Isso, considerando apenas o plano efetivamente normativo (S3), uma vez que, nos anteriores (S1 e S2), em virtude de o arranjo do enunciado dispor-se somente conforme as regras de gramática, não possuem estrutura similar.[105]

Deveras, em princípio, a norma jurídica não se apresenta pronta e acabada. É da interpretação dos textos, em confronto com os demais enunciados e o sistema que se constrói sua significação. O legislador apenas introduz, no ordenamento jurídico, enunciados prescritivos, jurídicos, e a partir deles o intérprete constrói a significação (a norma), sempre implícita, portanto, aos textos.

Essa colocação, enfatizada por diversos autores, pode ser bem compreendida a partir do exemplo apresentado por Karl Engisch referente à legítima defesa, que só adquire sentido diante da regra que veda e pune o homicídio. Por sinal, salienta o autor, não somente falta autonomia aos “imperativos” jurídicos, como a imperatividade também não surge naturalmente das proposições gramaticais: “só da combinação delas entre si resulta um sentido completo.”[106]

Por outro lado, tanto a seleção da hipótese fática descrita no antecedente normativo como a definição da consequência a ela atribuível resulta da opção do legislador por certos valores, considerados relevantes na situação. É, nesse sentido, uma opção axiológica.[107] Enquanto, ao selecionar fatos, ele pinça os reputados mais importantes e, portanto, carecedores de maior atenção, ao fixar as consequências ele opta, dentre os caminhos possíveis, por aquele, a seu ver, mais adequado para alcançar o propósito pretendido.

---

[104] CARVALHO, Paulo de Barros. In: CARVALHO, Aurora Tomazini de. **Curso de teoria geral do direito**. São Paulo: Noeses, 2013, p.286-287.
[105] CARVALHO, Paulo de Barros. In: CARVALHO, Aurora Tomazini de. **Curso de teoria geral do direito**. São Paulo: Noeses, 2013, p.289-290.
[106] ENGISH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. 7.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, p.38.
[107] CARVALHO, Aurora Tomazini de. **Curso de teoria geral do direito**. São Paulo: Noeses, 2013, p.298.

A esse respeito, disserta Lourival Vilanova:

> o fato se torna jurídico porque ingressa no universo do direito através da porta aberta da hipótese. E o que determina quais propriedades entram, quais não entram, é o ato-de-valoração que preside à feitura da hipótese da norma.[108]

Nesses termos, se determinada classe de fatos não foi selecionada pelo legislador para compor hipótese normativa, ela deve ser tida como juridicamente irrelevante, por dela não surgir efeito algum da espécie (*v.g.* "respirar o ar corrente").

Decerto, caso se pretenda norma eficaz, não somente hipótese e consequência devem situar-se na esfera do possível, mas também entre ambas deve haver correlação lógica suficiente a permitir alcançar o desígnio proposto.

Nada impede de o comportamento esperado (o dever ser), descrito no consequente, deixar de ocorrer. Pode acontecer. Embora premido a adotar certo comportamento, o indivíduo age de modo diverso, descumprindo a norma.

Nesse caso, contudo, o que haverá não será o afastamento da relação de imputabilidade estabelecida entre causa e consequência – que permanece intacta, até porque firmada em plano abstrato –, mas o advento de nova relação, decorrente da transgressão à norma de conduta exposta no consequente descumprido. Isto é, desatendido o dever ser "C" imposto pela norma de conduta, essa circunstância constitui hipótese fática descrita em outra, para a qual a consequência *deve ser* S (em regra uma sanção).

Em qualquer situação sempre há duas possibilidades: o atendimento ou não do mandamento derivado da norma de conduta. Cada uma, objeto de formulação normativa distinta. A primeira, diante da hipótese "F", determina a consequência "C"; a segunda, assumindo como pressuposto o descumprimento desse "dever ser" (nova hipótese = "não-C"), impõe uma nova consequência consubstanciada no mandamento S. Desse modo, a prática de um "não-C", implica o mandamento S.

---

[108] VILANOVA, **As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo**. São Paulo: Max Limonad, 1997, p.89.

Inocorrente a hipótese prevista, não surgem consequências. Ocorrida, porém, cabe verificar se a conduta do destinatário da norma pautou-se de acordo com a implicação proposta (o deve ser C) ou não (hipótese de outra espécie de consequência: a S).

É indubitável que, caso se trate de hipótese de ocorrência impossível, nunca se dará qualquer consequência, por carecer de sentido.[109] Todavia, se apenas um comportamento for viável, é desnecessária a regulação, que só adquire sentido se houver um leque com no mínimo duas possibilidades fáticas.[110]

Justamente por isso, ao debruçar-se sobre o tema, Kelsen, partindo da distinção entre o mundo do "*ser*" e a do "*dever ser*", defendeu a norma jurídica estruturar-se de forma dual, isto é, está composta de duas proposições: uma relativa à norma de conduta e outra referente à sanção, as quais interagiriam como se presas a um código binário, em que o desatendimento de uma necessariamente implicaria a incidência da outra.

Bastante pacífica a teoria da estrutura dual da norma jurídica. Muito frequentemente um dos seus eixos é denominado norma primária, enquanto a outra corresponde à norma secundária, cujo significado pode variar conforme o autor.

Por considerar essencial ao Direito seu aspecto coercitivo, que o distinguiria dos outros sistemas normativos (*v.g.* a moral), os quais não teriam o condão de autorizar o uso da força estatal para fazer cumprir a regra de comportamento, Kelsen denominou "norma primária" aquela pertinente à estipulação de uma sanção para a hipótese de descumprimento da norma de conduta, e "norma secundária" a esta última, determinante de um comportamento. No dizer do autor, se a norma que prescreve a conduta só é válida se outra prescreve sanção, "então, numa exposição jurídica rigorosa, a primeira norma é, com certeza, supérflua. A primeira norma, se é que ela existe, está contida na segunda, única norma genuína".[111]

---

[109] VILANOVA, Lourival. **As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo**. São Paulo: Max Limonad, 1997, p.74.

[110] CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário** – linguagem e método. 5.ed. São Paulo: Noeses, 2013, p.134.

[111] KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 1992, p.65. Atualmente, polemiza-se se, em obra postumamente editada, a **Teoria geral das normas**, em especial no Capítulo 35, Kelsen teria retificado sua posição e invertido a classificação.

Trata-se, todavia, de entendimento bastante criticado por variados autores porque, em regra, o usual é o espontâneo acatamento da regra de conduta[112]; não sua imposição coercitiva.

Nesse sentido figura, por exemplo, Herbert Hart, que, não obstante se valha da mesma terminologia, após asseverar a existência de variadas espécies de normas nas quais não se faz presente a ameaça de sanção – como as que atribuem competências para julgar ou legislar (poderes públicos) ou para constituir ou alterar relações jurídicas (poderes privados) –, nomeia normas primárias àquelas relativas a comportamentos. Secundárias seriam as que atribuem poderes, públicos ou privados, que tornam possíveis atos conducentes não só de movimento físico, mas também de criação ou alteração de deveres ou obrigações.[113]

De modo bastante similar, Garcia Maynez designa normas jurídicas primárias aquelas que têm sentido pleno, por si mesmas, e secundárias aquelas que, sem encerrar uma significação independente, ligam-se às primeiras para complementá-las. Seriam secundárias, a seu ver, as que tratam da vigência da norma; as declaratórias ou explicativas; as permissivas; as interpretativas e as sancionatórias.[114]

Todavia, não obstante a nomenclatura – norma primária/norma secundária – seja a mais comum, ainda que nem sempre com igual sentido, outras também foram utilizadas para referir-se ao caráter dual da norma.

É conhecida a designação, feita por Carlos Cossio, de endonorma e perinorma, respectivamente, para a regra de conduta (de índole material) e a repressiva (de caráter formal), correspondente à providência a ser aplicada pelo Estado no caso de descumprimento da outra. Segundo ele, ambas constituiriam uma única norma, embora composta de dois membros.[115]

A ideia de o Direito não se resumir à estipulação de condutas e de sanções e a de ser a regra o cumprimento espontâneo da norma, com seus naturais efeitos, é ressaltada também por André Franco Montoro, que, a respeito, exemplifica a questão com a hipótese de “paga a prestação” deve ser

---

[112] Cossio, por exemplo. (DINIZ, Maria Helena. **Conceito de norma jurídica como problema de essência**. São Paulo: RT, 1979, p.75).
[113] HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de direito**. 2.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994, p.91.
[114] MAYNEZ, Eduardo García. **Introducción al estudio del derecho**. 50.ed. México: Porrúa, 1999, p.92-93.
[115] MONTORO, André Franco*.* **Estudos de filosofia do direito***.* 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p.195.

"a quitação" (cumprimento espontâneo)[116], contraposta ao comportamento infrator, "não pagar", implicador da sanção.

Em outro interessante exemplo, a demonstrar a complexidade do real, o professor, pressupondo uma norma traduzida pelo enunciado "se F é eleitor deve votar", demonstra tanto a possibilidade de F não votar, a ensejar várias consequências – "pagar multa, não poder prestar concurso, obter passaporte, etc." – como a de F votar e, com isso, "poder prestar concurso, obter passaporte, etc."[117]

Por esse motivo, conclui Montoro, seria imperioso a descrição normativa contemplar sempre todos os efeitos possíveis, sejam os pertinentes à sanção, sejam os positivos, como a atribuição de benefícios ou, simplesmente, direitos, pois só assim a hipótese normativa estaria completa.

Isso, a seu ver, só é conseguido se considerarmos compor-se a estrutura da norma de três elementos básicos: (I) a endonorma; (II) uma ou mais perinormas estabelecendo as consequências negativas; (III) uma ou mais perinormas estabelecendo as consequências positivas.[118]

Realmente, o usual é a conduta dar-se em consonância com o dever ser preconizado na norma primária (endonorma), o que naturalmente desencadeará determinada classe de consequências, não reduzíveis necessariamente a uma (*v.g.*, paga a última prestação, deve dar-se a quitação, escritura, etc.). E, de outra parte, descumprido o comportamento prescrito na norma de conduta, igualmente várias consequências, dessa feita negativas, podem incidir concomitantemente (a exemplo de privação de liberdade e multa).

O crucial, porém, é que em qualquer circunstância, sempre, diante de cada hipótese fática, apenas haverá duas possibilidades: o atendimento ou não ao dever ser imposto. Por conseguinte, haverá o desencadeamento de consequências positivas ou negativas.

Note-se que, derivados de relação de imputação – e não de um nexo causal natural (inexorável) –, os efeitos previstos na norma de conduta podem ou não se produzir a depender do livre-arbítrio do sujeito, que opta pelo caminho que pretende seguir: atender ou não à norma. Exemplifica-se: paga a

[116] MONTORO, André Franco. **Estudos de filosofia do direito**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p.198.
[117] MONTORO, André Franco. **Estudos de filosofia do direito**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p.199.
[118] MONTORO, André Franco. **Estudos de filosofia do direito**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p.199.

obrigação prevista na obrigação original, o credor pode não dar a quitação devida ou, não obstante cumpridas todas as condições, negar-se a passar a escritura, assim como o inadimplente pode negar-se a pagar a multa incidente.

O que há, portanto, é que, diante de uma primeira hipótese fática, à qual se imputa determinada consequência, logo surge outra, de igual natureza, dependendo do caráter positivo ou negativo da opção na origem tomada pelo agente, à qual, em segunda fase, se vinculam novos efeitos (positivos ou negativos) imputáveis ao sujeito e assim indefinidamente.

Nesses termos, portanto, ainda que diversas possam ser as consequências frente a cada hipótese, isso não invalida a tese referente ao caráter dual da norma na medida em que, a cada tempo, somente duas serão as opções possíveis – cumprir ou não a norma de conduta – e, portanto, a classe de consequências (composta de uma ou mais). Tampouco há dúvida quanto à íntima conexão entre a norma de conduta, “primária” (endonorma), e a sancionatória, “norma secundária” (perinorma).

Por sua vez, pelo fato de a estrutura normativa ser condicional, só o fato concreto indicará a norma a aplicar.

A esse propósito é essencial distinguir a norma no plano hipotético da circunstância correspondente à verificação concreta do fato nela previsto e suas consequências no mundo.

No plano normativo tudo são hipóteses, quer de um fato, quer de seus efeitos. É no mundo fenomênico que, verificada e conhecida a materialização da hipótese fática, se determinam as consequências. É nesse plano tangível que efetivamente se formam as relações jurídicas só pensadas condicionalmente no plano normativo.

Há questão, posta por alguns autores, sobre se haveria normas desprovidas de sanção. Norberto Bobbio, por exemplo, que em vez da terminologia “norma primária” e “norma secundária” prefere aludir a normas de “primeiro” e de “segundo grau”, por entender denotar a primeira uma ordem cronológica e valorativa, admite a existência de normas sem sanção.

Nesse sentido, após trazer exemplos extraídos da legislação italiana, mas possíveis em qualquer parte, aponta que, quando nos colocamos frente a uma norma, o critério de juridicidade estaria não na existência de sanção, mas na pertinência ao sistema, ou seja, na validade, considerada esta a

referibilidade da norma a uma das fontes de produção reconhecidas como legítimas. E, conforme destaca Bobbio, a sanção não tem ligação com a validade, mas com a eficácia da norma, que independe de sua validade.

Os casos típicos de normas desprovidas de sanção, a seu ver, seriam aqueles (I) correspondentes à consciência popular, quando há adesão espontânea e a sanção é considerada inútil e (II) normas de alta hierarquia em que é impossível ou pouco eficiente estipular sanção.[119]

Decerto, em cada sistema normativo, sempre a conduta esperada há de ser a da adesão espontânea aos comportamentos nele prescritos, sem necessidade de utilização de meios coercitivos, os quais podem variar.

Não necessariamente a reação do sistema à violação à norma de conduta, também denominada "sanção", palavra plurívoca, significará a imposição de norma punitiva. Pode ser de outra natureza.

Ao considerar que o poder de estabelecer a sanção, em virtude do princípio do monopólio da jurisdição, que veda a realização de justiça pelas próprias mãos (ressalvadas as exceções previstas no ordenamento, como, por exemplo, o esforço imediato nas possessórias), é exclusivo do Estado, evidentemente, em uma primeira acepção, sanção pode corresponder à previsão do exercício do direito subjetivo público de requerer ao Estado o cumprimento da norma de conduta.

A esse respeito, disserta Autora Tomazini de Carvalho:

> [...] a coação jurídica não é autoaplicável. O poder coercitivo é direito subjetivo público, exercido pelo Estado-juiz, pois nenhum indivíduo tem legitimidade jurídica para usar da própria força com a finalidade de assegurar deveres prescritos em normas jurídicas. Tal função compete exclusivamente ao Estado e só se concretiza por meio de uma atuação jurisdicional.[120]

Não por outra razão, afirma a autora, Lourival Vilanova refere-se à relação jurídica estabelecida na norma secundária como de "índole formal (processual)", enquanto a primária tem cunho material.[121]

Mais adiante, no capítulo destinado à análise dos fundamentos da sanção, o assunto será aprofundado. Por ora, releva notar não somente o

---

[119] BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 10.ed. Brasília: UnB, 1999, p.166.
[120] CARVALHO, Aurora Tomazini de. **Curso de teoria geral do direito**. São Paulo: Noeses, 2013, p.315.
[121] CARVALHO, Aurora Tomazini de. **Curso de teoria geral do direito**. São Paulo: Noeses, 2013, p.315.

caráter plurívoco da palavra “sanção”, como o fato de ela não traduzir, necessariamente, em uma acepção mais larga, a imposição de penalidade, mas referir-se, também, à possibilidade de se implementar, pela força, as prescrições do Direito. Nesse sentido é que se afirma a coercibilidade do Direito.

Ademais, como antes discutido, as normas não se perfazem sozinhas nem devem ser vistas isoladamente, mas apenas em conjunto, como partes de um sistema. Sob esse prisma, portanto, não apenas se observa faltar, muitas vezes, vínculo direto entre o preceito jurídico desacatado e a imposição de penalidade, uma vez que o olhar deve ser abrangente (sistemático), como, ainda, faltante fundamento de validade, formal ou material, para as normas, a sanção poderá consistir justamente na sua declaração de invalidade, por alheamento ao sistema.

Ausente qualquer coercibilidade a um preceito, não se pode inquiná-lo de jurídico. No máximo será moral, se consentâneo com os valores da comunidade.

Não bastasse isso, a demonstrar a variada gama de significados do termo “sanção”, cumpre lembrar o quanto, com certa frequência, a doutrina alude àquelas ditas ‘premiais’,[122] cujo objeto consistiria na outorga de benefícios em face de determinada hipótese. Bastaria a pessoa atender aos requisitos legais, que se lhe autorizaria a concessão do benefício (“prêmio”). É o caso dos descontos dados ao valor dos tributos quando há pagamento antecipado – frequente nos casos do Imposto sobre Veículos Automotores (IPVA) e do Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana (IPTU) e o dos créditos e prêmios pagos por conta da solicitação da Nota Fiscal eletrônica quando isso previsto.[123]

Decerto, relativamente ao significado mais usual da expressão – punição pela prática de fato ilícito – a ‘sanção premial’ só coincide pelo fato de ambas objetivarem o respeito à norma jurídica: a punitiva, mediante estipulação de penalidade; esta última, pela previsão de incentivos, muitas vezes correspondentes a ganhos diretos, pois, de resto, seus mecanismos atuam de forma totalmente dessemelhante: a primeira, constrangendo direitos (em

[122] Expressão conforme uso consagrado na doutrina.
[123] É o caso do Estado de São Paulo, entre outras unidades da federação.

especial o patrimônio) ou a vida da pessoa; e a segunda concedendo-lhe um prêmio.[124]

Também o conteúdo das respectivas hipóteses de aplicação e referente às consequências são totalmente diversos: uma supõe fato ilícito implicador de punição, que habitualmente representará restrição ou perda da liberdade ou do patrimônio do infrator (consequência negativa para o beneficiário); outra, a prática de fato lícito, da qual advém uma vantagem.

Por isso e com fundamento no pressuposto de que, cientificamente, os termos utilizados devem ter reduzidas ao mínimo sua ambiguidade, partilhamos do pensamento de Maria Ângela Padilha quanto à impropriedade da utilização do termo “sanção” para a outorga de benefícios.[125]

Disso conclui-se, portanto, o seguinte:

(I) que não obstante a variação de seu conteúdo, ou seja, de índole semântica, a estrutura formal, sintática da norma é sempre invariável, caracterizada pela fórmula *Se H (hipótese) deve ser C (consequência)*;

(II) em qualquer hipótese, descumprido o comportamento preceituado (nova hipótese), deve ser a consequência S (sanção), assim entendida a reação do sistema jurídico ao descumprimento da conduta determinada;

(III) semelhante reação não deve ser procurada especificamente diante de cada norma de conduta, mas no ordenamento globalmente considerado, pois de igual forma como a norma pode ser formada da convergência de vários enunciados jurídicos, também sua interpretação e a reação à sua violação deve ser assim observada;

(IV) consideradas essas condições, efetivamente é possível afirmar ser a estrutura da norma dual, por contemplar

[124] Como é sabido, no campo na psicologia esse último mecanismo pode ser bem compreendido a partir dos estudos de Pavlov.
[125] PADILHA, Maria Ângela Lopes Paulino. **As sanções no direito tributário**. São Paulo: Noeses, 2015, p.48.

um preceito destinado ao comportamento desejado e outro pertinente à assinalada reação;

(V) tendo em mente o caráter plurívoco da expressão “sanção” (o que será posteriormente aprofundado), não necessariamente a reação à violação da norma de conduta corresponderá a um castigo, mas pode ter outra conotação, como a conferência de direito público subjetivo de requerer ao Estado a concretização coercitiva daquela descumprida;

(VI) sendo “sanção” norma sempre destinada a reagir contra ilicitude praticada, é inadequado o uso dessa expressão para denotar um benefício (“sanção premial”).

6 OS PRINCÍPIOS JURÍDICOS

Derivada do latim *principium,* a palavra "princípio" possui vários significados, dentre eles o de começo, origem, ponto de partida e fundamento. Eros Grau, por exemplo, alude haver Genaro Carrió indicado "sete focos de significação assumidos pelo vocábulo", enquanto Jerzy Wróblewski teria arrolado cinco.[126]

Riccardo Guastini, por sua vez, embora não tão didaticamente quanto Paulo Bonavides, que a ele se reporta, aponta seis significados para o vocábulo no campo jurídico: (I) normas com alto grau de generalidade; (II) normas com alto grau de indeterminação, requerentes de concretização por via interpretativa; (III) normas programáticas; (IV) normas de hierarquia elevada; (V) normas de importância fundamental para o sistema; (VI) normas endereçadas aos órgãos de aplicação do Direito, a quem cabe determinar as aplicáveis a cada situação.[127]

O vocábulo costuma ser empregado no Direito, em resumo, sempre com o intuito de designar normas que, por possuírem hierarquia elevada e, de tão genéricas e indeterminadas prestam-se a designar fins ou diretrizes que devem ser seguidas por todo o ordenamento. Nesse sentido são fundamentais: informam os fins perseguidos e servem de lastro para interpretá-lo; não necessariamente, contudo, indicam o caminho a ser trilhado na busca desse objetivo. Por isso afirma Eduardo Garcia de Enterría serem os princípios que animam e conferem unidade e sentido ao ordenamento, evitando seu esgotamento.[128]

A distinção dessa espécie de normas de outras, que simplesmente determinam condutas, derivaria justamente da percepção de existirem algumas que, informadas mais proximamente por valores, possuiriam um alcance mais amplo e permeariam todo o sistema. Intimamente conectadas às finalidades e fundamentos deste, serviriam de razão fundamentadora de outras normas, cujo

---

[126] GRAU, Eros. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p.76.
[127] BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 1994, p.230-231. Na origem, veja-se GUASTINI, Riccardo. **Das fontes às normas**. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p.186-190.
[128] ENTERRÍA, Eduardo Garcia de; GARCÍA Y RODRÍGUEZ, Fernández. **Curso de derecho administrativo**. 6.ed. v.1. Madrid: Civitas, 1993, p.76 apud ROJO, Margarida Belediez. **Los princípios jurídicos**. Madrid: Tecnos, 1997, p.31-32.

significado, outrossim, ajudariam a construir por meio da interpretação. Nesse sentido, de fato, possuem grande importância para o sistema.

É exatamente isso o que transparece da definição formulada por Celso Antônio Bandeira de Mello, vazada nos seguintes termos:

> Princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo.[129]

Considerada, contudo, a plurivocidade e a ausência de uniformidade no uso desse termo, aduz Pietro Sanchís haver, no entorno do conceito, uma "zona de penumbra" maior do que a de certeza, designativa tanto das normas axiológicas fundamentais, indicativas de valores (*v.g.* liberdade, justiça), quanto de normas genéricas, inspiradoras do ordenamento ou dos fins do Estado (nesse sentido programáticas), a par das referentes a mecanismos interpretativos.[130]

Crítico da expressão, o autor aponta para a incongruência de sistemas, como o espanhol (e, poder-se-ia acrescentar, também, o brasileiro), que reportam serem os princípios fontes do Direito, ao lado da lei e dos costumes, enquanto, a rigor, como normas jurídicas, necessariamente eles derivariam de alguma fonte.[131]

A despeito dessa inconsistência, no entanto, isso é insuficiente para afastar a existência de uma classe de normas cujo alcance é distinto das demais.

Na verdade, o conceito passou por inúmeras transformações ao longo do tempo, antes de significar espécie de norma jurídica dotada da dimensão assinalada.

Com efeito, até a primeira metade do século XX, o entendimento predominante, primeiro advindo do jusnaturalismo, depois, do positivismo, era o de os princípios carecerem de normatividade própria e possuírem apenas

---

[129] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Elementos de direito administrativo**. São Paulo: RT, 1980, p. 20.
[130] SANCHÍS, Luis Pietro. **Ley, princípios, derechos**. Madrid: Dykinson, 1998, p.49.
[131] SANCHÍS, Luis Pietro. **Ley, princípios, derechos**. Madrid: Dykinson, 1998, p.49.

dimensão ética, inspiradora dos enunciados jurídicos. Consistiriam, na definição de Felipe Clemente de Diego, de 1916, no "pensamento diretivo que domina e serve de base à formação das disposições singulares de Direito de uma instituição jurídica, de um código ou de todo o ordenamento."[132]

No máximo, na fase do positivismo jurídico, eles eram previstos pelos códigos como fontes normativas subsidiárias para a hipótese de ser preciso colmatar lacunas. Nessa dimensão, propugnava a compreensão da época, derivariam das próprias leis, por abstração, ou de sucessivas generalizações das regras particulares.

Na verdade, porém, a própria visão positivista já deveria ser capaz de vislumbrar a normatividade dos princípios, pois, se, consoante Bobbio, considerava-se, já sob esse prisma, serem eles extraídos das normas jurídicas mediante indução, naturalmente possuiriam a mesma natureza destas; principalmente se cumprem função idêntica à das demais regras, que é regular a conduta humana.[133]

Os problemas advindos do positivismo rígido, porém, trazidos a lume pelo nazismo, que se utilizava da ideia de o veículo legislativo ser apto a incorporar qualquer espécie de conteúdo, independentemente de valores, logo levou à inversão dessa postura, de molde a atribuir normatividade aos princípios.

De fato, basta pensar nas arbitrariedades e nos horrores perpetrados por regimes totalitários no curso do século XX – o nazismo, o fascismo, o soviético, o maoísta e os de seus respectivos "satélites" – para percebermos a completa insegurança jurídica e as injustiças as quais ficaram submetidas populações inteiras pela retirada da carga axiológica do ordenamento, o qual era visto sob um prisma apenas maquinal. Igualmente foi o caso do salazarismo e do franquismo, só tardiamente sepultados, respectivamente, pelas Constituições de Portugal, de 1976, e da Espanha, de 1978 (que muito influenciaram a brasileira de 1988).

É o que levou, na última metade do século XX, ao movimento que se convencionou denominar pós-positivismo, pelo qual se passa a ver as Constituições dotadas de conteúdo altamente axiológico, cuja carga se projeta

---

[132] BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 1994, p.229.

[133] Esses são os dois argumentos pelos quais esse autor defende a normatividade dos princípios (BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 10.ed. Brasília: UnB, 1999, p.159).

por todo o ordenamento, em especial por via dos princípios. O pensamento dominante, nessa corrente, é afastar a aplicação mecânica de regras destituídas de finalidades alinhadas a valores positivos partilhados pela comunidade, em especial o senso de justiça, e incentivar a positivação destes, de modo que, a cada caso concreto, se possa ponderar os valores envolvidos, em busca da melhor solução.

A primeira demonstração cabal dessa inversão foi a instalação do Tribunal Penal Internacional de Nuremberg, em 1945. Outra, narrada por Eros Grau, foi a decisão da Corte de Cassação da Bélgica, que considerou válidos decretos-leis editados por seu rei no exílio, durante a II Guerra Mundial, os quais eram contestados por não terem sido submetidos ao Parlamento (impossíveis de reunir durante a ocupação alemã do seu território). O fundamento da decisão foi que, em meio àquelas circunstâncias excepcionais, o rei teria agido da única forma possível, fazendo aplicar os princípios constitucionais. Concluiu, enfim, que o ordenamento não era um corpo de normas rígido, com único sentido, mas subordinado a determinados fins, em virtude dos quais ele devia ser interpretado.[134]

No sistema do *common law*, contudo, já um pouco antes era possível encontrar exemplo bastante significativo da utilização de princípios e de paradigmas axiológicos para a superação da dificuldade trazida pelo apego cego ao texto da lei. Ronald Dworkin expõe a ideia nos seguintes termos: em 1889, um tribunal de Nova York, debruçado no famoso caso *Riggs* vs. *Palmer*, precisava decidir sobre a possibilidade de o herdeiro designado no testamento do avô herdar seus bens, mesmo tendo-o assassinado. Segundo expõem, o tribunal não vislumbrava na lei nenhuma regra jurídica capaz de impedir a sucessão. Em termos estritos, portanto, considerada apenas a literalidade da lei e a impossibilidade de sua arbitrária modificação, a propriedade deveria ser concedida ao assassino. No entanto, conforme assinalou a Corte, todas as leis e contratos podem ser controlados, em suas operações e efeitos, pelas máximas gerais e fundamentais de direito consuetudinário, de modo a ninguém poder beneficiar-se da própria fraude, tirar proveito da injustiça por ele

[134] GRAU, Eros. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p.74-75.

cometida ou adquirir propriedade pela prática de crime.[135] Por esse motivo, portanto, foi negada a herança.

Evidentemente, a Corte embasou-se no princípio que veda à pessoa beneficiar-se de sua própria torpeza, derivado do critério de justiça. Formulado sob uma cláusula genérica, obviamente ele se torna hábil a adequar-se às circunstâncias que se apresentam, como no caso. Apenas é vital que, sempre, a regra seja extraída apenas do próprio sistema, sob o risco de fragilização da segurança jurídica.

Poder-se-ia argumentar que, se a regra concreta deve ser sempre extraída do sistema, isso equivaleria retornar ao positivismo clássico, distante das considerações axiológicas próprias do pós-positivismo. Todavia, o que diferencia os dois enfoques, não é a necessidade ou dispensabilidade de se procurar a resposta no sistema jurídico, que, como se sabe, é operativamente fechado: sempre a solução deverá ser engendrada a partir dos elementos do próprio sistema. A distinção reside no fato de o próprio ordenamento, sob a visão mais moderna, conter claramente em si todos os valores que o embasam e que apontam sua finalidade, os quais devem ser ineludivelmente observados.

Na verdade, é a abertura cognitiva presente no sistema que permite às pessoas legitimadas colher os valores do mundo e incuti-los na Constituição, por regras ou por princípios, possibilitando inserir, no topo da hierarquia jurídica, normas, irradiadas desses valores, que ditarão as condutas a perfilhar.

Ao contrário do positivismo, para o qual normas programáticas não são autoaplicáveis, na concepção pós-positivista o caráter axiológico ou finalístico da norma não impede sua concretização. Esta é uma obrigação, desde que com supedâneo no ordenamento e, tudo ponderado, verifique-se ser imperiosa sua observação no caso concreto.

Nessa linha, falta espaço, no contexto atual, para normas meramente programáticas, no sentido de apenas designarem intenções cuja aplicação fica a depender da vontade do legislador. Ainda que programáticas, no senso de designarem políticas públicas ou finalidades específicas, consubstanciam um dever ser a ser perseguido.

Nessa última fase, portanto, os princípios deixam de ser meras diretrizes ou *ratio legis*, no dizer de Grabitz, para se tornarem norma jurídica.[136]

---

[135] DWORKIN, Ronald. **Los derechos em serio**. Barcelona: Ariel, 1999, p.73.

Um dos precursores da tese da normatividade dos princípios, igualmente como Jean Boulanger (1950)[137], Vezio Crisafulli definiu princípio, em 1952, como a norma jurídica determinante de uma ou outras subordinadas que a pressupõem, "desenvolvendo e especificando ulteriormente o preceito em direções mais particulares (menos gerais), das quais determinam, e portanto resumem, potencialmente, o conteúdo: sejam, pois, estas efetivamente postas, sejam, ao contrário, apenas dedutíveis do respectivo princípio geral que as contém."[138] Entendimento não muito distante do de Josef Esser, que define os princípios como "normas que estabelecem fundamentos para que determinado mandamento seja encontrado."[139]

Da definição em foco, portanto, colhem-se as seguintes características apontadas pelo autor: (I) normatividade; (II) aptidão de determinar outras, subordinadas, que a pressupõem; (III) generalidade, a ser especificada por normas ulteriores, mais específicas. Não podemos esquecer, ainda, sua posição sobranceira no sistema jurídico e o fato de os princípios poderem ser tanto expressos quanto implícitos, a depender de sua enunciação.

Falar em normatividade significa atribuir força cogente ao princípio, que sempre deverá incidir na hipótese de estarem presentes os fundamentos fáticos que o sustentam, a fim de implicar determinada consequência. Rechaça-se, por conseguinte, a ideia de "normas" ou diretrizes cujo efeito é apenas didático ou moral para abraçar-se o entendimento de elas fixarem deveres e responsabilidades.

A concepção de os princípios determinarem outras normas, a seu turno, alinha-se às ideias referentes à sua 'fundamentalidade' para o sistema, sua superior posição hierárquica, bem como à sua generalidade: por veicularem os valores básicos do ordenamento, a começar pelos constitucionais – em geral sob fórmulas genéricas e vagas – naturalmente essas normas fornecem respaldo e fundamentam a construção de outras, voltadas à sua concretização.

O traduzir-se em normas genéricas e imprecisas, quando não implícitas, é um meio de tornar mais fácil aos princípios cumprir o seu desiderato, que é o de transcender à situação específica regulada pelo Direito.

---

[136] BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 1994, p.244.
[137] BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 1994, p.240.
[138] BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 1994, p.230.
[139] ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 16.ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p.55.

Posteriormente, em especial após as contribuições à teoria dos princípios advindas dos ensinamentos de Ronald Dworkin e Robert Alexy, outras distinções passaram a ser antevistas entre regras e princípios.

Dworkin distingue regras (que chama de normas) e princípios principalmente pela "dimensão de peso" destes últimos, externada por ocasião de sua aplicação: em particular na hipótese de colisão com outros princípios, quando se exige uma ponderação antes de decidir-se qual o aplicável.

A seu ver, no confronto de regras a determinação da norma aplicável resolve-se à base do tudo ou nada, salvo cláusula de exceção que afaste o conflito – aplica-se exclusivamente uma norma ou outra, a depender da validade de cada qual e das cláusulas dirimidoras de conflitos (*v.g.* as regras sobre a hierarquia das leis, aplicação da lei no tempo, o princípio da *lex posterior* ou *lex specialis*). Por sua vez, a colisão de princípios é solucionada mediante a ponderação dos valores envolvidos em face da situação concreta, o que possibilita sua acomodação na maneira e proporção requeridos.

Vinculada ao caso concreto, de nenhum modo a ponderação em favor de um princípio, considerado na situação mais denso, acarreta a invalidade do outro, que não deva prevalecer. Ambos permanecem hígidos, válidos, no aguardo de uma nova convocação para serem ponderados em outra situação concreta e, sendo o caso, cederem, em favor do outro, nas devidas proporções.

Na hipótese de confronto de regras, todavia, em virtude de elas possuírem um teor mais específico e sua atuação situar-se na esfera do possível, falta margem à ponderação, só se podendo cogitar, salvo a assinalada regra de exceção, a manutenção de uma ou outra no sistema (o tudo ou nada de que fala Dworkin). É como se seguisse o corolário de que "dois corpos não podem ocupar o mesmo espaço ao mesmo tempo".

Alexy, por sua vez, para quem, igualmente, as duas espécies pertencem à classe das normas jurídicas, os princípios traduziriam mandados de otimização, os quais devem ser aplicados segundo as possibilidades fáticas e normativas.[140] Com isso, sua aplicabilidade, discernível em diferentes graus,

[140] ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 16.ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p.57.

varia na medida de sua viabilidade, dependente das circunstâncias apresentadas.

Quanto às regras que, na perspectiva desse autor, não carecem de maiores ponderações para serem aplicadas, também seu cumprimento dar-se-ia por inteiro (ou não, se inválidas), à base do tudo ou nada,[141] de igual maneira como mencionado por Dworkin.

Saliente-se que exatamente pelo fato de a aplicação dos princípios atrelar-se à viabilidade fática e normativa é que transparece ínsito a esse ato, na hipótese de colisão entre eles, a ponderação sobre o de maior "peso" no caso concreto. Procedimento, aliás, perfeitamente alinhado aos postulados da razoabilidade e da proporcionalidade, previstos ainda que implicitamente nos ordenamentos.

Com isso, poder-se-ia dizer, ao fim e ao cabo, que os princípios seriam a espécie de norma jurídica que, carregada de mais forte carga axiológica e dotada de superior hierarquia, serve de fundamento para a edição de novos enunciados, sua interpretação e, por conseguinte, criação de outras normas, bem como fixa as balizas para a conformação do sistema, rejeitando tudo o que lhe for contrário.

Não obstante e em que pesem opiniões em contrário, do ponto de vista formal parece superada a discussão sobre a estrutura da norma relativa aos princípios.

Embora alguns autores defendam não possuírem os princípios estrutura hipotética condicional, ao contrário das regras (que, no modelo kelseniano se traduziriam pela fórmula *"Se A, deve ser B"*), limitando-se apenas a indicar o fundamento ou diretriz a ser utilizada pelo aplicador do direito (*v.g.* Esser, que define princípios como normas que estabelecem fundamentos para se encontrar determinado mandamento, enquanto as regras determinariam a própria decisão), semelhante assertiva teria sido suficientemente refutada por Humberto Ávila, que explica:

> [...] esse critério é impreciso. [...] embora seja correta a afirmação de que os princípios indicam um primeiro passo direcionador de outros passos para a obtenção ulterior da regra, essa distinção não fornece fundamentos que indiquem o que significa dar um primeiro passo

[141] BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 1994, p.251.

> para encontrar a regra. Assim enunciado, esse critério de distinção ainda contribui para que o aplicador compreenda a regra como, desde já, fornecendo o último passo para a descoberta do conteúdo normativo. Isso, no entanto, não é verdadeiro, na medida que o conteúdo normativo de qualquer norma – quer regra, quer princípio – depende de possibilidades normativas e fáticas a serem verificadas no processo mesmo de aplicação. Assim, o último passo não é dado pelo dispositivo nem pelo significado preliminar da norma, mas pela decisão interpretativa, [...].
> Em segundo lugar porque a existência de uma hipótese de incidência é questão de formulação linguística e, por isso, não pode ser elemento distintivo de uma espécie normativa. De fato, algumas normas que são qualificáveis segundo esse critério, como princípios podem ser reformuladas de modo hipotético, como demonstram os seguintes exemplos: 'Se o poder estatal for exercido, então deve ser garantida a participação democrática' (princípio democrático); 'Se for desobedecida a exigência de determinação da hipótese de incidência de normas que instituem obrigações, então o ato estatal será considerado inválido' (princípio da tipicidade).
> Esses exemplos demonstram que a existência de hipótese depende mais do modo de formulação do que propriamente de uma característica atribuível empiricamente a apenas uma categoria de normas. Além disso, o critério do caráter hipotético-condicional parte do pressuposto de que a espécie de norma e seus atributos normativos decorrem necessariamente do modo de formulação do dispositivo objeto de interpretação, como se a forma de exteriorização do dispositivo (objeto da interpretação) predeterminasse totalmente o modo como a norma (resultado da interpretação) vai regular a conduta humana ou como deverá ser aplicada.
> Em terceiro lugar, mesmo que determinado dispositivo tenha sido formulado de modo hipotético pelo Poder Legislativo, isso não significa que não possa ser havido pelo intérprete como um princípio[142] [...]

Não haveria, pois, nesse sentido, nenhuma diferença entre as duas espécies de normas; ambas podem estruturar-se sob a forma hipotética-condicional. Tanto o princípio, embora genérico e abstrato, quanto as regras, mesmo se tácitas ou redigidas em termos menos óbvios, podem sê-lo. O essencial, antes de tudo, é a construção da norma, mediante o devido processo hermenêutico, para só então promover sua adequada aplicação.

Na verdade, segundo Humberto Ávila, somente a situação fática sob exame dirá se se está diante de princípios ou de regras. A seu ver, um único e mesmo dispositivo tanto poderia consubstanciar um princípio, se tomado em termos amplos e abstratos, de maneira a apontar para consequências mais amplas, como regra, caso vinculado a circunstâncias mais específicas. Exemplo disso seria o enunciado segundo o qual se houver instituição ou majoração de tributo isso deve ser veiculado por lei – princípio da legalidade

[142] ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 16.ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p.61-62.

tributária – que pode ser contemplado tanto como regra, se o aplicador, "visualizando o aspecto imediatamente comportamental, entendê-lo como mera exigência de lei formal para a validade da criação ou aumento do tributos", quanto princípio, se, desvinculado da questão do processo legislativo, o aplicador "enfocar o aspecto teleológico, e concretizá-lo como instrumento do valor liberdade para permitir o planejamento tributário e proibir a tributação por meio de analogia, e como meio de realização do valor segurança", para garantir a previsibilidade dos elementos da obrigação tributária.[143]

Outro exemplo seria o enunciado pelo qual, publicada lei que haja instituído ou majorado o tributo a cobrança só poderá ocorrer no exercício seguinte, em que, entendido como mera exigência de publicação da lei antes do início do exercício financeiro, o dispositivo corresponderá a regra, porém, visto como obrigatoriedade de, antes desse momento, nela estarem previstos todos os aspectos da hipótese de incidência, seria um princípio.[144]

Só por aí, vislumbra-se o quão variável é o grau de generalidade e de abstração dos princípios, assim como a maneira de considerá-los. Em todos os casos, contudo, sempre será possível enunciá-los sob fórmula hipotética-condicional, na qual se descrevem situações acarretadoras de consequências, mesmo no nível mais abstrato. São exemplos: (I) salvo hipótese de norma contrária, deve ser livre a conduta do indivíduo; (II) se o Estado normatizar o comportamento humano, deve atuar com vistas a preservar e disseminar o valor igualdade, etc.; casos em que retratam-se os princípios da liberdade e da justiça.

Isso tudo bem observado, não seria descabido afirmar que, no mais das vezes, enquanto as normas que veiculam princípios preveem, como hipótese de incidência, a descrição de situação genérica o suficiente para abrigar, nos seus contornos, inúmeras espécies distintas de acontecimentos, as normas que traduzem regras supõem fatos específicos, cuja ocorrência é suficiente para desencadear as consequências prescritas no enunciado.

Deveras, do princípio da segurança jurídica, cujo enunciado, sob a forma hipotético-condicional, corresponderia aproximadamente à ideia de que,

---

[143] ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 16.ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p.62.
[144] ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 16.ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p.63.

se o Estado atuar, deve assegurar tanto quanto possível a manutenção da posição jurídica detida pelos cidadãos, é possível passar tanto à hipótese revelada pelo “princípio da legalidade”, quanto à da “anterioridade anual”, da “anterioridade nonagesimal”, da “irretroatividade da lei”, o que visa preservar a “boa-fé objetiva” em suas diferentes vertentes, entre outras.

De igual modo, do princípio da liberdade, decrescendo um grau no nível de generalização, obtêm-se os princípios pelos quais à pessoa é lícito fazer tudo o que lhe aprouver, salvo lei em sentido contrário (aqui, portanto, conjugado com o da legalidade). São eles o da autonomia da vontade, o da livre iniciativa, o da liberdade de reunião, de expressão e de opção religiosa e sexual, entre outras. Do princípio da justiça, por sua vez, derivam o da isonomia, o da impessoalidade (com vertentes no campo tributário, administrativo, etc.), o da imparcialidade do julgador e, em particular, do juiz, o do contraditório, e por aí segue.

Tratam-se, portanto, de ‘sobreprincípios’, sob os quais, em decorrência de sua alta carga axiológica, alinham-se vários princípios e regras deles derivados.

De outra parte, como aponta Humberto Ávila, não necessariamente normas que aparentemente traduziriam regras, por se prenderem a situações particulares, são resolvidas à maneira do “tudo ou nada”. O autor exemplifica com a norma do artigo 37, II, da Constituição Federal, ao determinar que a investidura em cargo ou emprego público depende de prévia aprovação em concurso público de provas ou de provas e títulos. Sob essa regra, portanto, se for contratar servidor, o Estado deve fazê-lo mediante prévio concurso público (instituto que, por si, prestigia o princípio da isonomia). Destaca, contudo, que mesmo isso tendo sido desrespeitado por um Município, que contratou cidadão para prestação de serviços como gari sem realizar o certame, o Supremo Tribunal Federal, em sede de *habeas corpus*, deixou de dar seguimento à ação cabível, por considerar que a conduta, que promoveu uma única contratação, para cargo de menor hierarquia, por salário compatível aos de mercado, por apenas nove meses, não comprometeu o patrimônio público.[145] Atitude

[145] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2ª Turma, HC 77.003-4-PE, Rel. Min, Marco Aurélio, j.16-6-1998, DJU 11/9/1998 apud ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 16.ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p.67. Situação semelhante e bastante polêmica foi a da absolvição, também pelo STF, de réu acusado de manter relações sexuais com vítima menor de 14 anos

semelhante àquelas que determinam a absolvição, em algumas espécies de crimes contra o patrimônio, em virtude da “insignificância”, que se tem considerado um princípio.

Também nesse caso, que poderíamos exemplificar pela prática de um furto, tem-se uma clara violação da regra que reprime essa conduta. Contudo, à luz da constatação de o bem subtraído da propriedade de outrem possuir valor ínfimo e não ter havido violência ou ameaça, tampouco fraude, compreende-se que, por não ter comprometido o patrimônio alheio e tampouco a ordem jurídica os órgãos judiciários deixam de considerar ter havido violação minimamente substancial à ordem jurídica.

Embora esses casos, nitidamente, refiram-se à aplicação de regras – segundo a doutrina tradicional feita à base do tudo ou nada – e não haja questionamentos acerca da validade daquelas que punem os crimes de licitação, de estupro presumido ou de furto, ela só ocorreu depois da prévia ponderação dos princípios que as embasam, o que levou a afastar, no caso específico, a incidência da regra criminal à vista de outras considerações.

De pronto se vê, portanto, ser a ponderação aplicável tanto aos princípios como às regras, que podem ser afastadas por razões mais relevantes.[146] Em qualquer caso, o que haverá será a análise dos motivos determinantes dos princípios e das regras, a saber, suas finalidades e fundamentos, com subsequente avaliação de seu peso no caso concreto.

Destarte, nem a formulação de enunciado hipotético-condicional é privativo das regras nem a ponderação de valores ocorre exclusivamente entre princípios. O que pode haver, na realidade, é que, em virtude do habitual maior grau de generalidade dos princípios, influenciada por sua maior carga axiológica em relação às regras, haveria maior margem interpretativa para o intérprete daqueles do que tende a haver em relação a estas, cujo contorno é mais delimitado.

Em todos os casos, contudo, vale lembrar, os lineamentos da norma surgem somente pela construção de seu significado pelo intérprete, tendo por

---

(em que a violência é presumida), porquanto, no caso concreto, teria havido aquiescência da vítima, que possuía aparência física e mental de pessoa mais velha. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2ª Turma, HC 73.662-9-MG, Rel. Marco Aurélio, DJU 20/9/1996).

[146] Nesse sentido a conclusão de Humberto Ávila (p.81) prontamente ratificada por Guastini no prólogo à edição italiana da obra (ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 16.ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p.16-18).

base os enunciados verbalizados pela autoridade competente e sua relação com as demais normas do sistema. Ainda que possa haver alguma pré-compreensão a respeito, a significação nunca está pronta e acabada, mas é fruto de um labor, operado em cada caso, onde devem ser sopesadas suas circunstâncias.

O crucial, ao fim, é ter em mente que, tanto regras como princípios possuem normatividade própria, motivo pelo qual são igualmente aptos a constituir direitos e obrigações. E, mais do que reduzir-se a mera “fonte do direito”, os princípios são autêntico direito, a despeito do seu maior grau de generalidade, de imprecisão e da necessidade de outras normas para se concretizarem.

Ademais, em paralelo a essa dimensão positiva – consistente no fato de eles próprios serem normas, com alcance mediato ou imediato, e fomentarem e fundamentarem a produção de outras normas voltadas a concretizar os valores e finalidades por eles propostos – cabe ter em mente possuírem os princípios, outrossim, uma dimensão negativa, impediente da edição de regras com eles conflitantes (revogando as anteriores com eles incompatíveis). Têm, ainda, outra dimensão interpretativa, traduzida no fato de condicionarem a interpretação de outras normas, e, por fim, uma integrativa, referente à propriedade que tem de serem utilizados para a colmatação de lacunas, sempre que ausentes regras específicas para dada situação no sistema jurídico.

7 A RELAÇÃO JURÍDICA

Qualquer elemento do cosmos possui aptidão para estabelecer alguma forma de vínculo. Átomos reagem entre si para formar moléculas; estas, ao interagirem, geram os elementos da natureza e, em última instância, o universo; fenômenos físicos, também assim gestados, influenciam outros. Fatos sucedem-se de acordo com determinada racionalidade e, por fim, pessoas, inescapavelmente, relacionam-se com outras, desde antes de seu nascimento.

São, pois, infindáveis os fenômenos que se apresentam interligados, a repercutirem um no outro. Verbalizada essa constatação, logo se obtém o conceito de "relação", como modo de ser ou de se comportarem dois termos entre si.[147]

Particularmente no âmbito das relações interpessoais, a natureza do vínculo é que determinará a espécie de relação: se familiar, escolar, profissional, comercial, de companheirismo, de amor, de amizade ou jurídica. Todas geradas e desenvolvidas sob a forma de troca comunicacional, com conteúdo permeado de expectativas recíprocas, ainda que o escopo desta última seja, justamente, com referência à linguagem fática, reduzir o âmbito de expectativas.

Consistindo a linguagem jurídica metalinguagem relativamente à fática, também ela requer uma expressão hábil a identificar essa realidade. No campo do Direito, conforme salienta Aurora Tomazini de Carvalho, com lastro em Eurico Marcos Diniz de Santi, em sentido amplo, utiliza-se a expressão "relação jurídica" para designar qualquer ligação possível entre pessoas, normas, fatos ou efeitos componentes do universo jurídico.[148]

Engloba, portanto, tanto os vínculos das normas entre si e entre elas e o sistema, quanto os vínculos estabelecidos pelo Direito entre as pessoas e, ainda, entre os fatos e respectivas provas. Todos são espécies de relação jurídica.

Em sentido estrito, contudo, "relação jurídica" corresponderia ao vínculo abstrato pelo qual, "por força de imputação normativa", o sujeito ativo tem o

---

[147] ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. (Coord.) Alfredo Bosi. Revisão da tradução Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p.841.
[148] CARVALHO, Aurora Tomazini de. **Curso de teoria geral do direito**. São Paulo: Noeses, 2013, p.586.

direito subjetivo de exigir de outra pessoa, denominada sujeito passivo, o cumprimento de certa prestação, enquanto esta última tem o dever jurídico de adimpli-la.[149]

Trata-se, enfim, de vínculo abstrato, situado no plano da lógica, que liga duas pessoas em torno de um dever jurídico pertinente a certa prestação.

Ao debruçar-nos sobre as teorias das normas, vimos, na estrutura sintática, a relevância do nexo causal firmado entre a hipótese fática descrita no antecedente e a consequência para ela prevista. É "ao preceituar a conduta, fazendo irromper direitos subjetivos e deveres jurídicos correlatos" que "o consequente normativo desenha a previsão de uma relação jurídica."[150]

Nas palavras de Paulo de Barros Carvalho, a respeito da importância do prescritor para a realização do Direito: "é pela virtude de seus efeitos que as ocorrências factuais adquirem tanta relevância, e tais efeitos estão prescritos no consequente da norma, irradiando-se por via de relações jurídicas".[151]

Não se trata, decerto, de uma relação de causa e efeito autêntica, própria das ciências da natureza, em que, presentes as premissas, necessariamente advém as consequências, mas de relação de imputação, pela qual, verificadas as primeiras, devem ser implementadas aquelas, nos termos da descrição fixados no consequente.

Abstrato o vínculo normativo, seus efeitos só se desencadeiam, concretamente, se (daí o aspecto condicional das normas), no mundo fático, forem verificados todos os requisitos necessários e suficientes para atender, na plenitude, à descrição do antecedente normativo. Não materializados estes, não se produzem os efeitos por ausência de causa necessária para sua produção.

É certo que, por ser o direito positivo coercitivo, é preciso conjugar às normas mecanismos hábeis a responsabilizar quem o tenha infringido, seja impondo, forçosamente, o atendimento ao comando violado, seja determinando a reparação dos danos ou, ainda, o pagamento de penalidades como meio de reparar a injustiça e coibir o ilícito.

---

[149] CARVALHO, Aurora Tomazini de. **Curso de teoria geral do direito**. São Paulo: Noeses, 2013, p.586; CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 25.ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p.285.
[150] CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 25.ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p.284.
[151] CARVALHO, Aurora Tomazini de. **Curso de teoria geral do direito**. São Paulo: Noeses, 2013, p.587.

Não fosse assim, a norma assemelhar-se-ia a uma recomendação ou, na melhor das hipóteses, a um mandamento moral, incapaz de prevalecer por meio da força estatal. Não seria, a rigor, norma jurídica.

É com esse pensamento que, leciona Kelsen, só há dever jurídico se existir norma imputadora de sanção, que compreende como ato de força administrado pelos órgãos da comunidade, em face de determinado comportamento humano.[152] Enfim, é a função essencial do direito obrigar.

Com efeito, a finalidade última do Direito é servir, por seu caráter coercitivo, de instrumento de manutenção da paz social. Daí que advém a incumbência básica de pautar as condutas socialmente desejadas e reprimir os abusos e transgressões. A isso agregou-se, todavia, em termos mais recentes, também a perseguição do desenvolvimento e do bem-estar social.

Nesse contexto, ao homem, dotado de livre-arbítrio, dois caminhos se abrem: cumprir o dever estabelecido na norma ou descumpri-lo, de modo a acarretar, eventualmente, a incidência da norma estabelecida com o escopo de impedir e reprimir o aludido comportamento.

Nessa hipótese, poderão atuar tanto normas propriamente sancionatórias, impositivas de penalidades, quanto outras, que levem à perda do proveito irregularmente obtido, como, por exemplo, determinar a reposição da situação ao *status quo ante* ou o mais próximo disso.

Se o destinatário da norma optar por seu cumprimento, estará alinhado ao propósito do Direito. Disso podem até advir outras consequências, como, por exemplo, a de dar quitação ou a de ganhar um prêmio. Jamais, porém, negativas.

Se a descumprir, tornam-se concretas as circunstâncias até então só hipoteticamente projetadas na norma sancionadora (‘perinorma’ ou secundária), a viabilizar a resposta do ordenamento jurídico à quebra da ordem desejada, normalmente mediante a punição do infrator e a imposição de reparação pelos danos decorrentes.

Assim, é precisamente do fato de as normas regularem relações intersubjetivas e possuírem coercibilidade que se abre a possibilidade, de

[152] A respeito; KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p.37-41.

imediato, de, diante da infringência, uma parte exigir da outra o seu adimplemento.

Evidentemente, enquanto as consequências de determinada conduta estão apenas idealmente previstas na norma jurídica, elas nada mais são do que uma abstração posta em linguagem com o fulcro de disciplinar a vida social e assegurar segurança jurídica. Só quando os fatos aptos a desencadear um dever se materializam surge a relação jurídica em sentido estrito, concreta e pertinente a pessoas certas e não abstratas.

São dois planos diversos: um abstrato, referente ao mundo das ideias; e outro concreto, no qual as relações idealmente consideradas – mediante um nexo de imputação – materializam-se em torno de pessoas determinadas.

Por isso afirma Lourival Vilanova:

> relação jurídica (*stricto sensu*) não é uma relação qualquer, mas aquela que se dá entre sujeitos de direito em razão da ocorrência de determinado fato jurídico. É concreta, pois prescreve uma conduta específica e não uma conduta-tipo (abstrata); é individual, os termos da relação (As e Sp), categoremas, referente e relato, são identificáveis, individualizáveis, não meras categorias de sujeitos quaisquer.[153]

É preciso apenas destacar, como o faz Aurora Tomazini de Carvalho, que embora a relação jurídica pressuponha, para sua existência, a determinação de seus elementos – pois, caso contrário, referir-se-ia somente a classes genéricas de sujeitos e objetos no plano hipotético – a necessidade de sua determinação não significa devam estar eles individualizados, por haver relações nas quais, em um dos polos, o que se apresenta é algo próximo a uma subclasse (em relação à citada) de sujeitos não individualizados, embora concretos, como, por exemplo, “todos os membros da coletividade”.[154] É o que ocorre, principalmente, no campo dos direitos difusos, em que a obrigação de conservar um bem favorece à comunidade globalmente considerada.

De outra parte, é da passagem do concreto ao individual que derivam os conceitos de “obrigação”, decorrente do vínculo estabelecido entre pessoas determinadas – sujeito ativo (detentor do poder de exigir seu cumprimento) e sujeito passivo (aquele que pode a isso ser obrigado) – e a de direito subjetivo, como o poder de exigir, por meio do Estado, o cumprimento da obrigação.

---

[153] CARVALHO, Aurora Tomazini de. **Curso de teoria geral do direito**. São Paulo: Noeses, 2013, p.588.
[154] CARVALHO, Aurora Tomazini de. **Curso de teoria geral do direito**. São Paulo: Noeses, 2013, p.604.

Deveras, se a relação jurídica (em sentido estrito) consiste no vínculo particular que conecta, dentro do sistema do direito e nos moldes estabelecidos na norma hipotética, os sujeitos ativo e passivo, é certo que enquanto ao primeiro (o ativo) confere-se o direito (subjetivo) de exigir o cumprimento de uma prestação pelo segundo (o passivo), este tem o dever/obrigação de cumpri-la. Dever jurídico, nesses termos, corresponde ao vínculo que força o indivíduo a observar os comandos do ordenamento, sob pena de sanção.[155] É a contraparte do direito subjetivo, face ativa da relação jurídica.

Somente em termos amplos a expressão "obrigação jurídica" equivale a "dever". Tecnicamente, designa apenas uma das espécies deste, atinente à satisfação de direitos de crédito.[156] Por isso, afirma Genaro Carrió, "direito subjetivo é o mero reflexo da obrigação jurídica do outro", ao que Orlando Gomes acresce: "a obrigação é, numa relação jurídica, o lado passivo do direito subjetivo, consistindo no dever jurídico de observar certo comportamento exigível pelo titular deste",[157] frisando-se que, para o autor baiano, "obrigação é um vínculo jurídico em virtude do qual uma pessoa fica adstrita a satisfazer uma prestação em proveito de outra". Conceito próximo, porém mais abrangente do que o gestado pelos romanos e incorporado às Institutas, que se referiam à *obligatio* como vínculo jurídico entre partes determinadas, embora com pagamento pela coisa. Atualmente o conceito, mais amplo, compreende todos os deveres jurídicos.

Estruturada dessa maneira, a relação jurídica não importa só em restrição à ação do sujeito passivo, mas também à do ativo, na medida em que o direito de ele pleitear do Estado o cumprimento da norma desatendida surgirá apenas se atendidos todos os requisitos para tanto e, ainda assim, somente nos moldes previstos na norma secundária.

Por isso, se os efeitos previstos para a norma somente preveem seu cumprimento segundo a prestação "y" ou "z", o sujeito ativo não possuirá direito de ver sua pretensão atendida de outra forma, como por via da prestação "x",

Baseada nessas premissas é que a doutrina tradicional assevera possuir a relação jurídica três elementos: (I) sujeito ativo; (II) sujeito passivo; e (III) objeto, denominado "prestação", correspondente à ação ou omissão esperada

[155] GOMES, Orlando. **Direito das obrigações**. 10.ed.Rio de Janeiro: Forense, 1995, p.6.
[156] GOMES, Orlando. **Direito das obrigações**. 10.ed.Rio de Janeiro: Forense, 1995, p.11.
[157] GOMES, Orlando. **Direito das obrigações**. 10.ed.Rio de Janeiro: Forense, 1995, p.6.

da pessoa a isso obrigada. Não raro essa atuação é denominada “objeto imediato”, designando-se por “objeto mediato” o bem ou serviço a ser prestado.

A isso e a nosso ver com razão, em face ao mencionado, acresce Aurora Tomazini de Carvalho mais dois elementos: (IV) o direito subjetivo e (V) o dever jurídico.

Relativamente aos sujeitos, embora eles devam ser determináveis, ou seja, estar concretamente inseridos em certa classe de pessoas, não necessariamente precisam estar individualizados desde o nascimento da obrigação. Isso pode ocorrer posteriormente, conforme o desenrolar da relação.

Em um âmbito bem abrangente, como, por exemplo, o dos direitos difusos, são sujeitos ativos todas as pessoas legitimadas pelo ordenamento para exigir a cessação e a reparação do dano ambiental, enquanto por sujeitos passivos entender-se todos os responsáveis por esse fato.

Não há, como se vê, desde o início, individualização das pessoas afetadas. Isso somente será feito em etapa posterior, se necessário (se reconhecido o direito), para recompor os danos.

Em âmbito mais restrito, contudo, como na hipótese da obrigação de pagar o imposto de importação, sujeito ativo será sempre a União, detentora da competência para instituir e arrecadar o tributo, enquanto o sujeito passivo será o importador ou quem a ele a lei equipar.

Consideradas a generalidade das relações jurídicas, nada impede que, em cada polo dessa estrutura, mais de uma pessoa venha a partilhar os efeitos oriundos dessa situação (*v.g.*, o que se passa na obrigação solidária).

Tampouco a pessoa situada em cada um dos polos pode ser idêntica, sob pena de não constituição do vínculo ou de sua extinção, caso a confusão venha a operar posteriormente. Sendo objeto do direito relações intersubjetivas, obviamente é inconcebível a identidade das partes.

Quanto à hipótese de substituição dos indivíduos situados em quaisquer dos polos posteriormente ao nascimento da obrigação, embora, em geral, seja possível, há situações nas quais, por diferentes razões, isso é vedado ou inviável, como na hipótese de direitos personalíssimos, cuja reivindicação restringe-se a uma pessoa individualizada, bem como no da imposição de penalidades, que não deve desbordar da pessoa do infrator.

Possível a substituição, essa decorrerá de sucessão, de pessoa física ou jurídica, caso extinto o obrigado original, ou novação, se houver repasse da posição jurídica de um a outro.

Por fim, pode ocorrer, ainda, representação dos sujeitos da relação por terceiros, que agirão em nome e no interesse dos representados. Espontaneamente constituídos para esse fim serão denominados mandatários ou procuradores. Caso, porém, representem incapazes, designar-se-ão tutores ou curadores.

Quanto ao objeto da obrigação, eles, em regra,[158] correspondem à prática de determinada ação ou omissão pelo sujeito passivo, denominada prestação, que pode ou não ser patrimonial.

A atuação do sujeito passivo dirigida a satisfazer o interesse do sujeito ativo e que pode consubstanciar-se na ação de dar, fazer ou não fazer algo, contudo, denomina-se "objeto imediato", para diferenciar do bem ou serviço em si que se quer prestar (o objeto da prestação, que é objeto mediato da obrigação). Objeto mediato, pois, é o bem ou ato a ser, ou não, realizado.

Na obrigação de pagar tributo ou multa, por exemplo, objeto imediato é a prestação correspondente à ação de dar quantia certa equivalente a "x". Objeto mediato será o *quantum* apurado. Na obrigação de dar coisa certa, por sua vez, o objeto imediato é o ato de dar ou restituir (*v.g*. dar o quadro "x"; o mediato, a coisa em si (o próprio quadro "x").

Frequentemente, adverte Orlando Gomes, a linguagem mistura essas realidades e refere-se ao objeto imediato quando quer remontar ao mediato, de modo a confundir o objeto da obrigação com o objeto da prestação. Sob o prisma técnico, contudo, é incabível a confusão.[159]

A prestação deve ser possível, lícita e determinável. Caso contrário, não se perfazem os requisitos para sua existência e, por consequência, da obrigação.

Se absoluta e totalmente impossível o objeto, não há como ser válida a obrigação. Mais que isso, inviável seu cumprimento, a própria obrigação inexiste, porquanto obrigar alguém ao impossível equivale a nada obrigar.

---

[158] No caso dos direitos reais, o objeto imediato é uma coisa.
[159] GOMES, Orlando. **Direito das obrigações**. 10.ed.Rio de Janeiro: Forense, 1995, p.14.

Nada impede que, em obrigações sujeitas a termo suspensivo, a prestação, originariamente impossível, posteriormente torne-se possível. Basta que isso ocorra antes de implementar-se a condição. Salvo essa hipótese, contudo, a impossibilidade originária torna inexistente a obrigação.

Por outro lado, nem sempre a impossibilidade é originária. Poderá ser superveniente, quando passa a existir até sua extinção ou modificação pelo advento de circunstâncias que tornam impossível a prestação.

É importante que, para insubsistência do vínculo, a impossibilidade seja objetiva (absoluta), ou seja, intransponível para todos, pois, se limitada à pessoa do obrigado (impossibilidade subjetiva ou relativa, que Larenz entende ser melhor definida por “incapacidade” ou “inaptidão”), a obrigação existe, embora possa se converter em outra de natureza especial.[160]

Destarte, a impossibilidade só caracterizará a inexistência do vínculo se for total e absoluta. Parcial, ela subsiste na parcela viável, do mesmo modo que, limitada (subjetiva), converte-se em outra.

No que tange à licitude da prestação, impende que esta não contrarie a ordem pública, a qual, por si, de regra tende a incluir a atuação contrária aos bons costumes[161]. Por fim, só existirá obrigação se a prestação for pelo menos determinável.

É possível até não ter completa ciência do objeto desde o início. Porém, balizados os elementos necessários à futura caracterização, a prestação existirá, por nada obstar seu cumprimento. É circunstância frequente nas obrigações genéricas (como as atinentes às coisas fungíveis), em que o objeto da prestação é qualificado segundo uma classe mais abrangente, sem se ater às suas particularidades, para só depois ser determinado.[162]

Nesse caso, porém, só quando, de genérica, a prestação torna-se específica (fenômeno conhecido como concentração do débito),[163] torna-se possível seu cumprimento (por exemplo, a escolha de uma vaca dentre o rebanho).

A depender da obrigação, uma vez que cada uma possui disciplina própria, a escolha, nesses casos, pode ser feita tanto pelo credor, como pelo

---

[160] GOMES, Orlando. **Direito das obrigações**. 10.ed.Rio de Janeiro: Forense, 1995, p.34.
[161] GOMES, Orlando. **Direito das obrigações**. 10.ed.Rio de Janeiro: Forense, 1995, p.34.
[162] GOMES, Orlando. **Direito das obrigações**. 10.ed.Rio de Janeiro: Forense, 1995, p.35.
[163] GOMES, Orlando. **Direito das obrigações**. 10.ed.Rio de Janeiro: Forense, 1995, p.36.

devedor ou, ainda, por terceiro (como árbitro ou oficial de justiça). Em todos os casos, porém, caso o bem, componente da classe a que se refere a prestação (como a vaca de um rebanho) venha a perecer antes da escolha, esta recairá em outra dessa mesma classe, porquanto ainda obrigado o devedor. Na hipótese: "não há impossibilidade [de escolher outra coisa] pois o gênero não perece".[164]

O conteúdo das obrigações, a seu turno, a caracterizar suas espécies, pode ser positivo – "dar" e "fazer" – ou negativo (não fazer).

Dar significa providenciar a entrega ou devolução da coisa, que pode ser certa ou incerta (objeto das obrigações genéricas). Fazer, por sua vez, implica a prática de ato que tanto pode ter por objeto prestação fungível, realizável por qualquer um, como infungível, se só pessoa específica é capaz de efetuá-la. Em qualquer dos casos a execução poderá ser instantânea ou continuada, a depender do tempo nela despendido.

Cumpre salientar, contudo, estar abrangida na obrigação de fazer a de dar a coisa produzida. É que, como adverte Washington de Barros Monteiro, "o *substractum* da diferenciação entre a prestação de 'dar' e de 'fazer' está em verificar se o dar ou entregar é ou não consequência do fazer". Se ao dar ou entregar precede a necessidade de fazer algo, trata-se deste tipo de obrigação; todavia, se o devedor, tendo que entregá-la, não precisa previamente fazê-la, a obrigação é de dar.[165]

Diz-se, ainda, que as prestações podem ser únicas, se limitadas a um objeto, ou múltiplas, se contemplarem mais de um. Neste caso poderão ser cumulativas, se levarem a uma soma de prestações, ou alternativas, se couber optar entre elas.

As obrigações classificam-se, por fim, em simples ou complexas, conforme os efeitos decorrentes dos atos do devedor sejam únicos ou diversos (independentemente do número de ações). Nesses moldes, o pagamento de empréstimo corresponderá a uma obrigação simples, sem importar o número de prestações ajustadas, enquanto o contrato de sociedade, do qual derivam

---

[164] GOMES, Orlando. **Direito das obrigações**. 10.ed.Rio de Janeiro: Forense, 1995, p.36.
[165] MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de direito civil v.4, p.95 apud CARVALHO, Aurora Tomazini de. **Curso de teoria geral do direito**. São Paulo: Noeses, 2013, p.620.

várias obrigações, de índoles distintas, para os sócios gera prestações complexas, em face desse particular.[166]

Indubitavelmente, não se tem a pretensão, nesta rápida incursão no campo do Direito das Obrigações, de se esgotar ou aprofundar esta matéria, situada em ponto transversal ao objetivo deste trabalho. Busca-se apenas trazer subsídios para melhor compreensão de circunstâncias vinculadas às relações jurídicas, em especial as forjadas no Direito Aduaneiro.

Como microssistema do Direito, que tem por objeto, *grosso modo*, normas jurídicas voltadas ao controle das operações de comércio exterior, facilmente se verificará corresponderem, basicamente, a obrigações de fazer ou não fazer, embora não deixe de haver aquelas de dar quantia certa, em virtude da aplicação de penas pecuniárias, ou dar coisa certa, em decorrência da aplicação da pena de perdimento de mercadoria.

[166] GOMES, Orlando. **Direito das obrigações**. 10.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p.41.

8 CONCEITOS, FUNDAMENTOS E ESPÉCIES DE SANÇÕES

8.1 O caráter plurívoco do conceito

Por força do princípio da responsabilização, calcado no do livre-arbítrio, pelo qual cabe a cada um responder por seus atos, a ordem social atribui às condutas humanas consequências positivas (por exemplo, um prêmio) ou negativas (como uma punição), conforme se alinhem, ou não, àquelas socialmente valoradas, respectivamente, como úteis ou prejudiciais à comunidade.

Em quaisquer desses casos, a rigor, as consequências podem ser denominadas "sanção". De hábito, todavia, a expressão tende a ser empregada quase sempre para referir-se apenas à hipótese de imposição de um mal, uma pena, em decorrência do descumprimento da norma de conduta,[167] com olvido da situação diversa pertinente à "sanção premial".

É o caso, por exemplo, de Garcia Maynez, que define sanção como uma "consequência jurídica que o descumprimento de um dever produz em relação ao obrigado".[168] Vincula-se, dessa maneira, o significado de sanção àquele derivado da análise da norma jurídica sob o prisma sintático, de modo a equipará-la à norma secundária, que possibilita ao sujeito prejudicado pelo descumprimento da norma primária, conformadora da conduta, obter, coativamente, da autoridade constituída, a prestação não adimplida.[169]

Se do ponto de vista sintático, todavia, a sanção corresponde à norma secundária e refere-se à "consequência" jurídica ensejada na hipótese de descumprimento da norma primária, do prisma semântico a palavra, oriunda do latim *sanctione* – "ato de tornar santo, respeitado" – de natureza plurívoca,[170] adquire outros significados adicionais, sempre ligados à ideia de respeito à regra.

Além dos bem conhecidos, pertinentes à aprovação da lei pelo Chefe do Poder Executivo (*v.g.* quando se afirma "a lei foi sancionada") ou de ratificação

---

[167] KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p.26.
[168] Tradução livre. MAYNEZ, Eduardo García. **Introducción al estudio del derecho**. 50.ed. México: Porrúa, 1999, p.294.
[169] CARVALHO, Aurora Tomazini de. **Curso de teoria geral do direito**. São Paulo: Noeses, 2013, p.314.
[170] CARVALHO, Aurora Tomazini de. **Curso de teoria geral do direito**. São Paulo: Noeses, 2013, p.319.

de um ato, por exemplo, Eurico Marcos Diniz de Santi destaca, ainda, outros três significados bastante diversos:

> (I) relação jurídica consistente na conduta substitutiva reparatória, decorrente do descumprimento de pressuposto obrigacional (de fazer, de omitir, de dar – genericamente prestações do sujeito passivo 'Sp');
> (II) relação jurídica que habilita o sujeito ativo 'Sa' a exercitar seu direito subjetivo de ação (processual) de exigir perante o Estado-Juiz a efetivação do dever constituído na norma primária;
> (III) relação jurídica, consequência processual do 'direito de ação', preceituada na sentença condenatória, decorrente do processo judicial.[171]

Nessa perspectiva, portanto, o termo pode tanto apresentar-se ligado ao direito material, nos termos reportados no item (I), de consequência (reparação) pelo descumprimento de obrigação jurídica, quanto ao procedimental, vinculado ao direito de ação ou ao procedimento propriamente dito. Em todos os casos, não deixa de haver uma resposta do ordenamento à sua infringência.

Bem vista, a razão de existir da norma jurídica secundária (sancionatória) funda-se no fato de a coerção estatal e a coação jurídica (aspectos da mesma realidade) nunca serem autoaplicáveis[172], dependendo sempre de um mecanismo que as faça ativar. Alguns autores situam-na, ainda, no âmbito da "justiça retributiva".[173]

Em um Estado de Direito, no qual nenhum indivíduo possui legitimidade jurídica para utilizar-se, a seu talante, da própria força, com a finalidade de assegurar os deveres prescritos nas normas jurídicas, o poder coercitivo necessariamente é exercido pelo Estado-juiz (monopólio de jurisdição), que o exercitará mediante atividade própria, depois de provocado por quem detenha o direito subjetivo público de fazê-lo.[174]

---

[171] SANTI, Eurico Marcos Diniz de. **Lançamento tributário**. 2.ed. São Paulo: Max Limonad, 2001, p.45. A classificação é citada, outrossim, em CARVALHO, Aurora Tomazini de. **Curso de teoria geral do direito**. São Paulo: Noeses, 2013, p.319.

[172] CARVALHO, Aurora Tomazini de. **Curso de teoria geral do direito**. São Paulo: Noeses, 2013, p.314.

[173] 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.38.

[174] Aparentemente, Aurora Tomazini de Carvalho equipara o poder coercitivo do Estado a direito subjetivo público (CARVALHO, Aurora Tomazini de. **Curso de teoria geral do direito**. São Paulo: Noeses, 2013, p.314), sob o argumento da falta de legitimidade do indivíduo para uso da força. Os pressupostos são irretorquíveis. Contudo, com a devida vênia à notável jurista, divergimos com respeito à equiparação. Para nós, são distintos o poder coercitivo estatal e o direito subjetivo. Este consiste na autorização, conferida pelo ordenamento, para utilização da força estatal com o fito de recompor a ordem jurídica violada; aquele, no instrumento, disponibilizado pelo Estado à sociedade, que permite ao titular do direito subjetivo essa prestação.

O direito subjetivo, sob esse prisma, surge como a autorização conferida pelo ordenamento àquele que foi prejudicado pelo descumprimento do dever jurídico imposto na norma primária, de requerer do Estado, pela afirmação de sua força, a imposição da ordem jurídica derivada do ordenamento.

Se de um lado isso é feito pela imposição de penalidade, de outra é pela instauração de processo. Por consequência, de igual modo como quaisquer normas estipuladoras de multas, indenizações, perdimentos de bens ou quaisquer outras restrições decorrentes da prática de atos ilícitos são sanções (situação enquadrável no item “i”), também o são, em certo sentido, aquelas que conferem direito subjetivo ao indivíduo para pleitear, perante o Estado-juiz, o cumprimento do seu direito.[175] A própria cominação de invalidação de norma cuja formação não seguiu a forma prescrita em direito constitui modalidade de norma sancionadora.

É justamente essa plurissignificação que permite afirmar que, se nem sempre é possível vincular uma penalidade a um único enunciado, sempre, à norma, fruto da interpretação de um ou mais enunciados corresponde uma sanção.[176]

Enfim, afirmar se toda norma prevê uma sanção para seu descumprimento depende, preliminarmente, do conceito de sanção a que se esteja referindo.

De outra parte, não há como equiparar esses vários significados de “sanção”: direitos subjetivos, direito de ação (espécie daqueles), providências ‘ressarcitórias’ e prescrições punitivas. As características de cada um desses conceitos são essencialmente diversas.

Direitos subjetivos são imperativos, em regra implícitos, que autorizam o sujeito ativo a exigir, do passivo, a obrigação revelada pela relação. Nada mais são, pois, do que a outra face da obrigação.

O direito de ação, a seu turno, concerne à faculdade de se exigir do Estado prestação jurisdicional referente a direito subjetivo supostamente violado. Dado seu caráter instrumental, de fazer realizar o direito subjetivo, é objeto do direito processual.

---

[175] CARVALHO, Aurora Tomazini de. **Curso de teoria geral do direito**. São Paulo: Noeses, 2013, p.320.
[176] CARVALHO, Aurora Tomazini de. **Curso de teoria geral do direito**. São Paulo: Noeses, 2013, p.320.

Quanto às medidas reparatórias voltadas à recomposição dos desvios e dos danos perpetrados, embora de fato sejam aptas a desestimular o ilícito, na medida em que imputam ao seu autor o dever de reparação, nem sempre alcançam, de fato, esse desiderato, porque, a depender da situação, pode não haver nada a ressarcir, mas tão somente a restituir, como quando se pretende, somente, a devolução de algo que nunca pertenceu ao infrator ao seu autêntico titular. Não havendo nada efetivamente próprio a perder, é natural não se poder esperar um elevado grau de coercibilidade.

Não que ela inexista, pois o mero reconhecimento de direitos subjetivos e a possibilidade de execução forçada traduzem, por si só, aspectos da coercibilidade. Todavia, no sentido forte, esta só será plena se, ao seu lado, o ordenamento autorizar providências estritamente punitivas; as sanções em sentido estrito.

Ressalte-se, a esse respeito, a advertência de Maria Ângela Lopes Paulino Padilha sobre a impossibilidade de se confundir sanção punitiva e reparação do dano: não obstante ambas caracterizem espécies de sanção, somente naquela o fim é reprimir a afronta causada à lei,[177] bem como a percuciente observação de que "a eficácia da finalidade preventiva da sanção, dissuadindo os predispostos, também está intimamente relacionada com o conhecimento e a certeza de que será aplicada se cometido o ilícito."[178] A afirmação prende-se à frase do célebre Marquês de Beccaria: "um dos maiores freios aos delitos não é a crueldade das penas, mas sua infalibilidade".[179]

Noutro giro, não se pode perder de vista utilizar-se o vernáculo tanto para designar relações jurídicas hipotéticas situadas no plano abstrato, quanto as concretas, originadas do efetivo descumprimento da norma primária. São dois planos diversos, que não podem ser confundidos.

Deveras, há a sanção correspondente à consequência prevista para a hipótese de ocorrência do fato vedado pela ordem jurídica e há aquela

---

[177] PADILHA, Maria Ângela Lopes Paulino. **As sanções no direito tributário**. São Paulo: Noeses, 2015, p.75.
[178] PADILHA, Maria Ângela Lopes Paulino. **As sanções no direito tributário**. São Paulo: Noeses, 2015, p.74.
[179] PADILHA, Maria Ângela Lopes Paulino. **As sanções no direito tributário**. São Paulo: Noeses, 2015, p.74. Em outras edições de "Dos Delitos e das Penas", a tradução é a seguinte: "Não é o rigor do suplício que previne os crimes com mais segurança, mas a certeza do castigo, o zêlo vigilante do magistrado e essa severidade inflexível que só é uma virtude no juiz quando as leis são brandas." (BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução de Paulo M. Oliveira. Prefácio de Evaristo de Morais. 5.ed. São Paulo: Atena, 1956, p.113).

concretamente imposta pela autoridade competente, administrativa ou judicial. Por simplificação, ademais, usualmente denomina-se sanção, outrossim, o conteúdo deste último ato, correspondente ao mal efetivamente imposto.

No primeiro caso estão, exemplificativamente, as normas do Código Penal que cominam penas para os crimes nele tipificados e as da legislação tributária ou administrativa definidoras das penalidades atinentes às infrações aos seus respectivos mandamentos.

No segundo, a decisão judicial que condena o réu a quaisquer das espécies de pena de natureza criminal, bem como as notificações decorrentes dos autos de infração que cominam penalidades àquele que descumpriu norma tributária ou administrativa.

No terceiro, por fim, em que a "sanção" corresponde ao próprio objeto de sua imposição, tem-se a pena de reclusão concretamente aplicada ao término do processo penal ou a multa imposta ao fim do processo administrativo ou judicial.

Semelhante distinção não passou ao largo da visão de Maria Ângela Lopes Paulino Padilha, quando, ao apontar ser essa circunstância reconhecida por doutrina de peso, explicita:

> Abarcada por essa extensão conotativa, sanção pode denotar tanto a norma primária sancionatória quanto as penalidades materiais aplicadas em decorrência do descumprimento das condutas prescritas nessas normas jurídicas, como também a providência coercitiva fruto do exercício do poder jurisdicional do Estado, prescrita no consequente na norma secundária.[180]

Há, enfim, a sanção prevista e a sanção imposta, a qual tanto pode ser o ato de aplicação da consequência prevista, quanto o seu conteúdo material, não se recomendando, porém, o uso da palavra para prêmios ou incentivos.

Sem prejuízo das várias denotações possíveis, em regra, nesta obra, as remissões à palavra "sanção" significarão a "norma jurídica aplicável na hipótese de descumprimento de conduta prescrita (obrigatória ou permitida) – isto é, na prática de ato ilícito – e prescritiva de punição". Âmbito mais restrito, portanto, do que o da mera consequência prevista para o descumprimento da norma primária ou da relação jurídica consistente na estipulação de

[180] PADILHA, Maria Ângela Lopes Paulino. **As sanções no direito tributário**. São Paulo: Noeses, 2015, p.46.

indenização entre outras possibilidades antes mencionadas. Poderá, sem dúvida, ser empregada em outros sentidos. Sempre que isso ocorrer, no entanto, a circunstância será perfeitamente delimitada, de molde a não gerar imprecisão.

8.2 Fundamentos ontológicos da sanção

Afastadas de nossas considerações as sanções cujos significados refiram-se tão apenas à previsão do direito subjetivo de ver cumprida determinada obrigação e ao direito de ação voltado a implementá-la por via da força estatal, resta ao exame as instituídas no afã de desestimular condutas perniciosas à sociedade por meio da infringência de um mal àqueles que as praticarem.

Não se olvida que, em perspectiva ampla, a simples conjunção dos direitos subjetivos ao direito de ação já confere algum nível de coercibilidade ao direito. Ambos colaboram para qualificá-lo para o alcance de seu desiderato último, a manutenção da paz social.

Semelhante força coercitiva, contudo, só alcançará o seu grau máximo se, àqueles mecanismos, garantias da eficácia do direito, forem agregadas medidas de índole estritamente punitiva (não apenas ressarcitórias), mais aptas a inibir a prática de um mal.

Dotado de livre-arbítrio, nem sempre a voluntariedade do homem atrela-se à razão para definir seu comportamento. Frágil, inúmeros fatores afetam-lhe também a conduta: sua desregulação química ou psíquica, necessidades físicas, emocionais e psicológicas, a personalidade, a experiência e as circunstâncias da vida.

Desse modo, mesmo consciente das consequências de seus atos em relação a terceiros, assim como à comunidade ou a si próprio, nada impede o homem de adotar comportamento dissonante ao recomendado pelo ordenamento.

Esse é o motivo pelo qual, à norma que define o padrão comportamental considerado adequado pelo direito, são acrescidas uma série de consequências a serem imputadas ao sujeito, na hipótese de desvio de conduta. Castigos cujo teor variam tanto quanto a cultura na qual estão

inseridos e as possibilidades o permitam. Podem recair diretamente sobre a pessoa – sua vida, seu corpo ou incolumidade física – como no caso da pena capital, da decepação de membros ou de partes do corpo ou, ainda, de açoite e marcação a ferro, ou sobre sua liberdade (*v.g.* prisão, prestação de serviços à comunidade, inabilitação para o exercício de cargos ou profissões) ou patrimônio (multas pecuniárias e confisco).

Mesmo sob esse prisma, contudo, a sanção não se limita a ser um castigo, um mal a ser infligido ao autor do ilícito com o intuito de desestimulá-lo à sua prática. É, simultaneamente, medida preventiva contra as ilicitudes.

Indubitavelmente, os dois aspectos, repressivo e preventivo, são inerentes ao conceito de sanção. São eles que, em quaisquer circunstâncias, a fundamentam.

Realmente, se, no consequente da norma jurídica secundária, em resposta à violação ao ordenamento, é prevista certa punição, tão logo esse comando (mensagem) seja emitido aos seus destinatários estes o interpretarão não tão somente como a providência punitiva que é, mas, de igual modo, como aquilo que se pode esperar para todos que teimem em conduzir-se de maneira contrária à estatuída na norma de conduta (primária). Transmite-se, enfim, conjuntamente com a ideia do castigo passível de aplicação, também a da ameaça da punição.

Ademais, confere-se segurança jurídica relativamente à penalidade aplicável na hipótese, reduzindo o espectro das possíveis sanções.

A partir desse duplo aspecto é que grassa o debate sobre a natureza retributiva e preventiva das sanções ao qual, não raro, estudiosos, principalmente da seara do direito penal, agregam a discussão acerca da função ressocializadora da pena. Aludem que a penalidade (aqui considerada em gênero) deve superar a ideia de retribuição de um mal por outro – vingança – e almejar a recuperação do infrator pela interiorização e compreensão dos valores sociais (a ser atingida por uma série de medidas de cunho ressocializatório), de modo a reinseri-lo na sociedade, prevenindo o risco de novas rupturas à ordem desejada.

Realmente, assim deve ser. Não se pode, contudo, olvidar existirem condutas não reveladoras, em si, de desajuste social do infrator. Por vezes, a

infração e a pena para ela prevista e a aplicada são assaz simples, a não comportarem nenhuma necessidade de readequação à vida em comunidade.

Isso é frequente em infrações administrativas de pequena monta (*v.g.* desconto de dia injustificadamente não trabalhado; multa por atraso na entrega de declaração de tributo) e mesmo, segundo alguns, em algumas espécies de delitos, geralmente cometidos por pessoas que, salvo o específico desvio, atuam normalmente na sociedade (como sonegação). Podem possuir vida familiar, social e profissional exemplar e, mesmo assim, cometer o ilícito. Nesse caso, em que consistiria a ressocialização?

O máximo a fazer, além da aplicação de uma pena de caráter eminentemente dissuasório, ou seja, preventiva-retributiva, seria obrigar o infrator a deter-se na reflexão do mal por ele praticado, algo difícil de ser conseguido. Isso porque, mesmo que se aplicassem medidas pedagógicas do gênero – algo possível, em certos casos, ao juiz, mas raramente ao administrador (a exemplo das infrações de trânsito) – não é certo que somente essa medida, no contexto apresentado, fizesse alguma diferença. O problema não estaria em o sujeito atuar de modo marginal à sociedade, mas, basicamente, em seu caráter (como a ganância).

De todo o modo, a despeito de sua importância, em especial no campo penal, à toda evidência a função ressocializadora nada tem a ver com a questão de essência da pena, referente àquilo que ela é. Embora, decerto, essa função seja, como dito, sempre que possível, uma finalidade a ser perseguida, em especial em sistemas que, como o nosso, valorizam a dignidade humana e a solução pacífica dos conflitos, de nenhum modo ela pode ser confundida com o “ser” da pena.

Basta ver que, enquanto as funções repressiva e preventiva decorrem unicamente da existência da pena em abstrato, o propósito ressocializante só prospera depois dela ser concretamente aplicada. Ainda assim, sem alcançar situações como o pagamento de multa moratória e por atraso na entrega de declaração do imposto de renda, dentre outras, que, embora reveladoras da prática de ilícito, nada revelam de incompatibilidade com a vida social.

Destarte, somente os aspectos repressivo e preventivo são, efetivamente, intrínsecos à sanção.[181]

No aspecto retributivo, vale ressaltar, a sanção jurídica refere-se a um mal que, na essência, deve ser tido como algo objetivamente não prazeroso, imposto pelo Estado ao autor do ilícito; não um aspecto incidental.[182] Semelhante colocação afasta do conceito, pois, as autoimolações e a prática do mal por estruturas paraestatais, bem como atuações, ainda que do Poder Público, não intencionais (acidentes) ou que se traduzam em subproduto de ação estatal legítima, "consequência necessária de uma privação não buscada intencionalmente".[183]

Por outro lado, sendo as penalidades situações objetivamente consideradas, no senso comum, desprazerosas e, por isso, indesejadas, é irrelevante para sua caracterização que, em determinado caso, o infrator, por distúrbios mentais, fanatismo ou interesses de quaisquer espécies sinta satisfação em assumir a conduta e submeter-se à pena. Não afeta, neste plano, a consideração subjetiva, individual.[184]

8.3 Sanções civis, administrativas e penais

Compulsada a ampla variedade de hipóteses fáticas objeto das normas jurídicas, cedo se nota elas possuírem escopo bastante diverso, a depender do âmbito das relações jurídicas que regulem.

Algumas se referem a relações formadas entre indivíduos (pertinentes a laços de família, a bens, às sucessões ou a negócios), objeto do Direito Civil ou Comercial. Outras; às de índole trabalhista, enquanto outras, ainda, àquelas situadas na órbita do Direito Público, que abarca os vínculos passíveis de serem estabelecidos entre o Estado – ou outra pessoa jurídica de direito público – e os particulares ou entre pessoas jurídicas de direito público (*v.g.* as relativas à liberdade e integridade física e à cobrança de tributos). Todas

---

[181] Nesse sentido, POLLARI, Nicólo. **Manuale di diritto tributario**. Teoria generale ed approfondimenti técnico-professionali. 4.ed. Roma: Laurus, 2014, p.546.
[182] FALCÓN Y TELLA, Maria José; FALCÓN Y TELLA, Fernando. **Fundamento e finalidade da sanção** – existe um direito de castigar? São Paulo: RT, 2008, p.32-33.
[183] FALCÓN Y TELLA, Maria José; FALCÓN Y TELLA, Fernando. **Fundamento e finalidade da sanção** – existe um direito de castigar? São Paulo: RT, 2008, p.33.
[184] FALCÓN Y TELLA, Maria José; FALCÓN Y TELLA, Fernando. **Fundamento e finalidade da sanção** – existe um direito de castigar? São Paulo: RT, 2008, p.34.

dotadas de sanção para o caso de descumprimento, seja de norma de conduta, seja relativa à estrutura do sistema (neste caso, a cominação de invalidade).

Em torno de cada um desses núcleos de regras é que se distinguem entre si, para fins exclusivamente científicos e didáticos, como já se disse, o Direito Civil, o Comercial, o Direito do Trabalho, o Direito Penal e o Direito Tributário, dentre outros, embora, na realidade, suas normas estejam frequentemente a se interconectar, em face do princípio da unidade do Direito. Não há compartimentos estanques; o Direito é um só e o corte meramente metodológico.

Por decorrência, a considerar que as peculiaridades[185] pertinentes às classes principais (mais genéricas) desses núcleos condicionam o regime jurídico aplicável a essas disciplinas, a saber, "o conjunto sistematizado de princípios e regras que lhes dão identidade, diferenciando-a das demais ramificações do Direito",[186] as sanções distinguir-se-ão, *grosso modo*, em civis, administrativas[187] ou penais.

Em quaisquer desses ramos as sanções possuirão caráter repressivo e preventivo. De igual modo, em todos poderá haver previsão de medidas reparatórias.

Se o objetivo é, antes de tudo e sempre que possível, recompor a ordem violada, independentemente da natureza do direito, indubitavelmente devem as sanções buscar, além da punição (que enfeixa os aspectos repressivo e preventivo), o retorno à situação anterior, inclusive, mediante a reparação dos danos porventura causados.

Mais comum no âmbito civil, dada sua amplitude fática, a situação repete-se no campo do direito administrativo (*v.g.* hipóteses de responsabilidade civil e improbidade) e no direito penal, na medida em que também ao autor do delito cabe a reparação dos danos por ele causados à vítima e seus familiares.

Quanto às sanções em sentido estrito (penalidades), caracterizadas pela perspectiva de imposição de efetiva punição ao infrator da ordem, a questão assume uma perspectiva diferente conforme o subsistema em questão.

---

[185] Derivadas das específicas finalidades desse núcleo de normas.
[186] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 28.ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p.53.
[187] Consideramos as sanções tributárias espécie das administrativas.

No âmbito privado, as penas, impostas com o propósito de desestimular a conduta ilícita, usualmente se consubstanciam na imposição de multas, como as decorrentes do descumprimento dos contratos, na restrição ou perda de direitos (*v.g.* restrição de visitas, perda de pátrio poder).

No administrativo, pertinente às relações jurídicas firmadas entre as instituições estatais ou entre estas e os cidadãos e nas quais os interesses e prerrogativas concedidas às primeiras colocam-na em posição de supremacia ante os demais, também as penas podem possuir conteúdo patrimonial, como nas multas; ou serem restritivas ou extintivas de direitos, como nas restrições para a obtenção de crédito público e o exercício de certas atividades, cargos ou funções, ou, ainda, para a prática de atos (*v.g.* participação em concursos ou licitações). A diferença, nesses casos, estará principalmente na pessoa que a impõem (o particular ou o Estado) e, dados os interesses abrangidos, nos seus fundamentos.

Quanto às sanções penais, dirigidas à proteção dos bens da vida considerados fundamentais no ordenamento jurídico e, por esse motivo, só aplicadas diante das violações mais graves, capaz de comprometê-lo, além das penalidades de cunho patrimonial (*v.g.* multa pecuniária e perda de bens como efeito da sentença penal condenatória; artigo 91 do Código Penal) são previstas, outrossim, as privativas de liberdade e restritiva de direitos, nos termos estabelecidos nesta legislação.

Destarte, em todas as diferentes disciplinas jurídicas serão observáveis as mesmas modalidades de sanção (reparatórias e preventivo-repressivas) e espécies de penalidades.[188]

Variará, principalmente, o regime jurídico aplicável a cada situação, ou seja, as regras e princípios jurídicos que informam a elaboração e a interpretação dos enunciados.

Posta de lado a análise das sanções de direito privado, por estarem marcadamente influenciadas pelo princípio da autonomia da vontade e, ainda, por desbordar do escopo deste trabalho, cinjamo-nos às originadas no campo

[188] Denominaremos “penalidade” ou “pena”, como seu sinônimo, à modalidade preventivo-repressiva de sanção. Portanto, essa será o gênero da qual a pena é espécie. Penas específicas como “privativa de liberdade” (por sua vez subdivisível em reclusão, detenção ou prisão simples), “restritiva de direitos” (também de variadas modalidades), ou “pecuniária” correspondem a espécies de pena.

do direito público, erigido, basicamente, sobre o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, que com aquele se choca.

Preliminarmente, ensina Celso Antônio Bandeira de Mello, é o Estado quem, juridicamente, encarna o interesse público.[189] Para sua persecução foi ele constituído, bem como para assegurar uma ordem social estável.

Nesse afã, deve atender a uma série de funções, sinteticamente representadas pelas dimensões normativa, administrativa e jurisdicional, primordialmente reguladas pela Constituição.

Direito Público, pois, nessa percepção, corresponderá ao subsistema de normas jurídicas que tem por objeto a regulação das atividades do Estado direcionadas à satisfação do interesse público, o que abrangerá, por conseguinte, diferentes aspectos ligados ao atendimento dessas funções.

Tampouco visa esta obra deter-se em aspectos específicos dessas funções, em especial aquelas distintas da administrativa. Em todo o caso, não se pode perder de vista o quanto o referido princípio, bem como os poderes atribuídos ao Estado para a consecução dos seus fins, influenciam o regime jurídico de direito administrativo, que, como explica Bandeira de Mello, "resulta da caracterização normativa de determinados interesses como pertinentes à sociedade e não aos particulares considerados em sua individuada singularidade".[190] Outro princípio elementar na confecção do regime de direito administrativo, ramo do direito público, é o da indisponibilidade dos bens públicos.[191]

Nesse contexto, sanção administrativa seria a penalidade imposta pela Administração àquele que se conduziu de maneira contrária à desejada pelo ordenamento jurídico.[192] Em decorrência do poder de autotutela conferido à Administração, observado o devido processo legal, pode ser diretamente por ela aplicada ao responsável pela infração.

---

[189] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 28.ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p.27.
[190] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 28.ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p.55.
[191] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 28.ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p.55.
[192] Conforme ROCHA, Silvio Luís Ferreira da. **Manual de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2013, p.618. Em sentido semelhante: 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.62-63.

Daí despontam as características básicas da sanção administrativa: (I) aplicação pela Administração Pública; (II) exercício com fundamento no poder de autotulela do Estado; (III) hipótese de incidência diretamente prevista no texto legal. Distingue-se, nesse particular, das penalidades de direito civil ou comercial, as quais a lei apenas autoriza sua instituição, dentro de certos contornos, pelos particulares, em acordos de vontade (fontes imediatas da obrigação), e das penais, instituídas pelos órgãos do Poder Judiciário.

Com efeito, conforme assevera Celso Antônio Bandeira de Mello, "reconhece-se a natureza administrativa de uma infração pela natureza da sanção que lhe corresponde, e se reconhece a natureza da sanção pela autoridade competente para impô-la." Portanto, prossegue o mestre, o que apartaria as infrações e sanções administrativas das penais "é única e exclusivamente a autoridade competente para impor a sanção [...]."[193]

Esse entendimento é comungado por Rafael Munhoz de Mello que, relembrando Eduardo García de Enterría e Tomás Ramón Fernándes salienta distinguirem-se a sanção administrativa da penal apenas por um dado formal, a autoridade que as impõem: estas, os tribunais penais, aquelas a Administração.[194]

Afirmar que a sanção é administrativa, no entanto, não significa dizer que, necessariamente, sua aplicação far-se-á por agente do Poder Executivo, a quem incumbe, em especial, a Administração. Na medida em que todos os Poderes exercem todas as espécies de funções possíveis – a administrativa, a normativa e a julgadora – variando apenas a sua preponderância e, no caso da última, seus efeitos, conforme a instituição da qual emanem,[195] qualquer desses Poderes possui, dentro do seu espectro de competências, poderes para a aplicação de sanções administrativas, a depender da natureza do ato e, destaca Bandeira de Mello, da infração.[196]

---

[193] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 28.ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p.854.

[194] 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. Aponta o autor, ainda, nessa linha, Guido Zanobini, Mireille Delmas-Marty, Catherine Teitgen-Colly e Régis Fernandes de Oliveira.

[195] Só o Poder Judiciário é capaz de produzir coisa julgada.

[196] Nessa linha: 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.65; MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 28.ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p.32-33.

Particularmente quanto à distinção entre sanções administrativas e penais, mencionou-se que, de acordo com os administrativistas citados, a distinção residiria tão apenas na qualidade da autoridade que a impõe: autoridade pública no exercício de função administrativa, no primeiro caso, e órgão jurisdicional, no segundo.

Há, contudo, duas correntes doutrinárias básicas a respeito do assunto. Uma, defende que a diferença é qualitativa; outra, que é quantitativa.

Para os que defendem ela ser qualitativa, a distinção estaria em que, enquanto crimes seriam ilícitos que atingiriam interesses essenciais à sociedade, infrações administrativas seriam ilícitos vulneradores de interesses menores, por vezes confundidos com os da Administração.[197] Ressoa, neste campo, a lição de Goldschimidt que, ao distinguir a posição das pessoas como indivíduos e membros da comunidade, destacava que enquanto, no primeiro caso, o dever de respeito à esfera de direitos do outro deve ser tutelado pelo direito penal, no segundo, em que o que exsurge é a obrigação de colaborar com a Administração Pública, na busca do interesse público, a tutela seria efetuada por meio de sanções administrativas. No mesmo sentido Eberhard Schmidt.[198]

Para os adeptos da teoria quantitativa, todavia, sem existir distinção substancial entre os dois tipos de ilícito, sua diferenciação decorreria somente da gravidade da sanção prevista: os mais graves apenados com sanção penal; as menos graves com sanção administrativa.[199]

O fato de na Alemanha e Itália predominarem a primeira corrente, e na Espanha a segunda, é elucidada por Rafael Munhoz de Mello, com base em Blanca Lozano, que aponta ter sido nos primeiros citados países que se produziu um processo de hipertrofia do Direito Penal em face do intervencionismo estatal, a gerar, posteriormente, um processo inverso, de descriminalização. Na Espanha, em contrapartida, desde o início a tendência

---

[197] 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.48.
[198] 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.50-51.
[199] 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.54.

teria sido a de incrementar o número de ilícitos administrativos, hipertrofiando, nesse caso, o Direito Administrativo.[200]

Na verdade, observados acuradamente os bens jurídicos protegidos por cada qual desses ramos do Direito, verifica-se ser tênue a linha divisória a separar ambas.

Embora, de fato, o marco divisor dessas sanções devesse ser delineado, em princípio, a partir da distinção do grau de reprovabilidade da conduta ilícita, o único critério que distingue, com precisão o campo onde se situam as infrações mais graves, violadoras de valores essenciais da comunidade, daquele em que se encontram as condutas que, embora ilícitas, não possuem potencial suficiente para por em risco a ordem social, é o direito positivo.

É inarredável que, se tentarmos diferenciar essas espécies de sanção apenas pela essência (significado e valores que o embasam) da norma violada, fatalmente concluiremos pela impossibilidade de definição senão em termos vagos e imprecisos. Fatalmente será preciso considerar, outrossim, a finalidade da norma e o modo pelo qual o sistema opera com o propósito de responder à infração. Isso, porém, depende exclusivamente do direito positivo, responsável por fixar o regime jurídico e as penas aplicáveis.

Assim em última análise, é o legislador quem, ao interpretar os valores constitucionais, determina se, hipoteticamente, certo desvio de conduta, em determinado grau, vulnera, de modo substancial, bem da vida especialmente protegido pelo sistema.

Se assim o entender, dispensará a essa hipótese o tratamento previsto pelo regime jurídico atinente às normas penais, que, por propiciar respostas fortes, caracterizadas por penas mais graves, em especial a restritiva de liberdade, é mais formal, rígido e cercado de garantias em favor do acusado.

Caso contrário, submeterá a apuração da infração e a aplicação da pena ao regime jurídico de direito administrativo, mais informal e menos rígido relativamente ao penal, não obstante nele estejam presentes, também, algumas garantias básicas.

Com isso, é o direito positivo o responsável por determinar quais as infrações menos lesivas à ordem jurídica, objeto de penalidades mais simples e

---

[200] 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.55-56.

de conteúdo variável a depender da infração (*v.g.* advertência ou penalidade pecuniária de pequena monta) com o intuito de melhor preveni-la, e quais as reputadas mais sérias, que devem ensejar a adoção de medidas de índole mais restritiva (por exemplo, restrições de direitos ou à liberdade) ou de intensidade maior (como penas pecuniárias mais pesadas, inabilitação para o exercício de cargo público e pena de prisão, em montante variável, neste último caso, segundo a dosimetria prevista no Código Penal).

Esse é o entendimento, também, de Rafael Munhoz de Mello, que, a esse propósito, ressalta o legislador gozar de ampla liberdade para a "seleção das condutas que serão tipificadas como ilícito penal ou como ilícito administrativo", de modo que "a escolha entre um ou outro tipo de ilícito é uma questão de política legislativa".[201]

Evidentemente, no desenho do microssistema relativo às penalidades, adquirem relevo os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Enquanto a razoabilidade informa a medida mais adequada a cada hipótese, isto é, com aptidão para atingir o resultado proposto – a inibição do desvio – com a máxima eficácia, a proporcionalidade escalona, com fundamento na ideia de justiça, a depender do grau do ilícito, a intensidade da resposta.

É, portanto, da conjunção da razoabilidade com a proporcionalidade que devem ser programadas as sanções hipoteticamente aplicáveis, de igual modo como sua aplicação concreta será assim informada.

Ressalte-se que, de igual modo como, ao selecionar as penalidades aplicáveis a cada situação o legislador deve fazê-lo à luz desses princípios, também ao aplicar a norma geral e abstrata ao caso particular, estabelecendo a norma individual e concreta pertinente (decisão judicial, auto de infração, decisão administrativa, etc.), a pessoa a quem isso compete deve observar os mesmos parâmetros, escolhendo, dentre o leque de opções disponíveis, sempre que o couber, a modalidade e a dosagem adequada.

A esse respeito e embora isso não seja um dado determinístico, pois outras variáveis interagem, são bastante conhecidos os estudos que apontam

---

[201] 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.59.

para o cálculo de custo-benefício normalmente feito pelo infrator antes do cometimento da conduta ilícita.

Naturalmente, a maior ou menor incidência desse fator depende, também, de fatores inerentes à personalidade do agente, das circunstâncias e da espécie de ilícito, o qual, não obstante essa condição, a depender do local e do momento pode possuir grau de reprovabilidade variável na sociedade.

9 OS PRINCÍPIOS BÁSICOS NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

9.1 Noções gerais

Fruto de longo desenvolvimento histórico, erigido em torno de concepções como a da soberania popular, do princípio republicano e da *práxis* dirigida ao controle do poder estatal, o Estado Democrático de Direito surgiu no mundo ocidental em meados do século XX, como o modelo ideal para o enfrentamento dessas questões e outras mais, originadas nessa época.

Derrocado o absolutismo, primeiro instalou-se o Estado de Direito, mais que uma concepção, um princípio, que, em linhas básicas, pregava: (I) a submissão de todos à lei, considerada esta como o ato formal do Poder Legislativo, representativo da vontade popular; (II) a divisão de poderes, que deveriam ser exercidos de forma independente e harmônica pelo Executivo, Legislativo e Judiciário; (III) o reconhecimento e a garantia de direitos individuais.[202] Daí a positivação de princípios como os da legalidade e da isonomia (na ocasião ainda apenas formal), bem como das regras pertinentes às variadas manifestações de liberdade (de iniciativa econômica, de pensamento, de crença, de reunião, etc.).

Foi o triunfo do liberalismo, com a carga de liberdade por ele propugnada para fazer desabrochar o incipiente capitalismo e o potencial das pessoas para galgar qualquer posição de acordo com o seu mérito.[203]

A primeira vez em que a expressão “Estado de Direito” foi utilizada para referir-se à instituição política na qual são encontrados todos os citados elementos, e, ainda, o controle da legalidade da Administração, inclusive por via judicial, foi, segundo Eliaz Diaz, por von Mohl, em 1832.[204] Todavia, assim como o positivismo admite manipulações, por possibilitar a inclusão, na “lei”, de qualquer conteúdo,[205] também o Estado de Direito mostra-se insuficiente para a proteção do cidadão, quer por não garantir verdadeira soberania popular e

---

[202] Veja-se, a propósito: SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 20.ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p.113.
[203] Por óbvio, ao menos na época, respeitados certos limites (*v.g.* votação censitária).
[204] NOGUEIRA, Alberto. **Os limites da legalidade tributária no Estado Democrático de Direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 1996, p. 31.
[205] Nesse sentido, Carl Schmitt fala em Estado de Direito feudal, jusracional e nacional-socialista (SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 20.ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p.113, CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 6.ed. Coimbra: Almedina, 1995, p.349; XAVIER, Alberto. **O princípio da legalidade e da tipicidade tributária**. São Paulo: RT, 1978, p.6).

democracia, quer por não propiciar a igualdade material. Não bastasse, a evolução tecnológica iniciada com a Revolução Industrial trouxe novos problemas, de caráter social, para os quais nem o sistema econômico nem o jurídico, conseguiam, àquele momento, encontrar soluções.

Nesse contexto, premido pelas crises econômica e financeira decorrentes, em especial, da Primeira Guerra Mundial (1914-1918) e da quebra da Bolsa de Nova York (1929), geradoras de profunda inflação, desemprego e miséria, bem como pelos movimentos de massa, fortalecidos pela tomada do poder na União Soviética (1917), passou-se ao Estado Social de Direito (*Welfare State*, Estado do Bem-Estar Social ou Estado Social de Direito),[206] que admite o intervencionismo econômico como um meio de correção dos problemas sociais e de mercado, e, por via transversa, de implementar a igualdade material, em conjunto com a introdução de direitos sociais. No plano internacional, isso ocorreria pela primeira vez na Constituição Mexicana de 1917, e, logo depois, pela de Weimar, de 1919.

A história é bastante conhecida. Incapazes de solucionar com êxito esse desafio, paulatinamente esses Estados precisaram rever conceitos (ainda hoje o fazem), de forma a permitir o desenvolvimento econômico, e, com isso, alavancar o social.

Certamente, não avançaremos nessa análise que, complexa, ultrapassa o corte a que se propôs esse trabalho. O crucial é que, do desenvolvimento do Estado de Direito, de índole liberal, passando pela problemática do Estado Social e da necessidade de traçar limites axiológicos à ação governamental, erigiu-se o Estado Democrático de Direito como uma fórmula ideal a esses enfrentamentos. Na ordem jurídica pátria, é a forma adotada pelo artigo 1º da Constituição Federal de 1988 para o Brasil.

Dados os reflexos decorrentes, importa, portanto, um rápido vislumbre sobre esse arcabouço. Neste, a concepção de Estado de Direito não é invalidada; antes, mescla-se com outros princípios para edificar o Estado Democrático de Direito.

Enquanto persiste, do anterior, a ideia de respeito à segurança jurídica, proteção da confiança, da legalidade, da igualdade e da separação dos

[206] Principalmente, nos Estados Unidos, a partir do *New Deal*, na década de 1930. Não se pode desconhecer, todavia, algumas iniciativas de origem diversa, como a instituição, por Bismarck, do seguro social na recém-unificada Alemanha, ao fim do século XIX, com propósitos em boa parte políticos.

poderes, para destacar os principais, com o acatamento, ainda, dos direitos e garantias individuais, surge, no novo arquétipo, a convicção da estrutura estatal estar exclusivamente dirigida a atender o interesse público (embora essa nuance existisse no formato anterior, nele era menos forte)[207] por meio do princípio "democrático" e pluralista. Esse paradigma se aplica em todas as suas dimensões: na expressão e divulgação de ideias (políticas, religiosas, econômicas, culturais), na ampla participação de todos os segmentos da sociedade na definição de seus rumos (a ressaltar a importância da educação, do direito à livre informação, da inclusão social e da democracia na constituição e direção das instituições).

Prosseguem, a seu turno, os direitos sociais, aos quais se incorporam os coletivos, peculiares à coletividade ou alguns de seus segmentos, indistintamente. Alarga-se também o âmbito do princípio da igualdade, que assume, a par da formal, também uma perspectiva material (substancial)[208], a robustecer o princípio da proporcionalidade.

Enquanto a óptica anterior cingia-se a estatuir a igualdade de todos perante a ordem jurídica, aduzindo, apenas, estarem todos, de igual modo, submetidos às leis, a que lhe sucedeu, fruto das mudanças sociais descritas, passou a exigir igual consideração de todos na lei, na medida de suas diferenças, o que há de ser feito mediante a adequação do comando legal a essas distintas situações. Isso significa dizer: respeitar e levar em conta distinções de classe, étnicas, oriundas da pertença a grupos em situação especial (deficiência, gênero, etc.) e outras, de modo a equalizá-las a ponto de não prejudicarem o direito de cada um.

Assim, não basta afirmar o direito de todos à justiça, à saúde ou à educação, mas é preciso propiciar que mesmo os mais miseráveis tenham acesso a esses bens, seja propiciando, por exemplo, outras formas de solução de litígios ou, noutra quadra, prevendo a concessão de assistência judiciária gratuita, seja fornecendo assistência médica e educação de qualidade, capaz de inserir aqueles que se encontram em posição desfavorecida em patamar superior da sociedade. Trata-se, por via reversa, de faceta referente à justiça

[207] As prioridades são, neste caso, as do povo; não a da pessoa jurídica de direito público que os representa.
[208] Em vez de apenas se reconhecer todos iguais perante a lei, passa-se a considerar as diferenças entre as pessoas, buscando equalizá-las.

distributiva da qual nos falava Aristóteles ao referir-se à divisão dos recursos de acordo com a contribuição de cada um para a produção desses bens (seu mérito).[209]

Quanto ao princípio da razoabilidade, inerente ao Direito (não obstante eventuais desvios), necessariamente ele integra o ordenamento jurídico.

Para melhor compreensão, abordemos os demais princípios de maior relevo no Estado Democrático de Direito instituído no Brasil com a Constituição de 1988 e seus reflexos mais evidentes.

9.2 Princípio da supremacia do interesse público

A despeito de referências indiretas a este princípio, a ele não há, na Constituição, menção expressa. Apenas, por ser ínsito à própria concepção de Direito, porque estabelecido justamente com o intuito de assegurar à sociedade um código de condutas capaz de garantir a paz social, o direito de cada um de seus elementos – e, portanto, o de todos – além do desenvolvimento da sociedade, é que se entende, naturalmente, ele estar tacitamente ali disposto. Alusão textual a seu respeito, contudo, pode ser encontrada no artigo 2º, *caput,* e parágrafo único, II, da Lei n. 9.784/1999, que aduz ser ele irrenunciável, salvo autorização legal.

Subjacente ao princípio está a ideia de que, sendo finalidade do ordenamento atender ao interesse da coletividade, qualquer confronto existente entre o interesse privado de um indivíduo e o geral da coletividade deve prevalecer este último, sob pena de desagregação do tecido social.

Frequentemente ocorrerão choques entre cada uma dessas espécies de interesses, na medida em que, como afirma Hobbes, fatalmente, ao constituir o Estado, os indivíduos cedem parte de sua liberdade em favor da ordenação da vida na comunidade.[210]

Porém, o alegado interesse público há de ser autêntico, pois não pode prosperar sob esse rótulo aquilo que convém apenas à pessoa estatal. Não se confundem interesses públicos, pertinentes à coletividade indistintamente considerada (denominados na doutrina de “interesses públicos primários”), com

[209] ABBANAGNO. Nicola. **Dicionário de filosofia**. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p.291.
[210] FERREIRA, Wolgran Junqueira. **Princípios da administração pública**. São Paulo: Edipro, 1996, p.115.

interesses do Estado, das pessoas jurídicas de direito público que o compõem (os chamados “interesses públicos secundários”), nem com uma visão ideológica, patrocinada por sua classe dirigente, que, a pretexto de uma ideia abstrata de “grandeza da pátria” ou correlatas, apenas sirvam para fortalecer este último, em detrimento das liberdades de todos (*v.g.* nazismo, facismo, o regime soviético, etc.).

De outra parte, se o fim para o qual foi instituído o Estado é a persecução do bem comum, isto é, do interesse público conforme caracterizado – pertinente a cada um e a todos, no quanto convergentes – evidentemente a ele devem ser outorgados poderes para atender aos deveres que o ordenamento social lhe impõe.

A isso corresponde aquilo que a doutrina optou por designar “poderes-deveres”: o conjunto de prerrogativas atribuídas pelo Direito Positivo ao Poder Público, para que ele possa cumprir suas funções.[211] Tratam-se de poderes instrumentais[212], que só se justificam enquanto instrumentos para satisfazer a finalidade pública; nem mais, nem menos, pois, mais, configurariam abuso de direito, senão de autoridade ou, ainda, desvio de função (a tornar o ato ilícito); menos, seriam totalmente ineficazes e, portanto, inócuas.

Deveras, se – destaca Maria Sylvia Zanella Di Pietro – a lei outorga poderes para a Administração desapropriar, intervir e fiscalizar é porque visa atender ao interesse público, que, enuncia ela:

> não pode ceder diante do interesse individual. Em consequência, se, ao usar de tais poderes, a autoridade administrativa objetiva prejudicar um inimigo político, beneficiar um amigo, conseguir vantagens pessoais para si ou para terceiros, estará fazendo prevalecer o interesse individual [...] estará se desviando da finalidade pública prevista na lei.[213]

Isso imbrica na concepção do princípio da proporcionalidade na Administração Pública, como medida apta a assegurar o equilíbrio na relação indivíduo-sociedade. Sob esse prisma, se há que salvaguardar os interesses de cada um dos cidadãos e também os da sociedade indistintamente considerada, descabe impor ao indivíduo gravame mais intenso do que aquele

---

[211] A esse respeito, ver: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 28.ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p.97.
[212] A ideia de instrumentalidade consta em: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 28.ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p.99.
[213] DI PRIETO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 26.ed. São Paulo: Atlas, 2013, p.67.

necessário para atender ao interesse público. Ele deve ser imposto na justa proporção daquilo necessário para equilibrar-se ambos os interesses. Atrela-se, por conseguinte, à ideia de razoabilidade.

De outra parte, como salienta Wolgran Junqueira Ferreira, o princípio da supremacia do interesse público está a inspirar tanto o legislador, para a elaboração da lei, como sua execução pela autoridade administrativa.[214] Diríamos mais: está a inspirar todos os aplicadores da lei, que devem se embasar em suas diretrizes para a construção da norma ao caso concreto.

Por conta da supremacia do interesse público, que há de conformar-se aos limites postos na Lei Maior e na legislação dela tributária, para que se impeça o arbítrio, é que a Administração conta com poderes como (I) o de constituir, unilateralmente, obrigações jurídicas em face do administrado; e, algo a isso correlato, a (II) da autoexecutoriedade dos atos relativos ao exercício do poder de polícia, exercitável, nos termos da lei, sempre que a providência requerida for urgente, a requerer solução imediata, sob pena de colocar em risco o interesse público.[215] Outra consequência, leciona Silvio Luís Ferreira da Rocha, com apoio em Daniel Wunder Hachem, é (III) a prerrogativa de revogar os próprios atos que reputar inoportunos ou inconvenientes ou, ainda, de anular os atos inválidos por ele praticados.[216]

A autoexecutoriedade, prerrogativa pela qual, atendidas determinadas condições, a Administração, caso verifique a prática de ilícito, pode, sem prévia remissão ao Poder Judiciário, atuar em desfavor de quem o tenha cometido, nos termos do ordenamento, com o propósito de restabelecer a ordem e, por conseguinte, assegurar o bem comum.[217] É aquilo que se manifesta quando o Poder Público detém pessoa suspeita da prática de delito, apreende produtos deteriorados, “piratas”, provenientes da prática de crimes, ou, ainda, nocivos à saúde e expostos à venda; quando dissolve manifestações impregnadas de violência ou quando impede o cometimento de atos claramente atentatórios à moral. Correlacionado, portanto, ao exercício do poder de polícia.

---

[214] FERREIRA, Wolgran Junqueira. **Princípios da administração pública**. São Paulo: Edipro, 1996, p.118. Na mesma linha, DI PRIETO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 26.ed. São Paulo: Atlas, 2013, p.65.
[215] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 28.ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p.96.
[216] ROCHA, Silvio Luís Ferreira da. **Manual de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2013, p.54.
[217] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 28.ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p.848,

9.3 Princípios da razoabilidade e da proporcionalidade

No Direito continental europeu, um dos pilares sobre os quais se desenvolveu a proteção aos direitos fundamentais foi calcado na razão, a qual, estribada nos postulados da Lógica, encontra-se ínsita na própria construção dos enunciados e de todo o sistema. Por sua vez, nos Estados Unidos, doutrina correspondente foi alicerçada com lastro na concepção de devido processo legal material (*substantive due process of law*),[218] jurisprudencialmente delineada, pela Suprema Corte desse País, a partir do caso *Dred Scott*, em 1857, e reforçada pela promulgação da 14ª Emenda à Constituição norte-americana, em 1868, cuja finalidade era salvaguardar as liberdades civis.[219] Consubstanciando a lógica do razoável, infringido o devido processo legal ter-se-ia a invalidade do ato.

Igualmente tácitos na Constituição em termos genéricos, embora constantes na Lei n. 9.784/1999,[220] os princípios em foco resultam da ideia de Direito "justo", ou seja, de efetivação da justiça, que pode ser entendido tanto sob o sentido comutativo de tratar todos os semelhantes de igual forma, como, outrossim, sob outro enfoque, o de "dar a cada um aquilo que é seu".[221] Em situação restrita, porém, há menção ao primeiro desses princípios na Constituição, quando esta, após modificação imposta pela Emenda Constitucional n. 45/2004, introduziu o inciso LXXVIII ao artigo 5º para assegurar a todos, tanto no âmbito judicial quanto no administrativo, a "duração razoável do processo", juntamente com os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.[222]

De nenhum modo esses princípios, contudo, que alguns consideram apenas "pautas para aplicação do Direito", deixam de relacionar-se à concepção de racionalidade. Se, ao compor um sistema, todas as normas

---

[218] O germe do *due process of law,* no entanto, encontra-se no artigo 39 da Magna Carta inglesa de 1215.
[219] SILVEIRA, Paulo Fernando. **Devido processo legal** – due process of law. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p.66, em citação a Bernard Schwartz: **A history of the Supreme Court**. London: Oxford University Press, 1993, p.117.
[220] E, segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro, também do artigo 111 da Constituição do Estado de São Paulo (SANCHÍS, Luis Pietro. **Ley, princípios, derechos**. Madrid: Dykinson, 1998, p.80).
[221] Essa expressão deriva da descrição de "justiça distributiva" mencionada por Aristóteles, ao apregoar a distribuição da produção dos bens conforme a contribuição (mérito) de cada um. Ela aparece em Ulpiano (Dig. I, 1, 10) e se contrapõe à ideia de "justiça comutativa", que prega a igualdade de condições entre as pessoas em situação semelhante (aplicável, *v.g.*, à quebra de contratos); apud ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. (Coord.) Alfredo Bosi. Revisão da tradução Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p.291; 594.
[222] Neste ponto, o princípio em foco vincula-se com o do acesso à justiça, sob a óptica de sua efetividade.

guardam relações entre si, umas estando fundadas em outras, segundo severa hierarquia cujo ápice é a Constituição, e todas voltadas a uma finalidade única, independentemente daquelas imediatas, que, em síntese, é o bem comum, outra conclusão não pode haver senão a de que todas obedeçam a essa lógica, motivo pelo qual não podem estar despregadas nem da realidade nem do sistema.

É o que se depreende quando reconhecemos estar formado o Direito por uma vasta rede de relações de coordenação e subordinação entre as normas, vinculadas a um fim[223], ou, como diz Paulo de Barros Carvalho, "um princípio unificador".[224] Não por acaso se fala em "ordem" e "ordenamento" jurídico.

Não se pode desprezar, todavia, certa convergência entre a razoabilidade e o princípio da proteção da confiança, corolário da boa-fé, na medida em que este traduz, exatamente, a expectativa de que as pessoas envolvidas em uma relação jurídica agirão de maneira razoável, de acordo com o esperado e previsto no ordenamento.

A despeito disso, afirma-se que a razoabilidade decorreria dos princípios da legalidade (artigos 5º, II, 37 e 84 da Constituição) e da finalidade (artigo 5º, LIXIX, da Constituição).[225] J. J. Gomes Canotilho o extrai, no sistema luso, além da própria Constituição (artigos 18º/2 e 266º/2), do "princípio da tipicidade (previstas na lei) e do princípio da necessidade (proibição para além do estritamente necessário) das medidas de polícia".[226]

Por sua vez, de igual forma como se exige critério racional para a compreensão e aplicação da norma, sob pena de ela ser ilegítima, senão ilícita, por afastar-se do interesse público, também o encontro da justa proporção das medidas previstas ou adotadas em face de um fim atende a igual padrão. Importante notar que, na dicção de Celso Antônio Bandeira de Mello, o princípio da razoabilidade enuncia a obrigatoriedade de a Administração, ao exercer o poder discricionário, dentro do quadro de competências que detém para agir segundo critérios de conveniência e oportunidade, "de obedecer a critérios aceitáveis do ponto de vista racional, em sintonia com o senso normal

---

[223] Sobre relações de coordenação e subordinação entre as normas, ver CARVALHO, Aurora Tomazini de. **Curso de teoria geral do direito**. São Paulo: Noeses, 2013, p.638-643.
[224] CARVALHO, Aurora Tomazini de. **Curso de teoria geral do direito**. São Paulo: Noeses, 2013, p.646.
[225] ROCHA, Silvio Luís Ferreira da. **Manual de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2013, p.87; MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 28.ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p.109.
[226] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 6.ed. Coimbra: Almedina, 1995, p.384.

de pessoas equilibradas e respeitosas das finalidades que presidiram a outorga da competência exercida".[227]

Para Diogo de Figueiredo Moreira Neto, corresponderia à verificação de se certa decisão, exercida no plano da discricionariedade, "contribuirá efetivamente para um satisfatório atendimento dos interesses públicos".[228]

Destarte, se a lei confere à Administração margem de discrição para escolher, dentre vários caminhos possíveis frente a uma dada finalidade, aquele a seguir, o princípio da razoabilidade determina deva a opção recair sobre o mais racional de todos, a saber, o que permite melhor adequação dos meios em relação aos fins, ou seja, a melhor relação custo-benefício (a significar a maximização dos resultados), dentro da margem de discricionariedade permitida pela lei. Por isso, se a medida em relação ao fato for desproporcional, obviamente não haverá razoabilidade.

No entender de Agustín Gordillo, a decisão discricionária será ilegítima, por desarrazoada, se: (I) não há fundamentação sobre os fatos e o direito que sustentam a decisão; (II) não leva em conta os fatos constantes do expediente ou aqueles que sejam públicos e notórios; (III) não guardem proporção adequada entre os meios que emprega e o fim que a lei deseja lograr.[229]

Relaciona, portanto, tanto com o princípio da motivação das decisões, quanto com o da proporcionalidade. Este último, a seu turno, que surge ligado à ideia de controle do poder, no século XVIII, citado por Montesquieu e Beccaria, respectivamente, com relação ao âmbito das normas administrativas e penais, ganha relevo a partir do século XIX quando relacionado ao exercício do poder de polícia, no quanto limita a arbitrariedade da Administração. Ainda assim, só no século XX passa a ser reconhecido como princípio constitucional[230], não obstante sua inserção no conceito de devido processo legal na jurisprudência norte-americana, desde o início do século XIX.

Com efeito, a percepção da importância da proporcionalidade como meio de refrear a onipotência do Estado, foi primeiro realçada, e neste caso no âmbito do Direito Tributário, no célebre julgamento do caso *McCulloch v.*

---

[227] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 28.ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p.108.
[228] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 26.ed. São Paulo: Atlas, 2013, p.81.
[229] GORDILLO, Agustín. **Tratado de derecho administrativo**. t.1. Parte General. 7.ed. Belo Horizonte: Del Rey e Fundación de Derecho Administrativo, 2003, p.X-21.
[230] STUMM, Raquel Denize. **Princípio da proporcionalidade no direito constitucional brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995, p.78-79.

Maryland, em que o *Chief Justice* Marshall, apropriando-se de raciocínio do advogado da União Daniel Webster, destacou que "o poder de tributar envolve o destruir".[231]

Na República Argentina, Gordillo reporta o princípio estar expressamente mencionado no Decreto-Lei n. 19.549/1972, cujo artigo 7º, "f", aduz que as medidas inerentes ao ato devem ser proporcionalmente adequadas à finalidade.[232]

No nosso ordenamento, a razoabilidade, no que se vincula à proporcionalidade, é objeto do artigo 2º, parágrafo único, I, da Lei n. 9.784/1999, que impõe à Administração Pública a adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público e no artigo 29, §2º, pelo qual os "atos de instrução que exijam a atuação dos interessados devem realizar-se do modo menos oneroso para estes".

Tradicionalmente, a doutrina descortina na proporcionalidade três aspectos, nos quais se desdobraria[233]:

(I) Princípio da conformidade ou da adequação aos meios – pelo qual a medida a ser tomada deva ser adequada em relação aos fins. Na nossa visão, trata-se de desdobramento do princípio da razoabilidade;

(II) Princípio da necessidade – a opção do legislador ou do aplicador do direito deve ser a melhor ou única possível para o alcance dos fins almejados, de modo a acarretar o menor custo para o indivíduo. Isto é, a medida só deve ser tomada se absolutamente necessária para assegurar a consecução do fim. Decorre da imperiosidade de se respeitar o direito de liberdade, que já se pretendia proteger no Estado de Direito. Como efeito, descabe desbordar dos devidos limites, sejam materiais, ferindo relações jurídicas em proporção

[231] A respeito, ver DÓRIA, Antonio Roberto Sampaio. **Direito constitucional tributário e 'due process of law'** – ensaio sobre o controle judicial da razoabilidade das leis. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p.185 e seguintes.
[232] GORDILLO, Agustín. **Tratado de derecho administrativo**. t.1. Parte General. 7.ed. Belo Horizonte: Del Rey e Fundación de Derecho Administrativo, 2003, p.X-23.
[233] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 6.ed. Coimbra: Almedina, 1995, p.382-383; STUMM, Raquel Denize. **Princípio da proporcionalidade no direito constitucional brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995, p.111.

superior ao imprescindível para o intento; sejam pessoais, afligindo pessoa diversa daquela cujo interesse deve ser sacrificado;

(III) Princípio da proporcionalidade em sentido estrito – o juízo de ponderação, mencionado na doutrina, a determinar que "o resultado obtido com a intervenção deva ser proporcional à carga coativa", ou seja, a restrição deve estar na justa medida para alcançar-se o resultado. De aspecto pragmático, portanto, ele busca o "balanceamento de possibilidades jurídicas", enquanto as duas primeiras facetas, indissoluvelmente a ele atreladas, apontam aspectos fáticos de sua utilização.[234]

9.4 Princípio da segurança jurídica

Se o próprio Direito, em si, traduz a busca de segurança quanto à conduta desejada pela sociedade e prescrita pelo ordenamento, outro não poderia ser o esteio mestre do arcabouço jurídico, juntamente com a ideia de justiça, do que este princípio, que requer a previsibilidade tanto das condutas desejáveis, como das consequências inerentes ao seu descumprimento.

No Brasil, não são poucas as decisões dos tribunais. Inclusive o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, a reconhecerem o princípio da segurança jurídica. Exemplo disso é a decisão proferida no MS n. 24.268-MG (Relator Ministro Gilmar Mendes; j. 5/2/2004; DJ 17/9/2004).

Segundo esclarece o emérito professor português J.J. Gomes Canotilho, para a boa compreensão do teor desse princípio, cumpre remeter a dois princípios materiais que o concretizam: (I) o princípio da determinabilidade de leis, expresso na exigência de leis claras e densas, e (II) o princípio da proteção da confiança, "traduzido na exigência de leis tendencialmente estáveis ou, pelo menos, não lesivas da previsibilidade e da calculabilidade dos cidadãos relativamente aos seus efeitos jurídicos".[235]

No primeiro caso – a determinabilidade das leis – propugna normas claras e compreensíveis, de cuja interpretação se possa, senão extrair um

---

[234] STUMM, Raquel Denize. **Princípio da proporcionalidade no direito constitucional brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995, p.82.
[235] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 6.ed. Coimbra: Almedina, 1995, p.371-372.

significado inequívoco, ao menos um razoavelmente sustentável para a situação concreta.[236] Afasta, ainda, a edição de normas absolutamente vagas e indeterminadas, salvo na medida suficiente para, de modo legítimo, propiciar a delegação da tarefa de definição do seu conteúdo, em termos conforme o justifique a realidade. A questão conecta-se, como assevera o mestre luso, à da reserva da lei (a abranger o princípio da legalidade[237] e o da tipicidade) e à da determinação da medida adequada para se atribuir aos agentes públicos poderes discricionários.[238] A esse respeito, importa salientar a previsão, em nosso sistema, dentre outras regras, de súmulas vinculantes, para o fim de afastar grave insegurança jurídica (artigo 103-A, §1º, Constituição Federal de 1988).

No segundo – proteção da confiança – visa-se resguardar o cidadão de mudanças abruptas na ordem jurídica, assegurando-lhe previsibilidade sobre as normas jurídicas aplicáveis.

Disso decorre não só o princípio da irretroatividade das leis, a impedir sua retroação para reger fatos anteriores à sua vigência, havendo especial proteção à coisa julgada, ao direito adquirido e ao ato jurídico perfeito (artigo 5º, XXXVI, Constituição Federal de 1988) – ressalvados os casos expressamente mencionados na lei, nos quais está autorizada a retroatividade da lei mais benéfica em atenção ao valor "justiça" (sanções penais ou tributárias) –, mas, também, os princípios *tempus regit actum* (aplica-se a norma vigente ao tempo da conduta) e da boa-fé objetiva, basilares no Direito.

Em campo mais específico ressaltam, ainda, os princípios da irretroatividade e da anterioridade tributária geral e nonagesimal[239] e, em

---

[236] Canotilho sublinha a capacidade de, dessa lei, obter-se sentido inequívoco. Isso, contudo, não seria possível, nesse grau, dada a inafastável necessidade de sempre se proceder à interpretação dos enunciados para a obtenção da norma (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 6.ed. Coimbra: Almedina, 1995, p.372). No mesmo sentido: PÉREZ, Jesús Gonzáles. **El principio general de la buena fe en el derecho administrativo**. 3.ed. Madrid: Civitas, 1999, p.52, que também realça ser imperioso fugir de situações confusas e contraditórias.

[237] O princípio da legalidade, em termos gerais objeto do artigo 5º, II, da Constituição Federal, guarda regra específica para o Poder Público no artigo 37, *caput*, e para os tributos no artigo 150, I, da Constituição Federal de 1988.

[238] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 6.ed. Coimbra: Almedina, 1995, p.372. Evidentemente, "medida adequada" guarda correlação com o princípio da razoabilidade (sob a óptica da adequação) e proporcionalidade.

[239] Respectivamente, objeto do artigo 150, III, "a", "b" e "c", Constituição Federal de 1988.

termos orçamentários, o princípio da anualidade (ressalvado os tributos, aos quais se aplica as regras da anterioridade, com suas ressalvas).[240]

A própria legalidade atende, em certa medida, ao objetivo da segurança jurídica, quando se verifica que somente a lei ou veículos normativos a ela equiparados possuem o condão de constituir, modificar ou extinguir obrigações jurídicas para seus destinatários. Nenhum instrumento mais.

Particularmente com respeito à boa-fé objetiva, que remonta à *bona fides* romana e traduz uma "expectativa de conduta objetiva, previsível e adequada aos parâmetros da sociedade", reportada a uma noção ética e moral, salta aos olhos ela fundar-se na pretensão de conferir previsibilidade e segurança às relações humanas, por meio da adequação das condutas aos padrões esperados do homem comum médio.[241]

A seu respeito, contudo, retornaremos mais adiante, quando aprofundaremos o tema.

Por ora, para ter dimensão mais exata do significado e reflexos da adoção do Estado Democrático de Direito, importa notar, primeiro, que do princípio da boa-fé, exsurge o direito da moralidade, reportado no artigo 37, *caput*, da Constituição Federal, que a ele alude juntamente com os demais princípios que devem nortear a Administração Pública: legalidade, impessoalidade, publicidade e eficiência.

---

[240] A lei orçamentária, que contém a previsão e autorização de realização de receitas e despesas, deve ser aprovada, em princípio, até o fim do exercício anterior para viger no exercício seguinte (artigo 165, §2º, Constituição Federal de 1988). Os prazos para o encaminhamento do seu projeto ao Legislativo até a entrada em vigor da lei complementar referida no artigo 165, §9º, I e II, da Constituição Federal de 1988, por sua vez, estão estipulados no artigo 35, §2º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT. Relativamente aos tributos, a regra é que sua criação ou majoração só possa ocorrer mediante lei específica (artigo 150, I, Constituição Federal de 1988), publicada antes do início do exercício (artigo 150, III, "b", Constituição Federal de 1988), para ser cobrados, em regra, após noventa dias (artigo 150, III, "c"), vedada esta para os fatos ocorridos antes de sua vigência (artigo 150, III, "a"). Da anterioridade geral (alínea "b"), estão ressalvados apenas os impostos de importação (II), de exportação (IE), sobre operações de crédito, câmbio, seguro e títulos e valores mobiliários (IOF) e sobre produtos industrializados (IPI), além do empréstimo compulsório instituído para atender despesas extraordinárias decorrentes de calamidade pública ou guerra externa ou sua iminência (artigo 148, I, Constituição Federal de 1988), a significar que podem ser instituídos, majorados e cobrados no mesmo exercício, estando estes mesmos tributos, menos o IPI, porém mais o imposto de renda e o imposto extraordinário de guerra (artigo 154, II, Constituição Federal de 1988), excluídos da regra nonagesimal (juntamente com a previsão de fixação da base de cálculo do imposto sobre veículos automotores (IPVA), de competência dos Estados, e imposto predial e territorial urbano (IPTU) dos Municípios).

[241] RUBINSTEIN, Flávio. **Boa-fé objetiva no direito financeiro e tributário**. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p.21.

9.5 Princípio da legalidade

A considerar ser um dos pilares básicos na construção do Estado de Direito a subordinação de todos à lei, é extenso o significado e o alcance do princípio da legalidade no âmbito do Direito Público. Como diz Celso Antônio Bandeira de Mello, se a supremacia do interesse público é inerente a todo o Estado, a legalidade é ínsita ao Estado de Direito.[242]

Seus antecedentes podem ser encontrados tanto na filosofia grega e na concepção da vinculação dos soberanos às leis fundamentais do reino como na experiência inglesa, em especial a partir da Magna Carta, de 1215, enfática em coibir o arbítrio. Finalidade, por sinal, que também veio a influenciar as teorias contratualistas subsequentes e o desenvolvimento do princípio britânico da *rule of law*, calcado no propósito de proibir o arbítrio[243], que, conjugado ao princípio democrático, forjou a atual concepção de lei como produto da vontade popular. Semelhante entendimento, encontrado na práxis inglesa, foi, posteriormente, mais bem elaborado, teoricamente, por Locke e Montesquieu, que ressaltavam o fato de apenas leis emitidas pelo Parlamento, atendida a separação de poderes, é que atenderiam ao princípio.

Disso emana a fórmula expressa no artigo 1º, parágrafo único, da Constituição Federal: "Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição".

Não se pode olvidar que, desde o advento do constitucionalismo (igualmente fundado na pretensão de limitar o exercício do poder), quando se atribuiu à Constituição, na dicção de Konrad Hesse, delinear a forma e a medida material da vida coletiva[244], o significado da legalidade passou a abranger tanto a vinculação do legislador quanto a dos atos do Estado à Constituição, situação que assume maior importância ao se reconhecer ela também possuir força normativa. Ademais, o princípio há de conviver, também, com o da reserva da Constituição, que ressalta a existência de matérias – em

[242] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 28.ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p.99-100.
[243] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 6.ed. Coimbra: Almedina, 1995, p.350.
[244] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 6.ed. Coimbra: Almedina, 1995, p.358.

especial a distribuição de competências básicas – que só por ela podem ser tratadas. Nesses termos, o Estado de Direito é um Estado Constitucional.[245]

Destarte, a razão fundante do princípio, nascido da luta contra o despotismo de toda a ordem, centra-se precisamente em coibir a arbitrariedade, de modo que o Poder Público atue apenas nos limites assentes por todos os segmentos da sociedade, supostamente representados no Poder Legislativo. Em decorrência do princípio, a Administração somente pode conduzir-se nos termos previamente balizados em lei[246], isto é, segundo os meios e formas nela mencionados, enquanto aos particulares é lícito atuar livremente, salvo disposição legal em contrário.

Na lição de Canotilho, o princípio desdobra-se em duas vertentes: (I) o da supremacia da lei; (II) o da reserva da lei.[247] Pelo primeiro, nenhum ato jurídico, de qualquer envergadura, pode contrariar a lei. Pelo segundo, só a lei pode estipular certas matérias, previamente estipuladas.[248]

Na Constituição brasileira, o princípio aparece enunciado no artigo 5º, II, segundo o qual "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei", e o artigo 37, *caput*, que determina a submissão da Administração Pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios ao princípio da legalidade, em conjunto com os da impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. A norma é completada pelo dispositivo do artigo 84, IV, do Texto Supremo, o qual, indiretamente determina que os decretos e regulamentos que o Presidente da República vier a expedir, o serão apenas para permitir a "fiel execução da lei", elaborada pelo Legislativo. Vale lembrar que, ainda nos casos dos decretos fincados na esfera de competências fixadas no artigo 84, VI, da Constituição, não há permissão ao Chefe do Executivo para inovar na esfera jurídica; algo só reservado à lei. A autorização conferida pela regra é, apenas, para os aspectos especificados, situados dentro da órbita de discricionariedade permitida à Administração Pública. Não por outra razão, embora esta possa

---

[245] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 6.ed. Coimbra: Almedina, 1995, p.360-362.
[246] Nesse sentido MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 28.ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p.105.
[247] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 6.ed. Coimbra: Almedina, 1995, p.371; ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. **Sobre os regulamentos administrativos e o princípio da legalidade**. Coimbra: Almedina, 1987, p.131.
[248] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 6.ed. Coimbra: Almedina, 1995, p.371.

inovar na organização e funcionamento de sua estrutura, não pode o primeiro mandatário fazê-lo em situação que implique aumento de despesa, criação ou extinção de órgãos públicos (alínea “a”), assim como a extinção de cargos e funções só é permitida quando estiverem vagos (alínea “b”). Também as demais competências ali enumeradas submetem-se aos limites e condições expressas na Constituição e na legislação.

Outra observação relevante é que, embora possa o Presidente da República delegar algumas de suas atribuições (a do inciso VI, “a” e “b” citado, a concessão de indultos ou comutação de penas (inc. XII) ou o provimento e extinção de cargos públicos, na forma da lei), também estes devem seguir os limites traçados nas delegações.

Saliente-se que a prática de ato cujo objeto seja ilegal – isto é, em que o resultado importa violação de lei, regulamento ou outro ato normativo – pode ser anulada por meio de ação popular (artigo 2º, parágrafo único, “c”, da Lei n. 4.717/1965), estando a pessoa, ainda, sujeita à ação de improbidade, nos termos do artigo 4º, da Lei n. 8.429/1992, a qual, na hipótese de lesão ao patrimônio público, por ação ou omissão dolosa ou culposa, do agente público ou de terceiro, enseja o integral ressarcimento do dano.

9.6 Princípio da finalidade

Constatado todo ato sempre dirigir-se a um fim e, consequentemente, não haver norma sem finalidade específica, afirma Caio Tácito que esse princípio estaria calcado no da legalidade, pois, sendo a lei coercitiva, diuturnamente seu escopo deverá ser perseguido; jamais aquele visado por seu aplicador.[249]

Todavia, segundo ressalta Bandeira de Mello, a finalidade não é simples decorrência da legalidade; é algo a ela imanente, por caracterizar aquilo que Afonso Queiró identifica como o “espírito da lei”, indissociável do texto[250]. Assim, se todo enunciado legal possui um fim, este é tão-só um aspecto desse

[249] FERREIRA, Wolgran Junqueira. **Princípios da administração pública**. Bauru: Edipro, 1997, p.105.
[250] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 28.ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p.106.

ato, dele indissociável. É a finalidade, como diz o professor paulista, que "explica, justifica e confere sentido a uma norma."[251]

Por isso Caio Tácito afirmava:

> a lei não concede autorização de agir sem um objetivo próprio. A obrigação jurídica não é uma obrigação inconsequente, mas ela visa a um fim especial, presume um endereço, antecipa um alcance, predetermina o próprio alvo.[252]

Destarte, a única possibilidade que o aplicador da norma tem é a de fazer cumprir a finalidade (vontade) legal, a qual há de ser devidamente interpretada. Não lhe cabe usar de sua competência, ou seja, dos poderes a ele atribuídos pelo ordenamento, para perseguir fins outros, embora públicos, que não os especificados na lei. Afinal, no Estado de Direito, caracterizado pela submissão de todos às leis, não há espaço para o voluntarismo, ainda que bem intencionado; muito menos para o arbítrio. Somente a vontade estrita da lei pode prevalecer, pois o que se quer, nessa espécie de Estado, "é o governo das leis e não o governo dos homens".[253]

Nesses termos, como destaca Bandeira de Mello, não basta cingir-se à finalidade própria das leis em geral, que, em princípio, é sempre a finalidade pública. É preciso cumprir a finalidade específica da lei a qual se está aplicando. [254]

O princípio, previsto no artigo 37, *caput*, da Constituição, é objeto, outrossim, do artigo 2º, parágrafo único, "e", da Lei n. 4.717/1965, que define o desvio de finalidade do agente como a prática de ato "visando fim diverso daquele previsto, implícita ou explicitamente, na regra de competência", para considerá-lo nulo e passível de ação popular.

Certamente, uma forma de desvio de finalidade, assim como infringência à legalidade é o abuso de poder, que enseja a aplicação do mandado de segurança, nos termos do artigo 5º, LXIX, da Constituição.

---

[251] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 28.ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p.106.
[252] TÁCITO, Caio. **Direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 1975, p.80-81 apud MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 28.ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p.106-107.
[253] FERREIRA, Wolgran Junqueira. Princípios da Administração Pública. 1ª ed. Bauru: Edipro, 1996, p.107.
[254] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 28.ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p.107.

9.7 Princípio da impessoalidade

Vinculado aos princípios da finalidade e da legalidade, a ideia de impessoalidade requer a prática dos atos administrativos sem discriminação, mesmo implícita, das pessoas as quais se quer beneficiar ou prejudicar. Exatamente porque a atividade do Estado deve dirigir-se a atender os fins públicos, descabe privilegiar uma pessoa em detrimento de outras em situação semelhante ou criar, para qualquer um, embaraços inexistentes para os demais, posicionados em igual situação.

Essa a razão pela qual, segundo exemplifica Diógenes Gasparini (em circunstâncias ainda bastante atuais), é inaceitável reconhecer alguém vencedor de concorrência pública (*v.g.* relativa à construção da ferrovia norte-sul) se, com antecedência, era conhecida essa sua condição.[255] As próprias ações judiciais oriundas da assim denominada “Operação Lava-Jato”, iniciada pela Polícia Federal, com apoio da Justiça Federal, em 2014, fornecem inúmeros exemplos de concorrências públicas (ou, em alguns casos, sua falta) cujo beneficiário era bastante conhecido.

O saudoso Hely Lopes Meirelles, a propósito, já deixara claro o profundo vínculo entre impessoalidade e finalidade, quando, ao comentar o tema na Constituição de 1988, igualou ambos, na medida em que, se o ato administrativo deve ser praticado segundo o fim da lei (finalidade), é da lei que ele só seja praticado de forma impessoal.[256]

Realmente, é inegável a afinidade. O máximo que se poderia dizer, quanto à distinção, é que, enquanto o princípio da finalidade é mais amplo, por referir-se ao fim que deve ter o ato, atender ao interesse público, a impessoalidade, mais específica, remete ao fato de não se poder, sem desvio de finalidade (passível de ocorrer mesmo para atender finalidades públicas diversas), afetar pessoas específicas, sem justa causa admitida no ordenamento (*v.g.* busca da isonomia material).

Por essa razão, Celso Bastos entendia difícil discernir sua autonomia ante os princípios da finalidade, igualdade e legalidade, enquanto Celso

---

[255] GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 1993, p.7.
[256] MEIRELES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 14.ed. São Paulo: RT, 1989, p.81; FERREIRA, Wolgran Junqueira. **Princípios da administração pública**. Bauru: Juruá, 1995, p.54.

Antônio Bandeira de Mello o identifica com a igualdade.[257] Todavia, como adverte Manoel Gonçalves Ferreira Filho, tal princípio apresenta duas dimensões distintas: enquanto, prossegue ele, do lado do administrado significa que todos os administrados devam ser tratados igualmente, sem distinção (pelo que reflete a isonomia), do lado do administrador significa que "os atos e provimentos administrativos são imputáveis não ao funcionário que os pratica, mas ao órgão ou entidade administrativa em nome do qual age o funcionário".[258]

9.8 Princípio da motivação

Denomina-se princípio da motivação a norma pela qual todas as decisões do Estado devem expor, de forma suficientemente clara, as razões de fato e de direito da tomada de decisão administrativa ou judicial.

Na lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, corresponde ao dever de a Administração

> justificar seus atos, apontando-lhes os fundamentos de direito e de fato, assim como a correlação lógica entre os eventos e situações que deu por existentes e a providência tomada [...] para aferir-se a consonância da conduta administrativa com a lei que lhe serviu de arrimo.[259]

Na origem, o princípio deriva tanto da ideia de cidadania, fundamento da República anotado no artigo 1º, II, da Constituição, e do princípio democrático ressaltado no parágrafo único desse mesmo dispositivo, quanto do princípio republicano – indicativo da participação e responsabilidade de todos na gestão da coisa pública – ao qual implícita ou explicitamente remetem inúmeros dispositivos da Carta, e ao princípio do controle da legalidade, derivado dos dois primeiros.

Se a participação do povo na gestão da coisa pública (*res publica*), direito assegurado pela Constituição, constitui corolário dos princípios nominados, é imprescindível que, em qualquer decisão estatal prolatada a seu respeito o indivíduo tenha ciência das razões as quais a motivaram. Somente assim, contrastando-a frente aos princípios da legalidade, finalidade,

[257] FERREIRA, Wolgran Junqueira. **Princípios da administração pública**. Bauru: Juruá, 1995, p.57.
[258] FERREIRA, Wolgran Junqueira. **Princípios da administração pública**. Bauru: Juruá, 1995, p.57; 59.
[259] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 28.ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p.112.

razoabilidade e proporcionalidade, dentre outros, terá o cidadão condições de aferir sua validade e compreender as razões que a determinaram para, se for o caso, requerer sua anulação ou revisão. Ressalte-se que, nos termos do artigo 5º, XXXV, da Constituição, são assegurados a todos o direito à apreciação judicial de qualquer ameaça ou lesão a direito, ao passo que o artigo 5º, LV, garante aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, "o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes", estando garantido, em todos os procedimentos, o devido processo legal (artigo 5º, LIV, Constituição Federal de 1988). Assim, a finalidade precípua da motivação seria propiciar o controle da legalidade dos atos do Estado.

Essa é a razão para que a motivação do ato seja anterior ou concomitante sua realização, tal como assevera Celso Antônio Bandeira de Mello[260], e abranja tanto atos vinculados como discricionários.[261]

Relativamente às decisões administrativas dos Tribunais, o princípio é versado no artigo 93, X, da Constituição[262], sendo as da Administração objeto dos artigos 2º, *caput*, e parágrafo único, VII, e 50 da Lei n. 9.784/1999, dentre outros, constantes de legislação específica.

9.9 Princípio da publicidade

Derivada dos princípios democrático, que aponta todo o poder residir no povo e em seu nome ser exercido (artigo 1º, parágrafo único, da Constituição Federal de 1988), e republicano, que apregoa a participação de todos na gestão da coisa pública, com o correlato dever de transparência da Administração Pública, o princípio da publicidade preconiza o dever de todas as questões relativas à gestão do Estado deverem estar claras aos cidadãos. Estão ressalvadas aquelas que, nos termos do artigo 5º, XXXIII, Constituição, devam permanecer sigilosos, por imprescindíveis à segurança da sociedade e do Estado, ou, na forma da lei, para a defesa da intimidade (artigo 5º, X, XI e XII, Constituição Federal de 1988).

---

[260] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 28.ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p.112.
[261] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 26.ed. São Paulo: Atlas, 2013, p.82.
[262] Há, ainda, a previsão do artigo 129, §4º, da Constituição Federal de 1988 pertinente às decisões do Ministério Público.

Por isso e em similitude às narradas no item precedente, são inadmissíveis atos, decretos, leis ou decisões públicas secretas, à exceção das situações expressamente mencionadas na Constituição. A regra, portanto, é a da publicidade, prevista no artigo 37, *caput*, da Constituição, e garantida pelo direito à informação (artigo 5º, XXXIII, XXXIV, "b", Constituição Federal de 1988) e ao habeas data (artigo 5º, LVII, Constituição Federal de 1988). É ela que garante ao indivíduo o conhecimento das decisões a ele atinentes – o que, combinado com a motivação, lhe propicia manusear os recursos ofertados na lei – e da legislação a ele aplicável, de modo a conferir-lhe segurança jurídica quanto a sua situação. É de notar que, para esses efeitos, não satisfaz dar-se a publicação em qualquer órgão. Ressalvadas as hipóteses em que a lei o admite de forma diversa (*v.g.* intimação do ato processual em audiência, estando presentes as partes e seus advogados; publicações alusivas a licitações em jornais de grande circulação), deverá sê-lo por veículo oficial (Diário Oficial).

Note-se que, pela maior transparência propiciada pela publicidade, é possível constatar a observância de princípios como os da anterioridade e irretroatividade, algo difícil em outras circunstâncias. Portanto, inegavelmente é instrumento de asseguração do Estado Democrático de Direito.

Exatamente por isso, as exceções não podem ser arbitrárias, mas previamente fixadas, como os casos mencionados na Constituição.[263]

9.10 Princípio da isonomia

Não há dúvida de que, como advertem os filósofos, nem sempre a justiça distributiva possuirá cunho progressista, assim entendido aquele que permite a inclusão social, desenvolvimento social e bem-estar de todos. Tudo dependerá do critério de "justa medida" adotado, por ser sobre ele que se apura a proporção daquilo que é devido a cada um.[264]

O Estado de Direito satisfazia-se com a garantia de tratamento isonômico perante a lei, considerando todos semelhantes. O Estado

[263] GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 1993, p.8.
[264] FONTES, Paulo Gustavo Guedes. **Filosofia do direito**. São Paulo: Método, 2014, p.28-29. Como destaca esse autor, há menção peremptória de Chaim Perelman a respeito. Como Kelsen, por via dessa dificuldade, anunciava não ser possível chegar a um conceito objetivo de justiça.

Democrático de Direito, todavia, inspirado nas questões que ensejaram o Estado Social, requer mais. Visa à superação das diferenças que entravam o desenvolvimento e o reconhecimento da dignidade de cada um, o que implica tanto prever regras especiais para cada classe de pessoas em situação de vulnerabilidade (*v.g.* pessoas deficientes, com moléstias graves, idosas ou miseráveis), forjadas na medida dessa desigualdade, quanto à adoção de regras e políticas públicas voltadas à correção do desequilíbrio material (entre pessoas, regiões, etc.) em benefício de todos.

Por isso, constatada em nossa Constituição, que instaura o Estado Democrático de Direito, orientação rumo ao bem-estar, à harmonia social, à dignificação da vida humana, à valorização da solidariedade, à erradicação da pobreza e da marginalização e à redução das desigualdades sociais e regionais (preâmbulo e artigos 1º e 3º), dentre outras, é nítido o sentido progressista que ela quer afirmar.

É desse princípio, inscrito, sobretudo no artigo 5º, *caput*, da Constituição, que brotam subprincípios como, no direito tributário, o da igualdade tributária (artigo 150, II, Constituição Federal de 1988), o da capacidade contributiva (artigo 145, §1º, Constituição Federal de 1988) e o da uniformidade (artigo 152, Constituição Federal de 1988)[265], como se justificam a concessão de benefícios.

Ausente justa causa para tratamento desigual, aquilo que Celso Antônio Bandeira de Mello denomina ‘fator de discrímen’, todos devem receber do Poder Público tratamento igualitário. O critério para aferir o acerto da discriminação, há de ser, sempre, a razoabilidade e a proporcionalidade da distinção ante as finalidades da ordem constitucional.

9.11 Princípio do devido processo legal

Ninguém desconhece que de nada vale reconhecer direitos individuais, sociais ou coletivos, nos textos legais ou constitucional, se eles não se fazem acompanhar de garantias de sua implementação. Afinal, como fazê-los efetivos, se for impossível ascender a uma justiça imparcial ou, nela ingressando, nada for razoavelmente resolvido? Ademais, tampouco haverá

[265] Artigo 152 – É vedado aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios.

garantia de uma ordem justa à falta de ampla defesa contra as acusações, que devem ser previamente conhecidas, ou de oportunidade para a produção das provas necessárias para a demonstração do alegado direito subjetivo ou para questionar as da parte contrária.

O primeiro passo para superar esses problemas veio por intermédio do reconhecimento, no artigo 39 da Magna Carta inglesa de 1215[266], da regra que determinava, como garantia básica do indivíduo, em qualquer julgamento, a observância da *law of the land*. Posteriormente, a norma, reafirmada no *Statute of Westminster of the Liberties of London*, de 1354[267], sob a denominação de *due process of law* (devido processo legal), tornou-se objeto, também, das Constituições de Maryland, Pensylvannia, Massachusets e dos Estados Unidos da América, de 1787[268], com o específico propósito de impedir o abuso e o arbítrio. É, em suma, uma daquelas garantias sem as quais não há verdadeiro Estado de Direito.

Em nosso País, o princípio (garantia) em foco, encontra-se atualmente enunciado no artigo 5º, LIV, da nossa Constituição, pelo qual "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal". Seu complemento figura no inciso LV desse artigo, que enuncia: "aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes".

Resumidamente, o significado do princípio, bem explicitado na Declaração de Direitos de Maryland, de 1776, que pela primeira vez detalhou o conteúdo, era o de que ninguém poderia ser privado de sua vida, liberdade ou propriedade sem que fosse julgado por seus pares ou pela *law of the land*[269], isto é, os usos e costumes próprios da região, considerado de extrema importância no *common law*.

Evidentemente, porém, onde quer que se pretenda um Estado de Direito, este não subsiste sem o reconhecimento dessa (e outras) garantias.

---

[266] A *Magna Charta Libertatum*, assinada a contragosto pelo rei João Sem Terra, estabelecia garantias para os nobres frente à Coroa. Além da importante regra do julgamento destes apenas por seus pares segundo a *law of the land* (o que remete ao início do júri), o documento trazia a regra pela qual qualquer novo tributo somente seria exigível mediante prévia aprovação dessa classe.

[267] No reinado de Eduardo III.

[268] NERY JR., Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 2.ed. São Paulo: RT, 1995, p.28.

[269] NERY JR., Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 2.ed. São Paulo: RT, 1995, p.29.

Por isso, a questão transcende o *common law*, sendo imperiosa sua aplicação também no *civil law*.

Para Canotilho, o conceito reporta a exigência de um procedimento justo e adequado de acesso e à realização do Direito[270], enquanto para Carlos Roberto de Siqueira Castro é "um princípio assecuratório da regularidade do processo"[271], não se devendo olvidar de que, como destaca Gordillo, toda atividade estatal administrativa manifesta-se por meio do procedimento administrativo, motivo pelo qual há coincidência entre o conceito de função e de procedimento administrativo.[272]

O princípio, todavia, costuma ser visto sob dois enfoques. O primeiro, de cunho genérico e material *(substantive due process of law)* corresponderia ao reconhecimento do direito à vida, à liberdade e à propriedade – bens fundamentais em qualquer sociedade e, em particular, no Estado Liberal de Direito – sob suas múltiplas expressões. No direito norte-americano, por exemplo, onde o princípio foi introduzido pela V Emenda, de 1791, e alargado pela XIV, de 1868, isso teria sido demonstrado ao se declarar que o direito à liberdade abrangia o à privacidade ou quando se julgou inconstitucionais leis proibitórias de casamentos inter-raciais (caso Loving), bem como do uso de contraceptivos por pessoas casadas (caso Griswold)[273]. Reporta, portanto, aos limites objetivos do Poder Público ante os direitos dos cidadãos: a razoabilidade, a legalidade, a impessoalidade e a proporcionalidade de um ato. Na lição de San Tiago Dantas, não sendo o ato razoável, não seria a *law of the land*.[274]

O segundo, de índole processual, mais específico (*procedural due process of law)*, corresponde à garantia a um julgamento justo, o que supõe um julgador imparcial e as partes situarem-se, perante ele, em posição isonômica, com amplas possibilidades de apresentar argumentos e respectivas provas com relação ao objeto em discussão.

---

[270] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 6.ed. Coimbra: Almedina, 1995, p.385.
[271] CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. **O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 1989, p.34.
[272] GORDILLO, Agustín. **Tratado de derecho administrativo**. 6.ed. Belo Horizonte: Del Rey e Fundación de Derecho Administrativo, 2003, p. VIII-6. Tradução livre.
[273] NERY JR., Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 2.ed. São Paulo: RT, 1995, p.30.
[274] DATAS, San Tiago. Igualdade perante a lei e due process of law: contribuição ao estudo da limitação constitucional do poder legislativo. In: RF, abr.1948, p.362 e ss apud NERY JR., Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 2.ed. São Paulo: RT, 1995, p.35.

Mais particularmente, a garantia das liberdades, caracterizada pelo devido processo legal, desdobra-se nos seguintes subprincípios: (I) imparcialidade do juiz (II) isonomia das partes no curso do procedimento; (III) ampla defesa (a incluir o direito a ter conhecimento do inteiro teor da acusação e das provas contra si apresentadas); (IV) contraditório; (V) direito a não autoincriminar-se; (VI) presunção de inocência; (VII) motivação da decisão; (VIII) legalidade; (IX) publicidade; (X) acesso à justiça; (XI) celeridade; (XII) vedação à prova ilícita; (XIII) irretroatividade da lei.

Subjacente a alguns deles está o princípio da segurança jurídica, que consigo traz a necessidade de observância aos princípios da (IX) irretroatividade da lei, inclusive com a proteção ao ato jurídico perfeito, ao direito adquirido e à coisa julgada e (X) a proibição do *bis in idem*, ou seja, do duplo julgamento, em idêntica esfera, sobre um mesmo fato.

Destarte, é imperioso que, antes de impor gravame a pessoa, determinando restrições à liberdade ou ao patrimônio, o procedimento – sequência de atos concatenados entre si, na forma da lei, e voltados a um fim – seja julgado por autoridade competente, neutra (imparcial) e que confira iguais direitos às partes para apresentar razões, provas, bem como para pronunciar-se em relação àquelas da parte adversa. Igualmente, a decisão deverá ser motivada, de modo a fazer conhecer as razões que levaram a essa conclusão, e, tornada pública (princípio da publicidade), a fim de assegurar o controle da legalidade dos atos, salvo disposição de lei em contrário, como as relativas ao direito à privacidade ou aos casos de efetiva ameaça à segurança nacional (e não à pessoal ou de grupos governantes). Sem isso, será falacioso falar em direito a recurso.

De outra parte, do cruzamento do devido processo legal com o princípio da isonomia sucede aquele que preconiza o direito de ação, para defesa de qualquer lesão ou ameaça de lesão a direito; o direito de livre acesso à justiça – a incluir o direito ao fornecimento de meios que possibilitem a autocomposição entre as partes, à assistência judiciária gratuita ou fornecimento de advogado pelo Estado –; e à duração razoável do processo, seja administrativo, seja judicial.

Evidentemente, por derivação dos subprincípios e regras acima, outras garantias mais específicas dos processos civil e penal devem ser reconhecidas como componentes ao devido processo legal.

Como assevera Celso Antônio Bandeira de Mello, isso não significa que, em situações excepcionais, diante do risco de perecimento do direito, não se possa, observadas as devidas cautelas, tomar as providências necessárias para evitá-lo, postergando o contraditório para o primeiro momento a isso subsequente.[275] São casos em que, atendida a razoabilidade e proporcionalidade, as circunstâncias justificam a postergação, que não poderá deixar de ocorrer.

9.12 Princípio da eficiência

Embora, por conta dos princípios da razoabilidade e da finalidade pública seja possível afirmar que o da eficiência estivesse, como o primeiro, implicitamente contido na Constituição, desde a promulgação da Emenda Constitucional n. 19, de 4/6/1998, ele passou a constar expressamente do texto constitucional (artigo 37, *caput*), assim como da subsequente Lei n. 9.784/1999 (artigo 2º, *caput)*, que a ele faz alusão.

De fato, se, dada a inesgotável demanda de serviços públicos e a limitação de recursos disponíveis, os princípios da razoabilidade e da finalidade pública recomendam que se os atenda da forma mais racional possível, de modo a favorecer o maior número de cidadãos, evidentemente há que se procurar otimizar os resultados, tornando mais eficiente a Administração Pública. Não basta, pois, cumprir a lei e atender tal finalidade. É preciso que esta seja alcançada da melhor e mais abrangente forma possível, de modo a atender ao bem público.

Corresponderia, pois, como leciona Hely Lopes Meirelles, que nesse ponto se reporta a Carvalho Simas, ao “dever de boa administração da doutrina italiana, o que se acha consagrado, entre nós, pela Reforma Administrativa Federal do Decreto-Lei n. 200/1967, quando submete a atividade do Executivo ao controle de resultado (artigos 13 e 25, V)” entre outras medidas.[276]

---

[275] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 28.ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p.116.
[276] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 26.ed. São Paulo: Atlas, 2013,p.84.

Não se pode olvidar, todavia, que a eficiência, como todos os demais princípios, deve atuar coordenadamente, de forma a imprimir a direção a seguir. Não obstante sua grande importância, a primazia da eficiência, de forma totalmente desconforme à legalidade, pode implicar, conforme discerne Maria Sylvia Zanella Di Pietro, em periclitância da segurança jurídica e do próprio Estado de Direito.[277] É preciso, portanto, como sempre, harmonizar os princípios.

Outra questão impossível de olvidar é que, embora a procura de eficiência mais comumente se relacione à aplicação do Direito pelo administrador, ela também se impõe na formulação da lei pelo legislador, que, em face de múltiplas possibilidades para atender a um fim, deve optar, por imperativo da racionalidade, por aquela reputada mais eficiente para o alcance do resultado.

Não se pode negar, todavia, sob esse aspecto, que ressalvada opção por caminho totalmente esdrúxulo ou decerto inconveniente – a traduzir violação à razoabilidade ou desvio de finalidade, dentre outras hipóteses – dificilmente essa opção, se traduzida em lei, conseguirá ser contestada apenas com base na sua duvidosa eficiência. Só nos casos concretos, surgindo claros indícios da inadequação, poderá o aplicador contornar o problema por meio da interpretação conforme a Constituição.

Outros princípios da Administração Pública, igualmente relevantes, mas menos ligados à matéria em estudo, são os que asseguram (I) o controle judicial dos atos administrativos (artigo 5º, XXXV, Constituição Federal de 1988) e a responsabilidade jurídica do Estado (artigo 37, *caput*, Constituição Federal de 1988). Pela razão apontada, todavia, eles somente serão abordados na medida em que pertinente à situação analisada. Quanto ao princípio da boa-fé, assim como o da moralidade, a ele vinculada, por ser assaz relevante para o deslinde da matéria, a saber, a aplicação de sanções aduaneiras, particularmente a pena de perdimento, ele será abordado no tópico seguinte.

[277] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 26.ed. São Paulo: Atlas, 2013,p.85.

10 BOA-FÉ OBJETIVA E O PRINCÍPIO DA MORALIDADE

Embora, a despeito de sua extraordinária relevância, não se possa atribuir ao princípio da boa-fé subjetiva, aspecto da segurança jurídica, posição proeminente entre os demais, convém, para os propósitos desta tese, estudá-lo em separado, à vista de sua repercussão.

Foi mencionado que a boa-fé objetiva remontaria à *bona fides* romana, a qual traduzia a "expectativa de conduta objetiva, previsível e adequada aos parâmetros da sociedade". Reportada a uma noção ética e moral, portanto, era patente ela fundar-se na pretensão de conferir previsibilidade e segurança às relações humanas, considerado o padrão de conduta esperado do homem médio.[278]

A sua importância, ensina J.J.Gomes Canotilho, estaria em que "o homem necessita de segurança para conduzir, planificar e conformar autônoma e responsavelmente a sua vida".[279] Situação não somente essencial para a construção da vida privada, como também para os negócios e, por conseguinte, desenvolvimento da atividade econômica como um todo. Por isso alinhava o autor:

> cidadão deve poder confiar em que aos seus atos ou às decisões públicas incidentes sobre os seus direitos, posições jurídicas e relações, praticados ou tomadas em comum acordo com as normas jurídicas vigentes, se ligam os efeitos jurídicos duradouros, previstos ou calculados com base nessas mesmas normas.[280]

Uma das facetas da *fides* (confiança) na Antiguidade, diz Schulz, era justamente a constância (*constantia*), a invariabilidade da ação do homem em quaisquer circunstâncias. Para Cícero, ela consistiria em um dos fundamentos da justiça (*iustitia*)[281], a demandar o compromisso com a verdade, bem como a fidelidade a promessas e acordos[282], os quais se espera devam permanecer inquebrantáveis, a despeito das conveniências do momento. Por isso, é pujante o exemplo descrito por Flávio Rubinstein sobre o cônsul romano Marco Atílio

---

[278] RUBINSTEIN, Flávio. **Boa-fé objetiva no direito financeiro e tributário**. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p.21.
[279] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 6.ed. Coimbra: Almedina, 1995 apud DI PRIETO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 26.ed. São Paulo: Atlas, 2013, p.87.
[280] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 6.ed. Coimbra: Almedina, 1995, p.373.
[281] SCHULZ, Fritz. **I principii del dirito romano**. Firenze: Sansori, 1946, p.193-194 apud RUBINSTEIN, Flávio. **Boa-fé objetiva no direito financeiro e tributário**. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p.22.
[282] RUBINSTEIN, Flávio. **Boa-fé objetiva no direito financeiro e tributário**. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p.22.

Régulo, aprisionado pelos cartagineses no transcorrer da Primeira Guerra Púnica, que, enviado a Roma para mediar acordo de paz e troca de prisioneiros, sob o juramento de regressar a Cartago caso frustrada a missão, compareceu ao Senado de Roma, manifestou sua opinião de ser inadequado libertar guerreiros jovens, em favor de um idoso, e, deixando a família, retornou a Cartago, como jurara, para ser martirizado.[283]

Princípio impregnado de sentido ético, a boa-fé objetiva apresentar-se-ia como norma jurídica exigente do "dever de retidão e respeito à confiança e à lealdade" nas relações jurídicas[284], cuja referência é o padrão de comportamento adotado no seio da sociedade. Funda-se nos valores honestidade, lealdade e fidelidade, garantidores de confiança mútua nas relações intersubjetivas e, por consequência, na coesão social.[285]

Por isso diz-se que a boa-fé objetiva se distingue da subjetiva, caracterizada como "o estado psicológico de um sujeito que age [...] ou encontra-se em determinada posição jurídica, ignorando lesão (efetiva ou potencial) a um interesse alheio juridicamente protegido".[286]

Enquanto esta última reporta-se ao grau de responsabilidade do agente, identificando se seu comportamento, consciente, era intencional (doloso) ou marcado pela negligência ou imperícia, a boa-fé objetiva mantém-se à margem dessa discussão, que lhe é irrelevante, para verificar, tão-só, se a conduta se pautou em conformidade com o modelo esperado.

Desse modo, a boa-fé objetiva ultrapassa a questão subjetiva, pertinente à intenção ou convicção do sujeito (aspecto interior à pessoa): ela conecta-se com a expectativa de comportamento desejável na comunidade; aquilo por ela esperado na hipótese de ocorrência das situações descritas na norma.

Assim, ainda que a ação haja sido perfilhada com rigorosa convicção de se tratar da prática de um bem ou sem conhecimento de sua lesividade, faltará com a boa-fé objetiva se discrepar daquilo esperado do homem comum na

---

[283] A fonte, aponta o autor, é Cícero, em *De officiis*. (RUBINSTEIN, Flávio. **Boa-fé objetiva no direito financeiro e tributário**. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p.25).

[284] ROSEMBUJ, Túlio. **El fraude de ley, la simulación y el abuso de las formas em el derecho tributário**. 2.ed. Madrid: Marcial Pons, 1999, p.46 apud RUBINSTEIN, Flávio. **Boa-fé objetiva no direito financeiro e tributário**. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p.36.

[285] RUBINSTEIN, Flávio. **Boa-fé objetiva no direito financeiro e tributário**. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p.45.

[286] CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha Menezes. **Da boa fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2001, p.24 apud RUBINSTEIN, Flávio. **Boa-fé objetiva no direito financeiro e tributário**. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p.41.

situação; principalmente se essa conduta estiver legalmente estipulada. Nesse sentido, a verificação da boa-fé objetiva atende a um critério que, por ser exterior ao sujeito, independe deste.

Não há dispositivo específico a assinalar, em caráter genérico, o princípio da boa-fé objetiva. A norma, todavia, desponta clara não somente do postulado de segurança jurídica, imanente a qualquer ordenamento jurídico, mas também do preâmbulo e do artigo 6º da Constituição, referente ao direito social à segurança, do artigo 2º, IV, da Lei n. 9.784/1999, além de várias outras normas voltadas a situações específicas, sejam de Direito Público – é o caso, por exemplo, do princípio da moralidade pública (artigo 37, *caput,* da Constituição Federal de 1988), das regras sancionadoras da improbidade administrativa (artigo 37, §4º, artigo 5º, LXXIII, e artigo 85, V, da Constituição Federal de 1988 e Lei n. 8.429/1992), do artigo 146 do Código Tributário Nacional (CTN) (Lei n. 5.172/1966)[287] e da má-fé processual (artigo 81 do NCPC, Lei n. 13.105/2015) – sejam de Direito Privado, no qual sobejam normas, de diferentes campos, a proteger a boa-fé (relações de família, contratuais, etc.). Neste último ramo, é de destacar os enunciados dos artigos 113, 187, 422 e 884 do Código Civil (Lei n. 10.405/2002)[288] e do artigo 4º, III, do Código de Direitos do Consumidor, que fixa princípio básico nas relações de consumo, a afastar cláusulas abusivas e desleais.[289] Igualmente no âmbito internacional ele é reconhecido como princípio geral de direito.

Se em todo o ordenamento pululam, quer no Direito Público, quer no Privado, inúmeras normas a apontar determinada diretriz – a garantia da boa-fé objetiva – que transparece implícita, em termos genéricos, na Constituição, outra não pode ser a conclusão do intérprete senão a da existência e prestígio

---

[287] O artigo 5º, LXXIII, Constituição Federal de 1988 prevê ação popular para anulação de ato lesivo à moralidade administrativa, enquanto o artigo 85, V, Constituição Federal de 1988 remete ao crime de responsabilidade do Presidente da República que atente contra a probidade da Administração. "Artigo 146. A modificação introduzida, de ofício ou em consequência de decisão administrativa ou judicial, nos critérios jurídicos adotados pela autoridade administrativa no exercício do lançamento somente pode ser efetivada, em relação a um mesmo sujeito passivo, quanto a fato gerador ocorrido posteriormente à sua introdução".

[288] "Artigo 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração"; "Artigo187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes"; "Artigo 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé"; "Artigo 884. Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários".

[289] Nesse sentido, vide RUBINSTEIN, Flávio. **Boa-fé objetiva no direito financeiro e tributário**. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p.48.

desse princípio na Carta Excelsa. A ausência de dispositivo expresso não impede a consagração do princípio; sua essência é distinguível no âmago das normas citadas, das quais exsurge nítido seu significado e finalidade.

Esse é o entendimento de Jesús González Pérez, que, a propósito, explana[290]:

> los princípios generales del Derecho, por su propia naturaliza, existen com independência de su consagración em uma norma jurídica positiva, como tales subsistirán cuando em um Ordenamiento jurídico se recogen em um precepto positivo, com objeto de que no quepa duda su pleno reconocimiento.[291]

Destarte, convergentes normas do ordenamento a torná-lo discernível no ordenamento, é inarredável concluir pela prevalência do princípio da boa-fé objetiva, que tanto inspira e fundamenta a produção de enunciados jurídicos protetivos desse valor, quanto atua como limite à edição de outros a ele contrários, servindo, ainda, de parâmetro interpretativo para a aplicação de normas.

Enquanto alguns autores equiparam a boa-fé objetiva à proteção à confiança (a exemplo de Jesús González Pérez), outros as distinguem, ainda que para dar a esta última a conotação de faceta daquele, ou seja, enquanto a boa-fé seria mais genérico, a abranger Administração e administrado, a proteção à confiança prende-se à boa-fé do administrado, aquela que ele deposita na atuação correta da Administração.[292] Em termos gerais, é o sentido que acolhemos.

Reflexo importante do princípio, bem apontado por Flávio Rubinstein, com apoio em González Mendez e Antonio Junqueira de Azevedo, é a proibição de *venire contra factum proprium* (vir contra os atos próprios), ou seja, de uma pessoa "exercitar um direito em contradição com uma conduta anterior que tenha despertado confiança na outra parte da relação jurídica", uma vez que a própria contradição, em si, por quebrar expectativas legitimamente assentadas, leva à violação da boa-fé objetiva.[293]

---

[290] PÉREZ, Jesús González. **El principio general de la buena fe en el derecho administrativo**. 3.ed. Madrid: Civitas, 1999, p.22.

[291] Tradução livre: "Os princípios gerais de direito existem independentemente de sua consagração em uma norma jurídica positiva, como tais subsistirão quando, em um ordenamento jurídico, se recolhem em um preceito positivo, com objeto do qual não caiba dúvida de seu pleno reconhecimento."

[292] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 26.ed. São Paulo: Atlas, 2013, p.88.

[293] RUBINSTEIN, Flávio. **Boa-fé objetiva no direito financeiro e tributário**. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p.55.

Ao dissertar sobre o assunto, lastreado em julgados da Corte Constitucional da Espanha, Jesús González Pérez aponta os seguintes requisitos para a proteção da confiança[294]:

1. Que o ato da Administração seja suficientemente conclusivo para provocar no particular, ao menos alternativamente, a convicção de que (I) a Administração atua corretamente; (II) ele próprio atua licitamente; (III) suas expectativas são razoáveis;
2. Que o ato da Administração gere signos externos os quais, mesmo não vinculantes juridicamente, conduzam o cidadão a determinada conduta;
3. Que a situação reconhecida ou constituída pelo ato administrativo gere expectativa de ser perdurável no tempo;
4. Que o ato administrativo gere confiança, sem basear-se na negligência, ignorância ou tolerância da Administração;
5. Que o particular haja cumprido os deveres e as obrigações que lhe incumbem no caso

Isso implicaria, portanto, que, na relação indivíduo-Estado, a expectativa do primeiro deve ser a de que o Estado visa atuar sempre corretamente, na forma e nos limites preconizados em lei, enquanto possui a convicção de que ele próprio age em consonância com o preconizado no ordenamento. Caso tenha elementos para supor que a conduta estatal esteja equivocada, ou seja, que labora em erro, ou de que seu próprio agir não seja legítimo (*v.g.* em virtude de simulação), o particular não pode esperar que, desse comportamento, advenha motivos para invocar a quebra de boa-fé pela parte contrária. Ademais, se a Administração aponta série de precedentes, a favor ou contra sua tese, à evidência o interessado deve supor, baseado na boa-fé, que, em princípio, há de ser mantido esse entendimento. É o caso em que, por exemplo, reiteradamente aceitos certos documentos para comprovação de inexistência de similar nacional, para efeito de requisição de um determinado benefício fiscal, a parte espera que, também no seu caso, não tendo havido

[294] PÉREZ, Jesús González. **El principio general de la buena fe en el derecho administrativo**. 3.ed. Madrid: Civitas, 1999, p.55-60.

mudança de entendimento, a demonstração do atendimento a esse requisito far-se-á da mesma forma.

Igualmente signos produzidos pela Administração capazes de, por meios racionais, induzir o particular a confiar na legalidade da atuação estatal, geram clara situação na qual impende respeitar a boa-fé disso originada[295], somente contestável depois de dada a devida publicidade, na forma da lei, da alteração da postura do Estado.

De outra parte, se há lei a estabelecer determinada normatização, confia-se que, não sendo ela temporária, perdurará indefinidamente, enquanto atender ao interesse público, sem sujeitar-se a alterações bruscas. Espera-se que, se necessária mudança, para atender ao interesse público, há de se conferir tempo razoável para a parte preparar-se.[296]

Isso significa, em primeira linha, a impropriedade de afetar situações regularmente constituídas ao tempo de vigência da lei (irretroatividade da lei, em consideração ao ato jurídico perfeito, direito adquirido e coisa julgada) e, em segunda, que qualquer mudança relevante porventura necessária há de ser feita com razoabilidade, concedendo-se tempo para adaptação ao novo regime. É isso que enseja, por exemplo, a promulgação de um Ato de Disposições Constitucionais Provisórias (ADCT) ou a previsão de normas de transição de regimes em reformas no regime previdenciário. No campo tributário, por exemplo, essa era a preocupação do artigo 34 do ADCT, ao estabelecer que o sistema tributário nacional, previsto na Constituição de 1988, entraria em vigor no "primeiro dia do quinto mês seguinte ao da promulgação da Constituição, mantido, até então, o da Constituição de 1957, com a redação dada pela Emenda n.1, de 1969, e pelas posteriores".

Nisso, a proteção da confiança imbrica-se com a legalidade, com os princípios *tempus regit actum* e da irretroatividade, com também com as regras que dispõem sobre *a vacatio legis* e o regime de transição.

De outra parte, tratando-se de interesse público, é inadmissível que qualquer conduta ilícita do particular ou de terceiros, apenas por ser ignorada

---

[295] Nesse sentido, Jesús González Pérez aponta jurisprudência do Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia, que remete ao "princípio de proteção da confiança legítima do cidadão" quanto à atuação da Administração. (PÉREZ, Jesús Gonzáles. **El principio general de la buena fe en el derecho administrativo**. 3.ed. Madrid: Civitas, 1999, p.57).

[296] PÉREZ, Jesús González. **El principio general de la buena fe en el derecho administrativo**. 3.ed. Madrid: Civitas, 1999, p.58-59.

ou tolerada pela Administração, gere direito subjetivo para aquele que dela se beneficie.[297] Por essa razão, se, ainda que cotidianamente a Aduana, por negligência ou tolerância, deixe de fiscalizar bagagens as quais deveria, mesmo diante de sérios indícios de que o seu proprietário excedeu o limite legal de isenção para bens assim trazidos em viagem internacional, esse comportamento não exime o responsável por novas infrações dessa espécie da obrigação de pagar o tributo e as sanções pertinentes, caso, alterada a postura das autoridades, ele venha a ser por ela descoberto.

Por fim, o item 5 evidencia o fato de que, existentes requisitos para fruir de determinado benefício (como benefícios fiscais na hipótese de implantação de fábrica em determinada região do País), cumpridos estes, desde esse momento considera-se adquirido o direito, nos moldes preconizados na legislação.[298]

Em todas essas situações, o que se requer é que ambas as partes da relação, despojadas de segundas intenções, atuem na convicção de atenderem à expectativa legal e respeitem a sinalização por eles dada relativamente à conduta que irão adotar. Nisso não contam, evidentemente, condutas da Administração decorrentes de ignorância dos fatos, negligência ou de mera tolerância em favor do administrado, que não pode invocá-las em seu benefício. Nesse sentido, salienta Jesús González Pérez, se tudo fazia entender que a conduta do administrado era lícita, não pode ser penalizado pela mudança de entendimento sobre a licitude do ato.[299]

Rejeita-se, ademais, surpreender o cidadão com a alteração dos critérios jurídicos abraçados pela Administração (lei e atos infralegais), pois, havendo presunção de os efeitos dos atos administrativos serem perduráveis, por tempo indefinido, até sua alteração (válida apenas para os períodos futuros) por razão de interesse público, gera insegurança jurídica qualquer comportamento da Administração em sentido contrário.

Cumpre destacar, contudo, que, embora por força do princípio da irretroatividade as regras devam produzir efeitos somente em relação ao futuro,

---

[297] PÉREZ, Jesús González. **El principio general de la buena fe en el derecho administrativo**. 3.ed. Madrid: Civitas, 1999, p.59.
[298] PÉREZ, Jesús González. **El principio general de la buena fe en el derecho administrativo**. 3.ed. Madrid: Civitas, 1999, p.60.
[299] PÉREZ, Jesús González. **El principio general de la buena fe en el derecho administrativo**. 3.ed. Madrid: Civitas, 1999, p.56.

comumente admite-se, por questão de equidade, que em matéria de sanções, criminais, administrativas ou tributárias possa haver retroação da norma jurídica mais benéfica ao acusado (artigo 5º, XL, Constituição Federal de 1988).

No Estado Democrático de Direito é preciso que todos possuam prévia ciência, em tempo razoável, das condutas permitidas, proibidas e de suas respectivas condições, para que possam, livremente, exercer o seu direito de escolha sobre o caminho a trilhar. Seriam exemplos participar ou não de uma licitação, importar ou não importar determinado bem, investir ou não em determinado negócio. Nesse sentido, é indubitável que, muitas vezes, caso o particular tivesse ciência da possibilidade de mudança desses critérios, não entabularia a relação.

A proteção da confiança no Direito Público[300] significa tanto o respeito à depositada pelo particular na Administração como vice-versa. Espera-se de cada um o cumprimento do seu dever e a coerência no comportamento.

Ademais, explica Jesús González Pérez, citando Cossio, é inquestionável a aplicação do princípio não só em matéria contratual (expectativa de que a avença em particular surtirá os efeitos normais), mas em relação a "todos os demais direitos subjetivos" [301], principalmente porque, como adverte:

> la noción de servicio público como entrega generosa al conjunto de la sociedad, a cuyos intereses generales deben servir con objetividad, les obliga a una colaboración con superiores, inferiores y otros funcionários de igual rango presididas por las ideas de lealtad y sinceridad, a fin de lograr una mejor prestación de los servicios.[302]

Vê-se, pois, por essa sensível observação, o quanto a boa-fé objetiva, na relação Administração-administrado, converge para o princípio do Estado Democrático de Direito. Mais: aponta, dentre suas finalidades, servir primordialmente ao povo, tornando impessoal o exercício do Poder Público.

---

[300] PÉREZ, Jesús González. **El principio general de la buena fe en el derecho administrativo**. 3.ed. Madrid: Civitas, 1999, p.74.
[301] PÉREZ, Jesús González. **El principio general de la buena fe en el derecho administrativo**. 3.ed. Madrid: Civitas, 1999, p.37.
[302] PÉREZ, Jesús González. **El principio general de la buena fe en el derecho administrativo**. 3.ed. Madrid: Civitas, 1999, p.44-45.

Bem analisado, é o próprio fundamento que leva à regra do artigo 100, III, e parágrafo único, do Código Tributário Nacional.[303] Nessa linha, colhendo o exemplo de Jesús González Pérez, não se coaduna com a boa-fé objetiva a notificação dos administrados para apresentar recurso contra ato do Poder Público em circunstâncias em que ela não terá condições de se defender[304], como em negar-lhes informações sobre os atos da Administração ao seu respeito[305] ou, ainda, da conduta por ele esperada quanto a certo assunto. Tampouco a conduta confusa, contraditória ou maliciosa que incitem em erro a outra parte.[306]

Da proteção à boa-fé, de caráter mais genérico, deriva o princípio da moralidade da Administração Pública, mencionado no artigo 37, *caput,* da Constituição, a indicar, conforme Celso Antônio Bandeira de Mello, que a Administração deve proceder com sinceridade e lhaneza, "sendo-lhe interdito qualquer comportamento astucioso, eivado de malícia, produzido de maneira a confundir, dificultar ou minimizar o exercício de direitos por parte dos cidadãos".[307]

O princípio da moralidade consistiria na boa-fé aplicada às relações jurídicas de Direito Público, isto é, àquelas encetadas entre a Administração e o administrado, que por si sós, segundo explanado, devem respeitar a segurança jurídica, a legalidade e a finalidade pública, a par do dever de sinceridade decorrente do princípio republicano e do Estado Democrático de Direito. Deveras, se o governo é exercido em nome e voltado em favor do povo, a quem cabe acompanhar a gerência da coisa pública, a gestão, além de transparente, deve ser escorreita, isto é, sincera e honesta, a ponto de atingir esse escopo.

---

[303] "Artigo 100. São normas complementares das leis, dos tratados e das convenções internacionais e dos decretos: [...] III – as práticas reiteradamente observadas pelas autoridades administrativas." "Parágrafo único. A observância das normas referidas neste artigo exclui a imposição de penalidades, a cobrança de juros de mora e a atualização do valor monetário da base de cálculo do tributo".

[304] O exemplo concreto é de notificações no curso de férias, quando as pessoas estão ausentes. Saliente-se, porém, que, em princípio, caberia prova dessa alegação: (I) de que estão de férias; (II) que já o estavam quando chegou a notificação e, portanto, disso não tiveram ciência; (III) da real impossibilidade de defesa; e (IV) da efetiva ciência da Administração dessa circunstância, pois, caso contrário, ainda que pudesse haver nulidade por cerceamento de defesa, não haveria má-fé.

[305] Salvo, evidentemente, procedimentos alguns investigatórios de ordem criminal, na forma autorizada pelo ordenamento (*v.g.* interceptações telefônicas e telemáticas).

[306] PÉREZ, Jesús González. **El principio general de la buena fe en el derecho administrativo**. 3.ed. Madrid: Civitas, 1999, p.97.

[307] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 28.ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p.119-120.

Disso se vê, portanto, como dita vasta doutrina abeberada na lição de Maurice Hauriou[308], que a moralidade administrativa não se reporta à moral comum, mas aos valores morais albergados no ordenamento.[309] Implica, portanto, pelo bom exercício da função administrativa, atender às exigências da lei e do bem comum[310], representado na finalidade das normas, mantendo sempre postura séria, impessoal e eivada de boa-fé.

Profunda a carga axiológica da Constituição de 1988, pouco espaço resta às situações nas quais a moral ética não equivalha à jurídica. Afora a questão da impessoalidade e do atendimento à finalidade pública, esta última engloba a probidade, abrangente – neste caso – do dever da boa administração: correta, eficaz e eficiente no cumprimento de suas funções.

É imoral, portanto, desviar recursos públicos para propósitos diversos daqueles designados na lei, inclusive a orçamentária; utilizar bens públicos em situação diversa daquela preconizada no ordenamento ou para favorecer pessoas específicas; gerir órgão ou instituição de modo negligente ou com intuitos ilícitos; afastar-se de uma atuação racional, entre outras possibilidades. Essa a razão da grande diversidade de condutas sancionadas pela Lei de Improbidade (Lei n. 8.429/1992), cujo polêmico *caput* do artigo 11 chega a penalizar as condutas que afrontem os princípios da Administração.[311]

---

[308] HAURIAU, Maurice. **Précis elementaire de droit administratif.** Paris, 1926, p.197 apud MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 14.ed. São Paulo: RT, 1989, p.79.

[309] CAMMAROSANO, Márcio. **O princípio constitucional da moralidade e o exercício da função administrativa**. Belo Horizonte: Forum, 2006 apud MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 28.ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p.20. No mesmo sentido, SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 20.ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p.648 e MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 14.ed. São Paulo: RT, 1989, p.79.

[310] MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 14.ed. São Paulo: RT, 1989, p.79.

[311] "Artigo 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente [...]". A polêmica está na amplitude da hipótese, bem quanto ao fato de diretamente equiparar o imoral ao ilegal, aparentemente em qualquer circunstância, o que geraria, para qualquer ilicitude, sanções terríveis como as do artigo 12, III: perda da função pública, suspensão dos direitos políticos, ressarcimento, etc. Ver, a respeito, FIGUEIREDO, Marcelo. **Probidade administrativa**. Comentários à Lei 8.429/1992 e legislação complementar. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p.60.

11 O PODER DE POLÍCIA

Etimologicamente, explica Maria Sylvia Zanella Di Pietro, o termo "polícia" origina-se do grego *politeia*, designativo do conjunto das atividades da cidade-estado (a *polis*). Na Idade Média, o *jus politiae* consistia no poder atribuído ao príncipe para agir em tudo o quanto necessário para a manutenção da "boa ordem da sociedade civil", sob competência das autoridades laicas.[312]

Até o fim do século XVIII, o termo "polícia" ainda conotava a ideia (afastada, apenas, a área de finanças) de controle das condutas dos indivíduos em face da ordem julgada adequada pelo Estado, sem limitação quanto aos meios e às finalidades.[313]

No entanto, se antes era comum o arbítrio, com o Estado de Direito, liberal, como depois veio acontecer com o Estado Democrático de Direito, houve uma substancial alteração de visão sobre o exercício dessa função em relação à prevalecente em períodos anteriores.[314]

Tão logo irrompeu a Revolução Francesa e tornou-se corrente a concepção – logo inscrita na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 – de que "liberdade consiste em fazer tudo aquilo que não é nocivo aos demais", cumpre ao Estado Liberal, surgido nessa ocasião no continente europeu, tornar mínimas suas ações (Estado mínimo), só cabendo intervir para prevenir e corrigir a "perturbação da ordem e assegurar o livre exercício das liberdades públicas".[315]

É verdade que, inerente ao homem o espírito de liberdade, seria impossível constituir uma sociedade estável sem impor freios aos comportamentos das pessoas. Essa, em parte, é a tarefa do Direito, a quem

---

[312] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 26.ed. São Paulo: Atlas, 2013, p.121, que remete a assertiva a José Cretella Jr; TÁCITO, Caio. **Temas fundamentais de direito público**. v.1. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p.521.

[313] GORDILLO, Agustín. **Tratado de derecho administrativo**. 6.ed. Belo Horizonte: Del Rey e Fundación de Derecho Administrativo, 2003, p.v7.

[314] Importante notar que embora nos Estados Unidos a expressão *police power* haja pela primeira vez sido utilizada por Marshall, em 1827, no caso *Brown* v. *Maryland*, nesse País ela possui sentido diverso do vigente na Europa continental e nos países de *civil law* por ela influenciados. Enquanto nos Estados Unidos seu significado, em senso mais largo, é o de competência legislativa estadual para regular os direitos privados em benefício dos interesses coletivos; na Europa continental, o sentido é o de limitação oriunda da Administração (TÁCITO, Caio. **Temas fundamentais de direito público**. v.1. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p.526. O poder de polícia como conhecemos, lá corresponderia ao *administrative power*. (TÁCITO, Caio. **Temas fundamentais de direito público**. v.1. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p.529-530).

[315] TÁCITO, Caio. **Temas fundamentais de direito público**. v.1. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p.522.

cabe conformar as condições e os limites dentro dos quais a liberdade e os direitos serão exercidos.

A refletir que o direito de um termina onde se inicia o do outro ou da indistinta coletividade, diz-se inexistir liberdade absoluta, porque, com o propósito de viabilizar a convivência, sempre cumprirá definir o seu âmbito e as condições para o seu exercício na legislação.

Na concepção liberal, leciona Gordillo, o poder de polícia seria "a faculdade de impor limitações e restrições aos direitos individuais, com finalidade de salvaguardar somente a segurança, salubridade e moralidade pública".[316]

Só posteriormente, com o advento do Estado Social, cujo propósito era a correção da desigualdade entre os indivíduos mediante o intervencionismo estatal, que o poder de polícia, sem desvelar da proteção dos direitos individuais propugnada pelo Estado liberal, assumiu conotação positiva no sentido de adotar as medidas aptas a alcançar esse novo escopo. É como afirma Gabino Fraga:

> o poder de polícia adquire uma extensão cada vez maior nos Estados modernos, em que outros interesses, distintos dos de ordem, segurança e saúde se desenvolvem, tornando-se indispensável conciliá-los com os interesses individuais.[317]

Com o início do intervencionismo característico do Estado Social – situação, em maior ou menor grau, ainda persistente nos Estados Democráticos de Direito atuais – na mesma velocidade e âmbito em que se multiplicaram as atuações do Estado, alastrou-se o campo dentro do qual a função de "polícia" deve ser exercida: nas relações de consumo, a atividade econômica, a propaganda, a saúde, o tráfego, de qualquer modal, e outros. A atividade, pois, não visa mais apenas à preservação da ordem e da saúde pública como antes, mas também à manutenção da ordem econômica e social.

Reflexo disso é a definição trazida pelo artigo 78 do Código Tributário Nacional (Lei n. 5.172/1966), vazada nos seguintes termos:

---

[316] Tradução livre (GORDILLO, Agustín. **Tratado de derecho administrativo**. t.2. – La defensa del usurário y del administrado. 5.ed. Belo Horizonte: Del Rey e Fundación de Derecho Administrativo, 2003, p.VI).

[317] Tradução livre do original: "Pero el poder de policía adquiere una extensión cada vez mayor en los Estados modernos, em que otros intereses, distintos de los de orden, seguridad y salubridad, van desarrollándose y en que, por lo tanto, es indispensable conciliarlos con los intereses individuales". (TÁCITO, Caio. **Temas fundamentais de direito público**. v.1. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p.524).

> Artigo 78. Considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos.
> Parágrafo único. Considera-se regular o exercício do poder de polícia quando desempenhado pelo órgão competente nos limites da lei aplicável, com observância do processo legal e, tratando-se de atividade que a lei tenha como discricionária, sem abuso ou desvio de poder.

Em suma, a finalidade do Estado deixa de ser a garantia da segurança básica das pessoas, principalmente pela limitação aos direitos individuais, com o intuito de evitar algum mal (atuação de cunho negativo), na linha do liberalismo, para abranger as ações tendentes à promoção do bem-estar comum, principalmente sob o prisma econômico e social (atuação de cunho positivo).[318]

De qualquer modo, seja no Estado de Direito, liberal, seja no Democrático de Direito, deixa de ser aceitável o arbítrio estatal, em que os fins – comumente lastreados em conceitos vagos e indeterminados (*v.g.* bem da pátria, bem comum, etc.) – justificam os meios. Passa-se a dar maior ênfase aos direitos individuais, que devem ser respeitados por todos. Nos dois casos, fins e meios submetem-se a regras predeterminadas, que definem os meios autorizados e as finalidades a serem perseguidas pelo Estado.

Com isso, os cidadãos ficam protegidos da intrusão estatal em suas atividades e adquirem segurança jurídica sobre o que lhes é permitido e proibido, bem como sobre suas responsabilidades e da maneira como será feita essa apuração.

As diferenças entre essas duas formas de Estado situam-se apenas nos seguintes pontos:

(I) na amplitude dentro da qual a atribuição é exercida: é mais ampla no Estado Democrático de Direito, porquanto as funções estatais – acrescidas com a adoção do Estado Social, intervencionista (que em maior ou menor grau deixou marcas no Estado

[318] GORDILLO, Agustín. **Tratado de derecho administrativo**. t.2. – La defensa del usurário y del administrado. 5.ed. Belo Horizonte: Del Rey e Fundación de Derecho Administrativo, 2003, p.V-7.

Democrático de Direito) – não refluíram aos patamares anteriores a esse momento, mesmo quando adotadas políticas claramente neoliberais, voltadas à diminuição do tamanho do Estado;

(II) e no fato de, por reconhecer-se, no Estado Democrático de Direito, força normativa aos princípios e normas programáticas – ao contrário do originalmente ocorrente no Estado Liberal – o exercício da atividade tornou-se diretamente contrastável ante aos princípios e finalidades abraçadas pela Constituição, atualmente com carga axiológica mais intensa. Aliás, mesmo a visão do conteúdo de certos princípios passou por algumas modificações (*v.g.* a isonomia).

Em qualquer caso, porém, nessas formas de Estado, não há espaço para demonstração de poder por parte da autoridade; muito menos, para o arbítrio. Há apenas o exercício de uma função, traduzida por um poder-dever, referida à verificação da legalidade da conduta dos indivíduos em prol do interesse público.

Juridicamente, no entanto, o que importa é que sob quaisquer desses prismas tal poder-dever corresponde à potestade pública de regular o exercício da liberdade e o uso da propriedade pelos cidadãos, cujos limites e finalidades serão os especificados no ordenamento. Naturalmente, não suficiente regular, cumpre ao Poder Público, dentro desse poder-dever a ele concedido para esses fins, que averigue a adequação das condutas individuais aos parâmetros delimitados, o que fará por intermédio do exercício da função pública denominada “poder de polícia”.

Assim, a expressão “poder de polícia” tanto pode conotar a ideia de poder, que também é um dever, frente à necessidade de coordenar a coexistência pacífica, estável e progressista da população, quanto a do exercício da função correspondente, que se desdobra, de um lado, na atividade regulamentar, e, de outro, no exercício da função em situações concretas. Atividade finalisticamente predeterminada, no Estado Democrático de Direito, significará a busca do equilíbrio entre o direito individual e o da comunidade, de forma neutra (imparcial) e segundo os contornos legais (*due process of law*).

Essas as razões pelas quais, ao incumbir-se dessa atividade, também a Administração encontra limitações à sua atuação, quais sejam, as plasmadas em lei, estabelecidas em prol dos cidadãos. Aí reside o motivo pelo qual Agustín Gordillo vocifera contra a expressão "poder de polícia", que, ao seu ver, apenas enfatiza o aspecto referente ao controle do cidadão, em detrimento da ideia de concertação dos direitos individuais.[319]

Por isso, autores como Gordillo aludem à crise da expressão "poder de polícia"[320], a despeito do tradicional uso da expressão. Nos países europeus, aduz Celso Antônio Bandeira de Mello, a atividade é tratada como "limitação administrativa à liberdade e à propriedade"[321] e não como "poder", nomenclatura que enfatiza as prerrogativas da Administração.

É preciso notar, contudo, consoante explana esse último autor, não se tratar, propriamente, de cerceamento de direitos individuais pela Administração em virtude desse poder-dever. O contorno dos direitos, com os requisitos, as condições e os limites em que eles devem ser exercidos quem os dá é a legislação, fundada na Constituição. O que o Poder Público faz é, simplesmente, verificar se no plano fático o ordenamento, supostamente obtido do consenso da sociedade, é obedecido ou não[322] e, isso feito, adotar as providências pertinentes.

De outra parte, é preciso assinalar que, em sentido lato, a expressão "poder de polícia" pode referir-se à atividade de quaisquer dos Poderes em sua vertente disciplinadora. Nesse sentido é que se fala, por exemplo, nos poderes detidos pelas Presidências das Casas do Legislativo para a manutenção da ordem nas sessões, ou, ainda, do juiz de Direito, para dirigir e manter a ordem no curso da audiência.

Em sentido estrito, porém, a expressão vincula-se exclusivamente à atuação do Poder Executivo ou das pessoas de direito público a quem este a atribua (*v.g.* agências reguladoras e autarquias), com o intuito de disciplinar o

---

[319] GORDILLO, Agustín. **Tratado de derecho administrativo**. t.2. – La defensa del usurário y del administrado. 5.ed. Belo Horizonte: Del Rey e Fundación de Derecho Administrativo, 2003, p.V 3.

[320] Bandeira de Mello atribui essa expressão a Clóvis Beznos (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 28.ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p.828). A ela também se refere Agustín Gordillo. (GORDILLO, Agustín. **Tratado de derecho administrativo**. t.2. – La defensa del usurário y del administrado. 5.ed. Belo Horizonte: Del Rey e Fundación de Derecho Administrativo, 2003, p.V12).

[321] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 28.ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p.828.

[322] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 28.ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p.827.

exercício da liberdade, em suas variadas vertentes, ou da propriedade. Nesse âmbito, a função abrange tanto as ações normativas, de caráter geral e abstrato, dirigidas à regulação da atividade ou do uso da propriedade (*v.g.* edição de Regulamentos, Portarias, Instruções Normativas, etc.), quanto as atuações concretas, efetuadas com vistas a fazer cumprir essa disciplina. Esse é o uso mais frequente da expressão.[323]

No âmbito do Poder Público, bons exemplos dessa atividade, das quais trataremos oportunamente, são as ações de fiscalização promovidas pela Secretaria da Receita Federal e pela Aduana, em relação, respectivamente, aos tributos federais devidos e ao ingresso de bens oriundos do exterior; o controle do fluxo de divisas feito pelo Banco Central do Brasil; a atuação da Vigilância Sanitária com pertinência a medicamentos e outros produtos capazes de comprometer a saúde dos nacionais, entre outras possibilidades.

Diante das dificuldades representadas pela variação da noção no curso do tempo e dos diferentes níveis no qual a função é exercida (normativa-abstrato e concreto) é que surge a discussão sobre o conceito, que, a teor de Garrido Falla (outros doutrinadores colocam em termos semelhantes), equivale ao "conjunto de medidas coativas arbitradas pelo Direito para que o particular ajuste sua atividade a um fim de utilidade pública".[324]

Em nosso enfoque, o poder de polícia corresponderia à função, atribuída ao Poder Público, de disciplinar e fazer observar as normas jurídicas relativas às atividades dos administrados não submetidas a regime jurídico específico, de modo a adequá-las à consecução do interesse público, assim entendido aquele identificado com as finalidades do Estado expostas na Constituição. Com essa visão, cremos ficar suficientemente esclarecido tanto o aspecto regulamentar, quanto o executivo-concreto do conceito, assim como o fato de se tratar de função pública passível de exercida por quaisquer dos Poderes, embora, à evidência, por natureza caiba ao Executivo a quase totalidade da tarefa.

Evidencia, ademais, estar a atividade voltada ao cumprimento de fins públicos, estabelecidos em um contexto de Estado Democrático de Direito, não

---

[323] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 28.ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p .829.

[324] GORDILLO, Agustín. **Tratado de derecho administrativo**. t.2. – La defensa del usurário y del administrado. 5.ed. Belo Horizonte: Del Rey e Fundación de Derecho Administrativo, 2003, p.V-15.

sem realçar ser o objeto principal dessa atividade a conduta dos administrados, que se movem segundo seu livre arbítrio. Quanto à regulação do uso da propriedade, embora não expressamente ventilada na definição, trata-se de circunstância específica pertinente ao controle da liberdade do indivíduo, por ser a conduta comissiva ou omissiva deste em relação a um bem que dá o tom sobre o adequado cumprimento de sua função social.

Geralmente, são apontadas as seguintes características básicas ao poder de polícia, (I) autoexecutoriedade; (II) discricionariedade; (III) coercibilidade do ato.[325] Ademais, ele é indelegável em sua essência, ressalvadas as ações de mero auxílio.

Para Cirne Lima, lembrado por Bandeira de Mello, a atividade seria (I) privativa da autoridade pública; (II) coercitiva; (III) referente, genericamente, a atividades e propriedades, o que afastaria, do objeto deste poder, os monopólios, sujeitos à disciplina própria.

Com efeito, exercido em contexto no qual o risco de dano à sociedade pode emergir de variadas formas, embora dirigidos a bens da vida distintos e específicos (vida, saúde, ordem econômica), o poder de polícia não abrange situações sujeitas à disciplina fixa (*v.g.* servidores) ou referentes a uma atividade única (*v.g.* monopólios), mas possui cunho mais genérico, de forma a melhor adaptá-lo às situações concretas.

Isso porque, nos casos em que as relações jurídicas consubstanciam um microssistema mais definido, pautado por normas próprias, também o controle há de ser específico. Desse tipo, registre-se os controles exercidos pelo Estado sobre as atividades dos servidores e pelo Poder Executivo sobre as autarquias a ele vinculadas.

Em contrapartida, o poder de polícia possui sempre um caráter mais genérico, quer pelas variadas formas em que a liberdade dos indivíduos pode se expressar (assim como o uso da propriedade), quer, vinculado a isso, a maior discricionariedade existente nessa atividade administrativa.

De fato: como estabelecer regime próprio frente a pessoas não vinculadas mais fortemente ao Estado e cuja ação é extremamente variável, quiçá imprevisível, ainda que essa ação se situe exatamente no campo do

[325] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 26.ed. São Paulo: Atlas, 2013, p.125; MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 14.ed. São Paulo: RT, 1989, p.114.

trânsito, do risco à saúde, à lavoura, etc.? É situação totalmente diversa do controle exercitável em relação a pessoas que guardam especial vínculo com o Poder Público e cujas condutas podem ser reguladas de antemão, por disciplina particular e interna, que estabeleça os direitos e deveres de cada um (por exemplo, entre a pessoa jurídica de direito público e seus concessionários, servidores, detentos de estabelecimentos prisionais, estudantes de escolas públicas e pacientes de hospitais públicos).

Esse o motivo pelo qual, segundo abalizada doutrina, o exercício do poder de polícia não engloba as "relações especiais de sujeição": aquelas cuja disciplina deriva de contexto no qual as pessoas estão especificamente vinculadas a determinado regime jurídico a cargo do Poder Público.[326]

Nesse plano, não haveria propriamente exercício de poder de polícia, mas controle, pela entidade em questão, do comportamento dessas pessoas frente não só à lei, mas ao regimento interno. Diferentemente do que ocorre com o particular frequentador dessas instituições – este sim sujeito ao poder de polícia – que com elas não possui ligação particular. Nesse caso, outra será a conduta da Administração caso ele venha causar tumulto na repartição ou naquelas outras entidades mencionadas.

Dessa forma, o exercício do poder de polícia dar-se-ia de maneira residual apenas com relação às condutas que não traduzam situação especial de sujeição. Nestes últimos casos, assinala a doutrina[327], seria absurdo requerer do Legislativo a produção de uma multidão de regras minuciosas e particulares para cada uma das instituições em separado; ainda que, de antemão, cada uma possa prever vários problemas em potencial advindos dessas relações, a propiciar a confecção de disciplina própria e específica.

Quanto às condutas que não traduzem relação especial de sujeição, considerado o enorme espectro de hipóteses possíveis e imprevisíveis, compete à lei, no máximo o regulamento, disciplinar a respeito.

Por sua vez, em princípio, apenas servidores públicos, dentro de sua esfera de competência, estão legitimados a exercer o poder de polícia. Afinal, em um Estado de Direito, ninguém, como regra, salvo o Poder Público e ainda

---

[326] Ver, a respeito: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 28.ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p.832-833, que se reporta aos trabalhos de Otto Mayer.
[327] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 28.ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p.834.

assim apenas nas situações definidas em lei, que regerá a forma em que isso se dará, tem o poder de imiscuir-se na liberdade ou no direito de propriedade de outrem.[328]

Só excepcionalmente é possível aventar a delegação de atos de *execução* pertinentes a esse poder. Isso, porém, somente em hipóteses bastante peculiares, nas quais se requer pragmatismo diante da ausência da autoridade pública (*v.g.* os poderes que pilotos de aeronaves ou comandantes de navios detêm para manter ordem no veículo e adotar as medidas necessárias para a segurança da navegação, bem como a autorização conferida a qualquer do povo de deter quem estiver cometendo crime em flagrante, condicionado à subsequente entrega do preso à autoridade policial).[329]

Em outras situações, ainda quando se admite a delegação de certos atos executórios do poder de polícia, não é este, propriamente, que se outorga ao outro; nem mesmo em seu aspecto concreto, relativo à efetivação desse poder, mas sim a execução de tarefas preparatórias ou auxiliares do exercício da função[330], que os particulares, para isso credenciados, devem exercer nos estritos limites da lei e, se houver, do convênio que os credenciou.

Exemplificam essa situação o cometimento da arrecadação de tributos à rede bancária (artigo 7º do Código Tributário Nacional) e a delegação da tarefa de instalação, operação e manutenção de radares para fiscalizar o trânsito. Supostamente, o exame de passaportes e pesquisa de dados, nos sistemas informatizados, referentes aos viajantes que entram e saem do País, realizado pelos agentes credenciados pela Polícia Federal, também se inseririam nessa categoria[331], referente a serviços auxiliares. Ao menos sob a óptica da Administração. Nesse caso, todavia, é preciso registrar grande polêmica a respeito, sustentada pelo argumento de estarem os "terceirizados", nessa atividade, depois de examinarem documentos e sistemas, ao menos nos casos

---

[328] Há algumas poucas exceções, como as mencionadas logo mais abaixo no texto e aquelas previamente autorizadas por lei ou autoridade competente, como os pais em relação aos filhos, tutores ou curadores em relação às pessoas por eles assistidas, etc.

[329] Conforme o Código de Processo Penal, artigo 301: "Qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito."

[330] Na dicção de Celso Antônio Bandeira de Mello, com arrimo em Adílson Abreu Dallari, o credenciamento dar-se-ia nos casos de tarefas preparatórias do ato de polícia. (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 28.ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p.846).

[331] Nos últimos tempos, em vez de essa atribuição ser feita por agentes federais, tem sido executada por pessoas contratadas por empresas credenciadas (as chamadas "terceirizadas").

de liberação decidindo eles próprios – atributo próprio do poder de polícia – quem possa entrar e sair.

Naturalmente, nenhum particular possui autonomia para tomar qualquer decisão relevante com respeito ao exercício do poder, eminentemente público, que ajuda a efetivar. Nem o pode, por faltar-lhe autoridade (e, portanto, legitimidade) e competência para tanto. No máximo, caso constate irregularidade ou fato do qual possa advir consequências de interesse público, deve reportá-los à autoridade a qual está submetida, única pessoa habilitada a tomar as providências devidas.

Nesses termos, é altamente questionável a atuação de terceirizados na análise de passaportes em portos e aeroportos, como corrobora a polêmica a respeito, uma vez que, independentemente da decisão, esta existe e se dá no curso de análise para a qual é relevante o preparo e a experiência do profissional. Ainda que se tente justificar a medida sob o argumento de faltar aos contratados a competência para decidir em favor da restrição de liberdade, pois na dúvida devem se reportar à autoridade policial, a quem compete a decisão, ainda assim é inegável que, mesmo na liberação de bens e pessoas, profere decisão, talvez de grave repercussão, para a qual não está habilitada.

Note-se que, com relação às atribuições da Secretaria da Receita Federal, órgão do Ministério da Fazenda encarregado da arrecadação e gestão dos recursos públicos, no que atine à sua principal função, a arrecadação de tributos, nem mesmo outro servidor público que não o Auditor Fiscal da Receita Federal possui competência para, caso verifique a prática de fato jurídico com efeitos tributários, lançar o tributo e tomar as medidas tendentes à sua cobrança, porque semelhante tarefa é privativa do Auditor (artigo 6º, I, “a”, da Lei n. 10.593/2002, na redação da Lei n. 11.457/2007).

De igual modo, só a ele cabe “executar procedimentos de fiscalização, praticando os atos definidos na legislação específica, inclusive os relacionados com o controle aduaneiro, apreensão de mercadorias, livros, documentos, materiais, equipamentos e assemelhados” (Lei n. 10.593/2002, artigo 6º, I, “c”). Ao Analista Tributário da Receita Federal do Brasil, cargo de nível médio, compete apenas, ressalvada a competência privativa do Auditor[332], entre outras enunciadas no §2º do dispositivo, “as atividades de natureza técnica,

[332] Objeto do inciso I e §1º do artigo 6º da Lei n. 10.593/2002, com a redação da Lei n. 11.457/2007.

acessórias ou preparatórias ao exercício das atribuições privativas dos Auditores Fiscais da Receita Federal do Brasil". Maior detalhamento das competências, frisa a lei, será dirimida por Regulamento do Poder Executivo (§3º).[333]

No que tange à discricionariedade, que Hely Lopes Meirelles dizia traduzir-se na "livre escolha, pela Administração, da oportunidade e conveniência de exercer o poder de polícia, bem como de aplicar as sanções e empregar os meios conducentes a atingir o fim colimado", qual seja, a proteção do interesse público[334], a afirmação deve ser vista com algum cuidado.

De fato, em certos aspectos, com vistas a maior flexibilidade diante de situações variáveis, a lei pode conceder certo grau de discricionariedade ao agente para decidir como atuar em determinada situação. Assim, ele pode ter liberdade, ante a enorme quantidade de bens importados no aguardo de liberação, de decidir, à luz de certos critérios, os que deva vistoriar por amostragem. Pode, outrossim, diante de pedido de autorização para porte de armas, decidir a respeito, depois de apreciar o cumprimento dos requisitos legais. De igual modo, lamentavelmente, não são raros os casos em que, em hospital público, o médico servidor, diante da escassez de recursos, precisa decidir qual, dentre dois pacientes moribundos, merece receber a única dose existente de remédio – ou a vaga na Unidade de Terapia Intensiva (UTI) capaz de salvá-lo.

Contudo, o espaço autorizado à escolha não é tão amplo que possa albergar o arbítrio. É apenas, na feliz descrição da doutrina, o espaço, mais ou menos amplo, contido entre as margens da moldura legal, dentro da qual o servidor tem liberdade para atuar, desde que voltado à finalidade da lei. A questão também foi claramente abordada por Hely, quando difere discrição e arbítrio, e assinala:

> discricionariedade é liberdade de agir dentro dos limites legais; arbitrariedade é ação fora ou excedente da lei, com abuso ou desvio de poder. O ato discricionário, quando se atém aos critérios legais, é legítimo e válido; o ato arbitrário é sempre ilegítimo e inválido; nulo, portanto.[335]

---

[333] Naturalmente, a nomenclatura dos cargos tem mudado ao longo dos tempos. Em período anterior, na década de 1990, o cargo de nível superior denominava-se "Auditor Fiscal do Tesouro Nacional", havendo, ainda, o cargo de Técnico do Tesouro Nacional. Independentemente do rótulo, porém, há décadas a distribuição de competências opera de forma semelhante, aproximadamente nestes termos.
[334] MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 14.ed. São Paulo: RT, 1989, p.115.
[335] MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 14.ed. São Paulo: RT, 1989, p.115.

O importante a frisar é que, como salienta Bandeira de Mello, não há ato puramente discricionário; “nunca o administrador desfruta de liberdade total”.[336] Não somente a competência para o exercício do ato e sua finalidade estão vinculados à lei, como todo o seu modo de proceder deve estar adstrito aos comandos gerais do ordenamento, que requerem uma atuação legal, impessoal, de boa-fé e eficiente.

Nessa linha, prossegue:

> O que há é exercício de juízo discricionário quanto à ocorrência ou não de certas situações que justificam ou não certos comportamentos e opções discricionárias quanto ao comportamento mais indicado para dar cumprimento ao interesse público *in concreto*, dentro dos limites em que a lei faculta a emissão deste juízo ou desta opção.[337]

Portanto, a despeito da margem de liberdade que possa existir com respeito a algumas condutas, nunca ela é tão ampla que não se ressinta da sombra da lei que sobre ela paira e de sua finalidade.

A lei – composta de normas jurídicas, cujas hipóteses e consequências, incluída a sanção, sempre traduzem uma finalidade – está delineada à sombra de certos parâmetros – os princípios jurídicos – delimitadores do campo de interpretação e aplicação do Direito. Por isso, ocorrido o fato jurídico descrito em lei, não pode o agente administrativo ignorá-lo ou interpretá-lo (como à norma) de maneira arbitrária, dissociada da realidade do desenho legal. Nesse aspecto, como nos procedimentos traçados para apuração e responsabilização, a atuação do operador é vinculada.

Destarte, sem prejuízo do fato de que, diante de qualquer significação construída pelo intérprete (*v.g.* definir se o caso consubstancia subfaturamento de mercadorias importadas), se o servidor o entender presente deverá lavrar auto de infração, de igual maneira como o guarda de trânsito, verificando um “racha”, não poderá desconhecê-lo, devendo lavrar a autuação correspondente.

Por outro lado, foi mencionado que, em razão do princípio da supremacia do interesse público, os atos do Poder Público seriam autoexecutáveis. A assertiva, todavia, só é válida diante de situações nas quais

---

[336] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 28.ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p.433.
[337] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 28.ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p.433.

seja constatado risco público iminente, quando a autoridade pública, de imediato, poderá adotar medidas coercitivas para salvaguardar a ordem pública. Prescinde, nessa hipótese, de prévia intervenção judicial.

Suponhamos que servidor da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa)[338] observe a introdução de produtos *in natura* (como frutas) procedentes do exterior, cuja internação é vedada pela legislação pertinente, em razão de risco de propagação de doenças na lavoura. Nesse caso, baseado na legislação referente à matéria, a autoridade fitossanitária poderá, *incontinenti*, apreender o bem, independentemente de qualquer medida judicial.

A demonstrar a importância dessa espécie de controle, lembre-se da "vassoura de bruxa", doença que, a partir de 1989, afligiu o cacau no Brasil. Na época, o País, segundo maior produtor global (atrás da Costa do Marfim) – produzia cerca de 400.000 toneladas – despencou a produzir 100.000, em pouco tempo.[339] Segundo a Fundação Instituto Oswaldo Cruz (Fiocruz), a praga, vinda da Amazônia, causou grande estrago no Equador, na década de 1920[340]. Imagine-se o reflexo se também atingisse a África, a afetar os maiores produtores mundiais.

Daí a importância de as autoridades sanitárias, de todos os países, controlarem a entrada de produtos *in natura* em suas fronteiras. O mesmo pode ocorrer em qualquer lugar, com qualquer outro produto – frutas, carnes, flores, etc. – de modo a provocar sérios danos à economia e à população, seja a que subsiste dessa produção, seja seu mercado consumidor, que pagará mais caro pelo produto.[341]

Naturalmente, seria imprudente e, portanto, desarrazoado esperar, nessas circunstâncias, prévia discussão judicial antes da ação administrativa. Fundada na lei, a autoridade deverá apreender e destruir os bens capazes de

---

[338] A Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa) é autarquia vinculada ao Ministério da Saúde, cuja finalidade, reportada no artigo 6º da Lei n.9.782/1999, que a criou, é "promover a proteção da saúde da população, por intermédio do controle sanitário da produção e da comercialização de produtos e serviços submetidos à vigilância sanitária, inclusive dos ambientes, dos processos, dos insumos e das tecnologias a eles relacionados, bem como o controle de portos, aeroportos e de fronteiras".

[339] Além do dano à produção do fruto, com suas consequências econômicas e sociais, assevera a Secretaria da Agricultura da Bahia que, ao menos nesse Estado, onde disseminou a praga, a morte do cacaueiro levaria à perda da Mata Atlântica circunvizinha, com trágico dano ambiental. (Disponível em: www.seagri.ba.gov.br/noticias/2014/11/12-vassoura-de-bruxa-varrendo-praga-do-cacau. Publicado em: 12 nov.2014. Acesso em: 4 abr.2016).

[340] REVISTA de Pesquisa Fapesp. Disponível em: www.invivo.fiocruz.br/cgi/cgilua.exe/sys/start. Out. 2006. Acesso em: 4 abr.2016.

[341] Inúmeros exemplos reais de pragas ou doenças que afetaram, de forma grave, plantações e rebanhos podem ser citados no mundo (febre aftosa, cancro cítrico, "vaca louca". Em todos os casos, sempre passíveis de, sem os devidos cuidados, passar de um País a outro.

por em risco a saúde da população ou sua produção, antes que os danos se tornem efetivos.

Outro bom exemplo é o regime do Decreto n. 24.114/1934, regulador da defesa sanitária vegetal, pelo qual verificadas pragas nocivas às culturas cuja disseminação possa estender-se a outras regiões, com risco para a lavoura nacional, autoriza o Ministério da Agricultura a interditar, de imediato, a área contaminada e aplicar medidas de erradicação, inclusive mediante a destruição do plantio.[342]

De modo similar, o controle da saúde pública não se restringe ao controle dos medicamentos e hormônios importados ou produzidos no País, atribuição do Ministério da Saúde. Alcança, também, o controle de doenças, atitude que pode levar à quarentena, espécie de segregação compulsória, embora temporária.

Nessa seara, a fiscalização dos navios que adentram os portos nacionais pode ser importantíssima para controlar ou impedir doenças vindas de alhures. Apenas para ater a casos reais, relembre-se a epidemia de peste bubônica, transmitida por pulgas infectadas com a bactéria *pasteurella pestis*, extraída do sangue de ratos empesteados, transportados em porões de navios[343]; das cepas de gripe (como a “espanhola”), que tantas mortes aqui causou em 1918[344]; ou a introdução de vetores capazes de serem veículos transmissores de doenças, como é o caso do mosquito *aedes aegypti*[345], transmissor de males tão disseminados como a dengue, a zika e outras doenças.

De outra parte, verificada a introdução de bens cuja importação é permitida, mas não declarados à autoridade aduaneira, a despeito de superarem o limite legal de isenção, a autoridade poderá lavrar auto de infração, com exigência do pagamento de tributo e multa, sem prévia

[342] A respeito, a jurisprudência é tranquila em admitir essas medidas, ressalvando, apenas, a necessidade de indenização na hipótese de recaírem sobre plantações sem suspeita de contaminação.

[343] No Brasil, a epidemia de peste teria iniciado pelo Porto de Santos, em outubro de 1899, conforme informado no artigo de Dilene Raimundo do Nascimento, exposto nos Anais do XXVI Simpósio Nacional de História (ANPUH). São Paulo, jul.2011. Disponível em: http://www.snh2011.anpuh.org. Acesso em: 4 abr.2016.

[344] A gripe espanhola chegou ao Brasil em setembro de 1918, com o navio inglês "Demerara", oriundo de Lisboa, que desembarcou doentes em Recife, Salvador e Rio de Janeiro. No mesmo mês, marinheiros, que prestavam serviço militar em Dakar, atual Senegal, desembarcaram com a moléstia em Recife. Em duas semanas, a doença atingiu o Nordeste e São Paulo. Houve 14.348 mortes no Rio de Janeiro e 2.000 em São Paulo. (Disponível em: http://www.invivo.fiocruz.br. Acesso em: 4 abr.2016).

[345] Originário do Egito, o mosquito teria vindo em navios de escravos. (Disponível em: http://auladengue.ioc.fiocruz.br/?p=68. Acesso em: 4 abr.2016).

intercessão judicial. Se esta vier a ocorrer, o será apenas em etapa posterior, unicamente por ter o interessado discordado da autuação ou por preferir discutir a questão. De qualquer modo a decisão da autoridade, ressalvada a possibilidade de recurso administrativo, é definitiva, na órbita Administrativa, e basta por si. Reflete ato jurídico perfeito, gerador de efeitos normais até sua anulação ou suspensão por instância administrativa ou judicial.

No entanto, se a tentativa de introdução referir-se à mercadoria cuja internação no mercado nacional é proibida, o que constitui o contrabando, tipificado no artigo 334 do Código Penal (Decreto-Lei n. 2.848/1940), ou o tráfico ilícito de drogas, objeto de lei especial[346], não apenas o bem poderá ser apreendido pelo agente da Aduana ou da Polícia Federal, como, por se tratar de crime, o responsável sujeitar-se às respectivas penas. Quanto ao bem, logo apreendido, depois de instruir o respectivo processo penal, ele será submetido a perdimento, como efeito da condenação (artigo 91, II, "b" do Código Penal).[347]

Em todos esses casos, havendo limitação da liberdade ou do uso da propriedade pela Administração, independentemente de prévio procedimento administrativo ou judicial, mostra-se presente a autoexecutoriedade do ato da Administração. Ela há de se conjugar sempre à coercibilidade, inerente aos atos administrativos, de modo a permitir a imposição forçada das medidas de urgência da Administração.

É preciso sempre lembrar, todavia, que a autoexecutoriedade das medidas só se legítima diante de situações que requeiram a assunção de medidas urgentes para o fim de combater o risco à ordem ou à saúde pública. Inexistente urgência é desnecessária e, portanto, injustificada a medida de força, que só pode ser intentada nos termos do devido processo legal. É o que ocorre, em nosso sistema, em todas as situações nas quais a penalidade exigível é a de multa, a qual deve ser previamente notificada ao sujeito passivo, que terá prazo para pagar ou recorrer da imposição. Por falta do requisito urgência, penalidades como a de perdimento, em razão de infração aduaneira,

---

[346] Atualmente a Lei n.11.343/2006.

[347] "Art. 91. São efeitos da condenação: [...] II – a perda em favor da União, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa fé: a) dos instrumentos do crime, desde que constituam em coisas cujo fabrico, alienação, uso, porte ou detenção constitua fato ilícito; b) do produto do crime ou de qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso."

jamais poderão ser executadas sumariamente. Sujeitam-se sempre, ao devido processo legal.

A esse respeito, lapidar a lição de Hely Lopes Meirelles:

> Mas *não se confunda a autoexecutoriedade das sanções de polícia com punição sumária e sem defesa*. A Administração só pode aplicar sanção sumariamente e sem defesa (principalmente as de interdição de atividade, apreensão ou destruição de coisas), nos casos urgentes que ponham em risco a segurança ou a saúde pública ou quando se tratar de infração instantânea surpreendida na sua flagrância, aquela ou esta comprovada pelo respectivo auto de infração, lavrado regularmente: nos demais casos exige-se o processo administrativo correspondente, com plenitude de defesa ao acusado para validade da sanção imposta.[348]

Na mesma linha, Celso Antônio Bandeira de Mello aponta não ser a autoexecutoriedade inerente a toda e qualquer medida de polícia, somente se justificando, pois, segundo o autor, em três hipóteses:

> (I) quando a lei expressamente autorizar;
> (II) quando se tratar de medida urgente, para defesa do interesse público, que não comporte aguardar manifestação judicial sem risco para a coletividade;
> (III) quando não existir outra via jurídica apta a assegurar a satisfação do interesse público em questão.[349]

Sua posição é semelhante à de Maria Silvia Zanella Di Pietro, que também realça o fato de nem todas as medidas de polícia possuírem autoexecutorieade, que deve estar autorizada em lei ou tratar-se de medida de urgência, bem como a de Silvio Luís Ferreira da Rocha, que se reporta aos dois últimos autores.[350]

Gordillo, a seu turno, realça que há tempo, desde o advento do Estado de Direito, o poder não mais implica “liberdade na eleição dos meios para cumprir o fim”. Encontra-se adstrito à reserva da lei, que fixa a maneira pela qual se deva dar seu exercício.[351] Em última análise, pois, para esse autor, a Administração só pode atuar interferindo na esfera individual se houver norma,

---

[348] MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 14.ed. São Paulo: RT, 1989, p.116.
[349] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 28.ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p.849.
[350] ROCHA, Silvio Luís Ferreira da. **Manual de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2013, p.496.
[351] GORDILLO, Agustín. **Tratado de derecho administrativo**. t.2. – La defensa del usurário y del administrado. 5.ed. Belo Horizonte: Del Rey e Fundación de Derecho Administrativo, 2003, p.V-17.

explícita ou implícita, a autorizar essa atuação, vinculada ou discricionária.[352] Ainda assim, nestes casos, estará circunscrito aos limites e finalidades da lei, o que implica atuar de forma razoável e proporcional frente ao caso concreto.

[352] GORDILLO, Agustín. **Tratado de derecho administrativo**. t.2. – La defensa del usurário y del administrado. 5.ed. Belo Horizonte: Del Rey e Fundación de Derecho Administrativo, 2003, p.V-21.

12 COMÉRCIO EXTERIOR: IMPORTÂNCIA E INFLUÊNCIA DAS NORMAS DE DIREITO INTERNACIONAL NO CONTROLE SOBRE ELE EXERCIDO POR CADA PAÍS

Uma vez que, por razões geológicas, geográficas, culturais ou socioeconômicas nenhum País tem condições de produzir tudo o que precisa ou, mesmo quando o têm, por vezes isso não vale a pena, é natural que, desde a Antiguidade, todas as civilizações tenham procurado em outras os bens que lhes faltavam para suprir suas necessidades.

Não é novidade o dinamismo do comércio exterior do Antigo Egito, dos hititas e de várias das cidades-Estados gregas. Tampouco o do Império Romano com todo o mundo conhecido à época, incluída a Índia e a China[353], em que se tinha o atual Sri Lanka (antigo Ceilão), por exemplo, como ponto de encontro de mercadores hindus, árabes, chineses e romanos. Da África, por sua vez, Roma importava trigo, entre outros produtos. Todo esse comportamento prosseguiu por séculos, até alcançar a dimensão e a forma atual.

Nos primórdios da Economia moderna, David Ricardo, adaptando preceitos da teoria de Adam Smith, procurou explicar esse fenômeno mediante a famosa teoria da “vantagem comparativa” (ou do “custo comparado”), que aponta para uma divisão do trabalho entre os países, conforme sua capacidade de atrair capitais.[354]

Em sua concepção, em situação de livre mercado (pressuposto de toda a Escola Clássica), o capital sempre tende a migrar de um País a outro se este demonstrar possuir condições mais vantajosas (produtividade e ganho), em relação aos demais, para a produção do bem.

Assim, identificadas melhores condições de produção em outro País, o primeiro preferira transferir seu “ouro” para este, com o fito de importar o bem a

---

[353] Heródoto menciona soldados do imperador persa Xerxes vestidos com algodão da índia e Plínio, o Antigo, informa que, anualmente, o Império Romano comprava mercadorias da Índia no valor de 50 milhões de sestércios. Assinale-se, ainda, ser essa região a principal responsável pelo contato constante com a China, mas também com a Indonésia e o Sudeste Asiático. (GIORDANI, Mário Curtis. **História da antiguidade oriental**. 11.ed. Petrópolis: Vozes, 2001, p.208). Por sua vez, a rota da seda partia da Síria romana, passava pela Índia e chegava à China, enquanto há provas da chegada de romanos ao sul da China e de comércio constante com o Sudeste Asiático ao tempo de Antonino e Marco Aurélio (GIORDANI, Mário Curtis. **História da antiguidade oriental**. 11.ed. Petrópolis: Vozes, 2001, p.342).

[354] Suas principais teses, ainda hoje consideradas das mais sólidas do liberalismo clássico, estão expostas, basicamente, nos “Princípios de Economia Política e Tributação”, publicada em 1815.

um custo menor, a dispender capitais com uma produção mais cara.[355] Em outras palavras, os Estados especializam-se na produção dos bens econômicos, segundo sua expectativa de, mediante maior produtividade, conseguir auferir maiores ganhos. Para os bens com relação aos quais não possuam semelhantes esperanças, a tendência é importá-los.

Se não estão totalmente afastadas essas considerações, reconhece-se atualmente haver outros fatores a afetar essa opção. São eles a variabilidade dos custos ao longo do tempo (eles não seriam constantes); a inexistência de concorrência perfeita, como subentendido no modelo frisado e a repercussão da economia de escala, capaz de aumentar a produtividade de um bem (e reduzir o custo) depois de determinado ponto.[356]

Alternativo ao modelo de Ricardo, o de Heckscher-Ohlin, mais complexo e preciso, embora menos comentado, assinala que os países tenderão a exportar bens que se utilizam mais agudamente dos fatores de produção nele abundantes (*v.g.* mão de obra, insumos), para importar aqueles dependentes de fatores que lhe são escassos (*v.g.* tecnologia ou outros fatores atrelados ao capital).

Destarte, até por conta da multiplicação de necessidades a serem satisfeitas (sempre inesgotáveis), por conta da imensa variação de produtos criados pela tecnologia, das exigências do mundo moderno e do crescimento demográfico, conjugada à natureza humana, a requererem constantemente novos bens, é inevitável o contínuo aumento do comércio exterior.

É marcante, contudo, ao longo dos últimos séculos, a disputa entre o pensamento favorável ao livre comércio e o defensor do protecionismo, ante o conflito sobre qual o meio mais eficiente e seguro para alcançar o desenvolvimento e o bem-estar: pela potencialização do ganho de produtividade, que propiciaria o aumento de renda nacional, com seus reflexos, ou pelo fomento e proteção à indústria interna, maneira de aumentar o peso relativo da economia nacional no cenário internacional?

Trata-se de circunstância que assoma de relevância quando se verifica o acentuado incremento do comércio internacional, principalmente após a

---

[355] HEIMANN, Eduard. **História das doutrinas econômicas** – uma introdução à teoria econômica. 3.ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1976, p.109.
[356] SAYAD, João. Comércio Internacional. In: Equipe de Professores da USP. PEREIRA, Wlademir (Org.). **Manual de introdução à economia**. São Paulo: Saraiva, 1985, p.320.

Segunda Guerra Mundial, decorrente do processo de globalização que grassa no mundo contemporâneo, em virtude dos avanços nos meios de transportes e nas comunicações. Segundo a Organização Mundial do Comércio, somente entre 1950 e 2007 o incremento do comércio mundial foi de, aproximadamente, vinte e sete vezes[357], a demonstrar sua incrível velocidade de expansão, a despeito das inúmeras crises internacionais ocorridas nos últimos vinte anos (como as de 1997, 1999 e 2008). Somente nos portos brasileiros – considerados os públicos e privados –, a movimentação de cargas mais que dobrou nos últimos vinte anos: saltou de 386 milhões de toneladas, em 1996, para 969 milhões de toneladas, em 2014.[358]

Independentemente, porém, da linha de pensamento econômico adotado – livre comércio ou protecionismo – em qualquer cenário, que jamais estará polarizado entre uma e outra dessas posições, mas será sempre variável, segundo um amplo espectro intermediário, o intuito é o desenvolvimento, objetivo da República, propugnado no artigo 3º, II, da Constituição de 1988. Em face de uma Constituição estruturada, sobretudo, sobre princípios, os quais nela são minudentemente versados, é cabal ser imperiosa a necessidade de se perseguir o desenvolvimento, juntamente com a preservação das demais metas constitucionais: livre-iniciativa, bem-estar, saúde pública, cultura, e assim por diante, conforme mais detalhadamente veremos adiante.

Assim como o desenvolvimento econômico somente resultará adequado se o incremento dos negócios se der atento a todos os fatores imprescindíveis para torná-lo efetivo, ou seja, estribado na harmonização entre os interesses econômicos e os demais aspectos pertinentes ao desenvolvimento humano, a saber, a preservação cultural e ambiental, também o fiel cumprimento da Constituição só advirá da adequada ponderação dos valores, de maneira a, concretamente, otimizá-los.

É importante notar, entretanto, especificamente na área de comércio exterior, a relevante interferência, nessa regulação, de inúmeras normas de direito internacional, plasmadas em vários tratados bilaterais e multilaterais,

---

[357] Organização Mundial do Comércio. Disponível em: www.g1.globo.com/notícias/mundo. Publicada em: 4/12/2007. . Acesso em: 15 abr.2016.

[358] Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ). Disponível em: www.antaq.gov.br. Acesso em: 15 abr.2016.

como os constitutivos de organização internacionais de comércio (Organização Mundial do Comércio – OMC), de blocos econômicos (*v.g.* a Comunidade Econômica Europeia, depois transmutada na União Europeia, de índole mais ampla, e o Mercado Comum do Cone Sul – MERCOSUL).

O pano de fundo desse contexto é o clamor, principalmente dos países mais desenvolvidos, pelo livre comércio, embora forçosamente tenham que admitir, em favor dos manifestamente pobres ou em vias de desenvolvimento, cláusulas protetivas à sua agricultura, pecuária e indústria. Aliás, mesmo para estes últimos é imprescindível a padronização de procedimentos e de linguagem, pois, só assim tornar-se-á menos dúbia e, portanto, mais eficiente a atuação dos organismos estatais incumbidos do controle do fluxo de comércio exterior do País.

Em escala global, é destacado o papel do Acordo do *General Agreement on Tariffs and Trade* (GATT), firmado em 1947 e implementado a partir de 1/1/1948[359], que, depois de várias rodadas de negociação, resultou, em 1/1/1995, na implantação da Organização Mundial do Comércio (OMC), e, em âmbito regional, da Associação Latino-Americana de Livre Comércio (ALALC), criada pelo Tratado de Montevidéu, de 1960 e sucedida, em 18/3/1981[360], pela Associação Latino-Americana de Integração (ALADI), e, ainda, do Mercado Comum do Cone Sul (MERCOSUL).

Da atuação do GATT, afora a redução da tarifa média de 40%, em 1947, para cerca de 5% sobre os produtos manufaturados, em 1995, ano de surgimento da OMC[361], resultou, dentre outros avanços, no estabelecimento do Acordo de Valoração Aduaneira (AVA). O acordo, com fundamento no §2º do artigo VII do Acordo que o instituiu, determinava a necessidade de se estabelecer o "valor aduaneiro" das mercadorias, baseado, tanto quanto possível, no seu valor real, isto é, afastados critérios arbitrários e fictícios. [362]

---

[359] O Acordo do GATT, firmado em 1947, resultou do fracasso de se constituir, ainda na década de 1940, a Organização Internacional do Comércio (OIC), prevista na Carta de Havana de 1948, em especial por conta do não envio da Carta para aprovação pelo Congresso dos Estados Unidos.

[360] Por novo tratado celebrado em Montevidéu, em 12/8/1980.

[361] AMARAL, Antônio Carlos Rodrigues do (Coord.). **Direito do comércio internacional** – aspectos fundamentais. São Paulo: Aduaneiras, 2004, p.48.

[362] Assinado em 12/4/1979, em Genebra, o AVA, com o seu Protocolo Adicional de 1/11/1979 foi aprovado pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo n. 30, de 15 de dezembro de 1994, e promulgado pelo Decreto n.1.355, de 30 de dezembro de 1994. O Decreto n. 2.498/1998, por sua vez, disciplina alguns aspectos da aplicação do Acordo, cujo controle cabe à Secretaria da Receita Federal do Brasil.

Sucessor do primeiro mecanismo apresentado para esse fim – a "Definição do Valor de Bruxelas" (DVB)[363] de 1950 – o AVA, também conhecido como "Acordo sobre a Implementação do artigo VII do GATT", concluído em 1979, depois da Rodada de Tóquio realizada (entre 1973 e 1979) entre os membros da instituição, só foi definitivamente incorporado ao Acordo do GATT em 1994, ao fim da Rodada do Uruguai. A partir dessa época, o AVA passou a ser gerido pela OMC, criado nessa mesma Rodada.[364]

Prenuncia, como diz o nome, os valores a serem oficialmente considerados nas operações de comércio exterior, os quais, consoante mencionado, devem ser, tanto quanto possível, os reais. Pelo acordo, o "valor aduaneiro" será apurado, sucessivamente (a depender do descabimento de uso do critério anterior), mediante a utilização, em síntese (desconsiderados ajustes ou a obediência aos requisitos estipulados), dos seguintes métodos: (1) de transação[365]; (2) o de mercadorias idênticas; (3) o de mercadorias similares; (4) o de venda, no País de importação, no mesmo estado e tempo a comprador não vinculado ao vendedor; (5) o computado, isto é, a soma do custo de produção, lucros e despesas gerais usuais nas vendas para exportação desses produtos no País de exportação para o importador; ou (6) o fixado segundo a adoção de critérios razoáveis condizentes com os princípios e condições do Acordo, com base nos dados disponíveis no País importador.

Nesse passo, a fixação daquilo que deva servir de base de cálculo dos tributos incidentes sobre o comércio exterior (imposto de importação (II), de exportação (IE), e o imposto sobre produtos industrializados (IPI), vinculado à importação) está em consonância com o expresso no AVA.

É certo que a Medida Provisória n. 2.158-35, de 24/8/2001, em seu artigo 88[366], estipulou parâmetros um tanto diversos para o arbitramento do valor aduaneiro na hipótese de fraude, sonegação ou conluio na importação, a

[363] Baseado em listas dos valores de cada espécie de mercadoria, o sistema era falho e, ainda, permitia que cada País criasse seu próprio mecanismo de valoração.
[364] LUZ, Rodrigo. **Comércio internacional e legislação aduaneira** – teoria e questões. 3.ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p.380-381.
[365] Em síntese, o "valor de transação", a aplicar no primeiro método, corresponde àquele designado na fatura, acrescido das despesas necessárias (frete e seguro) para colocação no porto ou aeroporto de destino (preço CIF – *Cost, Insurance and Freight*).
[366] Artigo 88. [...]: I – preço de exportação para o País, de mercadoria idêntica ou similar; II – preço no mercado internacional, apurado: a) em cotação de bolsa de mercadoria ou em publicação especializada; b) de acordo com o método previsto no Artigo 7 do Acordo para Implementação do Artigo VII do GATT/1994, aprovado pelo Decreto Legislativo n. 30, de 15 de dezembro de 1994, e promulgado pelo Decreto n. 1.355, de 30 de dezembro de 1994, observados os dados disponíveis e o princípio da razoabilidade; ou c) mediante laudo expedido por entidade ou técnico especializado.

serem aplicados segundo a ordem nela especificada. Esse contexto de pronto remete à aplicabilidade do tratado internacional.[367]

De fato, embora, na maioria dos casos, afastado o valor de transação (1º critério previsto no AVA) à vista da suspeita de fraude, o primeiro critério estipulado pela Medida Provisória corresponda exatamente aos segundo e terceiros previstos no Acordo – preço de exportação de mercadoria idêntica ou o da similar – impossível a aplicação destes últimos, advirá divergência entre os critérios propostos, pois, enquanto o AVA estipula o valor de venda no País de importação, a Medida Provisória prevê o preço, apurado no mercado internacional, de venda em bolsa de mercadoria ou publicação especializada.

Importa salientar que, no passo seguinte, verificada a impossibilidade de apuração por esses critérios, a Medida Provisória determina a aplicação do método previsto no Artigo 7 do Acordo para Implementação do Artigo VII do GATT/1994, "observados os dados disponíveis e o princípio da razoabilidade", sendo previsto, ainda, na inviabilidade deste, a apuração mediante perícia, cujo resultado consubstanciará o assinalado laudo expedido por entidade ou técnico especializado.

Ainda que, em geral, baste o primeiro critério da Medida Provisória, que corresponde ao segundo e terceiro do AVA, para dirimir a questão, a discrepância no passo seguinte – valor no País de importação ou valor em bolsa internacional ou publicação especializada – só seria justificável se se entendesse que, em razão de monopólio, oligopólio ou cartel todos os preços no País de importação estariam viciados. Por essa razão, deveriam ser afastados. No entanto, se assim for, o próprio AVA – que ressalta dever o preço de importação ser procurado entre pessoas não vinculadas, no mesmo período e local (circunstâncias talvez desalinhadas à publicação técnica a que se refere a Medida) – remete ao critério seguinte, o do preço computado, dificilmente manipulável.

---

[367] Ainda em 15/4/2016, segundo o *site* da Presidência da República, a Medida Provisória estaria "em tramitação" e não teria sido convertida em lei. Noutro giro, frise-se que, após a Emenda Constitucional n. 45/2004, ressalvados os tratados relativos a direitos humanos, que poderão possuir *status* constitucional ou supralegal (se não aprovados com o quórum qualificado do artigo 5º, §3º, da Constituição Federal de 1988), todos os demais se equiparam à lei ordinária, consoante o entendimento manifestado pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário n. 466.343-SP, em dezembro de 2008. Portanto, sujeitam-se esses tratados, se não à revogação, ao menos à suspensão de eficácia. De outra parte, frente à interpretação do STF, estaria superado o artigo 98 do Código Tributário Nacional (CTN), que prega a prevalência dos tratados sobre a legislação interna, inclusive a que lhe sobrevenha. A problemática com referência à Medida Provisória é da ordem de política internacional, uma vez que não houve denúncia do tratado.

Não haveria, portanto, razão plausível para afastar-se a aplicação do Acordo. Principalmente se considerado que, inviável aplicar-se esse critério da Medida, serão usados, na sequência, segundo ela própria determina, os previstos no Acordo, cujo último parâmetro é, justamente, o arbitramento segundo critérios razoáveis; aberto, portanto, para variadas saídas, que jamais levarão à necessidade de aplicação da Medida. Até porque a própria razoabilidade poderá recomendar a confecção de laudo técnico.

A adoção da Medida, além de pouco acrescentar de útil à solução da matéria, apenas pela falta de uniformidade gera dúvidas e, portanto, insegurança jurídica sobre o regime aplicável. Ademais, põe o País em delicada situação no plano internacional, pois, embora não denunciado, o tratado não tem sido aplicado nessa hipótese.

Quanto ao fato da referida Medida nunca, até este momento, haver sido convertida em lei, nos termos do §3º do artigo 62 da Constituição, na redação da Emenda Constitucional n. 32/2001, que impõe sua conversão no prazo de 60 dias, prorrogáveis por outros 60 – motivo pelo qual, em princípio, ela teria perdido eficácia desde sua edição – anote-se que, por força do artigo 2º dessa Emenda, por se tratar de Medida a ela anterior, enquanto não for revogada por outra ou procedida deliberação definitiva a seu respeito pelo Congresso Nacional, ela permanece incólume, surtindo seus naturais efeitos.

O cumprimento do AVA é acompanhado por dois órgãos vinculados à Organização Mundial das Alfândegas: o Comitê de Valoração Aduaneira e o Comitê Técnico de Valoração Aduaneira: o primeiro, que se reúne ordinariamente uma vez por ano para verificar a administração do sistema em relação aos seus objetivos, e o segundo, que, por seus instrumentos (*v.g.* Notas Explicativas e Comentários), se dedica a conferir uniformidade na interpretação e aplicação do Acordo.

Outro acordo internacional que impacta a regulação do comércio exterior na ordem interna é o que se refere ao MERCOSUL, criado pelo Tratado de Assunção, de 26/3/1991 – originalmente entre Argentina, Uruguai, Paraguai e Brasil – depois redesenhado pelo Protocolo de Ouro Preto, de 17/12/1994, desde 2012 passou a contar com a Venezuela como Estado-Parte.[368]

[368] No mesmo ano, foi assinado o Protocolo de Adesão da Bolívia ao MERCOSUL, o qual, ratificado pelos congressos dos Estados integrantes, tornará o País andino integrante pleno do bloco. São, por sua vez,

Ambiciosamente, pretende a implantação de um “mercado comum”. No entanto, em termos práticos, nunca ultrapassou o primeiro estágio de integração regional – formação de “zona de livre comércio” –, a despeito da adoção de tarifa externa comum, característica das “uniões aduaneiras”.[369]

Segundo o artigo 1º do Tratado de Assunção, a criação do mercado comum implicaria:

> (I) a livre circulação de bens, serviços e fatores de produção entre os países do bloco;
>
> (II) o estabelecimento de uma tarifa externa comum e a adoção de uma política comercial conjunta em relação a terceiros Estados ou agrupamentos de Estados e a coordenação de posições em foros econômico-comerciais regionais e internacionais;
>
> (III) a coordenação de políticas macroeconômicas e setoriais entre os Estados Partes;
>
> (IV) o compromisso dos Estados Parte em harmonizar a legislação nas áreas pertinentes, a fim de fortalecer o processo de integração.

A primeira consequência prática na implementação do MERCOSUL, em termos técnicos, foi a elaboração da Tarefa Externa Comum (TEC), implantada, no Brasil, pelo Decreto n. 1.343/1994, para vigorar a partir de 1995.[370] Ela foi habilmente atrelada ao Sistema gestado pela Convenção Internacional sobre o Sistema Harmonizado de Designação e Codificação de Mercadorias (SH), celebrada em 14/6/1983, em Bruxelas.

Membros-Associados o Chile, pelo Acordo de Complementação Econômica n. 35 (ACE-35), desde 1996, o Peru (desde 2003), a Colômbia e o Equador (desde 2004), bem como a Guiana e o Suriname desde 2013. (Disponível em: www.mercosul.gov.br. Acesso em: 13 abr. 2016).

[369] Na zona de livre comércio, eliminam-se barreiras alfandegárias, mas os Estados-Membros ainda possuem uma política comercial própria; na união aduaneira, esta seria comum. Dado o número de exceções, não parece que se possa afirmar, realmente, ser este o estágio do MERCOSUL. Só em um terceiro estágio, depois da união aduaneira, haveria a formação de um mercado comum.

[370] Atualmente, a TEC vigora nos termos da Resolução CAMEX n. 42/2001 e alterações posteriores.

Com o fim de estabelecer uma linguagem comum aos países participantes, designativa de todas as mercadorias existentes e passíveis de comércio internacional, o SH vale-se de uma estrutura progressiva de códigos numéricos – designativos de seções, capítulos, posições e subposições (podem chegar a 8 dígitos quando atreladas à TEC) – que obedecem a ordem crescente de grau de elaboração dos produtos. Parte-se, pois, dos animais vivos, nos códigos iniciais, até as obras de arte, depois de passar por bens de capital e produtos industrializados. Ademais, a TEC contém, os "ex" ou "ex tarifários", que correspondem a bens minuciosamente especificados, para os quais a autoridade aduaneira do País importador autoriza seu ingresso no território nacional com redução ou isenção de imposto.

O Brasil aderiu à Convenção Internacional sobre o Sistema Harmonizado de Designação e Codificação de Mercadorias (SH) apenas em 31/10/1986, passando a utilizar o SH – que sucedeu a Nomenclatura do Conselho de Cooperação Aduaneira (NCCA) – em 1989, depois de publicado o Decreto Legislativo n. 71, de 11/10/1988, e o Decreto n. 97.409/1988, que dispõe sobre a matéria.

A administração do Sistema, com a inclusão de novos produtos, quando criados, fica a cargo da Organização Mundial das Alfândegas (OMA), sucessora do Conselho de Cooperação Aduaneira (CCA), criado para coordenar as ações das Aduanas no mundo.[371] Em 2009, o SH era utilizado por cento e noventa países, que representavam 98% do comércio mundial.[372]

Foi com base no SH, com sua estrutura e número de dígitos, que o Brasil fundou dois tipos de nomenclatura (classificação) de mercadorias, a saber, a Nomenclatura Comum do Mercosul (NCM) e a Nomenclatura Aduaneira para a ALADI (Naladi-SH), ambas semelhantes. Baseada na NCM, houve, ainda, a reformulação da Nomenclatura Brasileira de Mercadorias (NBM/SH), que, com a aposição das alíquotas do imposto sobre produtos industrializados, perfaz a Tabela de Incidência do Imposto sobre Produtos Industrializados (TIPI).

---

[371] O Conselho de Cooperação Aduaneira (CCA), com sede em Bruxelas, corresponde hoje à Organização Mundial das Alfândegas (OMA).

[372] LUZ, Rodrigo. **Comércio internacional e legislação aduaneira** – teoria e questões. 3.ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p.338.

Destarte, apenas com base no código fiscal da mercadoria, sua nomenclatura, é possível identificar, em qualquer lugar do mundo, as informações básicas pertinentes a ela: os tributos incidentes, sua inclusão em acordos internacionais, sua menção em normas administrativas, as alíquotas aplicáveis, entre outros aspectos. Em suma, a designação da mercadoria independe da linguagem local, de modo a ser impossível confundir a mercadoria com outra, ainda que, na linguagem comum, isso pudesse ocorrer (*v.g.* a mesma palavra reportar, em localidades diferentes, a bens substancialmente diversos).

Ademais, por sua estruturação – firmada em posições e subposições que descem da classe de mais genérica de bens até a mais específica, com abertura para particularidades ainda não criadas – qualquer mercadoria, sem exceção, enquadra-se nesse Sistema, embora nunca em mais de uma posição, a qual é sempre excludente das demais.

Outra organização internacional voltada ao comércio exterior, da qual o Brasil faz parte, é a Conferência das Nações Unidas sobre o Comércio e Desenvolvimento (UNCTAD), criada em Genebra, em 1964, órgão permanente da Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU), na qual, em 2004, participavam 192 Estados-Membros.[373] Seu papel principal, ao longo dos últimos anos, tem sido assegurar tratamento preferencial aos produtos produzidos pelos países em desenvolvimento, por meio do estabelecimento, em 1989, do Sistema Global de Preferências Comerciais.[374]

Relativamente aos países da ALADI o Brasil possui vários acordos de redução tarifária, a refletirem no montante do imposto de importação ou exportação a ser cobrado nas remessas desses ou para esses países.

Impende mencionar, outrossim, a Convenção Internacional para Proteção dos Vegetais (CIPV) tratado internacional celebrado em Roma, ao qual o Brasil aderiu, em 1929, com vistas a impedir a propagação e a introdução de pragas atinentes a plantas e produtos derivados, mediante a adoção de medidas adequadas ao seu controle. Dirige a Convenção a Comissão de Medidas Fitossanitárias (CMF), também responsável por aprovar

---

[373] AMARAL, Antônio Carlos Rodrigues do (Coord.). **Direito do comércio internacional** – aspectos fundamentais. São Paulo: Aduaneiras, 2004, p.81.
[374] AMARAL, Antônio Carlos Rodrigues do (Coord.). **Direito do comércio internacional** – aspectos fundamentais. São Paulo: Aduaneiras, 2004, p.80.

as Normas Internacionais para Medidas Fitossanitárias (NIMF), que compõem o programa global de política e assistência técnica em quarentena vegetal da Organização para a Agricultura e Alimentação (FAO)[375]. Esta fornece padrões, diretrizes e recomendações hábeis a harmonizar, em escala internacional, as medidas fitossanitárias a serem adotadas pelos países, com o fito de agilizar o comércio e impedir a criação de barreiras ilegítimas ao seu desenvolvimento.

Por sua vez, a Organização Mundial de Saúde Animal (OIE), criada em 1924 para combater as enfermidades dos animais, define as diretrizes e discute as medidas sanitárias a serem adotadas pelos Países Membros, além das questões relativas ao comércio de produtos de origem animal, animais vivos e material de multiplicação animal. Referência mundial no controle de zoonoses, as normas da OIE são plenamente reconhecidas pela OMC.

Por sinal, também um dos acordos agregados ao da OMC – o Acordo sobre Aplicação de Medidas Sanitárias e Fitossanitárias – regula medidas sanitárias e fitossanitárias aplicáveis ao comércio multilateral, inclusive exceções ao livre comércio passíveis de serem exercitadas pelos membros da OMC, sempre que necessário para proteger a vida e a saúde das pessoas, dos animais ou se preservar espécies vegetais. Rejeita-se apenas sua utilização arbitrária em desfavor de certos países na arena do comércio internacional.

É desse Acordo, cujas consequências retomaremos no próximo capítulo, que resultam as medidas sanitárias referirem-se às questões relativas à saúde animal e à inocuidade dos alimentos, reservado o termo “fitossanitário” à sanidade vegetal. A implantação do Acordo fica a cargo do Comitê SPS.

Segundo o Acordo, todas as medidas sanitárias e fitossanitárias devem ser aplicadas com base nas normas, guias e recomendações internacionais elaboradas pelas organizações internacionais de referência reconhecidas pelo Acordo, em especial a Organização Mundial de Saúde Animal (OIE), a Convenção Internacional de Proteção dos Vegetais (CIPV) e o *Codex Alimentarius*.[376]

Este último consiste num fórum internacional de normatização do comércio de alimentos estabelecido em 1963 pela Organização para a Agricultura e Alimentação (FAO), vinculada à ONU, que tem por fim a proteção

[375] A FAO é órgão da Organização das Nações Unidas.
[376] Disponível em: www.agricultura.gov.br/internacional/negociações/multilaterais. Acesso em: 24 abr.2016.

da saúde dos consumidores com relação ao comércio internacional de alimentos processados, semiprocessados ou crus, como também de substâncias utilizadas no seu preparo. Fixa diretrizes quanto à higiene do preparo, propriedades nutricionais dos alimentos, pesticidas, resíduos de medicamentos veterinários, aditivos, substâncias contaminantes, rotulagem, classificação, critérios de amostragem e classificação.[377]

A participação do Brasil no fórum se dá por intermédio do Comitê do *Codex Alimentarius* do Brasil (CCAB), incumbido de defender os interesses nacionais nesta área, bem como de considerar as normas do *Codex* para a elaboração e atualização da legislação nacional sobre alimentos. Compõem o Comitê, no Brasil, o Instituto Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial (Inmetro), o Instituto de Defesa do Consumidor (IDEC); os Ministérios das Relações Exteriores (MRE), da Saúde (MS), da Fazenda (MF), da Ciência e Tecnologia (MCT), da Justiça (MJ/DPC) e do Desenvolvimento, Indústria e Comércio (MDIC/SECEX), as Associações Brasileiras da Indústria e Alimentação (ABIA) e de Normas Técnicas (ABNT); bem como as Confederações Nacionais da Indústria (CNI), da Agricultura (CNA) e do Comércio (CNC).

Acordo internacional que, se não afeta precipuamente o fluxo de mercadorias submetidas ao comércio exterior, influencia nitidamente sua rotina, pelos controles que enseja, com o intuito de impedir a propagação de doenças, é o que resultou na adoção do Regulamento Sanitário Internacional (RSI), de 1951, ao qual em 25/5/2005 foi dada nova versão, aprovada, no Brasil, pelo Decreto Legislativo n. 305/2009, a requerer a inspeção sistemática de bens e pessoas em portos, aeroportos e pontos de fronteira.

Cite-se, ainda, no âmbito da OMC, acordos multilaterais sobre barreiras técnicas ao comércio, sobre inspeção de pré-embarque, sobre subsídios e medidas compensatórias; sobre salvaguardas e aspectos do direito de propriedade intelectual relacionados ao comércio, entre outros.[378]

Por fim, vale mencionar, a organização intergovernamental da qual o Brasil faz parte, a Organização Mundial das Aduanas, por ser a única

---

[377] Disponível em: www.agricultura.gov.br/internacional/negociações/multilaterias/codexalimentarius. Acesso em: 24 abr.2016.

[378] AMARAL, Antônio Carlos Rodrigues do (Coord.). **Direito do comércio internacional** – aspectos fundamentais. São Paulo: Aduaneiras, 2004, p.74.

especificamente dedicada a tratar, em termos internacionais, de procedimentos aduaneiros. Fundada, assim como outras organizações internacionais com o intuito de aprimorar o comércio internacional, logo após o término da Segunda Guerra Mundial, em 1952, inicialmente era composta de 17 países. Hoje são 176, representantes por pelo menos 98% do comércio no mundo. O Brasil nela é representado por meio da Secretaria da Receita Federal do Brasil, da qual a Aduana nacional é parte.

Voltada a fomentar maior eficiência e eficácia no trabalho das Aduanas de todo o mundo, seja pelo aprimoramento dos institutos de direito aduaneiro[379] (*v.g.* trânsito aduaneiro, admissão ou exportação temporária), seja pelo estabelecimento de medidas aptas à proteção da propriedade intelectual, defesa do meio ambiente, tráfico de drogas, lavagem de dinheiro, terrorismo, ou simplesmente, arrecadação, o principal foco da OMA é uniformizar regras e procedimentos. O objetivo é a agilização desse comércio, por meio da Convenção Internacional sobre a Simplificação e Harmonização dos Procedimentos Aduaneiros (Convenção de Kyoto).

Dentro desse contexto, patrocinou, como antes explicado, a adoção do Sistema Harmonizado de Designação de Mercadorias, base da Nomenclatura Comum do Mercosul (NCM) e da Nomenclatura Brasileira de Mercadorias (NBM), e tem atuado com a OMC na interpretação e aplicação do Acordo de Valoração Aduaneira (AVA).

No campo da segurança, prevê um sistema de inteligência a interligar todas as Aduanas participantes. No acadêmico, propiciou a formação de uma rede internacional de “universidades aduaneiras” (INCU), responsável pela publicação de periódicos sobre o assunto.

Explicita a OMA, ainda, entre suas sete metas básicas: (I) promover a segurança e facilitação das trocas internacionais, incluída a simplificação e a harmonização dos procedimentos das Alfândegas; (II) promover uma justa, eficiente e efetiva arrecadação de receitas; (III) a proteção da segurança da sociedade, do meio ambiente, da saúde pública e do patrimônio cultural, bem como da competitividade entre as nações e o crescimento e desenvolvimento das trocas internacionais; (IV) promover a modernização e o aumento de

[379] Por ora, consideremos o direito aduaneiro como o ramo do Direito Público situado na confluência entre o Direito Administrativo e o Direito Tributário responsável pela disciplina dos procedimentos de arrecadação e de controle do comércio exterior no âmbito do direito interno.

eficiência das Alfândegas; (V) servir de fórum para a cooperação internacional que propicie interação mais harmoniosa, com troca de experiências e informações; (VII) estabelecer prioridades e colaboração com governos e organizações internacionais e regionais, bem como do setor privado; (VIII) proceder a pesquisas e análises sobre as Alfândegas e as trocas internacionais.[380]

É indiscutível, enfim, a influência que as normas de Direito Internacional exercem sobre a atividade do Estado dedicada à regulação e controle do comércio exterior. Reflexo da confluência dos interesses econômicos subjacentes a cada País com a necessidade de atendimento às demais finalidades atribuídas aos Estados por suas respectivas Constituições, o texto desses tratados, depois de incorporados ao ordenamento jurídico interno pelo meio próprio – em nosso caso, pela edição de um Decreto-legislativo – influem em variados aspectos do controle da atividade de comércio exterior: no acompanhamento do fluxo cambial, no estabelecimento de uma nomenclatura comum de mercadorias, em sua tarifação, assim como nos controles tributários, sanitários e relativos à segurança em geral.

Essa é, enfim, a peculiaridade atinente a essa espécie de controle: por conta dos variados valores e finalidades envolvidas, sua prática requer uma visão multidimensional, jamais se comprazendo com um único enfoque, seja ele o tributário, o cambial ou outro qualquer.

[380] Disponível em: www.wcoomd.prg/en/about/what-is-the-wco/goals.aspx. Acesso em: 25 abr.2016.

13 COMÉRCIO EXTERIOR, DIREITO ADUANEIRO E PODER DE POLÍCIA

13.1 Fundamentos do exercício do poder de polícia em matéria de comércio exterior

Anteriormente foi mencionado ser objetivo da nossa República, entre outros, o desenvolvimento do País. É o que designa o artigo 3º, II, da Constituição Federal de 1988.

Desenvolvimento que deve ser entendido não somente sob o prisma econômico – aumento do Produto Nacional Bruto e da renda *per capita* por meio de transformação estrutural da economia de modo a elevá-la a um patamar superior àquele em que esta era operada (resultados mais consistentes pelo incremento da produção de bens de maior valor agregado e menor dependência externa). Ele deve também compreender a melhoria do nível de bem-estar da população, a redução do índice de mortalidade infantil e o incremento do grau de esperança de vida média, de instrução, das condições sanitárias e da preservação de meio ambiente, bem como tecnológico.[381]

Enseja, portanto, a proteção e o incremento da indústria e do agronegócio, com incremento substancial dos métodos de produção e qualidade do produto, preferencialmente mais complexos, bem como a melhoria das condições de saúde, educação, sanitárias e tecnológicas. Indiretamente, isso facilita o alcance de outros objetivos visados pela Constituição, como a erradicação da pobreza e da marginalização, a redução das desigualdades sociais e regionais (artigo 3º, III) e, portanto, de uma sociedade mais justa (artigo 3º, I), em atenção ao valor da cidadania e da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, II e III).

Nessa linha, atento a esses objetivos, o artigo 174 esclarece:

> como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento econômico, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

A saber, enquanto as ações do Poder Público submeter-se-ão às diretrizes e regras veiculadas por leis específicas reguladoras de determinadas

[381] EQUIPE EDITORIAL. **Dicionário de Economia**. São Paulo: Nova Cultural, 1985, p.111.

atividades[382] e, ainda, aos planos ou programas inseridos no Plano Plurianual e na Lei de Diretrizes Orçamentárias[383] (a lei orçamentária, neste aspecto, limita-se a autorizar os gastos especificados no curso do ano de sua vigência), a atividade privada, em princípio é livre (o princípio da livre iniciativa estipulado no artigo 170, *caput,* e reportado no artigo 1º, IV, da Constituição Federal de 1988), salvo, apenas, pela necessidade de atender às exigências do bem comum e dos valores abrigados na Constituição: função social da propriedade, defesa do consumidor e do meio ambiente, redução das desigualdades regionais e sociais (todos mencionados nos incisos do artigo 170 e o meio ambiente também no artigo 225, da Constituição Federal de 1988), além da proteção da saúde (artigo 196, Constituição Federal de 1988 e seguintes) e da moral pública.

Assim, enquanto a intervenção do Estado na ordem econômica cinge-se exclusivamente ao planejamento de ações e programas capazes de, por meio de incentivos e controles, promover o desenvolvimento do País, a atividade privada é livre, dentro do quadro normativo estabelecido, pelo Poder Público, com a exclusiva finalidade de impedir extrapolações comprometedoras do direito dos demais agentes econômicos e dos valores constitucionais. É nesse âmbito que se dá a regulação e a fiscalização da atividade privada pelo Poder Público, que só explorará diretamente a atividade econômica "quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei".[384]

Daí a imprescindibilidade de se atribuir função de polícia ao Estado, com o intuito de disciplinar e fiscalizar, dentre outras condutas humanas, a atividade econômica do País, da qual o comércio exterior é parte.

Consoante a Constituição, a competência para legislar a respeito de comércio exterior é da União (artigo 22, VIII), a quem compete, outrossim, a manter relações com Estados estrangeiros e participar de organizações internacionais (artigo 21, I), como as citadas no capítulo precedente.

---

[382] O artigo 173 da Constituição destaca só permitir-se a exploração direta da atividade econômica pelo Estado na hipótese de preservação da segurança nacional ou "relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei" (redação da EC n. 19/98). São exemplos de leis específicas, de caráter regulatório: Lei dos Portos (Lei n. 12.815/2013), Lei do Petróleo (Lei n. 9.478/1997), Lei do Marco Regulatório da Internet (Lei n. 12.965/2012), Lei Postal (Lei n. 6.538/1978), etc.

[383] O objeto do plano plurianual, da lei de diretrizes orçamentárias e dos orçamentos anuais, bem como aspectos formais a eles atinentes está traçado nos arts. 165 e 166 da Constituição.

[384] Artigo 173, *caput*, da Constituição, na redação da Emenda Constitucional n. 19/1998.

Responsável, ainda, por regulamentar sua estrutura organizacional, incumbe à União, nos termos do artigo 22, XXII, da Constituição, legislar acerca das atribuições da Polícia Federal, órgão encarregado da segurança pública, nos termos do artigo 144 dessa Carta.

Nesse afã, cabe a esta[385], em nome da União, a execução dos serviços de polícia marítima, aeroportuária e de fronteiras (artigo 21, XXII e 144, §1º, III, da Constituição Federal de 1988), em que sobressai a repressão ao tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, bem como ao contrabando e descaminho (artigo 144, §1º, II).

À Aduana, ramo da Secretaria da Receita Federal do Brasil[386], vinculada ao Ministério da Fazenda, cabem a fiscalização e a arrecadação dos tributos de competência da União, dentre os quais os impostos de importação e exportação e as taxas incidentes nas operações de comércio exterior, assim como, *grosso modo*, o controle do ingresso e saída de mercadorias do País.

Evidentemente, cada instituição exercerá diferente parcela (aspecto) do poder de polícia. Por isso, afirma a Constituição, toda a ação da Polícia Federal dar-se-á "sem prejuízo da ação fazendária e de outros órgãos públicos nas respectivas áreas de competência" (artigo 144, §1º, II, parte final). Cada qual tem uma função e, portanto, tarefa a desempenhar. Cada qual debruçar-se-á sobre diferente objeto de análise, um não prejudicando os demais. Assim, diferentes órgãos ou instituições desenvolverão os diferentes controles: tributários, administrativos gerais, de segurança pública, cambiais, sanitários, etc.

É por isso que, embora tanto a Secretaria da Receita Federal do Brasil como a Polícia Federal tenham competência em matéria de contrabando, descaminho e tráfico ilícito de drogas, o objeto de sua análise é diferente. Enquanto a preocupação da primeira é, particularmente, as mercadorias proibidas que transitam ilegalmente ou sem o regular pagamento de tributo, fluxo que busca impedir, inclusive com a apreensão do bem na esfera administrativa, a da segunda relaciona-se, basicamente, à identificação do autor do ilícito – que, naturalmente, deve ser comprovado segundo as normas

[385] A Polícia Federal integra o quadro do Ministério da Justiça.
[386] Denominação criada pela Lei n. 11.457/2007, que substituiu a anterior "Secretaria da Receita Federal" a partir de sua fusão com a Secretaria da Receita Previdenciária do Ministério da Previdência Social.

de Direito Penal (o que traduz principiologia diversa) –, com o propósito de aplicar, sobre a pessoa do infrator, penalidade dessa natureza.

A considerar, todavia, que à vista de certas circunstâncias (principalmente relativas à identidade de local e proximidade de tempo em que a atividade há de ser efetuada), toda a atividade dessas diferentes entidades deve ser adequadamente coordenada, prescreve o artigo 35 do Decreto-Lei n. 37/1966 (que possui força de lei complementar no que tange a tributos), regulamentado pelo artigo 17 do Regulamento Aduaneiro, aprovado pelo Decreto n. 6.759/2009[387], ter a autoridade aduaneira precedência sobre as demais. O fundamento constitucional para essa preferência aduz a Administração Fazendária, seria o artigo 237 da Constituição, que fixa que "a fiscalização e o controle sobre o comércio exterior, essenciais à defesa dos interesses fazendários nacionais, serão exercidos pelo Ministério da Fazenda".

Outros órgãos a atuar na fiscalização do comércio exterior são o Banco Central do Brasil (BACEN), criado pela Lei n. 4.595/1964[388], que, responsável pelo controle cambial, fiscaliza as remessas de divisas decorrentes do comércio internacional, e o Departamento de Comércio Exterior (DECEX), da Secretaria de Comércio Exterior (SECEX), vinculada ao Ministério do Desenvolvimento, da Indústria e do Comércio (MDIC), a quem cabe, dentre outras funções, deferir licenças de importação e registros de exportação quando exigidas pela legislação.[389] Mais adiante, o tema será tratado de forma mais aprofundada.

À Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), autarquia vinculada ao Ministério da Saúde, criada pela Lei n. 9.782/1999, à qual já nos referimos, compete vigilância dessa natureza em portos e aeroportos internacionais, assim como nos pontos de fronteira (artigo 2º, IV, da lei) Nisso está envolvida a atribuição de anuir ou não com a importação dos produtos e

[387] Artigo 17 do Regulamento Aduaneiro (RA): "Nas áreas de portos, aeroportos, pontos de fronteira e recintos alfandegados, bem como em outras áreas nas quais se autorize carga e descarga de mercadorias, ou embarque e desembarque de viajante, procedentes do exterior ou a ele destinados, a autoridade aduaneira tem precedência sobre as demais que ali exerçam suas atribuições" (redação dada pelo Decreto n. 7.213/2010).

[388] Criado sob o nome de Superintendência da Moeda e do Crédito (SUMOC), a alteração do nome para Banco Central veio com o Decreto-Lei n. 279/1967.

[389] Em geral, as importações estão dispensadas de licenciamento. Há casos, entretanto, que a SECEX poderá exigir seu deferimento, o que pode ser processado de modo automático pelo sistema (licenciamento automático) ou de modo formal (licenciamento não automático).

insumos especificados no artigo 8º dessa lei[390] (medicamentos humanos, suas substâncias ativas e insumos, alimentos e bebidas, cosméticos, produtos de higiene pessoal, perfumes, produtos para higienização em domicílios, hospitais ou locais coletivos, reagentes e equipamentos hospitalares, órgãos humanos, cigarros, etc.), bem como a de proibir a importação, armazenamento e distribuição de produtos cuja introdução no País ou fabricação haja decorrido de infração à legislação ou acarretem iminente risco à saúde.

Com o fim de preservar a saúde das pessoas e dos animais, bem como a economia interna, requer-se, outrossim, controles especiais, que devem ser precisamente observados caso se pretenda alcançar esse intento. Assim, sempre que pretendida importação de produtos de origem animal, é preciso, antes, obter do Departamento de Inspeção de Produtos de Origem Animal (DIPOA), da Secretaria de Defesa Agropecuária do Ministério da Agricultura, o reconhecimento da equivalência entre os sistemas de inspeção sanitária do País exportador e o do Brasil, da habilitação dos estabelecimentos exportadores e da aprovação dos produtos e respectivos rótulos.

Só concedida prévia autorização pelo DIPOA e apresentado, no desembarque, certificado de origem emitido pelo País exportador – o Certificado Sanitário Internacional (CSI), no caso de produtos de origem animal, ou o Certificado Zoosanitário Internacional (CZI), na hipótese de animais – firmado por médico veterinário oficial, seguido de exame, em nosso País, pela autoridade competente, será viável o desembaraço do produto.

Na hipótese de importação de animais vivos e “produtos de multiplicação animal”, a autorização, também prévia ao desembarque, será conferida pela Coordenação de Trânsito e Quarentena Animal (CTQA) ou Serviços de Saúde Animal (SSAs) das Superintendências Federais de Agricultura nos Estados. Caberá ao Sistema de Vigilância Agropecuária Internacional (VIGIAGRO), ligado à Secretaria de Defesa Agropecuária esse ministério, fiscalizar o ingresso e saída de produtos de origem animal ou vegetal e seus subprodutos no País, verificando as restrições sanitárias do País de origem.

Por sua vez, ao Serviço de Inspeção Federal (SIP), desse ministério, incumbe o cadastro dos exportadores. A esse respeito, saliente-se a existência

[390] Competência exposta no artigo 7º, VIII, da Lei n. 9.782/1999.

de inúmeras leis e regulamentos a disciplinarem a fiscalização dessas espécies de produtos.[391]

Podem intervir, ainda, no controle do comércio exterior, o Comando do Exército do Ministério da Defesa, a quem, por determinação do Decreto n. 24.602/1934, cabe a fiscalização do comércio de armas, munições, explosivos e materiais bélicos; o Instituto Brasileiro de Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (IBAMA), no tocante à importação ou exportação de animais silvestres vivos ou produtos deles derivados, bem como algumas espécies de madeiras, resíduos, materiais danosos à camada de ozônio, bem como pneumáticos[392]; o Departamento Nacional de Produção Mineral (DNPM), relativamente à importação de amianto e exportação de diamantes.[393]

No caso de ingresso de mercadorias estrangeiras na área da Superintendência da Zona Franca de Manaus (SUFRAMA), beneficiadas com isenção dos impostos de importação (II) e sobre produtos industrializados (IPI), o Decreto n. 6.759/2009 (artigo 507) sujeitou essa entrada à obtenção, perante o referido órgão, de licença de importação.

Daí se vê a multiplicidade dos aspectos que cabe à União ordenar, sempre atenta, como se viu, aos tratados internacionais dos quais o Brasil foi signatário. Isso inclui não somente os aspectos mencionados, que resvalam no exercício do poder de polícia, mas em outros propriamente negociais, como a adoção dos Incoterms, as Regras Uniformes para Garantia de Contratos (CIC), a Convenção Internacional sobre Compra e Venda Internacional, celebrada em Viena, em 1980 e a Convenção Interamericana sobre o Direito Aplicável aos Contratos Internacionais (CIDIP V), celebrado na Cidade do México em 1994, entre outros.

---

[391] Veja-se o Regulamento de Inspeção Industrial e Sanitária de Produtos de Origem Animal, veiculado pelo Decreto n. 30.691/1952, pertinente à inspeção de produtos animais e derivados nos pontos alfandegados, o Decreto n. 24.114/1934, que institui o Regulamento de Defesa Sanitária Vegetal e obriga o Ministério da Agricultura a inspecionar vegetais e produtos derivados nos portos e nos postos de fronteira, a Lei n. 6.198/1964, relativo à fiscalização da alimentação animal nos portos e nos postos de fronteira, a Lei n. 7.802/1989, sobre fiscalização na importação de agrotóxicos, e a Lei n. 7.678/1988, sobre o controle na importação de vinhos.

[392] A Lei n. 5.197/1967 proíbe a introdução de espécie animal estrangeira no Brasil sem autorização do governo. Rege o tema, ainda, a Convenção sobre o Comércio Internacional de Espécies da Flora e Fauna Selvagens em Perigo de Extinção e o Protocolo de Montreal sobre substâncias que afetam a camada de ozônio e a Convenção de Basiléia sobre o Controle de Movimentos Transfronteiriços de Resíduos Perigosos e seu Depósito.

[393] Controles objeto, respectivamente, do Decreto n. 2.350/1997 e da Lei n. 10.743/2003.

13.2 Direito aduaneiro: conceito

Em capítulo anterior, frisando tratar-se apenas de uma primeira abordagem, portanto simplista, apresentamos uma concepção genérica do que seria o Direito Aduaneiro, identificando-o com o conjunto de normas jurídicas situadas entre o Direito Tributário e o Administrativo, relativo ao comércio exterior. Evidentemente, o intuito era apenas propiciar entendimento da questão naquela ocasião, deixando para momento oportuno – superadas considerações gerais sobre a natureza, a composição e algumas peculiaridades do Direito e das funções do Estado – o aprofundamento do tema.

Agora, chegado o ponto em que se faz necessário ingressar no campo específico dessas normas, é preciso apresentar alguns conceitos básicos, essenciais para melhor compreensão dos mecanismos de controle que tornam possível o exercício do poder de polícia nessa matéria, bem como dos demais assuntos aos quais nos propusemos.

Etimologicamente, explica José Lence Carluci, a palavra "aduana", derivada do árabe *ad-diuân*, designativa de "escritório" ou "registro", indica a repartição governamental responsável pelo controle das entradas e saídas de mercadorias no País, vindas ou destinadas ao exterior, e pela cobrança dos tributos a elas relativas. Comumente, é considerada sinônimo de Alfândega, originada do árabe *al-fundaq* ("hospedaria", "estalagem")[394], embora esse autor considere a primeira mais abrangente, por consistir na totalidade da instituição voltada a esse controle, enquanto a segunda (alfândega) seria apenas sua componente, por corresponder às repartições locais.[395] Doravante, esses serão os sentidos aqui utilizados.

Nessa linha, Direito Aduaneiro seria, no dizer desse autor, "o conjunto de normas e princípios que disciplinam juridicamente a política aduaneira, entendida esta como a intervenção pública no intercâmbio internacional de

[394] O motivo dessa assimilação decorre, segundo explica o autor, do fato de antigamente as caravanas serem obrigadas a pernoitar em "albergue oficial, onde, além de repouso e alimento, recebiam a visita do coletor de impostos". A palavra árabe atualmente utilizada para Alfândega ou Aduana é "al-jurumk". (CARLUCI, José Lence. **Uma introdução ao direito aduaneiro**. São Paulo: Aduaneiras, 1997).
[395] CARLUCI, José Lence. **Uma introdução ao direito aduaneiro**. São Paulo: Aduaneiras, 1997, p.20-21.

mercadorias e que constitui um sistema de controle e limitações com fins públicos".[396]

Roosevelt Baldomir Sosa destaca que, sendo objetivo da lei aduaneira regular as operações de comércio exterior no que respeita ao controle estatal exercido pela Alfândega relativamente ao fluxo de veículos, pessoas e ingressos e saídas de mercadorias, o Direito Aduaneiro, absorve princípios do Direito Público, em especial do Direito Administrativo, Tributário, Penal, assim como princípios do Direito Comercial e, ainda, Internacional Privado, no que tange aos acertos entre os particulares.[397]

Com efeito, sem se cingir a um único aspecto, envolve aspectos do Direito Tributário e do Administrativo, embora bastante tocado por aspectos daqueles demais ramos do Direito, assim, como é natural, do Constitucional.

Atendo-se a aspectos mais específicos, Máximo Carvajal Contreras define o Direito Aduaneiro como

> o conjunto de normas jurídicas que regulan, por medio de un ente administrativo, las atividades o funciones del Estado em relación al comercio exterior de mercancías que entren ou salgan en sus diferentes regímenes al o del território de un País, así como de los medios y tráficos en que se conduzcan y las personas que intervienen en cualquier fase de actividad o que violen las disposiciones jurídicas.[398]

De modo mais claro, Regina Helena Costa define-o como o

> conjunto de normas jurídicas que disciplinam as relações decorrentes da atividade estatal destinada ao controle do tráfego de pessoas e bens pelo território aduaneiro, bem como à fiscalização do cumprimento das disposições pertinentes ao comércio exterior.[399]

Embora a definição apresente substantiva melhora em relação às anteriores, em especial por sintetizar a ideia, contida no termo "território aduaneiro", que o tráfego não necessariamente ocorre pelo movimento de ingresso e saída do País, é preciso ter em mente que, ao se falar em tráfego de pessoas, não se está a dizer que a função estatal de controle dirige-se

---

[396] CARLUCI, José Lence. **Uma introdução ao direito aduaneiro**. São Paulo: Aduaneiras, 1997, p.22.
[397] SOSA, Roosevelt Baldomir. **Comentários à Lei Aduaneira**. São Paulo: Aduaneiras, 1995, p.52.
[398] apud COSTA, Regina Helena. Notas sobre a existência de um direito aduaneiro. In: (Coord.) FREITAS, Vladimir Passos. **Importação e exportação no direito brasileiro**. São Paulo: RT, 2004, p.18.
[399] apud COSTA, Regina Helena. Notas sobre a existência de um direito aduaneiro. In: (Coord.) FREITAS, Vladimir Passos. **Importação e exportação no direito brasileiro**. São Paulo: RT, 2004, p.19.

diretamente a elas, em si consideradas. O uso do termo enfoca os bens que as acompanham no trânsito internacional.

De fato, se há objeto sobre o qual se debruça o controle das Aduanas é o trânsito de mercadorias em decorrência desse comércio. Verifica-se, quando for o caso, o seu licenciamento perante o SECEX; a existência de licença prévia porventura necessária dos outros órgãos, a depender da natureza do bem (da ANVISA, do Ministério da Agricultura, da Defesa, etc.); a classificação fiscal e o valor da mercadoria; sua conformidade com o descrito nos documentos, em especial quando procedida sua conferência física; e o valor dos impostos e das taxas recolhidas. Examinam-se, ainda, remessas postais e bagagens. Pode-se até inspecionar o viajante ou tripulante, na hipótese de se suspeitar que esteja a ocultar bem. Nesse caso, porém, a vistoria não decorre propriamente da pessoa ou do seu trânsito, mas da desconfiança de que esteja a ocultar bem.

Em princípio, o trânsito de pessoas é livre, salvo se contra ela houver mandado de prisão expedido pela autoridade competente, na hipótese da prática de crime em flagrante – situações em que incidem as regras de Direito Penal – ou se sua entrada for irregular em face das leis de imigração ou estiver acometida de doença contagiosa, em virtude da qual deva ser compulsoriamente segregada (quarentena). Ainda nesses dois últimos casos, porém, o problema, embora de Direito Administrativo, atém-se a circunstâncias específicas vinculadas à política de imigração, a cargo da Polícia Federal, e à ação da Vigilância Sanitária. Nada, portanto, ligado ao Direito Aduaneiro, se considerar-se este estritamente decorrente do "comércio internacional", ou seja, da troca de mercadorias com intuito de lucro.[400]

A esse respeito, assinale-se que o Acordo sobre Cooperação Administrativa Mútua para a Prevenção, a Pesquisa e a Repressão às Infrações Aduaneiras assinado entre Brasil e França e promulgado pelo Decreto n. 1.611, de 28/8/1995, define a legislação aduaneira como o conjunto das disposições legais e regulamentares relativas à importação, à exportação

[400] Comércio, na expressão de Vidari, reproduzida por Inglez de Souza, "é o complexo de atos de intromissão entre o produtor e o consumidor que, exercidos habitualmente com fim de lucros, realizam, promovem ou facilitam a circulação dos produtos da natureza e da indústria para tornar mais fácil e pronta a procura e a oferta". Nele contêm-se, pois, três elementos: mediação, fim de lucro e habitualidade de seu exercício (apud. REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito comercial**. v.1. 13.ed. São Paulo: Saraiva, 1982, p.5).

ou ao trânsito de mercadorias e de veículos. No diploma, a infração aduaneira é especificada como “toda violação ou tentativa de violação da legislação aduaneira” e os delitos aduaneiros conceituados como “infrações aduaneiras qualificadas como tais nas respectivas legislações nacionais.”[401]

Com efeito, o exame das pessoas ou mercadorias por outros órgãos que não a Aduana, por ocasião do ingresso ou saída de bens do País, por corresponder ao efetivo exercício de sua estrita competência (controle de doenças, de pragas, etc.), conforme disposto nos seus Regulamentos próprios (*v.g.* Regulamento Sanitário), não configura, rigorosamente, ato pertinente ao Direito Aduaneiro, mas previsto em outra vertente do Direito Administrativo (Direito Sanitário, etc.), inconfundível com o Aduaneiro. O que há, quando muito, nesses casos, é o exame da pessoa ou da mercadoria no espaço físico da Aduana, em momento próximo ou idêntico àquele no qual esta fiscaliza a mercadoria sob sua própria óptica. O enfoque, todavia, será nitidamente diverso.

É certo que a autoridade aduaneira, isto é, o Auditor Fiscal da Receita Federal do Brasil, denegará a liberação de bens que, à luz dessas normas específicas (ditadas pela Vigilância Sanitária, pelo Exército, etc.), atinentes ao poder de polícia exercido por esses distintos órgãos, com elas não guardam compatibilidade. Contudo, nessa situação, o exame do bem pela autoridade será meramente formal. Ele limitar-se-á a verificar se houve a liberação pelos órgãos competentes e, no máximo, se surgir dúvida, solicitará que este se manifeste. Não será ele quem procederá ao exame técnico do bem, segundo os padrões atribuídos a esses órgãos.

Desse modo, vê-se como o direito aduaneiro regula apenas os controles administrativos atinentes ao comércio internacional de mercadorias e não o de pessoas.

Ainda para aclarar o tema, aproveitemos para mencionar o conceito de território aduaneiro, presente também no direito comparado. Segundo elucida o artigo 2º do Regulamento Aduaneiro[402], “o território aduaneiro compreende todo o território nacional” e abrange, dita o artigo subsequente, a zona primária, correspondente às áreas aquáticas ou terrestres em que se situam os portos,

[401] CARLUCI, José Lence. **Uma introdução ao direito aduaneiro**. São Paulo: Aduaneiras, 1997, p.219.
[402] Decreto n. 6.759/2009.

aeroportos e pontos de fronteira alfandegados, e a zona secundária, que compreende toda “a parte restante do território aduaneiro, nela incluídas as águas territoriais e o espaço aéreo”.[403]

Note-se que o alcance das normas de direito aduaneiro não se circunscreve à zona primária (portos, aeroportos e pontos alfandegados de fronteira), mas a todo o território aduaneiro.

Essa leitura decorre não apenas das peculiaridades inerentes ao exercício do poder de polícia, mas do reconhecimento da atual configuração do mercado: modernamente, a fim de favorecer a dinâmica empresarial e diminuir o custo das operações, as Aduanas propugnam diminuir os entraves e gargalos logísticos da zona primária (*v.g.* armazenagem) e recomendam, tanto quanto possível, a efetivação dos controles na zona secundária[404], o que desafogará e, portanto, barateará o custo dessa operação.

Nesses termos, cremos ser mais adequado considerar o Direito Aduaneiro como o conjunto de normas jurídicas que disciplinam as relações decorrentes da atividade do Estado referentes ao tráfego de mercadorias objeto de comércio exterior no território aduaneiro, bem como dos aspectos a isso correlatos.

Com isso, enfatizar-se-ia tanto tratar-se de ramo do Direito Positivo que tem como fim disciplinar a movimentação dos bens, pelo País, em razão do comércio internacional, isto é, seu ingresso, saída, trânsito interno e aspectos de sua armazenagem, quanto estariam albergados, na definição, aspectos a isso interligados, como a fiscalização dos veículos responsáveis pelo transporte dessas mercadorias e a conduta das pessoas diretamente envolvidas no procedimento aduaneiro (importador, exportador, despachante aduaneiro e transportador), uma vez que, constatada infração, elas é que serão responsabilizadas. A disciplina não alcança os servidores públicos intervenientes nessas operações, sujeitos a controle distinto, fundado no respectivo estatuto (o Regime Jurídico Único da Lei n. 8112/1991) e só em parte dirige-se ao tráfego de pessoas, como ressaltado.

---

[403] Artigo 3º, I e II do Regulamento Aduaneiro (Decreto n. 6.759/2009).

[404] Por essa diretriz, em vez de se processarem os desembaraços aduaneiros exclusiva ou majoritariamente na zona primária, procura-se incentivar que sejam feitos na zona secundária (em armazéns ou outros pontos alfandegados).

Relativamente à definição de Regina Helena Costa, portanto, estar-se-ia excluindo a alusão ao "controle do tráfego de pessoas", pelas razões assinaladas, e a expressão "bem como à fiscalização do cumprimento das disposições pertinentes ao comércio exterior", por já estar contida na ideia de "controle do tráfego de mercadorias no território aduaneiro", quando elas se vinculam a essa espécie de comércio.

É verdade que grassa certa polêmica acerca da autonomia desse ramo do Direito. A favor dessa tese, aparentemente majoritária, postulam, por exemplo, Roosevelt Baldomir Sosa e José Lence Carluci. Para o primeiro, ele "é, sim, ramo independente", pois não lida apenas com o "fenômeno impositivo", pertinente ao Direito Tributário, mas "com a complexa e variada gama de fenômenos que caracterizam o comércio internacional, tanto do ponto de vista da regulação quanto do controle estatal" efetivo.[405] Remete, ao final, para a existência de normas específicas, que alcançam até mesmo o contencioso administrativo aduaneiro. Posição semelhante assume Lence Carluci.[406] Regina Helena Costa, todavia, embora aponte várias peculiaridades das normas aduaneiras, ao final conclui ele não possuir, ainda, a despeito de seu desenvolvimento, autonomia científica, o que entende possa, em breve, ser alcançado.[407]

Deveras, ao tratarmos da teoria das classes, mencionamos que classificar é agrupar objetos individuais em um mesmo conjunto, segundo atendam às mesmas condições ou requisitos, com a finalidade de melhor conhecê-lo.

Processo mental arbitrário, seu guia será, portanto, o critério racional de distinção escolhido como apto a melhor atingir o conhecimento desse objeto sob a dimensão pretendida. É a partir da diferença específica que esse grupo de objetos apresenta em relação a outros que se formará a classe respectiva.

De outra parte, considera-se autônomo um ramo do Direito quando composto de regras e princípios específicos desse campo. No caso do Direito Aduaneiro, mencionou-se a peculiaridade de suas normas sofrerem, mais do que qualquer outra, a influência de outros diferentes ramos, interligando-se

---

[405] SOSA, Roosevelt Baldomir. **Comentários à Lei Aduaneira**. São Paulo: Aduaneiras, 1995, p.52.
[406] CARLUCI, José Lence. **Uma introdução ao direito aduaneiro**. São Paulo: Aduaneiras, 1997, p.19.
[407] COSTA, Regina Helena. Notas sobre a existência de um direito aduaneiro. In: (Coord.) FREITAS, Vladimir Passos. **Importação e exportação no direito brasileiro**. São Paulo: RT, 2004, p.19-26.

todas por uma finalidade única, que é o controle do comércio exterior. Afora, naturalmente, o Direito Constitucional, interagem o Direito Administrativo, Tributário, Penal, Civil e Comercial. Situação similar se apresenta em outros países, que também majoritariamente apresentam suas regras principais compactadas em um Regulamento Aduaneiro, em conjunto com atos normativos a ele submetidos.

Os princípios, se não são exclusivos desse ramo do Direito, muitas vezes, porém, nele adquirem sentido próprio, específico. Evidentemente, dado seu estreito vínculo com o Direito Administrativo, aplicam-se-lhe todos os princípios a ele atinentes, expostos no artigo 37, *caput,* da Constituição, bem como outros, nela esparsos.

Assim, tanto a formulação das normas como sua aplicação devem estar eivadas de boa-fé e atentas à boa administração da coisa pública, quer quanto à eficácia quer quanto à eficiência. Toda a ação fiscal deve pautar-se estritamente pela legalidade e atentar para os direitos dos cidadãos (*v.g.* dignidade da pessoa humana, contraditório, direito de petição, etc.), bem como aos de propriedade e do consumidor, dentre outros.

Exclusivos, poder-se-ia falar em um princípio da proteção das finalidades públicas extrafiscais, para realçar o aspecto proeminente que elas adquirem, sobrepondo-se até ao fim arrecadatório, e no da universalidade do controle aduaneiro (sujeição de todos os bens objeto de comércio exterior), de certa maneira lembrados por Regina Helena Costa, mas, talvez, pouco mais. Talvez o princípio da maximização dos controles, fundado nesses relevantes fins, a requerer a otimização dos controles possíveis, com o menor custo. É o que justifica a troca de informações entre as Aduanas, a uniformização, em escala global, de regras e procedimentos e a adoção de técnicas capazes de otimizar o exame físico das mercadorias, entre outros aspectos. No fundo, porém, ele não passaria do princípio da eficiência, aplicado às peculiaridades dessa realidade.

Quanto à sua ligação com o Direito Tributário, também bastante forte, seja porque a Aduana faz parte da estrutura da Secretaria da Receita Federal do Brasil, órgão do Ministério da Fazenda encarregado da arrecadação tributária, seja porque ela própria controla e arrecada os tributos incidentes

sobre o comércio exterior, isso não é suficiente para colocar o Direito Aduaneiro dentro deste último, justamente por extrapolar seu conteúdo.

O objeto das normas de Direito Tributário são os tributos (criação, majoração e extinção) e sua cobrança (inclusive imunidades, isenções, decadência, prescrição e suspensão do crédito), assim como os controles a isso pertinentes. Não os controles de caráter extrafiscal, versados no Direito Aduaneiro.

Releva notar, entretanto, acompanhando a percuciente reflexão de Regina Helena Costa, a íntima relação entre esses ramos do Direito, revelada pela natureza também extrafiscal dos impostos incidentes sobre o comércio exterior que, mais do que arrecadar, visam à proteção da economia, da indústria nacional, da saúde e do consumidor.[408] A diferença é que, enquanto o Direito Aduaneiro o faz por meio de controles administrativos, o Direito Tributário o realiza, nesses tributos, por meio de isenções e manipulação de alíquotas, que, justamente por isso, no caso do imposto de importação e exportação, não se sujeitam aos princípios da anterioridade geral e nonagesimal (artigo 150, §1º, Constituição Federal de 1988).

Em conclusão: o Direito Aduaneiro possui um corpo de normas jurídicas próprias, atinentes ao controle das relações derivadas do comércio exterior. Reúne, ainda, institutos próprios e finalidades singulares, que o distinguem de qualquer outro ramo do Direito. Só não traz, à exceção dos aventados, princípios autônomos.

Dentro do sistema do Direito Positivo, sua viga mestra é o Decreto-Lei n. 37/1996, secundado pelo Regulamento Aduaneiro, atualmente veiculado pelo Decreto n. 6.759/2009, aos quais se submetem os variados atos de hierarquia inferior (Portarias, Instruções Normativas, Atos Declaratórios, etc.), principalmente os editados pela Receita Federal do Brasil. Entretanto, em face das peculiaridades da função, também outras leis e atos normativos expedidos por outros órgãos (como CAMEX[409], SECEX) são observados.

---

[408] COSTA, Regina Helena. Notas sobre a existência de um direito aduaneiro. In: (Coord.) FREITAS, Vladimir Passos. **Importação e exportação no direito brasileiro**. São Paulo: RT, 2004, p.30.

[409] A Câmara de Comércio Exterior (Camex), órgão que, nos termos do Decreto n. 4.732/2003, é vinculado ao Conselho de Governo, que integra a Presidência da República (Lei n. 10.683/2003). Como as demais Câmaras desse Conselho é o órgão responsável por coordenar as políticas públicas que ultrapassem as competências de um Ministério e, nessa linha, lhe compete orientar e aprovar normas relativas ao comércio exterior. Fixa as diretrizes e os parâmetros a serem seguidos pelos Ministérios, e, por delegação da Presidência, também é o órgão competente para fixar as alíquotas do imposto de

Assim, do ponto de vista do Direito Positivo, ele é autônomo. Falta ao Direito Aduaneiro autonomia e desenvolvimento apenas em termos científicos: poucos são os trabalhos e estudos a respeito, e, ainda assim, muito frequentemente impregnadas de considerações fiscais, a distanciá-lo do seu escopo principal, a proteção das finalidades extrafiscais.

Na verdade, só lateralmente o propósito das normas aduaneiras é arrecadatório. Contribui para isso, em certa medida, o estreito contato com o Direito Tributário, manifestado pelo fato de ser função da Aduana arrecadar e fiscalizar os tributos aduaneiros.

De fato, em termos práticos, é relevante o tempo e os esforços dispendidos na conferência e revisão do lançamento: a verificação do fato imponível, da norma em tese aplicável, incluída eventual imunidade ou isenção, da base de cálculo (o valor aduaneiro) e da alíquota, questão vinculada à classificação fiscal. Evidentemente, trata-se de ponto inseparável de qualquer desses dois ramos do Direito, por envolver tanto a incidência, própria do Direito Tributário, como o controle administrativo do comércio exterior, vinculada ao Aduaneiro, que, portanto, se erige em braço especializado do Direito Administrativo.

Rejeitamos a assertiva de Roosevelt Baldomir Sosa, nos termos em que posta, quanto ao Direito Aduaneiro possuir duas vertentes, uma, como ramo especializado do Direito Administrativo, e outra, como parte do Direito Internacional.[410] Realmente, como frisado, sua índole é predominantemente administrativa. No entanto, de forma alguma confunde-se com norma de Direito Internacional, que, por servir-lhe de fonte, deveras o influencia. Isso porque, normas de Direito Internacional são as constantes dos tratados; não as que, mesmo nele previstas, são incorporadas ao direito interno por meio de Decreto Legislativo.[411]

---

importação e exportação, medidas compensatórias e *antidumping*, além de promover as alterações na Nomenclatura Comum do Mercosul (NCM) (artigo 2º, XIII, XIV, XV e XIX).

[410] COSTA, Regina Helena. Notas sobre a existência de um direito aduaneiro. In: (Coord.) FREITAS, Vladimir Passo. **Importação e exportação no direito brasileiro**. São Paulo: RT, 2004, p.25.

[411] Em interessante artigo, Heleno Taveira Tôrres explica o procedimento de incorporação dos tratados ao Direito interno: celebrados pelo Poder Executivo, sempre que acarretarem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional devem ser autorizados, pelo Congresso (artigo 49, I, Constituição Federal de 1988), por via de Decreto Legislativo. Só depois deste publicado estará a Presidência autorizada a ratificá-lo no plano internacional (por notificação formal do depositário) e determinar sua observância no País por meio de Decreto. Nesse sentido, igualmente: CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário***.* 25.ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p.88. Assinala Torres, todavia, existirem autores, como Alberto Xavier, e decisão do STF (ADIn n. 1.480-DF, Rel. Min. Celso de Mello, a

Nem se trata de transmutação da natureza da norma, ou seja, da transformação da norma de Direito Internacional em nacional, pois, uma vez publicado o Decreto Legislativo, o que surge é a autorização para o Poder Executivo ratificá-lo perante a autoridade depositária do tratado, bem como para determinar sua executoriedade no âmbito do Direito Interno. Ao fazê-lo, o Decreto presidencial não convalida ou transmuta aquela norma, mas é norma nova, ainda que alinhada e derivada do tratado.

---

entenderem só dar-se a incorporação com a publicação do Decreto (TORRES, Heleno Taveira. **Tratados internacionais na ordem jurídica brasileira**. (Coord.) AMARAL, Antônio Carlos Rodrigues. São Paulo: Aduaneiras, 2005, p.147-149).

14 OS MECANISMOS DE ATUAÇÃO DO PODER DE POLÍCIA EM MATÉRIA ADUANEIRA

14.1 O espectro e os níveis nos quais se exerce o poder de polícia em matéria aduaneira

Foi aduzido, anteriormente, desdobrar-se o poder de polícia em dois níveis superpostos, um normativo, outro relativo à sua execução. Frisamos, outrossim, o conceito de poder de polícia, sua finalidade, as matérias sobre as quais é exercido no âmbito do comércio exterior, as pessoas competentes para expedir regras a respeito, bem como as para executá-las. Cumpre, portanto, verificar, em termos práticos, os mecanismos pelos quais essa atividade é exercida.

Multifacetados os aspectos sobre os quais o poder de polícia se desdobra, ou seja, as finalidades públicas protegidas (saúde, economia, etc.), múltiplas serão as formas de controle pelas quais ele será exercido. É impensável formas de controle idênticas para conteúdos distintos.

Justamente por isso, são diversos os órgãos detentores de competência para o exercício do poder de polícia, assim como os procedimentos utilizados. Essa tônica geral prontamente se reproduz no âmbito do comércio exterior, no qual, como vimos, são múltiplos os aspectos relevantes carecedores de exame.

A depender do interesse público protegido, assoma de importância a natureza do bem objeto do comércio, assim como sua procedência, seu valor, as pessoas nela envolvidas e particularidades da transação. Em certos casos, requerido trânsito aduaneiro da mercadoria até o certo ponto de destino, será preciso saber, ainda, a rota a ser percorrida e o tempo previsto para o percurso, sob risco de falha no controle e, portanto, sua ineficácia.

É, principalmente, a natureza da mercadoria, que evocará o especial interesse em analisá-la sob o prisma sanitário, da propriedade intelectual, da existência de quotas para a importação (fato muitas vezes conjugável com a procedência do bem), bem como a necessidade de verificar se ela se submete a controles especiais (*v.g.* armas e substâncias entorpecentes) ou tem sua importação proibida. Inevitavelmente, ainda, ela refletirá na valoração e na classificação fiscal do produto, com nítida influência na fixação da alíquota.

É precisamente sobre esses pontos, capazes de repercutir nos interesses básicos da sociedade, que o Poder Público deve centrar seu controle com o fito de adequar as condutas das pessoas às finalidades públicas. Isso o fará, em primeiro plano, estabelecendo as normas jurídicas a isso mais adequadas, e, em outro, aferindo as informações emanadas dos controles por ela estabelecidos.

No primeiro nível, sobre o qual nos debruçamos razoavelmente na primeira parte deste trabalho, a ação normativa, atenta a todo o plexo de princípios constitucionais inerentes ao Estado Democrático de Direito, dar-se-á em duas frentes: uma, voltada a estruturar os instrumentos de ação para a efetivação do controle; outra, prevendo as obrigações a serem cumpridas pelos indivíduos, com o fito de obter as informações necessárias para o exercício do poder de polícia pelo Estado. Para a hipótese de descumprimento é prevista sanção, concebida exatamente para coibir e reprimir conduta dissonante.

Tanto os mecanismos de controle, incluída a capacitação técnica dos agentes do Estado, devem ser bem pensados e construídos, a torná-los aptos à finalidade perseguida, quanto o grau de interferência na liberdade individual deve situar-se na justa medida do necessário para esse mister; sem, portanto, onerar demasiado os cidadãos.

De fato, a concepção do controle – quem, quando, onde, o quê fiscalizar – assim como o modo de seu exercício – como e por quem será exercido – é o primeiro passo para sua efetividade.

No segundo nível, o da aplicação da norma jurídica, tema sobre a qual nos deteremos posteriormente, serão os agentes do Estado, investidos de competência para a tarefa, que interpretarão os fatos e, à luz da legislação vigente, aplicarão o direito à situação concreta. Nisso, estarão a produzir norma jurídica, ainda que individual – pois dirigida exclusivamente ao fiscalizado (seu destinatário) – e concreta, por fundar-se em fato específico efetivamente ocorrido.

A atuação desses agentes dar-se-á justamente pela averiguação dos mecanismos de controle existentes, que, na seara do Direito Tributário, erroneamente se denominam “obrigações acessórias”.

14.2 Obrigações “principais” e “acessórias”

As obrigações, já estudamos, são aspectos da relação jurídica, aos quais se contrapõem o direito subjetivo. Enquanto, com o seu surgimento, para uma das partes envolvidas advém um dever jurídico consubstanciado na obrigação de cumprir determinada prestação, à outra se atribui o direito subjetivo de exigi-la, ainda que coercitivamente.

Em termos gerais, foi visto, o dever jurídico corresponderá à obrigação de dar, fazer ou não fazer algo. Portanto, se, no âmbito do Direito Tributário a obrigação essencial não é outra senão a de pagar o tributo devido, é impossível cogitar de obrigação a ela acessória quando os próprios acréscimos legais (atualização monetária e juros) compõem, a teor da legislação, o valor principal.

Na verdade, as normas jurídicas que têm por escopo viabilizar o controle das condutas individuais aptas a afetar os interesses públicos não possuem outra essência senão a de obrigação principal, por ser essa sua finalidade primordial. Por isso, de nenhuma forma podem ser confundidas com “obrigações acessórias”.

Acessório é aquilo que, sem ser o principal, junta-se “a alguma coisa, sem dela fazer parte integrante”. É algo “complementar” ou “suplementar; que ajuda ou acompanha o principal servindo-lhe de uma forma ou de outra.”[412]

Ora, a norma que estipula aos indivíduos o dever de atender determinados procedimentos, com o único e exclusivo propósito de propiciar controle sobre as atividades praticadas, não é apêndice de outra. Muito menos é seu complemento (como ocorre no caso da “norma penal em branco”) ou algo que a auxilie diretamente.

Essa norma possui conteúdo e finalidade próprios, e é, por isso, autônoma em relação à tributária. Esta tem por objeto obrigação de dar correspondente ao pagamento do tributo e, por fim, a arrecadação de recursos para o Estado. Aquela, cuja natureza é administrativa, tem por conteúdo obrigações de fazer ou não fazer (escriturar livros, emitir notas fiscais, fazer declarações, inventários, prestar informações, receber os agentes fiscais que irão verificar suas atividades, etc.) e por escopo o controle das atividades dos

[412] MICHAELIS. **Moderno Dicionário da Língua Portuguesa**. São Paulo: Melhoramentos, 1998, p.37.

indivíduos, com o fim de compulsar a possível ocorrência do fato jurídico-tributário e suas especificidades. São, portanto, completamente distintas, estando situadas em diferentes campos.

Prova disso é que o alcance das supostas "obrigações acessórias", como a leitura do artigo 14, III, do Código Tributário Nacional (CTN) permite vislumbrar, não se reduz apenas às pessoas obrigadas ao pagamento dos impostos, ou seja, às devedoras da obrigação principal, nos termos do artigo 113, §1º, do Código Tributário Nacional. A obrigação de manter a escrituração das receitas e despesas em "livros revestidos de formalidades capazes de assegurar sua exatidão", assim como outras, alcança, também, as pessoas constitucionalmente imunes do pagamento de impostos mencionadas no artigo 9º, IV, desse estatuto[413], bem como as beneficiadas pela "exclusão" do crédito tributário em virtude de isenção (artigo 175, parágrafo único, do CTN) ou sua suspensão (artigo 151, parágrafo único, do CTN).[414]

Vê-se, pois, o quanto as obrigações de fazer ou não fazer independem do fato de as pessoas a elas vinculadas verdadeiramente contribuírem aos cofres estatais. Elas recaem, de igual modo, sobre pessoas imunes, isentas ou devedoras de créditos com exigibilidade suspensa, que, a rigor, comprovada a situação, nada devem em termos de tributo.

Somente assim, sujeitando todas as pessoas hipoteticamente situadas no campo da incidência – ou, no caso das imunes, dependentes do atendimento a determinadas condições para investir-se dessa qualidade – a esses controles é que será possível aferir a obediência aos cânones traçados no ordenamento jurídico, incluídos os referentes a essas condições.

Nesses termos, resta claro não haver como obrigações de fazer ou não fazer relativas a esses controles possam ser vistas como "acessórias". Elas próprias são "obrigações principais" frente à sua finalidade e totalmente independentes da obrigação de dar, relativa ao pagamento do tributo.

---

[413] Embora o artigo 14 do CTN limite-se a estabelecer requisitos para o reconhecimento da imunidade prevista no artigo 9, IV, "c", isto é, "o patrimônio, a renda ou serviços dos partidos políticos, inclusive suas fundações, das entidades sindicais de trabalhadores, das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos", é certo que o controle das demais espécies de imunidades também exige a existência de controles hábeis a verificar o atendimento de determinados requisitos para sua fruição.

[414] Em síntese, tanto o parágrafo único do artigo 151 como o do 175 do CTN estatuem, respectivamente, que a suspensão ou exclusão "não dispensa o cumprimento das obrigações acessórias dependentes da obrigação principal" cujo crédito seja suspenso (ou haja sido excluído) "ou dela consequente."

Não é por outra razão que Paulo de Barros Carvalho, ao comentar o tema, assinala a impropriedade da expressão “obrigação acessória”, por inexistir, no caso, “prestação passível de transformação em termos pecuniários”. Segundo o autor, tais relações jurídicas, “que os súditos do Estado hão de observar, no sentido de imprimir efeitos práticos à percepção dos tributos”, não são acessórias, quer por “faltar-lhes conteúdo dimensível em valores econômicos”, quer porque nem sempre levam à arrecadação. Exemplifica com o procedimento de fiscalização que leva o fiscalizado a cumprir inúmeros atos de informação, e que, ao fim, conclui pela inocorrência do fato jurídico tributável.[415]

Não obstante, é bom assinalar, o próprio §2º do artigo 113 do Código Tributário Nacional, ao tratar da “obrigação acessória”, ressalta que as prestações positivas ou negativas previstas na legislação tributária somente são cabíveis no interesse da arrecadação ou fiscalização dos tributos. Com isso, reporta-se aos princípios da finalidade e da proporcionalidade, a impedir a imposição de controles inservíveis a esse escopo, bem como a quaisquer desvios.

Ao contrário do Direito Tributário, acertadamente o Direito Administrativo não utiliza a denominação “obrigação acessória” para essa espécie de norma. Trata-a como “principal” por criar, independentemente de qualquer outro fato, obrigação autônoma.

Ainda assim, à luz dos princípios constitucionais mencionados, idêntico deve ser o entendimento a respeito no quanto pertinente: as prestações estabelecidas com o propósito de viabilizar o exercício do poder de polícia devem ater-se, unicamente, à finalidade proposta, sob pena de serem inválidas, por desvio de finalidade. Ademais, devem ser eficientes, ou seja, aptas a alcançar o melhor resultado, com o mínimo de dispêndios, seja para o Poder Público, seja para a sociedade.

Válidas as normas, todavia, também o descumprimento do dever relativo a esses “deveres instrumentais ou formais”, como apropriadamente os denomina Paulo de Barros Carvalho[416], ensejará a imposição de sanção, que há de guardar consonância com a dimensão da infração praticada.

---

[415] CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 25.ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p.290.
[416] CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 25.ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p.290.

Em qualquer circunstância, porém, verificado pelo agente fiscal o descumprimento, seja da obrigação "principal", seja desses deveres instrumentais, o ato administrativo que vier a aplicar a respectiva sanção, por meio de auto de infração, consubstanciará norma individual e concreta hábil a ser concretizada mediante a atuação do Poder Judiciário.

No Direito Aduaneiro, os principais deveres instrumentais ou formais prescritos na legislação são os seguintes:

(I) inscrição no Registro de Exportadores e Importadores (REI), mantido pela Secretaria de Comércio Exterior (SECEX);

(II) prestação de informações de natureza comercial, financeira, cambial e fiscal, quando exigidas;

(III) obtenção de licenças ou autorizações para a importação ou exportação de determinados bens, nos casos determinados na legislação[417];

(IV) apresentação de declarações[418];

(V) apresentação de certificação de origem, quando for o caso;

(VI) apresentação dos documentos comerciais que embasaram a operação (fatura comercial, conhecimento de transporte e comprovante de pagamento dos tributos, se exigíveis);

(VII) apresentação de outros documentos, sempre que exigíveis por lei, tratado ou outro ato normativo;

(VIII) manutenção e guarda dessa documentação pelo prazo preconizado em lei[419];

(IX) aposição de rótulos, selos ou estampilhas, nos casos determinados na legislação;

---

[417] Tanto no caso de importações, como no de exportações registradas no Sistema de Comércio Exterior - SISCOMEX, a licença emitida pela SECEX, assim como a manifestação dos demais órgãos aos quais a mercadoria está sujeita ao controle, é lançada em campo próprio desse Sistema. Na hipótese de exportação, a licença recebe o nome de "Registro de Exportação" (análogo à Licença de Importação). Não sendo esse o caso, porém, constará em campo específico da declaração ou outro documento próprio (artigo 550 do Regulamento Aduaneiro, veiculado pelo Decreto n. 6.759/2009).

[418] Na hipótese de importação, pelo regime comum, será a Declaração de Importação (DI, artigo 551, R.A); na de exportação, a Declaração de Exportação (artigo 586, R.A.)

[419] O artigo 70, *caput*, da Lei n. 10.833/2003 estipula "a obrigação de manter, em boa guarda e ordem, os documentos relativos às transações que realizarem pelo prazo decadencial estabelecido na legislação tributária a que estão submetidos e de apresentá-los à fiscalização aduaneira quando exigidos." O artigo 195, parágrafo único, do CTN, por sua vez, regulado pelo artigo 21, parágrafo único, do RA/2009, determina a conservação e guarda dos livros obrigatórios de escrituração fiscal e comercial, bem como dos comprovantes de lançamento, pelo prazo de prescrição dos respectivos créditos tributários.

(X) escrituração das operações de entrada e saída nos livros estipulados na legislação;

(XI) cumprimento das regras relativas ao estacionamento, carga ou descarga, bem como tráfego, de veículos procedentes do exterior[420];

(XII) credenciamento das empresas transportadoras, bem como de despachantes aduaneiros, perante as Alfândegas.

Afora isso, outras medidas úteis para a consecução do poder de polícia estão estruturadas, de modo a permitir uma avaliação mais eficiente da atividade em questão. A primeira delas, como anteriormente mencionado, consubstancia-se na divisão do território nacional entre zona primária e secundária, em torno da qual se fixam competências e, em certa medida, diferentes formas de controle.

Zona primária é a área terrestre ou aquática, contínua ou descontínua, na qual é autorizado o ingresso ou saída de mercadorias do País. Compõem-se dos portos, aeroportos ou pontos de fronteira que, alfandegados por ato da autoridade administrativa competente, serão os únicos locais pelos quais é permitida essa movimentação. Justamente por isso, seus controles, normalmente a cargo das Aduanas, são mais rígidos e amplos.[421]

As zonas secundárias, por sua vez, correspondem ao restante do território, incluídas as águas territoriais e espaço aéreo, onde há, também, o controle desse comércio. É o que ocorre na revisão do lançamento do tributo, quando se aferem, igualmente, os controles administrativos pertinentes, e na fiscalização dos armazéns e entrepostos aduaneiros, para onde as mercadorias podem ter sido removidas para aguardar posterior desembaraço, sem olvido da fiscalização do destino dos bens, importante na hipótese de concessão de regime fiscal mais favorecido – imunidade, isenção ou outra forma de benefício fiscal (alíquota “0”, etc.) – em razão da finalidade (*v.g. drawback*, etc.).

Naturalmente, se a autoridade alfandega um ponto, exclui todos os demais, de modo a centralizar o controle com o intento de melhor realizá-lo. Normalmente, o ato, expedido pelo Superintendente da Receita Federal da

[420] Vide, em especial, norma dos artigos 26 a 28 do R.A/2009.
[421] Nos termos da legislação, todavia, as Zonas de Processamento de Exportação (ZPEs) de que trata a Lei n. 11.508/2007 também são consideradas integrantes da zona primária.

Região Fiscal, que declara alfandegado um local, reconhece essa condição por tempo indeterminado. Em circunstâncias extraordinárias, contudo, pode fazê-lo por tempo delimitado, à vista das peculiaridades da situação. É o caso, por exemplo, quando voo internacional, procedente do exterior, está com pouco combustível para chegar ao aeroporto de destino e precisa aterrissar em outro, não alfandegado. Nesse caso, a autoridade pode, por ato próprio, alfandegar o outro aeroporto, exclusivamente para receber o voo em questão. Para tanto, previamente avisada sobre os fatos, ela editará o ato e providenciará para que, no local designado, se monte estrutura suficiente para o exercício da função que lhe é própria.

A transposição de mercadorias de um País a outro, por pontos não alfandegados (ressalvados dutos autorizados), configurará, em tese, crime de descaminho ou de contrabando, respectivamente, conforme se vise iludir a fiscalização para o fim de deixar de pagar, total ou parcialmente, o tributo devido (artigo 334 do Código Penal), ou se trate de importação proibida (artigo 334-A desse estatuto).[422] Neste caso, tratar-se-á de lei penal "em branco"[423], cabendo à legislação ditar as mercadorias inseridas nessa vedação.[424]

Importante notar que, além da fiscalização das mercadorias, sujeitam-se ao controle aduaneiro, na zona primária, também as pessoas[425] e os veículos que as transportem, motivo pelo qual é proibido o estacionamento, a carga, a descarga e o transbordo em lugar não habilitado (artigo 27, I, do RA/2009). É

[422] A parcela do artigo 334 original do Código Penal, referente ao contrabando, foi desdobrado no artigo 334-A, restando os enunciados dispostos na forma da Lei n. 13.008/2014.

[423] A doutrina denomina "norma penal em branco", aquela que contém conceito o qual deve ser integrado com outra norma, infralegal, principalmente em razão de motivos técnicos.

[424] Entre os bens de importação proibida estão, além de substâncias entorpecentes arroladas em lista do Ministério da Saúde, armamentos, salvo com anuência do Comando do Exército, integrante do Ministério da Defesa, nos termos do Regulamento para Fiscalização de Produtos Controlados (R-105), veiculado pelo Decreto n. 3.665/2000, e pneus usados, nos termos das Portarias DECEX n. 8/1991 e 18/92; IBAMA n. 138-N/92; e Resoluções CONAMA n. 23/96 e 235/98, entre outros, incluídos os remanufaturados, por força da Portaria SECEX n. 14/2004. Quanto a estes, é bom frisar que embora a regra geral seja a da proibição da importação, o fato de o Brasil comprar pneumáticos usados de países do MERCOSUL, por conta de obrigações assumidas nesse acordo, enquanto proibia compras semelhantes da União Europeia, levou esta a questionar a conduta no âmbito da OMC, que, em setembro de 2007, considerando procedentes em parte os argumentos do Brasil, admitiu que ele mantivesse a proibição de importação para todos os países, ressalvados os do MERCOSUL, com relação aos quais, todavia, impôs cotas de importação (fixadas com base na média dos três anos anteriores). A alegação do País, para vetar aqueles produtos, era de que os bens conteriam resíduos lesivos ao meio ambiente e serviriam de criadouros de insetos capazes de por em risco a saúde humana, como o *Aedes aegypti*. Justamente por conta dessa discussão e das várias liminares proferidas no sentido de liberar o bem, a União ingressou com Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental no Supremo Tribunal Federal – STF (ADPF n. 101; Rel. Min. Carmen Lúcia), que, por oito votos a um, em junho de 2009, considerou constitucionais as Portarias que vedavam a importação de pneus usados.

[425] Nas cidades fronteiriças, o artigo 34, I, do Decreto-Lei n. 37/1966, regulado pelo artigo 14, §2º, do RA, autoriza às autoridades aduaneiras montarem cadastro das pessoas que habitualmente cruzem a fronteira.

inclusive vedado colocar veículo “nas proximidades de outro, sendo um deles procedente do exterior ou a ele destinado, de modo a tornar possível o transbordo de pessoa ou mercadoria, sem observância das normas de controle aduaneiro” (artigo 28, *caput*, RA), ressalvadas as exceções previstas na legislação, como o caso de veículos, civis ou militares, usados em serviço público ou prestação de socorro.

Caberá ainda aos agentes responsáveis pelas embarcações ou aeronaves, sempre, com atenção à antecedência mínima prevista nas normas da Secretaria da Receita Federal do Brasil (SRFB), informar à autoridade aduaneira os horários previstos para atracação ou aterrisagem, a hora prevista para a chegada, procedência, destino e, havendo passageiros, seu número.

No caso de veículos terrestres, pretendendo ele seguir viagem para fora da zona primária, ainda que não se trate de trânsito aduaneiro (sujeito a regime específico), a autoridade poderá determinar a subscrição de termo de responsabilidade, sem o qual será vedada a sua saída.

Em caso de trânsito aduaneiro, por sua vez, à parte a declaração respectiva a ser apresentada em conjunto com a documentação, a autoridade aduaneira, se entender necessário, poderá determinar o acompanhamento fiscal do veículo pelo território aduaneiro (artigo 30, RA/2009). Tudo isso porque, não raras vezes, tenta-se iludir a autoridade fazendária com a ocultação de bem ou sua carga, descarga ou transbordo de forma ilícita.

Como o alfandegamento em si leva em conta apenas a existência de espaço para as operações de carga e descarga das mercadorias, sem pressupor seu armazenamento, não necessariamente o alfandegamento de um porto engloba os armazéns nele situados. Por isso, devem também sê-lo antes de se prestarem à guarda das cargas.

Variável a preferência logística dos usuários, que podem optar por desembaraçar os bens na zona primária ou na secundária, geralmente de menor custo, os armazéns ou depósitos alfandegados podem situar-se tanto em uma como em outra, embora a depender da situação varie seu nome.

Recintos alfandegados situados em área de fronteira seca da zona primária ou, noutra hipótese, na secundária, de uso público e nos quais se executam as operações de movimentação, armazenagem e despacho de mercadorias procedentes ou destinadas ao exterior, atualmente são

denominados de “portos secos” (artigo 11 do RA/2009). Os situados nos portos ou nos aeroportos, contudo, designam-se, nessa ordem, Instalações Portuárias Alfandegadas (IPAs) ou Terminais de Carga Aérea Alfandegados (TECAs), cada qual com regime jurídico distinto.

Por serem operados mediante concessão ou permissão da União, qualquer prestação de serviços de movimentação e armazenagem de mercadorias sujeita-se, portanto, à prévia licitação pública, estabelecida nos termos do edital.[426]

Por fim, não somente a lei autoriza à autoridade fiscal exigir do sujeito passivo a apresentação de mercadorias, livros fiscais, contábeis e documentos que entenderem cabíveis, além do acesso aos estabelecimentos, suas dependências, móveis, veículos e cofres[427], como obriga terceiros, que possuam informações sobre os bens, negócios e atividades dos contribuintes, a lhes prestarem, quando intimados, as informações solicitadas.[428]

[426] A respeito, vide Lei n. 9.074/1995, artigo 1º, VI.
[427] Artigo 94 e parágrafo único da Lei n. 4.502/1964 e artigo 34 da Lei n.9.430/1996, regulados pelo artigo 19 do RA/2009.
[428] Artigo 197 do Código Tributário Nacional, regulado pelo artigo 22 do RA/2009.

15 OS REGIMES JURÍDICOS ADUANEIROS

15.1 Noções gerais

A depender da forma como se dê o comércio internacional, diferente poderá ser a forma pela qual se dá o seu controle e, ainda, o regime jurídico aplicável. Sinteticamente, com respeito à importação ou à exportação, três são os modos básicos pelos quais as mercadorias podem ingressar ou sair do País: (I) o ordinário, quando as mercadorias chegam desacompanhadas, normalmente acondicionadas em *containers* ou *pallets*, por meio de transporte comum, aéreo, marítimo, lacustre ou terrestre; (II) na condição de bagagem, acompanhada ou desacompanhada e (III) por meio de remessa postal internacional.

Por ser preciso fornecer, a cada uma dessas situações, o tratamento jurídico a elas mais consentâneo, disso derivam diferentes regimes jurídicos aplicáveis, seja em termos de tributação, seja de controle. Assim, na importação, três são os regimes básicos estruturados:

(I) O Regime de Importação Comum (RTC), de índole mais formal, correspondente à primeira situação acima mencionada, em que não é aplicável nenhum dos demais regimes (é regime residual em relação aos demais);

(II) O Regime de Tributação Especial, relativo à bagagem, próprio ao conjunto de bens que, pela quantidade e qualidade, não revelem finalidade comercial (artigo 1º, §1º do Decreto-Lei n. 2.120/1984), bem como aos bens adquiridos em loja franca (Decreto n. 7.213/2010 e artigo 102 do RA);

(III) O Regime de Tributação Simplificada (RTS), atinente às remessas postais internacionais (Decreto-Lei n. 1.804/1980, artigo 1º, *caput*, e §2º; Lei n. 10.865/2004, artigo 9, II, “c”, e artigo 99, *caput*, do RA).

Além destes regimes ordinários, há ainda, por força da legislação, o Regime de Tributação Unificado (RTU), relativo às importações, por via

terrestre, de mercadorias oriundas do Paraguai (Lei n. 11.98/2009; Decreto n. 7.213/2010 e artigo 102-A do RA).

Paralelamente, há os “regimes aduaneiros especiais”, providencialmente estruturados com o fim de dispensar o tratamento jurídico mais adequado a determinadas situações, observados seus contornos e finalidades. É o caso do “trânsito aduaneiro”, aplicável aos casos em que a mercadoria ingressa no País apenas temporariamente, com o intento de cruzar parte do território nacional, até alcançar terceiro País; da “admissão temporária”, em que, como revela o nome, a mercadoria é introduzida por tempo limitado, prevendo-se sua saída posterior; da “exportação temporária”, oposta ao anterior, pertinente às situações em que ela sai do País para a ele depois retornar; bem como os regimes especiais de entreposto aduaneiro; *drawback*, zona franca e outros, implantados com o objetivo de facilitar as operações de comércio exterior ou, ainda, ofertar benefícios fiscais a determinadas atividades ou regiões.

Precisamente com o fim de fornecer ideia mais substanciosa do contexto em meio ao qual se desenvolve o poder de polícia em matéria aduaneira, soa interessante dar, como exemplo, um breve resumo dos procedimentos previstos nos casos de importação pelo regime comum (RTC), mais complexo e relevante para o propósito de estudo, deixando consignado que, na hipótese de exportação, há razoável similitude. Em todo o caso, não adentraremos em particularidades do tema, por ultrapassar o escopo delimitado.

Isso consignado, passemos à descrição, útil para melhor compreensão das penalidades aplicáveis nos casos de infração às regras estruturantes desses regimes, bem como àquelas gerais, que acabamos de mencionar.

15.2 Regime de tributação comum (RTC)

O Regime de Tributação Comum (RTC) é aquele que, por possuir caráter residual, somente é aplicável quando não o forem os demais. Ordinário, portanto, incide com relação às mercadorias chegadas sós ao País, por via aérea, terrestre, marítima ou lacustre, em *pallets* ou em contêiner, com o propósito de integrar o mercado nacional, seja como bens de produção, seja como de consumo ou, ainda, insumos. Portanto, só se aplica se não se tratar

de bagagem, de remessa postal internacional ou, ainda, estiver sujeita ao regime unificado ou a um dos regimes aduaneiros especiais.

Nesse caso, o procedimento administrativo básico para desembaraçar a mercadoria importada é o “despacho aduaneiro”, pelo qual a autoridade fiscal verifica a exatidão dos dados declarados pelo importador em relação à mercadoria, aos documentos apresentados e à legislação específica.

Qualquer mercadoria proveniente do exterior, ainda que imune ou isenta do pagamento de tributo, submete-se a esse despacho. A única exceção é a mala diplomática, assim considerada aquela que contenha apenas documentos e objetos dessa natureza destinados a uso oficial e esteja perfeitamente identificada, quanto a isso, por sinais externos. Nesse caso, somente poderão ser entregues a pessoa credenciada pela missão diplomática em questão.[429]

No entanto, somente se todos os requisitos forem atendidos e o tributo quitado é que a mercadoria será liberada, valendo lembrar, nesse contexto, a Súmula 323 do E. Supremo Tribunal Federal, assim lavrada: “É inadmissível a apreensão de mercadorias como meio coercitivo para pagamento de tributos”.

Previamente ao despacho, a depender da mercadoria, do regime aplicável ou das circunstâncias, poderão ser necessárias não somente a licença de importação expedida pela SECEX, mas também a autorização de outros órgãos com poder de polícia, como a Agência Nacional de Vigilância Sanitária, o Ministério da Agricultura, o Comando do Exército, vinculado ao Ministério da Defesa.[430]

Ausente disposição expressa, entende-se dispensado o licenciamento. Ele somente será necessário diante de regra taxativa do SECEX. Previsto o licenciamento, ele somente se aperfeiçoa mediante o fornecimento de Licença de Importação – LI pelo Sistema Integrado de Comércio Exterior (SISCOMEX eletrônico)[431]. Isso pode se dar de modo automático ou não automático.

Nos dois casos, por consubstanciar anuência dos órgãos competentes ao ingresso do bem estrangeiro, inclusive para o fim de proteção do mercado nacional, o licenciamento deverá ocorrer antes do início do despacho.

---

[429] A matéria é regulada pela Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas. O tratamento se estende à mala consular, por conta da Convenção sobre Relações Consulares de Viena.
[430] O próprio SISCOMEX informa qual o regime de licenciamento dispensado à mercadoria.
[431] O sistema fornece extrato da licença.

No entanto, enquanto o licenciamento automático pode ser obtido após o embarque da mercadoria no exterior (*v.g. drawback*), o não automático, usual quando se requer a anuência de outros órgãos para a importação, deve ocorrer, além de anteriormente ao despacho, antes do embarque (ainda que se possam agregar informações entre um momento e outro).

Efetuado o registro do pedido de licença no SISCOMEX, ela será fornecida no prazo máximo de 10 dias úteis, quando se tratar de licenciamento automático, ou 90 dias se não automático, tendo prazo de validade de noventa dias, a partir do deferimento, dentro dos quais há de ocorrer o embarque da mercadoria no País estrangeiro.

Obtida a licença, cuidará o importador de preencher, no SISCOMEX, a declaração de importação (DI), que conterá as informações básicas sobre a operação, hábeis a possibilitar à administração aduaneira o controle fiscal, cambial e administrativo de sua competência. Nela são informados os dados sobre o importador o exportador e o fabricante do bem, sua origem e a proveniência, a classificação fiscal, quantidade, peso e valor aduaneiro da mercadoria, assim como breve descrição, bem como os tributos devidos, que serão conferidos.

Assim como a licença de importação (LI), também a DI é gerada pelo sistema[432]. Preenchida eletronicamente, depois de pronta ela é enviada à Receita, onde recebe um número de registro. Esse é o momento em que se fixa o marco temporal e espacial do fato jurídico-tributário, ou seja, o instante e local em que surge a obrigação tributária, algo imprescindível não somente para permitir aquilatar a autoridade competente para a fiscalização (a do local), mas também a alíquota e a taxa de câmbio aplicáveis, que serão as vigentes na ocasião. É o instante, também, no qual se considera iniciado o despacho de importação, fator relevante na configuração de eventual “denúncia espontânea”.

Recebida pelo sistema, o próprio SISCOMEX trata de cruzar os dados apresentados, verificando a regularidade cadastral do importador e, quando for o caso, do seu representante legal, se todos os campos essenciais do documento foram preenchidos e se houve a quitação dos tributos federais

[432] Isso pode ser feito de qualquer computador.

porventura devidos, o que, dentro dos mecanismos do sistema, pode ser feito por débito automático.

Em regra, as mercadorias importadas são encaminhadas para serem alojadas, imediatamente, em locais alfandegados, da zona primária ou secundária.

Necessária a agilização dos trâmites, uma vez que a manutenção das mercadorias na zona primária por tempo indefinido favorece o incremento do custo operacional para todas as partes envolvidas, a legislação aduaneira define os prazos dentro dos quais o despacho deve ser iniciado, mediante o registro da DI, sob pena de ela ser considerada abandonada e, portanto, sujeita a pena de perdimento. Isso, ainda que, atualmente, se preveja a possibilidade de trancar o trâmite do procedimento para isso aberto, mediante o pagamento de multa e dos tributos, com os respectivos acréscimos, embora antes, sempre, de dar-se a destinação do bem (como por incorporação ao patrimônio público, doação a entidade assistencial ou leilão).

Consoante a legislação, os prazos para início do despacho são os seguintes:

(I) De até noventa dias da descarga, se a mercadoria estiver armazenada em recinto alfandegado da zona primária;
(II) De até cento de vinte dias da entrada em recinto alfandegado, quando este estiver situado na zona secundária; e
(III) De até noventa dias, contados do recebimento do aviso de chegada, quando se tratar de remessa postal internacional.

Iniciado o despacho, o sistema procede à parametrização das mercadorias. Trata-se do ato (evidentemente administrativo), o qual, baseado nos critérios nele inseridos, direciona o procedimento para que siga por um dos canais de conferência aduaneira, que poderá ser o verde, o amarelo, o cinza ou o vermelho.

A depender da parametrização, ocorrerá o seguinte:

(I) Canal verde – faz-se o desembaraço automático da mercadoria, que fica liberada de exame documental ou conferência física;

(II) Canal amarelo – realiza-se o exame documental, apenas, após o qual: (a) a mercadoria é liberada, sem necessidade de conferência física; ou (b) a mercadoria é encaminhada ao canal vermelho ou cinza, para exame mais aprofundado;

(III) Canal vermelho – realiza-se tanto o exame documental como a conferência física da mercadoria, a qual, feita por Auditor Fiscal, deve sempre ter a presença do importador ou seu representante legal. A depender do resultado desses exames, todavia, nada impede a parametrização para o canal cinza, para outra abordagem;

(IV) Canal cinza – faz-se exame documental, conferência física e. ainda, do valor aduaneiro, o qual é detidamente analisado, nos termos do Acordo anteriormente mencionado, para o fim de verificar sua exatidão.

Salvo quando, parametrizada no canal verde, a mercadoria é prontamente desembaraçada, ou seja, liberada para ingressar no mercado interno, nos demais casos, em que o importador ou seu representante devem apresentar documentação à autoridade fiscal, deve-se ter em mãos, além do extrato da DI, também a fatura (salvo casos em que ela é expressamente dispensada), a via original do conhecimento de transporte[433] ou documento equivalente, bem como outros porventura necessários por conta dos controles específicos (*v.g.* do Comando do Exército, da Vigilância Sanitária ou do Ministério da Saúde), ou em decorrência de acordos internacionais.

Enquanto, em tese, a fatura comprova a compra e venda da mercadoria, fornecendo informações básicas sobre o produto transacionado (partes, natureza do bem, quantidade, peso, preço, moeda e data da transação, dentre outros)[434], o conhecimento de transporte, cuja emissão incumbe ao transportador, além de provar o recebimento da mercadoria e a obrigação de entrega no local de destino, ao admitir o endosso, acaba por representar a própria mercadoria, hábil a circular por meio desse título de crédito.[435]

---

[433] O conhecimento de transporte (ou de carga), título de crédito regulado por nossa legislação comercial, atenta a convenções internacionais, é conhecido, no modal marítimo, como BL (*Bill of Lading*) e no aéreo como AWB (*Airway Bill*).

[434] Vide artigo 557 do RA/2009.

[435] BULGARELLI, Waldírio. **Títulos de crédito**. 8.ed. São Paulo: Atlas, 1991, p.404-405. Segundo o autor, foi o Decreto n. 19.473/1930 o responsável por introduzir o conhecimento de transporte como título de

Emitido de forma equivocada, o conhecimento pode ser corrigido por "carta de correção", acompanhada do conhecimento a ser corrigido, dirigida pelo transportador à autoridade do local da descarga, a qual deve ser apresentada antes do início do despacho aduaneiro e, se aceita, implicará correção do manifesto de carga. Caso sua emissão ocorra depois, sua apreciação (situação que não implica denúncia espontânea) ficará a critério da autoridade, que só a receberá até o desembaraço da mercadoria (artigo 46 do R.A).

Normalmente, a cada conhecimento de transporte corresponde uma DI e vice-versa.[436] Como exceção, porém, é possível desdobrar um conhecimento em várias DIs, como, por exemplo, na importação de petróleo bruto e derivados e outras porventura autorizadas, mediante justificativa.

Noutra ponta, também pode haver, como exceção, uma única DI para vários conhecimentos de carga. Ocorre principalmente quando o total das mercadorias, correspondentes a um único negócio comercial, for, em razão de sua quantidade ou peso, transportado por vários veículos ou se trate de partes de um bem único ou unidade funcional, com classificação fiscal própria, apontada na declaração e nos documentos comerciais a ela referentes.

Em paralelo ao conhecimento de transporte, a legislação exige do transportador a confecção do manifesto de carga ou declaração de efeito equivalente[437] – um para cada ponto de descarga no território nacional e pontos de carregamento no exterior[438] – que traz, em especial, a relação do número dos conhecimentos de transporte, bem como as mercadorias por eles acobertadas (natureza, espécie, marca, quantidade, peso), a identificação do veículo e sua nacionalidade e o local de embarque e destino das cargas. Embarcada carga depois de encerrado o manifesto, com a assinatura do responsável pelo veículo, ela deve ser incluída em manifesto complementar, com os mesmos requisitos do principal.[439]

Caso, por motivo qualquer, se pretenda o desembarque em local diverso do previsto, incumbe ao interessado requerê-lo à autoridade aduaneira do local

---

crédito. Esse diploma foi revogado em 1991. No entanto, também o artigo 46, *caput*, do Decreto-Lei n. 37/1966, na redação do Decreto-Lei n. 2.472/1988 (artigo 2º), afirma constituir o conhecimento de carga original prova de posse ou propriedade da mercadoria.

[436] Nesses termos, o artigo 554, parágrafo único, do R.A/2009.

[437] Artigo 39, *caput*, do Decreto-Lei n. 37/1966 e artigo 41 do RA/2009.

[438] Artigo 43 do RA/2009.

[439] Artigos 44 e 45 do RA/2009.

do novo destino, que comunicará o fato àquela responsável pelo local onde ela, segundo o manifesto, seria desembarcada.[440]

Omitida a mercadoria no manifesto, embora constante do conhecimento, a omissão é superada com a apresentação deste último, acompanhado da mercadoria. Constatada divergência entre o conhecimento e o manifesto, sempre prevalece aquele.

Não são poucos os problemas surgidos quanto a essa documentação, que, na prática, levam à aplicação de sanções.

Retornando ao procedimento do despacho, todavia, normalmente, como foi dito, a parametrização é automática e definida segundo os critérios previamente balizados pela Aduana. É de acordo com eles que os dados contidos no sistema serão trabalhados a fim de definir o resultado mais adequado.

Dentre os parâmetros úteis para a tarefa, ressaltam os das pessoas do importador e do exportador; o número de importações realizadas pelo primeiro em determinado período e o de irregularidades nos quais ele tenha sido implicado; o perfil de atividade econômica desses atores; a dimensão do capital social da empresa em face da operação ou do conjunto de operações em um determinado período; a eventual discrepância do valor apontado comparativamente às importações de bens semelhantes da mesma procedência e época, etc.

Todo o caldo de informações disponíveis a partir do cruzamento da DI com os registros das importações de mercadorias idênticas ou similares, feitas dos mesmos países, por esses ou outros operadores, bem como a pesquisa dos antecedentes do importador e de sua capacidade financeira para suportar a operação é que dará o suporte adequado para verificar se será necessário aprofundar a análise ou se será o caso de desembaraçar o produto. Essa última possibilidade é a que desponta mais comum no caso de importações feitas por empresas de grande porte, bem estruturadas e habituadas a importar as mesmas mercadorias ou insumos, segundo um mesmo padrão, visando a produção ou comércio de bens.

Inegavelmente, esses critérios atendem à razoabilidade e à busca da eficiência. Inviável conferir uma a uma a mercadoria, quer pelo volume

[440] Artigo 52 do RA/2009.

existente, quer pelo dinamismo que se espera da atividade econômica, que requer menores custos e maior agilidade como pressupostos da competitividade, as mercadorias hão de ser examinadas por amostragem, para o que se requer parâmetros inteligentes, hábeis a detectar desvios em relação à normalidade.

Sem desmerecer os casos em que a falta ou o pagamento equivocado do tributo decorra de erro, inclusive por má compreensão da legislação, a discrepância entre o valor declarado e aquele comumente praticado em operações semelhantes relativamente aos mesmos países de procedência, à mesma época poderá consistir, também, em forte indício de subfaturamento ou superfaturamento[441], quando a falsidade é intencional, voltada a fins ilícitos.

Igualmente, a realização de importação por pessoa sem capacidade técnica ou financeira, cujo indicativo poderá ser o capital social ínfimo, poderá consistir em sério indicativo da prática de fraude, mediante a utilização de empresa “de fachada” (fantasma), constituída apenas para ocultar as pessoas verdadeiramente envolvidas na operação de comércio exterior. Prática bastante usual quando se pretende a “lavagem de dinheiro”.

Não poucas vezes, diante de certos indícios, interrompe-se o despacho para a efetivação de diligências na Junta Comercial e no local designado como sede da empresa, com o objetivo de apurar sua real existência e a do endereço por ela informado.[442]

Outros referenciais, ainda, poderão ser a utilização de ponto de desembarque diverso do normalmente utilizado, por poder significar tentativa de esquiva de Aduana rigorosa para tentar-se o desembaraço em outra, na esperança de sorte melhor; o País de procedência das mercadorias, e a pouca experiência do importador, quando este é novo no ramo, tanto pela maior possibilidade de erros quanto pela ausência de antecedentes a ele favoráveis.

Apurada, pelas informações já constantes no sistema ou pelo exame documental, a conveniência de se proceder à conferência aduaneira, com o

---

[441] O subfaturamento, consistente na atribuição de valor inferior ao efetivamente praticado na operação de compra e venda, é de uso frequente quando se pretende esquivar do pagamento dos tributos incidentes. Poderá dar ensejo à caracterização do crime de sonegação, quando referente a tributos internos, ou descaminho (na importação), caso a conduta seja intencional (dolosa). O superfaturamento, noutra via, consistente na atribuição de valor superior ao efetivamente praticado, é a praxe quando se pretende a evasão ilícita de divisas. Em ambos os casos, o que há, no fundo, é uma falsidade ideológica, absorvida pelos tipos penais suprarreferidos.

[442] Há casos em que, efetivadas essas diligências, foi apurado tratar-se de terreno baldio, estacionamento ou imóvel residencial extremamente simples.

propósito de identificar o importador e a veracidade das informações prestadas quanto à natureza, classificação fiscal, quantidade e valor da mercadoria, bem como do cumprimento das obrigações fiscais, esta é designada, somente podendo realizar-se na presença do importador, do viajante ou de seus representantes.[443]

A conferência física da mercadoria, realizada sempre por Auditor Fiscal da Receita Federal ou, sob sua supervisão, por integrante da carreira de Auditoria da Receita[444], ocorre, em regra, no recinto alfandegado para o qual foi deslocada, na zona primária ou secundária. Feita nesse local, é dispensável a presença do importador, desde, porém, que presente o depositário ou seus prepostos.[445]

Algumas situações, todavia, por motivos de ordem técnica ou operacional, podem aconselhar sua realização em locais não alfandegados, inclusive o estabelecimento do importador. Isso ocorre para complementar a fiscalização iniciada na zona primária ou por outras razões, a pedido do importador – porém nesse caso, sempre após prévia autorização da autoridade aduaneira.[446]

Outra possibilidade de realização da conferência em local diverso do alfandegado acontece no curso de procedimento de revisão, quando, por qualquer motivo, dentro do prazo prescricional quinquenal de que dispõe, a autoridade decide pela conveniência de um novo exame no local de destino da mercadoria. Nem sempre haverá, nessa hipótese, complementação de fiscalização iniciada – como poderia sugerir a efetuada para o fim de conferir o atendimento à condição da qual dependia a concessão de benefício fiscal à mercadoria importada – pois pode ocorrer que, desembaraçado o bem, a fiscalização, constatado erro ou surgida dúvida, entenda oportuno reexaminar o despacho.

Ultimada a conferência, a fiscalização poderá adotar, na hipótese de trânsito aduaneiro da mercadoria, medidas de “cautela fiscal” como a lacração ou aplicação de dispositivos de segurança ao volume examinado ou ao próprio veículo transportador – que somente poderão ser rompidos ou suprimidos na

[443] BRASIL. Decreto-Lei n. 37/1966, artigo 50, *caput*, na redação da Lei n. 10.833/2003, artigo 77, e artigo 566 do RA/2009.
[444] Analista da Receita Federal do Brasil.
[445] BRASIL. Decreto-Lei n. 37/1966, artigo 50, §1º, na redação da Lei n. 10.833/2003, artigo 77.
[446] BRASIL. Decreto-Lei n. 37/1966, artigo 49, com a redação do Decreto-Lei n. 2.472/1988, artigo 2º.

presença de outros agentes fiscais da Receita – com o fim de impedir sua violação. Poderá determinar, ainda, o acompanhamento fiscal do bem, em circunstâncias especiais.[447]

Quando se tratar de bagagem ou de mercadoria sob a responsabilidade do transportador, a conferência poderá dar-se tanto na presença do viajante ou importador, quanto do transportador ou seus prepostos. Assim, tanto estes como o depositário são representantes do importador e do viajante.

Advindo dúvida sobre a natureza ou quantidade do bem – situação comum na hipótese de maquinários ou produtos químicos – o despacho poderá ser interrompido, com o registro da exigência correspondente, que poderá consistir tanto na requisição de documentação complementar, apta a comprovar os dados técnicos declarados, quanto na determinação da realização de perícia, a ser efetuada por Laboratórios da Receita Federal, da Administração Pública ou outros, mesmo privados, desde que especializados e previamente credenciados.

Caso seja uma destas a determinação, é possível ao interessado indicar assistente técnico para acompanhar a perícia. Quando a incerteza é quanto à quantidade da mercadoria, tratando-se de granel, uma perícia poderá ser solicitada para verificá-la, o que é feito, dentre outros métodos, pela arqueação.

É nessa fase que a autoridade pode determinar de ofício ou o importador requerer “vistoria aduaneira”, destinada a verificar a ocorrência de avaria ou extravio de mercadoria estrangeira ingressada no território e, na sequência, identificar o responsável e apurar o crédito tributário porventura exigível (artigo 60, parágrafo único, do Decreto-Lei n. 37/1966). O importador, contudo, poderá dispensá-la, desde que arque com a responsabilidade pelo pagamento do imposto de importação e penalidades cabíveis.

Percebida avaria, diferença de peso ou indícios de violação de volume na descarga do veículo, o depositário fará pronta anotação no registro de descarga, de modo a inibir sua responsabilidade. Também se for ele quem detecte a avaria ou o extravio logo após esse momento, deverá consignar a ocorrência em termo próprio, disponibilizando-o para manifestação do transportador, na forma e prazo estabelecidos pela Administração Fazendária.

---

[447] Isso tende a ocorrer, principalmente, nos casos em que as circunstâncias aconselhem o acompanhamento do bem durante toda a rota. As cautelas estão previstas no artigo 74, §2º, do Decreto-Lei n. 37/1966.

Nenhuma mercadoria considerada avariada pode ser objeto de conferência enquanto não realizada a vistoria. O resultado do ato, realizado na presença do depositário, do importador e do transportador em data e hora fixada pela autoridade, será consignado no termo de vistoria, só possível antes da saída da mercadoria do recinto alfandegado.[448]

Acertadamente, considerando responsável pela avaria ou extravio aquele que lhe deu causa, a legislação presume essa situação em desfavor do transportador quando houve (I) substituição de mercadoria após o embarque; (II) extravio de mercadoria em volume descarregado com indício de violação; (III) avaria visível externamente ao volume descarregado; (IV) divergência, para menos, de peso ou dimensão do volume em relação ao declarado no manifesto, no conhecimento de carga ou documento equivalente; (V) extravio ou avaria fraudulenta constatada na descarga; e (VI) extravio, constatado na descarga, de volume ou de mercadoria a granel, manifestados.[449] Isso porque, nestes casos, supostamente as mercadorias estariam na posse do transportador enquanto praticados os atos que as aviltaram.

Por outro lado, será de responsabilidade do depositário a avaria ou extravio de mercadoria sob sua custódia ou perpetrada por seus prepostos durante a movimentação da carga.[450] Caso não ressalve ou proteste quanto a bens avariados que tenha recebido ou a cujo respeito haja constatado o extravio, logo após recebê-los do transportador, arcará com a responsabilidade, por presunção de ocorrência após a recepção.

Isso só não se verifica quando o importador prontamente assume a responsabilidade pelo pagamento do tributo que a Fazenda Nacional deixou de arrecadar. Qualquer erro ou irregularidade é registrado no SISCOMEX. Com isso, o importador toma conhecimento dessa constatação pelo próprio sistema, o que desburocratiza o processo.

Necessária retificação ou inclusão de informações na DI, no curso do despacho, inclusive por determinação da autoridade fiscal. A correção será feita pelo importador no próprio sistema, condicionada a posterior ratificação pelo agente fiscal, salvo quanto às informações cambiais.

---

[448] Artigo 656 do RA/2009.
[449] Artigo 41 do Decreto-Lei n. 37/1966.
[450] Artigo 662 do RA/2009.

É vedado o desembaraço de mercadorias sujeitas a controle especial, depósito ou pagamento de tributos, outros ônus financeiros – como o Adicional ao Frete para Renovação da Marinha Mercante (AFRMM) (salvo comprovação de isenção)[451] – ou cambiais enquanto não cumpridas, previamente, as exigências formuladas.

Se a exigência referir-se à crédito tributário, o pagamento poderá dar-se independentemente de qualquer procedimento. Naturalmente, pode haver discordância do importador a respeito. Nesse caso, porém, apresentará "manifestação de inconformidade", enquanto o Auditor efetuará o lançamento, por meio da lavratura de auto de infração.

Prestada garantia[452], contudo, será possível desembaraçar a mercadoria, mesmo na pendência do pagamento do crédito tributário, caso se trate de uma das hipóteses autorizadas pelo Ministro de Estado da Fazenda.[453]

Realmente, não há porque criar maiores entraves à livre atividade econômica, onerando excessivamente o importador – o que também acarreta um custo em larga escala prejudicial à economia do País – se o problema, consistente no pagamento insuficiente, pode ser sanado por meios menos invasivos, como a posterior cobrança ou execução do crédito. Para o bom funcionamento da vida social, harmonizados os interesses econômicos e público, capitaneado pela Fazenda, basta obter o pagamento do crédito, para o que há mecanismos jurídicos próprios com relação aos quais a Fazenda possui tratamento processual singular. É nesse contexto que surge a Súmula n. 323 do Supremo Tribunal Federal, assim lavrada: "É inadmissível a apreensão de mercadorias como meio coercitivo para pagamento de tributos".

Por outro lado, tratando-se de gêneros alimentícios ou outras mercadorias, porém, considerados nocivos à saúde pública pelos órgãos competentes, o desembaraço será negado e o bem destinado à destruição ou inutilização.

Se o poder de polícia objeto das normas aduaneiras tem por fim, dentre outros, a preservação da saúde, não há como permitir o desembaraço de bens

---

[451] Lei n. 10.893/2004, artigo 12, na redação do artigo 3º da Lei n. 11.434/2006.
[452] O desembaraço de mercadorias importadas mediante prestação de garantia é objeto da Portaria n. 389/1976 do Ministério da Fazenda.
[453] Decreto-Lei n. 37/1966, artigo 51, §1º, na redação do artigo 2º do Decreto-Lei n. 2.472/1988, e artigo 39 do Decreto-Lei n. 1.455/1976, artigo 39. É o caso da própria dúvida sobre a classificação fiscal do bem.

deteriorados ou a ela nocivos, como remédios com a validade vencida, óculos de sol ineficazes para qualquer proteção, brinquedos ou produtos de higiene e beleza fabricados mediante a utilização de produtos tóxicos, etc. Certamente devem ser apreendidos e destruídos, a fim de impedir qualquer malefício.

Nada mais pendente de exame ou de satisfação, o importador poderá proceder ao desembaraço aduaneiro, que é o ato pelo qual se registra a conclusão da conferência aduaneira.[454] Concluído o desembaraço de mercadoria submetida a despacho no SISCOMEX, o próprio sistema eletrônico emitirá um documento comprobatório da liberação, que, no entanto, não substitui a documentação fiscal exigida para a circulação do bem no território nacional, a nota fiscal.

A efetiva entrega da mercadoria ao importador, porém, somente terá lugar quando, apresentando-se no recinto alfandegado onde ela se encontre o importador ou seu representante mostrar (I) a via original do conhecimento de carga ou documento equivalente, que demonstre a propriedade do bem; (II) comprovante do recolhimento do ICMS incidente na importação ou de sua isenção[455]; (III) a nota fiscal de entrada, emitida em nome do importador ou documento equivalente, excetuados os casos disso dispensados pela legislação estadual; e (IV) documentos que identifiquem a pessoa responsável pela retirada da mercadoria, uma vez que, estando o conhecimento em nome de pessoa jurídica, a pessoa física que o fizer deverá demonstrar estar habilitada a essa operação.

Na hipótese de haver convênio entre o Estado e a União para cobrança automática do ICMS (débito automático), é dispensável a apresentação de comprovante do pagamento desse imposto.

Embora esse seja o curso normal do despacho aduaneiro, há situações – afora as que ensejam os procedimentos voltados à valoração fiscal ou ao esclarecimento da real classificação fiscal do produto (inclusive mediante perícia) – que impelem ao exame mais aprofundado quanto à suposta regularidade da introdução do bem no País.

Trata-se, principalmente, dos casos em que, pela suspeita da prática de ilícito ao qual é cominada pena de perdimento, a mercadoria, por determinação

[454] Artigo 51, *caput*, do Decreto-Lei n. 37/1966, na redação do artigo 2º do Decreto-Lei n. 2.472/1988.
[455] Decreto-Lei n. 37/1966, artigo 51, na redação do Decreto-Lei n. 2.472/1988, artigo 2º e Lei Complementar n. 87/1996, artigo 12, IX, na redação da Lei Complementar n. 114/2002, artigo 1º, §2º.

do chefe da unidade da Receita Federal com jurisdição sobre o local onde se encontra a mercadoria (ou alguém por ele indicado) ou, ainda, na hipótese de direcionamento ao canal cinza, pela Coordenação-Geral da Administração Aduaneira (COANA), é submetida a “procedimento especial de controle aduaneiro” com o propósito de apurar a situação. São instaurados, em especial quando se quer perquirir sobre:

(I) A autenticidade da documentação, decorrente de falsidade material ou ideológica, inclusive quanto ao preço e origem da mercadoria;
(II) Falsidade ou adulteração de característica essencial da mercadoria;
(III) A importação de bens proibidos, atentatórios à moral, aos bons costumes e à saúde ou ordem públicas;
(IV) A ocultação do sujeito passivo, do real vendedor, comprador ou responsável pela operação, mediante fraude ou simulação, inclusive interposição fraudulenta de terceiro;
(V) A existência de fato do estabelecimento importador, exportador ou de qualquer pessoa envolvida na transação comercial;
(VI) A falsa declaração de conteúdo, inclusive nos documentos de transporte.

Por outro lado, o despacho aduaneiro, que normalmente somente se inicia após a descarga das mercadorias e seu armazenamento em recinto alfandegado, que gera um número de ordem, utilizado também para o registro da DI, poderá ser feito de forma simplificada, nos termos do ato normativo que vier a ser expedido pelo Secretário da Receita Federal do Brasil, diante de circunstâncias especiais.

O despacho simplificado, que sempre deverá ser autorizado, poderá dar-se tendo em vista as seguintes finalidades:

(I) Para iniciá-lo em momento anterior à chegada da mercadoria no território nacional (despacho antecipado, com registro antecipado da DI);
(II) Para obter a entrega da mercadoria antes do início do despacho; ou

(III) Para permitir a adoção de procedimentos diferenciados, que permitam a entrega da mercadoria antes da conferência aduaneira da totalidade da carga.

Nos dois primeiros casos, todavia, o despacho somente será autorizado se não tiver havido inadimplência anterior.[456] Tratam-se, enfim, de situações bastante particulares, normalmente derivadas da natureza do bem, como ocorre no caso de mercadorias transportadas a granel, que são desembarcadas diretamente em terminais próprios, em silos ou oleodutos, e outras de alta periculosidade, como bens radioativos, inflamáveis, corrosivos, que não devam ficar expostos por muito tempo.

Confere-se tratamento especial, outrossim, mediante despacho antecipado, às plantas, animais vivos, frutas frescas e quaisquer outros produtos altamente perecíveis que, por essa razão, devam ser prontamente despachados. O mesmo ocorre com o papel destinado à impressão de livros, jornais e periódicos e bens destinados aos órgãos da Administração Pública direta ou indireta de qualquer ente federativo.

No caso de produtos químicos, desde que não sujeitos a restrições especiais, permite-se o desembaraço antecipado quando sua conclusão depende somente do resultado da análise do laboratório, diante de dúvida acerca da mercadoria. Nesse caso, se posteriormente verificar-se discrepância entre o valor do bem declarado, base de cálculo do tributo pago, e o do laudo, a autoridade lavrará auto de infração no qual constituirá o crédito tributário não pago, com acréscimos legais. Naturalmente, o devedor poderá insurgir-se contra a cobrança, o que dará origem a procedimento administrativo, tendente a discutir a correção do lançamento.

Semelhante situação é bastante distinta daquela em que o despacho aduaneiro é antecipado (com o registro da DI) para momento anterior à entrada da mercadoria no País, reservada a hipóteses mais incomuns, em que, por razões de segurança, pretende-se a saída do bem da zona primária o mais celeremente possível. É o que ocorre na importação de produtos radioativos, de armas, etc. Decerto, nesses casos, a conferência física poderá ser feita em condições mais adequadas no próprio estabelecimento importador.

[456] Artigo 579 RA/2009.

Outra situação peculiar, acima reportada, é a de entrega da mercadoria de forma parcelada, amparada por um só conhecimento de transporte, que, por seu volume ou peso, não pode ser transportado em um só veículo. Nesse caso, ainda que haja uma só DI para o bem globalmente considerado, a ser registrada somente posteriormente à chegada da última parte,[457] a entrega do bem ao importador poderá ser feita em parcelas, uma atribuída a cada veículo.

15.3 Regime de tributação especial (RTE)

Trata-se do regime aplicável aos bens compreendidos no conceito de bagagem ou adquiridos em lojas francas de chegada, cuja operacionalidade é bastante simplificada em relação ao comum. Nem por isso, porém, confunde-se com o Regime de Tributação Simplificada (RTS), atinente unicamente às remessas postais internacionais.

Constitui bagagem, nos termos da lei, o conjunto de bens, novos ou usados, que, compatíveis com as circunstâncias da viagem ou da estada, destinavam-se ao uso ou consumo pessoal do viajante, ainda que para presentear, sem nenhum intuito comercial.[458] Na visão atual compreende não somente itens de vestuário e higiene, em quantidade adequada, como outros bens manifestamente pessoais, inclusive os portáteis para o desempenho de atividade profissional (salvo se requererem instalação), máquinas fotográficas e filmadoras, bem como computador e *smartphone* pessoal.[459]

Ressalvados os bens que são cotidianamente utilizados ou consumidos pelo viajante, considerados isentos pela legislação, os demais bens componentes da bagagem, consoante o artigo 13 do Decreto-Lei n. 37/1966, só são tributados, em conjunto (e apenas pelo imposto de importação), quando seu montante exceder o limite de isenção[460], o qual não pode ser utilizado mais de uma vez no mês. Para certos produtos pode haver, ainda, limites

---

[457] A chegada do último lote não pode exceder quinze dias úteis do primeiro, não obstante, caso se constate ser isso inviável, pode haver retificação da DI correspondente à parcela entregue e confecção de nova DI para a restante.

[458] Artigo 1º, §1º, do Decreto-Lei n. 2.120/1984; artigo 155, I, do RA, na redação do Decreto n. 7.213/2010.

[459] Atualmente, rege o assunto a Instrução Normativa SRFB n. 1.059/2010.

[460] A disciplina, atualmente, consta do artigo 157 do RA/2009, na redação do Decreto n. 7.213/2010. Livros, folhetos, periódicos e o papel destinado à sua impressão, contudo, que o Regulamento diz, nesse dispositivo, serem isentos, trata-se de imunidade, concedida pelo artigo 150, VI, “d”, da Constituição, que a Súmula n. 657, do Supremo Tribunal Federal, diz alcançar os filmes e papéis fotográficos necessários à sua publicação.

quantitativos para fruir da isenção (*v.g.* bebidas alcóolicas, cigarros, charutos, fumo, etc.).[461]

Seja a bagagem acompanhada ou desacompanhada[462], o regime de tributação é semelhante. Variam apenas os controles, para o fim de discernir se, de fato, os bens trazidos supostamente sob essa qualidade, desacompanhados do viajante, enquadram-se, realmente, nesse conceito.

Naturalmente, a inferência sobre se o bem possui ou não finalidade comercial é feita a partir dos signos existentes, que, interpretados em conjunto, sob certa lógica, permitirão presumir a destinação. Assim, uma mala repleta de roupas, perfumes ou outros produtos idênticos ou semelhantes, levam a presumir, até prova em contrário, intuito comercial[463], o que descaracteriza o conceito de bagagem e acarreta a incidência do regime de tributação comum. Igualmente, quanto à bagagem desacompanhada, a constatação dela provir de um País, quando o viajante provém de outro, principalmente quando nunca, nessa estada, seu dono passou pelo local onde estavam os bens, é indicativo de que ela nunca antes esteve aos cuidados do viajante, que, provavelmente, aproveitou-se da situação para trazer outros bens para o País.[464]

De todo o modo, como dever instrumental a facilitar o controle e a responsabilização, a legislação determina, em princípio, a apresentação de Declaração de Bagagem Acompanhada (DBA), salvo quando não se estiver trazendo os produtos nela não discriminados (como animais, produtos de origem animal, alimentos dessa origem, medicamentos, etc.) e não se tiver ultrapassado o limite global e quantitativo de isenção. A não apresentação da declaração, quando devida – situação similar à opção, no portal de entrada, pela alternativa “nada a declarar”, equipara-se à falsa declaração, passível da imposição de multa equivalente a 50% do valor dos bens excedentes.

---

[461] Na legislação atual, o limite global para transporte aéreo e marítimo é de U$ 500.00 e para o terrestre ou lacustre é de U$ 300.00 e o quantitativo de bebidas alcoólicas é 12 litros, 10 maços de 20 unidades, para cigarros; 25 unidades de charutos ou cigarrilhas e 250g de fumo. Bens de valor unitário inferior a U$ 10,00 só são permitidos até 20 unidades, com apenas dez idênticas; de valor superior a esse, também apenas 20 unidades, com não mais do que três idênticas (*v.g.* cosméticos).

[462] Denomina-se bagagem acompanhada aquela que o viajante traz consigo, no mesmo meio de transporte, desde que não amparada por conhecimento de transporte ou documento equivalente; bagagem desacompanhada, por sua vez, é a que chega ao País amparada por esses documentos (em geral, em meio de transporte diverso).

[463] Circunstância apta a elidir a presunção de intuito comercial pode ser, por exemplo, a compatibilidade entre a quantidade dos bens e o número de pessoas que compõem o núcleo familiar.

[464] O tratamento de bagagem desacompanhada é comum nos casos de mudança de endereços, quando a pessoa residente em um País muda-se para outro. Nesse caso, ressalvados alguns bens (em especial veículos automotores em geral e suas partes e peças), pode levar aqueles seus pessoais e outros que guarneciam sua residência sob o tratamento de bagagem.

Na hipótese de bagagem desacompanhada, para evitar burla, além do conhecimento de carga, o viajante deverá declará-la por escrito, provir do País ou dos países de estada ou de procedência do viajante e chegar entre os três meses anteriores e o seis posteriores à chegada do viajante[465]. Só será desembaraçada depois de sua chegada.[466] Descumprido o prazo ela é submetida ao regime de tributação comum e sobre ela incide multa de 20%, nos termos do artigo 106, III, do Decreto-Lei n. 37/66.

No tocante à tributação, nesse regime o despacho é efetivado tão somente com a exigência do imposto de importação, à alíquota de 50%, incidente sobre o valor do bem excedente ao limite global de isenção. Não incidem outros impostos ou contribuições sobre o valor do bem.

Há previsão específica para tripulantes, uma vez que, ao fazerem constantes viagens internacionais, poderiam aproveitar-se dessa situação para introduzir bens no País com intuito de comércio – para eles o regime é mais restritivo, atendo-se aos bens de uso e consumo pessoal para o período de viagem, mais livros e periódicos (não há isenção para qualquer outro item). O mesmo ocorre para residentes no exterior que venham a se transferir para o País, cientistas, diplomatas, herdeiros ou legatários residentes no Brasil, que venham a importar os bens a que tenham direito, pertencentes ao *de cujus* na data do óbito, que estavam no exterior e compreendidos no conceito de bagagem.

Relativamente aos residentes no exterior em mudança para o País, cujos bens, incluídos os móveis e bens de uso doméstico, são trazidos como bagagem desacompanhada, é requerido, para que fruam da isenção prevista em ato normativo do Ministério da Fazenda, que a pessoa tenha permanecido no exterior por período superior a um ano e o retorno se dê com ânimo definitivo.

No caso de se tratarem de cientistas, engenheiros ou técnicos, radicados no exterior, relaxa-se a observância do prazo de permanência acima reportado se: (I) a especialização técnica por eles detida enquadrar-se em

---

[465] Pode haver tolerância se o descumprimento do prazo independeu da vontade do viajante.

[466] Segundo a legislação, aplica-se aos bens trazidos como bagagem, em vez do RTE, o regime de tributação comum (RTC), quando os bens não se enquadrarem no seu conceito e a bagagem desacompanhada não atender às condições que lhe são próprias (cumprimento dos prazos, procedência idêntica a países pelos quais viveu o viajante e apresentação de declaração simplificada (DSI), instruída com o conhecimento de carga).

resolução baixada pelo CNPq antes de sua chegada ao País; (II) se o regresso decorreu de convite do CNPq; e (III) se o interessado se comprometer, perante o CNPq a exercer sua atividade no País pelo prazo mínimo de cinco anos, a partir da data do desembaraço dos bens.

Quanto às missões diplomáticas ou consulares estrangeiras ou membros de organismos internacionais de caráter permanente, concede-se isenção às suas importações, bem como à bagagem e aos veículos de seus integrantes, conquanto, no último caso:

(I) Trate-se de funcionário de carreira diplomática ou assemelhada de caráter permanente;
(II) O País no qual ele servia proibia a venda do veículo em condições de livre-concorrência;
(III) O automóvel haja sido licenciado e utilizado no País onde o funcionário serviu;
(IV) Pertença ao interessado há mais de 180 dias no momento da dispensa.

Para tanto deve-se, com relação ao automóvel:

(a) firmar declaração de importação (DI) pelo SISCOMEX; e

(b) preencher Requisição de Desembaraço Aduaneiro (REDA), uma vez que a isenção, concedida nos termos da Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas e da Convenção de Viena sobre Relações Consulares, respectivamente incorporadas ao direito interno pelos Decretos n. 56.435/1965 e n. 61.078/1967, só são reconhecidas à vista de requisição do Ministério das Relações Exteriores, que a emite em atenção ao princípio da reciprocidade de tratamento.[467]

Perde-se o direito à isenção se o veículo por ela beneficiado for transferido ou tiver seu uso cedido antes do prazo de um ano, contado da aquisição, a pessoa que não goze desse benefício. Tampouco poderão ser

[467] A isenção não é concedida ao cônsul honorário ou funcionário de sua repartição.

vendidos, expostos ou alienados de qualquer modo sem o prévio pagamento do tributo (artigos 11, *caput*, e 105, XIII, do Decreto-Lei n. 37/1966). A própria transferência, caso ocorra em prazo inferior a um ano, dependerá de liberação anterior pela Secretaria da Receita Federal do Brasil.

Substitutivamente à isenção, se não quiser valer-se do benefício, o interessado poderá adquirir automóvel de produção nacional em idênticas condições, com isenção do imposto sobre produtos industrializados (artigo 161, *caput*, do Decreto-Lei n. 37/1966).

Relativamente à bagagem desacompanhada desses funcionários, contudo, dever-se-á emitir declaração simplificada de importação (DSI) em conformidade com a requisição expedida pelo Ministério das Relações Exteriores. Salvo indícios em contrário, em princípio ela não está sujeita à verificação.

15.4 Regime de tributação simplificada (RTS)

Denomina-se regime de tributação simplificada aquele que permite, para fins de despacho, a classificação genérica das mercadorias importadas por via de remessa postal internacional, "mediante a aplicação de alíquotas diferenciadas do imposto de importação e isenção do imposto sobre produtos industrializados (IPI), da contribuição para o PIS/PASEP-Importação e da COFINS-Importação".[468]

Considerada a agilização necessária nesta via, que contabiliza o ingresso de dezenas de milhões de remessas a cada ano[469], estabeleceu-se que, alternativamente ao regime de tributação comum (RTC), obrigatório nas hipóteses em que não se aplicar o regime de tributação simplificada (RTS), o destinatário poderá optar por esse último regime sempre que as remessas não excederem o valor de US$ 3.000,00 e não se trate da importação de bebidas alcóolicas ou produtos de tabacaria, vedados no regime. Tais produtos permanecem submetidos ao regime comum.

---

[468] Definição constante do artigo 1º, *caput*, e §2º, do Decreto-Lei n. 1.804/1980, e artigo 9º, II, "c" da Lei n. 10.865/2004.

[469] Em 2012, houve o ingresso de 14.418.127 remessas postais internacionais (RPI), conforme o Relatório Aduaneiro de 2012 da Secretaria da Receita Federal do Brasil.

Para fruição do regime, não há óbice que a mercadoria, transportada como encomenda aérea, tenha vindo por intermédio de empresas de *courier* (Fedex, DHL, etc.).[470]

Instituído pelo Decreto-Lei n.1.804/1980, o regime de tributação simplificada prescinde da apresentação de declaração de importação (DI). Somente na hipótese de o valor da remessa superar US$ 500,00 é que se apresentará, em seu lugar, Declaração de Simplificada de Importação (DSI): abaixo desse valor, nada precisa ser apresentado.

Nos casos de bebidas e do tabaco, assim como produtos com ele fabricados (cigarros, charutos, etc.), em que, independentemente do valor, não se aplica o RTS, o regime aplicável será o comum (RTS), dependente, pois, da elaboração de DI.

Cabível, contudo o RTS, desde que a remessa não supere determinado limite, fixado na legislação, permite-se a importação de bens com isenção de imposto de importação (II), do IPI, da COFINS e da contribuição para o PIS. Superado esse valor, a tributação incidirá à alíquota única de 60%, abrangente do II e do IPI.

Ao instituir o regime, o artigo 2º, II, do Decreto-Lei n. 1.804/1980, delegou ao Ministério da Fazenda "dispor sobre a isenção do imposto de importação dos bens contidos em remessas de valor até cem dólares norte-americanos, ou o equivalente em outras moedas, quando destinados a pessoas físicas"[471], assim como sobre a alíquota aplicável, que poderia ser constante ou progressiva, embora não superior a 400%.

Foge, evidentemente, ao escopo deste trabalho a análise da suposta natureza confiscatória de uma alíquota que, porventura, alcançasse o teto máximo de 400%, diante da dicção do artigo 150, IV, da Constituição. Em todo o caso, ainda que em perfunctória análise, parece-nos que esse seria o caso em face de reiteradas decisões do Supremo Tribunal Federal que, ao tratar das multas fiscais, anteviu esse efeito nas alíquotas com percentual fixado em patamares superiores a 100%. A fundamentação da Excelsa Corte, nesses casos, para semelhante conclusão, foi, senão a violação ao princípio do

[470] O fato de a remessa aérea chegar por empresa de *courier* só impactará na cobrança de ICMS, que, em princípio, não incide quando vindo de outro modo, e na necessidade de apresentação de conhecimento de transporte.
[471] Redação da Lei n. 8.383/1991.

substantive due process of law (artigo 5º , LIV, Constituição Federal de 1988), do qual emerge a exigência da proporcionalidade[472], a vedação constitucional ao confisco (embora expressamente atribuída somente aos tributos, considerou-se situação análoga).[473]

Por outro lado, a alíquota ficou limitada a 60%, substitutiva tanto o imposto de importação quanto do IPI.[474]

Quanto ao limite de isenção, o Ministro da Fazenda, a quem o Decreto-Lei n. 1.804/1980 delegou a missão de fixar o seu montante até o limite de US$ 100,00 desde que destinatário seja pessoa física (artigo 2º, II), o estabeleceu, por meio da Portaria MF n. 156/1999 (artigo 1º, §2º), em US$ 50,00 ou o equivalente em outra moeda,[475] não obstante os medicamentos destinados a pessoas físicas tenham ficado sujeitos à alíquota de 0%.[476]

A Lei n. 10.865/2004, em seu artigo 9º, II, "c", concede isenção do PIS e da COFINS vinculada à importação às remessas postais internacionais, desde que destinadas a pessoas físicas.

Ressalte-se que, não superando o valor total de US$ 500.00, o imposto poderá ser pago nos próprios Correios, sem formalidades. Superado esse valor, quando necessária a apresentação da DSI, a Administração Tributária lança o tributo por meio de Nota de Tributação Simplificada (NTS), a qual é encaminhada ao destinatário com o Aviso de Chegada dos Correios, o qual indicará o posto dos Correios habilitado para a retirada do bem e pagamento do tributo, no prazo de trinta dias contados da emissão da Nota. Evidentemente, para evitar percalços, como, por exemplo, a constatação de

---

[472] RE 200.844-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, julgado pela Segunda Turma em 25/6/2002, DJ de 16-8-2002; RE 480.110-AgR e RE 572.664-AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado pela Primeira Turma em 8/9/2009, DJE de 25-9-2009

[473] Nesse sentido, cite-se a ADI n. 551/RJ (Rel. Min.Ilmar Galvão, DJ de 14/2/2003), RE n. 582.461/SP (Rel. Min.Gilmar Mendes, julgado sob regime de repercussão geral, em 18/5/2011, DJ de 18/8/2011) e ADI n. 1.075-MC/DF (Rel. Min. Celso de Melo) e, ainda,, ARE 637.717- AgR/GO (Rel. Min. Luiz Fux), RE 91.707/MG (Rel.Min. Moreira Alves); e RE 81.550/MG (Rel. Min. Xavier de Albuquerque).

[474] *Softwares* são tributados a 60% somente sobre o valor do suporte físico, se a nota fiscal discriminar seu valor.

[475] Por haver exorbitado a lei quanto às condições para a fruição da isenção, particularmente ao determinar deverem ser, para o gozo do benefício, destinatário e remetente pessoas físicas, quando a lei só exige essa qualidade do destinatário, inúmeras ações foram propostas, em especial nos Juizados Especiais Federais, questionando a restrição, com ganho, nesse ponto, para os contribuintes. Especificamente quanto ao limite, por sua vez, há julgado da Turma Nacional de Uniformização (TNU) entendendo ser de US$ 100,00, a despeito da Portaria que reputa ilegal (Processo n. 5027788-92.2014.4.04.7200; Relator Juiz Federal Rui Costa Gonçalves, j. 20/07/2016). No mesmo sentido a Turma Regional de Uniformização – TRU da 4ª Região (processo n. 5018217-72.2015.404.7100; j. 8/6/2016; Relator Juiz Federal Antônio Fernando Shenkel do Amaral e Silva).

[476] Artigo 1º, §1º, da Portaria MF n. 156/1999. Atualmente regula o RTS, ainda, a Instrução Normativa n. 96/1999, da Secretaria da Receita Federal do Brasil.

tratar-se de mercadoria errada ou danificada, admite-se ao destinatário, acompanhado de agente fiscal, a verificação da mercadoria antes do pagamento do tributo.

Naturalmente, tratando-se de bens sujeitos a controle especial, antes de sua liberação será imprescindível sua verificação pelas autoridades competentes (ANVISA, Ministério da Agricultura, etc.). Por sua vez, são vedadas, por essa via, a importação, por pessoas físicas, de bens que as circunstâncias indiquem ter intuito comercial.[477]

De outro lado, surgida dúvida sobre o efetivo valor aduaneiro do bem, que servirá de base de cálculo não só do imposto, mas para a fixação do próprio regime de tributação aplicável, por não merecer fé aquele designado na declaração ou na documentação pertinente, – em tese seria o valor FOB do bem, acrescido de frete (no caso, a franquia postal) – considerar-se-ão os preços praticados na aquisição de bens idênticos ou similares, originários ou procedentes do País de origem da remessa.[478]

Serão apreendidas e sujeitas à pena de perdimento as remessas postais internacionais: (I) que contenham mercadorias de importação proibida (contrabando); (II) em que rótulos ou etiquetas indiquem, como estrangeiras, mercadorias nacionais ou vice-versa; (III) abandonadas; (IV) que contenham partes de mercadoria a qual haja sido fracionada em duas ou mais remessas, com o propósito de iludir o pagamento do tributo; (V) franqueadas como carta e contendo bem tributável; (VI) com falsa declaração de conteúdo; (VII) contendo mercadoria oculta.

São situações, exceto a de mercadoria abandonada, em que é patente o intuito criminoso das pessoas envolvidas na remessa, em especial para a prática do contrabando ou do descaminho, senão crime mais grave (tráfico de drogas, por exemplo).

[477] Portaria SECEX n. 23/2011.
[478] Veja-se, a propósito, a Instrução Normativa n. 96/1999, artigo 5º, §2º.

16 AS SANÇÕES ADUANEIRAS E O DIREITO COMPARADO

Em capítulos anteriores, ao dissecarmos a estrutura da norma jurídica, apontamos a sanção como a resposta prevista pelo ordenamento para o descumprimento da conduta preconizada, em conjunto com os distintos significados da expressão. Ponderamos, ainda, sobre a finalidade da sanção – conferir coercibilidade ao Direito – e os modos pelos quais a norma primária, vinculada à sanção decorrente do seu descumprimento, qualificaria o Direito a cumprir o seu propósito de pacificação social e de estruturação de instituições capazes de promover o desenvolvimento da sociedade, sob os mais diversos ângulos.

Distinguimos, por sua vez, os ilícitos criminais dos civis e dos administrativos, e realçamos a importância da análise dos meios de tornar efetiva a aludida coercibilidade, mediante a adoção de medidas repressivas (castigos) ou de outra natureza[479], desestimuladoras do comportamento indesejado. De outra parte, refletimos que, conjuntamente ao caráter retributivo, a penalidade contém, sempre, em si, uma forte carga preventiva, responsável por incutir no destinatário da norma o temor da provável incidência de sanção caso ele prefira, no uso de seu livre arbítrio, incorrer na ilicitude. A saber, a ameaça do mal concreto reprime os comportamentos indesejados tanto pela sua efetiva incidência, quanto pela imagem projetada de sua provável aplicação.

Ausente essa última perspectiva, ou seja, caso o destinatário da norma julgue improvável ser alcançado por uma efetiva sanção (a pragmática do Direito aponte alto grau de impunidade, independentemente da razão), menor será o grau de coercibilidade deste e, portanto, maior o risco de ruptura dos comportamentos desejados. Daí a importância de encontrar-se a "justa medida", o ponto de equilíbrio capaz não só de evitar a sensação de impunidade, ou seja, da factibilidade de se obter algum benefício da conduta ilícita, mas, igualmente, de gerar desproporcional intromissão na esfera privada.

[479] Sem contar o caráter preventivo inerente à própria previsão de determinada medida repressiva, outras medidas podem ser tomadas de molde a prevenir o ilícito: medidas acautelatórias (adoção de controles eficazes), incentivos, etc.

Em termos genéricos, como tivemos oportunidade de mencionar, as medidas repressivas devem superar o caráter retributivo-preventivo e, sempre que possível, serem ressocializantes. A intenção é que, mais do que reprimir os comportamentos indesejados, mediante a ameaça de "castigos" – medidas objetivamente vistas como negativas pela sociedade – pretende-se a adesão voluntária das pessoas a determinada linha de conduta, senão com incentivos, ao menos pelo convencimento, ou seja, reeducação do indivíduo.

Entretanto, embora semelhante diretriz seja válida e relevante com respeito a muitos dos ilícitos criminais, está longe de aplicar-se às infrações aduaneiras, usualmente praticadas por pessoas perfeitamente inseridas na órbita social, sob todos os aspectos. Basicamente, a tipologia das sanções aduaneiras compõe-se tanto de medidas ressarcitórias – voltadas a recompor o dano pela retomada da situação anterior ou, quando isso impossível, pela indenização correspondente (*v.g.* multa de mora) – quanto punitivas, caso em que se busca não a recomposição, mas a repressão e a prevenção do ilícito.

Sob outro prisma, por poderem os ilícitos verificados no curso do despacho aduaneiro ou em processo de revisão se referirem tanto a aspectos da tributação, como à burla aos controles administrativos, a sanção genericamente posta como "aduaneira" pode ter origem em fato tributário ou administrativo, conforme o conteúdo material atingido. A infração aduaneira não se resume à falta do recolhimento de tributo (ilícito fiscal). Alberga, outrossim, independentemente da ocorrência desta última, o descumprimento de normas de conteúdo formal relativas aos controles administrativos da atividade de comércio exterior. Nesta hipótese, frequentemente as normas estão centradas nos efeitos extrafiscais dessas operações.

Assim, a causa e natureza de cada uma dessas espécies de infração podem ser diversas: violação à norma de Direito Tributário ou de Direito Administrativo. Não obstante, ao final, todas têm cunho administrativo.[480]

De fato, mesmo quando prevista na legislação tributária, nunca a multa, decorrente do inadimplemento do tributo, possuirá natureza desta espécie. Afinal, está longe de enquadrar-se na definição de tributo: prestação pecuniária compulsória, instituída em lei, que não constitua sanção de ato ilícito, e

[480] Obviamente, estamos a falar apenas daquelas provenientes da legislação tributária e administrativa. Não das penais ou cíveis.

cobrada mediante atividade plenamente vinculada (que, redundantemente, o artigo 3º do Código Tributário Nacional acrescenta: “em dinheiro”).

Muito embora tributo e multa, de fato, sejam objetos da “obrigação de dar” e consistam em prestações pecuniárias compulsórias, enquanto ela decorre da concretização de fato ilícito, o qual se pretende reprimir por seu meio, aquele provém da realização de fato lícito e tem por objeto primordial servir à manutenção do Estado, não obstante temperado também por outras considerações, no caso dos impostos extrafiscais. Há, portanto, também um sentido não só estrutural, mas teleológico diverso entre essas formas de receita do Estado.

Sob o primeiro enfoque, enquanto a obrigação de pagar o tributo decorre de norma jurídica “primária”, atinente à conduta socialmente desejada, o dever de pagar a multa é consequência do descumprimento de norma secundária, alicerçada na hipótese do descumprimento daquela obrigação. Pelo segundo, como visto, as finalidades dessas prestações são totalmente diversas.

Por isso, independentemente da causa em virtude da qual provenha a multa, por referente ao inadimplemento do tributo ou do descumprimento de obrigações formais, instituídas para o controle das atividades do particular, mesmo se voltadas ao controle do tributo, só impropriamente ou em um sentido “pragmático” pode-se denominá-la “tributária”. Em essência, ela é sempre administrativa, porquanto, sem corresponder a tributo, está voltada à sua arrecadação e gestão. Por isso, o regime para sua imposição e cobrança, em todos eles, obedece aos mesmos princípios constitucionais.

Consideradas, a seu turno, apenas as infrações aduaneiras pertinentes à violação dos controles administrativos (descontadas, portanto, as oriundas da infração à legislação tributária, como as multas por inadimplemento), nota-se elas poderem ter por escopo tanto assegurar a boa arrecadação e gestão dos tributos – principalmente erigindo meios aptos a bem fiscalizá-los (*v.g.* aposição de selos de controle, apresentação da declaração de importação) –, quanto buscar resguardar interesses públicos diversos, como a saúde, a indústria nacional, o meio ambiente, etc. (a exemplo da licença de importação).

Em todos esses casos, igualmente, a natureza da norma será administrativa, de igual forma àquela relativa a qualquer outra espécie de controle por parte do Estado. Essa é a razão pela qual se afirmou, pois, que

apesar de em sentido lato as infrações aduaneiras abarcarem ilícitos tributários e administrativos, a depender da norma infringida, a norma sancionatória (secundária) terá sempre índole administrativa, independentemente se voltada ao controle da arrecadação tributária ou de questões diversas.

Igualmente, parece-nos inadequado denominar “acessória” a obrigação atinente ao controle do tributo, como o faz o Código Tributário Nacional. Ainda que ela tenha por fim assegurar o cumprimento da “obrigação principal” (de “dar”, ou seja, pagar o tributo), não há vínculo direto entre uma e outra.

Entre essas normas, a única ligação reside no fato de a obrigação administrativa visar, por seu intermédio, tornar efetivo o cumprimento da tributária. É pelos controles por ela instituídos que o sujeito passivo, contribuinte ou responsável, colherá os dados necessários para o cumprimento da obrigação tributária, e que a autoridade fiscal conferirá a correção dos procedimentos e o adimplemento da obrigação, exigindo-a, se for o caso, daquele sujeito.

Não há, contudo, nenhuma relação de subordinação entre elas, no sentido de que, para existência da “acessória” deva existir a “principal”, nem, tampouco, de dependência. Tanto é que, mesmo quando se trata de imunidade ou isenção, em que não há cobrança de tributo, os controles prosseguem exigidos, até para verificar a persistência das condições que as ensejam.

Nesse quadro, tem-se que a classificação que distingue as obrigações em “principais” e “acessórias”, agasalhada no Código Tributário Nacional, não obedece a critério adequado que, à luz do princípio da razoabilidade, permita essa distinção. Uma trata de obrigação de “dar” quantia em dinheiro, para fins de manutenção do Estado (natureza tributária); outra, de obrigação de “fazer” ou “não fazer” aquilo que foi o julgado eficaz e eficiente, pelo legislador, para obter o cumprimento da obrigação tributária (natureza administrativa).

Para que a classificação fosse adequada, cumpriria, ao menos, que as espécies apontadas pertencessem ao mesmo gênero de obrigações, o que decerto não ocorre. São totalmente distintas.

Entretanto, uma vez que no plano pragmático os aplicadores do direito, em face do Código, para maior facilidade de comunicação assim ainda as diferenciam, não há como olvidar essa classificação, embora com as devidas críticas. Trata-se, por sinal, de situação idêntica às das multas por

inadimplemento de tributo, que, embora de natureza administrativa, por habitualmente virem expressas no mesmo texto de lei pertinente à exação são consideradas, por alguns, também sob o prisma pragmático, normas de Direito Tributário.

Nada impede, todavia, que se faça uso da dicotomia que distingue infrações substanciais e formais[481] por ser possível, dentre elas, diferenciar as que atingem imediatamente o interesse público protegido daquelas que só por via indireta buscam garanti-lo. Exemplifico: enquanto a pena de perdimento de bem ou de veículo utilizado em infração a que a lei comina essa penalidade está nitidamente ligada ao cometimento de infração material, por referir-se ao dever geral de conduta inobservado pelo infrator, a multa decorrente da ausência de escrituração e registros em livros fiscais, assim como pela falta de apresentação dos documentos requeridos, corresponde à sanção vinculada à inobservância de obrigação formal, inconfundível com as infrações substanciais.

Basta isso para verificar não apenas a diversidade de objetos e de interesses que envolvem as sanções aduaneiras, como, ainda, a distinção de grau que pode haver entre a transgressão perpetrada.

Naturalmente, não obstante os variados acordos internacionais relativos às questões aduaneiras, o regime jurídico aplicável às sanções dessa natureza varia de País a País, como reflete o sistema da União Europeia, que, a despeito da uniformidade pretendida e implantada por diversas normas, abre espaço, na matéria, para que cada País integrante da comunidade adote normas específicas a respeito das penalidades, ainda que atentos a um esboço geral.

Com efeito, embora, na Europa, o Tratado de Lisboa, de 2007, atribua à União Europeia a fixação da política comercial comum aos seus membros, em conformidade com os princípios e objetivos do bloco[482], e preveja mecanismos de cooperação aduaneira mútua a serem por eles utilizados[483], além de um Código Aduaneiro Comum, a relativa harmonização nela alcançada, com

---

[481] A terminologia infração substancial ou material e formal aparece, na Ciência do Direito Tributário, nas lições de Ruy Barbosa Nogueira, Rubens Gomes de Souza e Sacha Calmon Navarro Coelho, entre outros, para distinguir aquelas relativas ao pagamento do tributo daquelas infrações referentes às obrigações ditas “acessórias”.
[482] Título II da Parte V do Tratado de Lisboa.
[483] Título II da Parte III do Tratado de Lisboa.

respeito à matéria, não abarca a opção entre as sanções passíveis de adoção pelos Países Membros da União nem a forma de sua aplicação, tarefa que foi confiada ao direito nacional de cada um dos Estados Membros.[484]

Com isso, havendo '*n'* regimes jurídicos, calcados em tradições administrativas ou jurídicas distintas, '*n'* podem ser as soluções adotadas pelos Estados Membros. São eles que, na prática, estabelecem as sanções entendidas apropriadas em decorrência da violação das obrigações derivadas da normativa aduaneira europeia.[485]

Para uma ordem que aspira à uniformidade, sem dúvida é um problema. Por isso, verificada a necessidade de obter-se um quadro de referência mais pontual para a questão, de modo a evitar deformidades macroscópicas entre os Estados, o Parlamento Europeu apresentou, em 13/12/2013, a proposta de Diretiva do Parlamento e do Conselho, COM (2013) n. 884, a qual deixa clara a diferença de percepção de desvalor entre as infrações e a necessidade de apreciação harmonizada da questão sancionatória.[486]

De fato, em matéria aduaneira, a depender de cada Estado Membro da União Europeia, as sanções podem diferir tanto em razão de sua natureza quanto pela gravidade. Em geral, contemplam sanções penais e administrativas, sendo previstas, basicamente, penas de reclusão, multa, confisco de bens, interdição temporária ou permanente do exercício da atividade industrial ou comercial. Entretanto, mesmo quando a hipótese é idêntica, ainda assim pode haver variação do nível de multa entre um Estado e outro.[487]

Noutro giro, nessas paragens, os prazos decadenciais ou prescricionais são uniformes. Segundo o professor italiano Fábio Massimo, este termo vai de 1 a 30 anos, havendo, dentre os vinte e quatro Estados que participaram do Programa Aduana 2013, da Comissão Europeia, que estudou o efeito dessa

---

[484] Atualmente, 28, mas com a saída do Reino Unido, serão 27.

[485] FABIO, Massimo. **Manuele di diritto e pratica doganale**. Profili di diritto comunitário e nazionale per l'attivitá di import/export. 5.ed. Milão: IPSOA (Grupo Walters Kluer), 2014, p.294.

[486] FABIO, Massimo. **Manuele di diritto e pratica doganale**. Profili di diritto comunitário e nazionale per l'attivitá di import/export. 5.ed. Milão: IPSOA (Grupo Walters Kluer), 2014, p.294.

[487] Uma síntese da situação concernente às infrações aduaneiras e dos sistemas de sanções dos Estados Membros foi feita por um grupo de trabalho instituído pela Comissão Europeia, de base voluntária, composto por 24 dos seus membros (Programa Aduana 2013), que analisou os 24 regimes nacionais sancionatórios e comunicou os resultados, assinalando diferenças substanciais, à Comissão (FABIO, Massimo. **Manuele di diritto e pratica doganale**. Profili di diritto comunitário e nazionale per l'attivitá di import/export. 5.ed. Milão: IPSOA (Grupo Walters Kluer), 2014, p.295). Um fato a demonstrá-lo é, desses 24 membros, dezesseis preverem sanções penais e não penais; e oito somente penais (p. 296).

falta de uniformidade, apenas um Estado que não possui limite temporal para iniciar o procedimento sancionatório ou irrogar uma sanção, podendo fazê-lo a qualquer momento.[488] Os efeitos estimados dessa dificuldade são a insegurança de outros membros da OMC quanto ao cumprimento das obrigações internacionais da União Europeia atinente a esse assunto e, principalmente, a falta de eficiência do sistema aduaneiro europeu e as condições desiguais de concorrência, a depender da legislação do País Membro.[489]

Na proposta de Diretiva mencionada, que tenta combater a desarmonia de tratamento sancionatório às violações ao Código Aduaneiro da União (CDU) (instituído pelo Reg. EU 952/2013 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 9/10/2013), são previstas infrações derivadas da responsabilidade objetiva, assim como dolosas e culposas, abrangentes não só de condutas consumadas como também tentadas.

A diretiva não determina se os Estados Membros devem aplicar sanções administrativas ou penais, mas, identifica três categorias de condutas a serem diferentemente tipificadas[490] e que podem alcançar tanto pessoas físicas quanto jurídicas.

A primeira compreende as infrações aduaneiras baseadas na responsabilidade objetiva. As demais, infrações cometidas, respectivamente, por negligência ou intencionalmente; casos, portanto, em que cumpre averiguar o elemento subjetivo.[491] Nesses casos, pesa a instigação, o favorecimento e a cumplicidade. Contudo, atitudes comissivas ou omissivas resultantes de erro da autoridade aduaneira não se consideram infração aduaneira.[492]

Importante, conforme aponta o considerando n. 12 da Diretiva, é que os Estados Membros, para as diversas categorias de infrações, estabeleçam as

[488] FABIO, Massimo. **Manuele di diritto e pratica doganale**. Profili di diritto comunitário e nazionale per l'attivitá di import/export. 5.ed. Milão: IPSOA (Grupo Walters Kluer), 2014, p.296.
[489] FABIO, Massimo. **Manuele di diritto e pratica doganale**. Profili di diritto comunitário e nazionale per l'attivitá di import/export. 5.ed. Milão: IPSOA (Grupo Walters Kluer), 2014, p.297.
[490] FABIO, Massimo. **Manuele di diritto e pratica doganale**. Profili di diritto comunitário e nazionale per l'attivitá di import/export. 5.ed. Milão: IPSOA (Grupo Walters Kluer), 2014, p.301.
[491] FABIO, Massimo. **Manuele di diritto e pratica doganale**. Profili di diritto comunitário e nazionale per l'attivitá di import/export. 5.ed. Milão: IPSOA (Grupo Walters Kluer), 2014, p.301-302.
[492] FABIO, Massimo. **Manuele di diritto e pratica doganale**. Profili di diritto comunitário e nazionale per l'attivitá di import/export. 5.ed. Milão: IPSOA (Grupo Walters Kluer), 2014, p.302.

sanções conforme sua gravidade, proporcionalmente, e considerem agravantes e atenuantes para sua eficácia.[493]

Outra inovação é a previsão de prazo prescricional de quatro anos, contados do dia em que a infração foi cometida ou, se continuada, do momento em que cessa a violação, bem como a possibilidade de sua interrupção, por ato que inicie investigação ou procedimento judiciário, ou suspensão (de que uma das causas é a instauração de ação penal).[494] O termo final para a aplicação da sanção é de três anos.[495]

Particularmente na Itália prevalecem as penas de multa, não obstante interdições de direitos ou penas de perdimento possam ser encontradas, embora neste último caso, aparentemente, mais vinculadas à prática de crime.

Na Espanha, por sua vez, uma reforma levada a efeito em 2011 pela Lei Orgânica n. 6/2001 – que modificou a Lei Orgânica n. 12/1995, encaminhada com exposição de motivos bastante contundente quanto à necessidade de a legislação espanhola adequar-se às diretivas da União Europeia e ao contexto da globalização do comércio e dos crimes, além da importância dos controles aduaneiros extrafiscais para a segurança pública, saúde e preservação da livre concorrência, em detrimento da prática desleal – deixa nítido, ao tratar da repressão ao contrabando, que é o seu objeto, estar a tipificação dessa conduta a depender, basicamente, do valor, da natureza do bem e se a infração é cometida por organização, por ser com base nesses critérios que a lei distingue o contrabando apenado como infração administrativa, daquele considerado crime.

A legislação, por sua minudência, é complexa. Se, por um lado, deixa clara a intenção de combater a impunidade, de outro demonstra preocupação em apenar mais seriamente apenas infrações mais graves, segundo a doutrina do “direito penal mínimo”, que prescreve somente considerar delitos criminais infrações de maior gravidade, aptas a afetar a ordem social, deixando as demais para a esfera civil e administrativa. Igualmente, mostra atenção no tocante à proporcionalidade das penas, administrativas ou penais, graduando-

[493] FABIO, Massimo. **Manuele di diritto e pratica doganale**. Profili di diritto comunitário e nazionale per l’attivitá di import/export. 5.ed. Milão: IPSOA (Grupo Walters Kluer), 2014, p.302.
[494] FABIO, Massimo. **Manuele di diritto e pratica doganale**. Profili di diritto comunitário e nazionale per l’attivitá di import/export. 5.ed. Milão: IPSOA (Grupo Walters Kluer), 2014, p.302.
[495] FABIO, Massimo. **Manuele di diritto e pratica doganale**. Profili di diritto comunitário e nazionale per l’attivitá di import/export. 5.ed. Milão: IPSOA (Grupo Walters Kluer), 2014, p.302.

as conforme a natureza ou o valor dos bens contrabandeados. No direito espanhol, a expressão “contrabando” não tem o mesmo significado técnico do direito brasileiro, restrito à importação de mercadorias proibidas. Abrange práticas que na nossa legislação são correspondentes ao “descaminho”.

Resumidamente, de acordo com a redação da Lei Orgânica de 2011, consideram-se delitos, regra geral, a importação de bens de valor igual ou superior a 50.000 euros, exceto tabaco, em que o limite mínimo é igual ou superior a 15.000 euros, e infrações administrativas de contrabando condutas referentes a bens de valor inferior.[496]

No enquadramento situado entre 50.000 e 150.000, por exemplo, estão condutas bem específicas pertinentes à importação de bens de internação e venda proibida, incluídos apetrechos utilizáveis em tortura; bens do patrimônio histórico, espécimes da fauna e flora silvestre especificados em acordos internacionais e outras normas internas e da União, material de defesa, drogas, etc. Acima de 150.000 euros, a seu turno, encontra-se um leque mais amplo de condutas, como a importação de produtos sem autorização e mediante uso de documentos falsos, a ocultação de bens, a condução em barcos de calado menor do que o permitido pelas normativas europeias de mercadorias de origem externa à Comunidade, em portos ou aeroportos não habilitados (alfandegados) e o transbordo clandestino de mercadorias de uma embarcação a outra.

As penas, no caso de delito, são a de prisão (um a cinco anos), multa, que pode ir do dobro ao quádruplo do valor da mercadoria, o perdimento do bem (ressalvado direito de terceiro de boa-fé), além de indenização correspondente ao valor dos tributos que não hajam sido recolhidos em virtude de decadência, prescrição, ou outro motivo prescrito na Lei Geral Tributária.

Constituirão mera infração administrativa, por outro lado, as mesmas infrações citadas, desde que de valor inferior aos limites definidos para aqueles crimes (150.000, 50.0000 ou 15.000 euros). São divididas em leves, graves ou muito graves, também conforme o valor (respectivamente, inferiores a 37.500; entre 37.500 e 112.500, e superior a 112.500 euros).

[496] Lei Orgânica n. 6, de 30/6/2011 (Boletín Oficial del Estado, n. 156, Viernes, 1 de julio de 2011, Sec. I, p. 69.876).

Nesse caso, as sanções administrativas são as de multa e interdição do estabelecimento, cujo percentual e duração variarão conforme a gravidade do delito, possível reiteração, fraude ou uso de interposta pessoa, bem como práticas de obstrução à apuração (incluído o uso de documentos falsos).

Como exemplo, para as infrações leves, a multa prevista varia entre 200 e 225%, enquanto para as graves vai de 225 a 275% e as muito graves de 275 a 350%, nunca inferior a 1.000 euros. Quanto à interdição do estabelecimento, pode variar de quatro dias a três meses, no caso das leves, três meses e um dia a nove meses, nas graves, e nove meses e um dia a doze meses, nas muito graves. Na hipótese de ações reiteradas, a interdição pode ser definitiva.

No Reino Unido, todavia, não são raras as determinações de apreensão e confisco das mercadorias, segundo prevê o *Customs and Excise Management Act* de 1979.[497]

Tampouco a França ignora a possibilidade da apreensão de mercadorias para fins de "confisco" (artigo 323, 2º, combinado com o artigo 378 do Código das Aduanas) quando, em flagrante, for constatada fraude. Instado a manifestar-se sobre a constitucionalidade da medida, o Conselho Constitucional ratificou-a plenamente.[498]

Nos Estados Unidos, onde as agências administrativas possuem poderes normativos, de proferir julgamentos dessa índole e nos quais o direito administrativo é, predominantemente, baseado no *common law*, tanto o *Tariff Act,* de 1930[499], quanto a lei criminal, cominam penalidades e medidas executórias com respeito à importação de mercadorias.

O *Tariff Act,* por exemplo, outorga poder ao Secretário do Tesouro para regular condutas, aplicar penas – como as de multa e confisco (Parte V) – e transigir, concedendo remissão ou mitigando-as. O Regulamento da Alfândega (19 CFR, *Section* 162), por sua vez, concebe as linhas gerais relativas aos procedimentos de fiscalização, às buscas e o confisco.[500]

---

[497] Disponível em: <https://www.gov.uk/guidance/>. Acesso em: 11 jul.2016.

[498] Cons. Const., 22 sept 2010, n° 2010-32 QPC, JORF du 23 septembre 2010, p. 17291 (CREN, Rozenn. **Poursuites et sanctions en droit penal douanier**. Tese de Doutorado. Université Panthéon-Assas. Orientação de Prof.Jacques-Henri Robert. 16 nov. 2011, p.46-47).

[499] A Parte V trata, entre outras matérias, de fraude ou fala de manifesto, transbordo ilícito, penalidades por fraude, negligência, apreensões, etc. O *Customs procedural reform and simplification act,* de 1978, contudo, ao reformar o Código, abrandou algumas medidas de força.

[500] ZAGARIS, Bruce; STEPP, David. R. Criminal and quase-criminal customs enforcement among the US, Canada and Mexico. In: (Coords.) ESER A; LAGONY, O. **Principles and procedures for a new**

Ao contrário dos países de *civil law*, nos Estados Unidos inexiste margem para o fato constituir, simultaneamente, ilícito penal e administrativo, sujeitos a julgamentos diversos. Não se distinguem essas searas e os fatos são julgados em conjunto, por dolo ou negligência. O crítico é que, nesse País, as agências administrativas podem prender, temporariamente, pessoas por períodos relativamente longos, sem encaminhá-las a julgamento e sem que, necessariamente, a infração seja criminal. Com isso, segundo Zagaris e Stepp, é possível prejudicar inocentes, sem garantir seus direitos constitucionais.[501] Contudo, mesmo a prisão por *contempt by the court*, ou seja, aproximadamente, por desobediência, somente é utilizada em casos graves.[502]

Quanto às sanções que afetem o direito de propriedade, dentre as quais o confisco e a revogação de licenças, sua extensão varia conforme a agência e a gravidade do fato. No geral, predominam as penas de multa, fixadas dentro de certos limites. A maior parte delas, que perfazeriam crimes, não passam de cinco mil dólares ou dois anos de prisão ou ambos. Há, porém, maiores.

Quando afeta os direitos aduaneiros, a negligência grave é punida por multa em valor não excedente do valor da mercadoria no País ou quatro vezes os valores dos quais o Tesouro foi privado e a simples por pena equivalente ao valor da mercadoria no País ou duas vezes o valor do tributo. Se não afetou a cobrança, todavia, a multa é de 20% do valor devido.

Assim, cabe ao Secretário a apreensão e perda da mercadoria, sob a Seção 1592, quando se verifica ter havido violação das leis e a pessoa está insolvente ou, principalmente, a medida é essencial para proteger o País contra a introdução de bens proibidos ou restritos. Muitas das penas de apreensão, porém, foram reestruturadas sob a forma de multa com a reforma de 1978,

---

transnational criminal law. Freiburg: Max-Planck-Institut, 1992, p.173-227 (transcrito, também na edição Número 2, volume 2, da Indiana International & Comparative Law Review, 2.ed. v.2, 1992, p.346).

[501] No original: “Administrative agencies have the authority to arrest and imprison persons for relatively long periods of time without having to invoque court proceedings, so long as the incarceration is done with the intente to punish. Congress has authorized administrators to arrest and temporarily imprison persons who have not been accused or for convicted of any criminal offenses to protect the larger interests of society. Such administrative discretion opens the possibility for abuse of innocent persons. Administrative agencies have also arrested and detained persons without complying with the normal constitucional restrictions on making arrests and detentions. (p.347). Os autores citam os casos Wing v. US, 163 U.S. 229 (1896), Abel v. United States, 362 U.S. 217 (1960), United States v. Alvarado, 321, F.2d 336 (2nd Circ. 1963), que tratam da constitucionalidade de prisão administrativa feita pela Alfândega Americana sem prévia obtenção de mandado administrativo) e o ex parte Hardcastle, 208, S.W. 531 (Tex. 1919: Public health administrators, to protect public health, have the authority to apprehend and confine those who pose a dangerous health threat to the community without the benefit of a judicial proceeding.

[502] ZAGARIS, Bruce; STEPP, David. R. Criminal and quase-criminal customs enforcement among the US, Canada and Mexico. In: (Coords.) ESER A; LAGONY, O. **Principles and procedures for a new transnational criminal law**. Freiburg: Max-Planck-Institut, 1992, p.348.

embora haja vários precedentes em relação a veículos introduzidos ilegalmente.

Na República Popular da China, por sua vez, onde há distinção entre infrações aduaneiras administrativas e as criminais, a introdução de mercadorias proibidas ou mediante apresentação de documentos falsos ou falsa declaração, dentre outras, embora sejam condutas equiparadas a contrabando, sobre elas incide também pena de multa, sem prejuízo das criminais, e confisco da mercadoria.[503]

Tampouco na Índia deixa de haver previsão da aplicação, dentre outras, da pena de perdimento de mercadorias em determinadas situações. Conforme a Seção 111 do Capítulo XIV do *The Customs Act* n. 52, de 1962, podem ensejar essa pena:

(I) Importação de mercadorias por via aérea ou marítima, cuja descarga tenha sido feita ou tentada em qualquer local diverso daquele alfandegado;
(II) Importação por via terrestre ou por águas internas por rota diversa da especificada para sua realização;
(III) Importar ou tentar importar mercadorias proibidas por esta ou qualquer outra lei vigente;
(IV) Mercadorias tributáveis ou proibidas encontradas ocultas em qualquer meio de transporte;
(V) Importação de mercadoria tributável ou proibida sem que haja sido declarada na forma da legislação quando isto seja exigido;
(VI) Desembarque de mercadorias do veículo transportador em violação a disposições legais específicas;
(VII) Mercadorias removidas ou submetidas à tentativa de remoção da área alfandegada ou de armazém sem permissão da autoridade competente ou em termos contrários à permissão;
(VIII) Operação de transbordo sem permissão da autoridade competente e em termos diversos dos autorizados em lei;

[503] REGULATIONS of the People's Republic of China on Implementing Customs Administrative Penalty. Disponível em: http://english.customs.gov.cn. Acesso em: 11 jul.2016.

(IX) Importação de mercadorias não incluídas ou em excesso àquelas incluídas na declaração de bagagem feita nos termos da seção 77.

Igualmente, é previsto o perdimento do veículo em determinadas situações.

Aqui na América Latina, também o Peru, com base no artigo 118, n. 8, de sua Constituição Política e artigo 102 do Decreto Legislativo 809, o Presidente da República editou o Decreto Supremo n.13/2005, que aprova a Tábua de Infrações e Sanções previstas na Lei Geral de Aduanas, a qual, igualmente, prevê variadas espécies de penas, a depender da gravidade da infração, que vão de multas de pequeno valor à apreensão e confisco do bem.

O Código Aduaneiro do Mercosul, a seu turno, embora preveja uma série de procedimentos com o fim de uniformizar os procedimentos aduaneiros entre os países que o integram — apenas menciona a existência de multas decorrentes do não pagamento de tributos (artigo 157, 2, do Código Aduaneiro do Mercosul), sem nada aprofundar. O grupo constituído para sua redação, conforme determinações constantes do Anexo da Resolução GMC n. 40/2006[504], não recebeu poderes para incluir no projeto matérias como infrações aduaneiras e sanções pecuniárias.

Com efeito, segundo salienta o professor da Universidade de Buenos Aires, Santiago Dilucca, o Código Aduaneiro do MERCOSUL não prevê, expressamente, quais as sanções aduaneiras. Utiliza-se apenas de cláusulas de remissão aos sistemas jurídicos internos dos Países Membros, que suprem essa lacuna, a custo da debilidade da identidade aduaneira comum do bloco. Por isso sugere a tipificação das condutas em âmbito geral, cabendo ao Tribunal Permanente de Revisão do Mercosul o controle dos excessos no âmbito de cada legislação.[505]

Na Argentina, onde recentemente foi promovida uma ampla reforma da legislação pertinente, o Código Aduaneiro, consubstanciado na Lei n. 22.415, tipifica infrações administrativas e penais, muitas severamente apenadas. Na redação que lhe foi conferida pelo artigo 23 da Lei n. 25.986/2004, por

[504] O Grupo Mercado Comum (GMC) constitui órgão decisório executivo do Mercosul; fixa programas de trabalho e de negociação de acordos internacionais em nome do MERCOSUL.
[505] DILUCA, Santiago. Delitos e infracciones aduaneiras em el CAM: ausencias de fondo y forma. **Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión**, año 1, n.1, 2013, p.271.

exemplo, o artigo 863 do Código reprime com pena de prisão, de dois a oito anos, qualquer ação ou omissão que “impeça ou dificulte, mediante ardil ou engano, o adequado exercício das funções que as leis atribuem ao serviço aduaneiro para controle das importações e exportações”[506], enquanto o artigo 24, ao alterar o artigo 864 da Lei n. 22.415, prevê igual pena para quem (I) importe ou exporte mercadorias em horários ou lugares não habilitados ou se desvie das rotas assinaladas para essas operações ou de qualquer modo se subtraia ao controle aduaneiro; (II) realize ação ou omissão que impeça ou dificulte o controle do serviço com o propósito de submeter a mercadoria a regime aduaneiro ou fiscal distinto ao que lhe corresponde; (III) apresentar à repartição documento em desconformidade com as disposições legais para obter tratamento fiscal, na importação ou exportação, mais favorável do que o que lhe corresponde; (IV) oculte, dissimule, substitua ou desvie total ou parcialmente mercadoria submetida ou que deve se submeter a controle aduaneiro na importação ou exportação, (V) simular, total o parcialmente, operação ou destinação aduaneira de importação ou exportação com o fim de obter benefício econômico.[507]

Em todos esses casos, as penalidades são qualificadas se (I) concorrem ao menos três pessoas, se há participação de funcionário público; (II) se, realizado por transporte aéreo, houve desvio de roto e aterrisagem em local clandestino ou não alfandegado; (III) se cometido mediante apresentação de documentos falsos ou adulterados, necessários para a operação; (IV) na hipótese de mercadorias de importação ou exportação proibida ou certos bens que, por sua qualidade ou quantidade possam afetar a saúde pública. Nesses casos, a pena de prisão será de quatro a dez anos, nos termos do artigo 865 do Código, na redação do artigo 25 da nova lei.

Na impossibilidade de apreensão das mercadorias, comina-se multa em pesos em caráter substitutivo.

[506] Tradução livre.
[507] Disponível em: http://www.aduanaargentina.com/b_rc.php. Acesso em: 11 jul.2016.

17 RESPONSABILIDADE E SANÇÃO NO DIREITO ADUANEIRO BRASILEIRO

No Brasil, que até o momento não aderiu à Convenção de Kyoto para Simplificação dos Procedimentos Aduaneiros, a legislação aduaneira – na qual se destacam o Decreto-Lei n. 37/1966, o Decreto-Lei n. 1.455/1976, posteriormente alterado pela Lei n. 10.637/2002, as Leis n. 9.069/1995 e 10.833/2003 e o Regulamento Aduaneiro – aduz constituir infração "toda ação ou omissão, voluntária ou involuntária, que importe inobservância, por parte de pessoa física ou jurídica, de norma estabelecida ou disciplinada" no ato normativo.[508]

Em seguida, ao reiterar o fato de a ação, comissiva ou omissiva, poder constituir infração mesmo quando involuntária, o parágrafo 2º do artigo 94 do Decreto-Lei n. 37/1966, que trata das infrações aduaneiras, aduz que "salvo disposição expressa em contrário, a responsabilidade por infração independe da intenção do agente ou do responsável e da efetividade, da natureza e da extensão dos efeitos do ato". Nisso repete, pois, em certo sentido, o disposto no artigo 136 do Código Tributário Nacional, que, em tese, atribui, quase com as mesmas palavras, responsabilidade objetiva às infrações tributárias.

A questão, contudo, é mais complexa. Indubitavelmente, a pretensão da lei é que ninguém se esquive de sua aplicação a pretexto de ignorá-la. Trata-se de reflexo do princípio da certeza do direito que exige sua incidência, salvo justificativa legitimamente autorizada. Busca-se evitar, enfim, a alegação de ignorância para não observância da lei. É essa a opinião manifestada por Luciano da Silva Amaro a respeito do artigo 136 do Código Tributário Nacional (CTN)[509], quando alude pretender-se evitar a alegação de boa-fé pelo contribuinte, com o único intento de esquivar-se do pagamento do tributo.

Segundo o professor, todavia, ao falar "independentemente da intenção", a lei somente estaria a afastar o dolo; a ação praticada com intenção de perfilhar a conduta tipificada. Não agasalharia, a seu ver, a teoria da responsabilidade objetiva.[510]

---

[508] Decreto-Lei n. 37/1966, artigo 94, *caput,* e artigo 673 do Regulamento Aduaneiro de 2009.
[509] AMARO, Luciano da Silva. **Direito tributário brasileiro**. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p.429.
[510] AMARO, Luciano da Silva. **Direito tributário brasileiro**. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p.429.

A problemática foi bem colocada por Maria Ângela Lopes Paulino Padilha, que, após discernir estar o significado da expressão "intenção" no centro da controvérsia, aponta duas correntes a respeito. A primeira, leciona, interpreta o enunciado do artigo 136 de modo a apenas excluir o dolo – vontade consciente de praticar a conduta – mas exige, ao menos, culpa em *stricto sensu* para caracterizar a infração, de modo a não haver responsabilidade sem, no mínimo, culpa. A ausência de intenção, pois, neste caso, corresponderia à ausência de dolo (Rui Barbosa Nogueira, Luciano da Silva Amaro, Fábio Fanucchi, Alberto Xavier e Hugo de Brito Machado).

Na ótica de Luciano da Silva Amaro, o Código dispensa o dolo, mas não institui responsabilidade objetiva, por admitir, expressamente, julgamento por equidade (artigo 108, IV, do CTN), sempre que haja justificativa razoável para o inadimplemento da obrigação.[511] Ainda quando se trate do não pagamento do tributo, em que não cabe discussão sobre o elemento subjetivo, o autor mostra o Código sensível a situações de erro ou ignorância escusáveis, prevendo-lhes a possibilidade de remissão (artigo 172, II e IV do CTN).

A segunda corrente, em contrapartida, pressupõe que a infração independe não só de dolo, mas também de culpa, bastando existir nexo lógico entre conduta e resultado. É a corrente a qual se filiam Paulo de Barros Carvalho, Aliomar Baleeiro, Sacha Calmon Navarro Coelho, Ives Gandra da Silva Martins, Ricardo Lobo Torres, além da própria autora.[512]

A favor dessa corrente, pontua Maria Ângela Lopes Paulino Padilha, está o fato de que "a imputação subjetiva não se mostraria suficiente ao atendimento dos anseios do interesse público", mormente em contexto em que "a massificação gradual é inerente ao período contemporâneo, servindo, assim, a objetividade como um instrumento de garantia da eficácia da norma primária tributária".[513]

Ademais, prossegue a autora, a ideia de culpabilidade, ínsita da órbita criminal, onde prevalece vinculada às pessoas físicas, salvo raras exceções, é insuficiente na esfera tributária, que maciçamente afeta também pessoas

[511] AMARO, Luciano da Silva. **Direito tributário brasileiro**. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p.429.
[512] PADILHA, Maria Ângela Lopes Paulino. **As sanções no direito tributário**. São Paulo: Noeses, 2015, p.77-79.
[513] PADILHA, Maria Ângela Lopes Paulino. **As sanções no direito tributário**. São Paulo: Noeses, 2015, p.80.

jurídicas.[514] Não só isso, pois, relativamente a estas, são incontáveis os fatos imponíveis que, ocorridos em concreto, amiúde diariamente – e não apenas casualmente, como tende a ocorrer no âmbito criminal – precisam ser objeto de análise pela Administração.

Alinhada a essa posição, encontra-se o excelente trabalho citado pela autora, elaborado por Sacha Calmon Navarro Guerreiro, que, após salientar a incompatibilidade das ideias de culpabilidade criminal e tributária, na medida em que o afastamento de hipóteses de responsabilidade objetiva geraria dificuldades radicais, com risco de total ineficácia da arrecadação tributária, tece os seguintes motivos para a intenção do sujeito passivo tributário, ser irrelevante na construção da responsabilidade fiscal:

(I) A alegação de ignorância da lei embaraçaria seriamente a ação do Estado contra sonegadores e facilitaria a mora, mais do que ser um "imperativo de justiça em favor de supostos homens de *bona fide*";
(II) Tipificar o ilícito fiscal exclusivamente baseado na responsabilidade subjetiva tornaria impossível a transferência da multa a terceiros (sub-rogação passiva da pena). Segundo o autor, "a punição não deveria, nesse caso, passar da pessoa do infrator, o que, em muitos casos, seria um verdadeiro absurdo".
(III) Impossibilidade de penalizar, administrativamente, as pessoas jurídicas, que não possuem vontade própria, mas são representadas por seus órgãos.[515]

A isso merece ser acrescido o argumento, reportado por Maria Ângela Lopes Paulino Padilha e aduzido por Paulo de Barros Carvalho, sobre a impossibilidade prática, nos casos das infrações consubstanciadas no não

[514] PADILHA, Maria Ângela Lopes Paulino. **As sanções no direito tributário**. São Paulo: Noeses, 2015, p.81. Nesse contexto a autora cita, na mesma esteira, a dissertação de PAULA JÚNIOR, Aldo de. **Responsabilidade por infrações tributárias**. 2007. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2007, p.176.
[515] COELHO, Sacha Calmon Navarro. Multas fiscais. O artigo 136 do CTN, a responsabilidade objetiva e suas atenuações no sistema de direito tributário pátrio. **Revista Dialética de Direito Tributário** – RDDT, São Paulo, Dialética, n. 138, p.123-131 apud PADILHA, Maria Ângela Lopes Paulino. **As sanções no direito tributário**. São Paulo: Noeses, 2015, p.82.

recolhimento de tributos, de apurar se o sujeito passivo agiu ou não de forma culposa.[516]

Exatamente por isso, a lei preceitua a infração tributária independer da intenção do agente e da existência de dano ou da sua extensão, uma vez que, a rigor, o objetivo é tornar efetiva a arrecadação tributária e combater quaisquer situações espúrias ou argumentos, justificados sob falsos fundamentos, capazes de comprometê-la. Por idêntica razão, necessário, também, conferir eficácia aos controles administrativos; igual conclusão deve aplicar-se, por analogia, às infrações administrativas.

Ainda assim, sempre a lei poderá dispor em sentido contrário, quer para ressalvar situações da regra geral, excluindo-as de responsabilidade objetiva, ainda que tacitamente – conclusão a irradiar após tessitura de interpretação lógica e sistemática das regras a respeito – quer para determinar a aplicação da pena somente na hipótese de dano efetivo, não bastando tentativa ou o perigo de sua produção.

A lei, a esse propósito, prefere legitimar ação mais severa, tornando indubitável sua inexorabilidade, a fragilizar a segurança jurídica pela discussão sobre a intenção do agente (dolo ou culpa). Entretanto, a demonstrar a importância da ponderação na edição dos tipos mais aptos a atender aos imperativos do interesse público e à construção de uma ordem justa, ela também torna possível, sempre que se entenda mais adequado, restringir o alcance da norma geral de forma a alcançar, tão-só, situações em que estejam presentes o dolo ou a culpa em sentido estrito.

Toda a construção dos tipos sancionatórios deve pautar-se na apurada ponderação sobre a razoabilidade e a proporcionalidade da pena: sua necessidade, sua adequação a cada situação e a medida (proporção) exata suficiente a combater o mal. E aos demais princípios constitucionais, entre os quais despontam, nesse quadrante, os princípios da igualdade, da impessoalidade, da irretroatividade e da legalidade, nele incluído seu consectário que é o princípio da tipicidade.

Por sua vez, em matéria de sanção, não basta sua previsão em lei, genericamente; é preciso que esta delimite, com clareza, os aspectos

[516] PADILHA, Maria Ângela Lopes Paulino. **As sanções no direito tributário**. São Paulo: Noeses, 2015, p.83.

essenciais da relação jurídica sancionatória: o fato material que a enseja, o sujeito responsável pelo ilícito (sujeito passivo da sanção) e a penalidade, sob os aspectos qualitativo e quantitativo aplicável.

Em resumo, a norma sancionatória deve corresponder àquilo que a doutrina penal denomina “tipo cerrado”, isto é, a descrição legal clara e objetiva dos comportamentos antijurídicos e suas consequências, de cujo enunciado despontem nítidos todos os elementos hábeis à perfeita subsunção do fato concreto à hipótese nele prevista: seus contornos materiais, o destinatário da norma e o elemento subjetivo do tipo (dolo ou culpa, se houver). Quanto às consequências jurídicas, igualmente seus traços essenciais devem ser cristalinos: a espécie e a dosagem da pena.

Em nossa visão, o Código Tributário Nacional e o Decreto-Lei n. 37/1966 estão a autorizar a responsabilização objetiva nesta seara, pois, consoante os autores citados, alinhados a essa corrente, em especial Paulo de Barros Carvalho, não é crível que se possa consistentemente combater a sonegação e reprimir a impunidade sendo preciso apurar, dentre os milhões de obrigações tributárias surgidas dia a dia, a culpa do sujeito passivo. Trata-se de tarefa impossível não só pela imensa quantidade de relações jurídicas-tributárias envolvidas, como pela própria dificuldade inerente ao seu exame.

Evidentemente, nesse contexto, desconsiderar a regra geral da responsabilidade objetiva equivale a comprometer, irremediavelmente, a eficácia e a eficiência do sistema arrecadatório. Apenas determinadas situações que, por natureza, requeiram a consideração da culpa ou dolo devem ser assim estruturadas, de forma a não comprometer o interesse público inerente à arrecadação e o controle das atividades de comércio exterior e, ao mesmo tempo, não onerar demasiado o administrado, olvidando-se do critério de justiça.

Ao menos relativamente às infrações decorrentes do não recolhimento de tributos, dúvida não há de sua submissão ao regime de responsabilidade objetiva. É irrelevante o motivo do não pagamento: se houve esquecimento, se a pessoa não se inteirou do fato, se desconhecia a legislação ou, ainda, se

estava ausente ou enferma.[517] Ultrapassado o prazo de vencimento da obrigação sem que tenha havido seu adimplemento, a infração configura-se por si só.

A compensar a rigidez da medida, todavia, muitas vezes as leis fixam escalas de multas que se agravam conforme o tempo decorrido desde o vencimento da obrigação. Assim, pequenos atrasos, cuja causa pode, por exemplo, decorrer de um imprevisto ou uma enfermidade, podem ter pena reduzida, enquanto outros, superiores (situações que podem indicar tratar-se de devedor intencional ou contumaz), têm pena maior. Trata-se de aplicação do princípio da proporcionalidade, perfeitamente adequado à situação, por equilibrar o critério de justiça com as necessidades arrecadatórias.

Outra situação na qual desponta a responsabilidade objetiva da pessoa no Direito Aduaneiro, além do não pagamento de tributos, é a hipótese de abandono de veículo ou mercadoria, sobre a qual falaremos adiante, cuja consequência é o perdimento do bem. Pelas próprias características do "abandono", é irrelevante se houve dolo, culpa ou o motivo pelo qual transcorreu o prazo regulamentar sem o início do despacho. Em qualquer das situações incide a pena de perdimento, ainda que, por razões de política administrativa e fiscal, ela possa ser relevada, nos termos da lei (teceremos as devidas considerações no momento próprio).

Saliente-se que, ao se falar em responsabilidade objetiva, por não ser de relevo o motivo subjacente da conduta (basta sua ocorrência e o resultado), tampouco importa eventual causa excludente de ilicitude (legítima defesa, exercício regular de direito e estado de necessidade, citados no artigo 188 do Código Civil).

No entanto, com pertinência às causas de exclusão da culpabilidade (culpa exclusiva da parte interessada, caso fortuito e força maior, objetos do artigo 393 Código Civil), é percuciente a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, embora sobre hipótese diversa, no sentido de que, na verdade, nestes casos, o que há, é a ausência de nexo causal, uma vez que, se outrem o

[517] Paulo de Barros Carvalho alude à inadimplência, ou seja, ao fato de a pessoa não possuir recursos financeiros ou tê-los gasto justificadamente ou não. (PADILHA, Maria Ângela Lopes Paulino. **As sanções no direito tributário**. São Paulo: Noeses, 2015, p.83).

produziu, ele não se forma.[518] Deveras, se a suposta vítima é a única responsável pelo resultado, não tendo advindo nenhuma parcela de culpa do suposto infrator, ou, se ninguém o for, por haver o fato derivado de caso fortuito ou força maior, não se forma nenhum vínculo de causa e efeito entre o suposto infrator e o Poder Público apto a ensejar a responsabilidade do primeiro.

Assim, o único fato que impede o advento da responsabilidade objetiva é a ausência de nexo causal entre a conduta da pessoa e o resultado danoso; nada mais. No caso do abandono, portanto, basta a objetividade do fato, caracterizado pelo decurso do prazo fixado para a situação, para ensejar-se a consequência, correspondente à instauração de procedimento para a perda do bem.

Destarte, há na legislação aduaneira, situações nas quais a responsabilidade pela infração é objetiva, independendo da intenção ou culpa do agente. Em outras, todavia, a lei expressa ou tacitamente alude à fraude como um elemento do tipo sancionatório. Nesses casos, não há dúvida. O dolo é um elemento essencial à configuração do tipo. Somente haverá infração diante do dolo. Exemplos: mercadoria oculta, a bordo do veículo ou na zona primária ou encontrada em circunstâncias que façam presumir destinar-se a exportação clandestina e, ainda, a estrangeira, com característica essencial falsificada (respectivamente versadas no artigo 105, III, V, e VIII, do Decreto-Lei n. 37/1966, e para as quais se comina pena de perdimento).

Como oportunamente será abordado, requerem dolo, ainda, as condutas descritas no artigo 105, VI, XI, XII, XV, XVI, XVIII e XXII do citado Decreto-Lei.

Todavia, é tênue a linha ao longo da qual se pode perquirir se a responsabilização é objetiva ou não. Ainda que o dolo sempre seja direta ou indiretamente indicado, dificilmente a culpa o é; ao menos em nossa legislação.

Há sistemas jurídicos, como frisado no Capítulo anterior, que claramente indicam hipóteses de culpa, inclusive escalonando-a entre grave, média e leve. Não é o caso do Brasil, onde as variadas hipóteses de sanções, misturadas entre si, no máximo mencionam as que requerem dolo, limitando-se a maioria a descrever fatos, sem mencioná-lo.

---

[518] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 28.ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p.1032. É certo que, no texto, o autor trata da responsabilidade objetiva do Estado, situação bastante diversa daquela pertinente a infrações tributárias ou administrativas. A observação sobre as excludentes da culpa, contudo, relacionando-as à ausência de nexo causal deve ser considerada comum, aplicável também a esta hipótese.

Embora essas últimas sejam as mais frequentes, é patente, no entanto, que a maior parte das condutas descritas, mesmo sem aludir diretamente ao dolo, deixa nítido o elevado potencial de burla à legislação que pode haver caso a responsabilidade seja considerada de modo diverso da objetiva, quando não da improbabilidade de o comportamento hipotético ser natural, fazer intuir, pois, nestes casos, senão o dolo ao menos culpa grave.

A regra geral exposta no Código Tributário Nacional, no Decreto-Lei n. 37/1966 e reproduzida no Regulamento Aduaneiro é a da responsabilidade objetiva. Só à lei cabe dispor de maneira diversa e requerer, como elemento do tipo, o dolo ou a culpa, em qualquer grau.

O efeito imediato disso está no campo da prova. Enquanto, para caracterizar a responsabilidade objetiva de alguém por um fato, basta a demonstração do liame causal, ou seja, o vínculo existente entre a conduta do agente e o dano, exigido o dolo (assim como a culpa), o prejudicado também deverá provar esse intuito do agente.

Exemplifico: o tipo previsto no artigo 105, I, do Decreto-Lei n. 37/1966 (artigo 689, I, do RA/2009), refere-se a

> operação de carga ou já carregada [...], ou dele descarregada ou em descarga, sem ordem, despacho ou licença, por escrito, da autoridade aduaneira, ou sem o cumprimento de outra formalidade essencial estabelecida em texto normativo.

De imediato, verifica-se faltar indicativo claro e expresso acerca da modalidade de conduta exigível (dolosa ou culposa), o que levaria a supor, com fundamento no artigo 94, §2º, do Decreto-Lei n. 37/1966, tratar-se de responsabilidade objetiva.

No contexto, sabendo-se que: (I) as empresas especializadas em transporte internacional de cargas e para isso cadastradas no órgão competente não são ingênuas ou inexperientes; (II) os procedimentos da espécie são relativamente semelhantes, senão idênticos, em todas as regiões do mundo, sendo, pois, frágeis os argumentos de desconhecimento (de resto, rechaçado pelo princípio da certeza do Direito, e contemplado no artigo 3º da Lei de Introdução ao Código Civil, Decreto-Lei n. 4.657/1942[519]; (III) ser intuitivo

[519] Artigo 3º. "Ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece."

que, antes de qualquer atitude, é preciso indagar a autoridade competente sobre o procedimento a adotar (algo atualmente constante até na *internet)*, e (IV) considerando que ela não deve ignorar a responsabilidade civil que lhe advém perante o contratante do serviço, caso venha a dar causa à imposição de alguma penalidade, conclui-se, à evidência, ser improvável que, ao assim agir, carregando ou descarregando dos veículos, o agente do ilícito não tenha intenções maliciosas ou não haja, ao menos, procedido com culpa grave.

Certamente, considerar essa hipótese como de responsabilidade objetiva, fortalece o poder de polícia do Estado, ao conferir maior eficácia às suas decisões, e reduz a margem de impunidade e a insegurança jurídica quanto às consequências da conduta. De outra parte, ao menos nesse caso (como em outros semelhantes), a conduta não poderia se perfazer sem dolo ou culpa grave. A tipificação dessa maneira reduz a margem de incerteza, resolvendo de modo mais simples e assertivo a questão. Atende, pois, aos princípios da eficácia e da eficiência, sem, ao menos em situações como esta, ferir nenhum outro preceito.

É por isso, principalmente para tornar menos tortuosa a prova sobre o elemento subjetivo envolvido, que a lei opta por tornar objetiva a infração, sempre que não dispuser diferentemente (questão a ser guiada pela razoabilidade e proporcionalidade).

Realmente, na maioria das condutas descritas nos artigos 104 e 105 do Decreto-Lei n. 37/1966, senão em todos, é difícil não antever, no mínimo, negligência grave, quando não dolo, expressamente referido em alguns tipos. Em todo o caso, há sempre que se debruçar sobre o caso concreto e perquirir sobre todas suas circunstâncias para somente a partir daí se iniciar o processo interpretativo sobre a questão à luz das regras e princípios regentes.

Considerada a lamentável qualidade da legislação sancionadora aduaneira pátria, pouco clara quanto aos aspectos assinalados, é preciso argúcia para observar o contexto, as minúcias do fato e conectá-los ao sistema normativo vigente, de forma a construir, na mente do intérprete, uma fiel representação dos fatos e das consequências normativas.

Em abordagem próxima, Maria Ângela Padilha assevera que, considerado o artigo 136 do CTN na fase da constatação da infração, isto é, para efeito de considerar-se ou não materializada a conduta tipificada, é

irrelevante a intenção do agente e o resultado; contudo, essa objetividade não afetaria impreterivelmente a relação sancionatória, prevista no consequente normativo, cuja construção, ponderados os valores envolvidos, é atenuável nos termos autorizados pelo ordenamento.[520]

Segundo ela, ultrapassada a etapa de constituição objetiva da infração, parte-se para a graduação da sanção, quando devem ser consideradas as peculiaridades fáticas e as regras jurídicas, notadamente os princípios constitucionais que interferem na dosimetria das penas; inclusive a equidade reportada e o princípio *in dubio pro reo*, sectário da presunção de inocência a que se refere o artigo 5º, LIV, da Constituição e artigo 112 do CTN.

Vale apenas uma observação, com a devida *vênia*: verificado o fato concreto, primeiro o intérprete, inteirando-se de todas as circunstâncias envolvidas, constrói sua interpretação a respeito para, em seguida, verificar a hipótese normativa capaz de, em princípio, albergar a conduta perfilhada, lícita ou ilícita, e possíveis consequências. Nesse ponto, igualmente a verificação da norma incidente envolve processo hermenêutico, que requer a observação global do sistema jurídico e, portanto, da inter-relação entre seus elementos e, principalmente, dos valores envolvidos, para só depois alcançar-se a norma que deva incidir na situação concreta, com as consequências aplicáveis.

Portanto, a construção mostra-se mais complexa, na medida em que, necessariamente, a fixação da normativa aplicável envolve, sempre, em primeiro lugar, considerações acerca da materialidade da conduta descrita na hipótese normativa, para só depois, do ponto de vista lógico, passar-se à indagação do elemento subjetivo do tipo, ou seja, o dolo ou a culpa.

Destarte, a objetividade a que se refere a eminente autora, verificada na primeira fase, não é, propriamente, a atinente à responsabilidade pela infração, mas apenas sobre o fato material a que ela se refere, ainda que, por vezes, cronologicamente essas observações se deem de modo simultâneo. Em suma, a consideração acerca da responsabilidade, se objetiva ou não, isto é, se o agente, por ação ou omissão, deu causa à conduta típica, independentemente de dolo ou culpa, ou se a lei exige esses elementos para o perfazimento da conduta típica só surge em uma segunda fase, ao menos sob o prisma lógico,

---

[520] PADILHA, Maria Ângela Lopes Paulino. **As sanções no direito tributário**. São Paulo: Noeses, 2015, p.84.

mas, ainda, na análise do “antecedente” da norma, ou seja, da hipótese, e não no momento da fixação da consequência.

É verdade que, comparativamente às conclusões da autora, o resultado será idêntico, sendo neste aspecto irrelevante que as sanções aduaneiras, muito amiúde não possuam natureza tributária, mas administrativa. Afinal, o sistema jurídico é uno, sendo a analogia, a equidade e os princípios gerais de direito suas formas de integração.

Verificado, no âmbito aduaneiro, o fato material descrito em lei, de pronto o aspecto subjetivo vem a lume para responsabilizar, senão quem tenha agido com dolo ou culpa, caso assim a lei o restrinja, no mínimo o responsável pela ação ou omissão, objetivamente.

O correto seria que a lei fosse clara ao distinguir cada uma dessas situações, especificando se se trata de responsabilidade objetiva ou se é requerido elemento subjetivo para perfazimento do tipo. Contudo, ela não o é. Assim, diante da dicção da lei, se determinado tipo requer dolo ou culpa, esse componente há que estar presente para que ele possa se perfazer. Contudo, se nada dispuser nesse sentido, entende-se tratar de responsabilidade objetiva, com suas consequências naturais.

Acima de tudo, portanto, a decisão a respeito do elemento subjetivo do tipo, mais propriamente, se este é exigido na forma de dolo, culpa (se assim em algum momento a legislação vier a tipificar), ou se, porventura, é o caso de situação pertinente à responsabilidade objetiva, dependerá da interpretação, que, elaborada de forma lógica e sistemática à luz dos princípios constitucionais que o norteiam, em especial os da razoabilidade e o da proporcionalidade, dificilmente poderá ser questionada.

Nossa legislação tributária, com o intuito de obter a regularização da situação fiscal em benefício da arrecadação tributária, prevê, mais particularmente no artigo 138 do Código Tributário Nacional, o instituto da “denúncia espontânea”. Em conformidade com ele, enquanto não iniciada a ação fiscal – caracterizada, em geral, pelo primeiro ato que dá início à fiscalização do contribuinte (muitas vezes formalizado por meio de termo específico) – é possível ao contribuinte, mediante integral quitação do valor devido (atualizado monetariamente e com a incidência dos juros), acertar sua posição perante os órgãos fazendários, sem a incidência de penalidade.

Nesse passo, portanto, a denúncia espontânea afasta a responsabilização pela penalidade, mantendo incólume a exigência do tributo.

Obviamente voltado à obrigação de “dar”, correspondente ao pagamento da quantia em questão, o instituto não atinge as de fazer e não fazer, caracterizadas no Direito Tributário como deveres instrumentais para controle dessas prestações.

No Direito Aduaneiro não é diferente. Decerto na parte que concerne aos tributos incidentes sobre o comércio exterior, amoldados às normas do Código Tributário, aplica-se o instituto da denúncia espontânea, ainda que, no caso em particular, a situação possa, em tese, configurar o crime de descaminho.

Na hipótese de as infrações referirem-se, todavia, a deveres instrumentais, ou seja, disposições que têm por fim o controle da atividade aduaneira, duas situações podem ocorrer no tocante às prestações comissivas (de fazer):

(I) não há imposição de penalidade para o caso de a prestação ser regularizada a destempo, antes de descoberta (depois, em geral, tende a haver), motivo pelo qual é desnecessária qualquer denúncia, e basta a regularização;

(II) a penalidade incide tão somente pelo transcurso do prazo, caso a prestação nele não seja cumprida (*v.g.* apresentação de declarações periódicas, como a DCTF).

No primeiro caso, é desnecessária denúncia espontânea se a regularização se der anteriormente ao início da fiscalização; basta “fazer” (exemplo: manter escrituração). No segundo, ultrapassado o prazo (antes nada há), a infração originada, de cunho formal, não pode ser regularizada, de maneira que não há como se falar em denúncia espontânea, afora a falta de previsão legal.

Noutro giro, caso a prestação a ser cumprida corresponda à obrigação de “não fazer”, ou ainda se é possível desfazer a irregularidade cometida antes da descoberta – retornando ao *status quo ante* – não há porque perquirir acerca da imposição de penalidade, salvo disposição legal em contrário (motivo pelo qual desnecessária a denúncia espontânea). Se ela não pode ser desfeita,

inconcebível a utilização do instituto, assim como no caso de desconstrução do fato se verificado após sua descoberta pela fiscalização, afora a falta de previsão legal.

Há, ainda, contudo, a possibilidade de a infração aduaneira, sem referir-se a deveres instrumentais, ater-se às normas de conduta, predispostas com o intuito de assegurar o cumprimento da legislação. São situações que, amiúde, se verificam nesse campo do Direito, como se verá nos capítulos posteriores.

Nesse caso, consubstanciadas basicamente em obrigações de fazer ou não fazer, uma coisa é certa. Além do discriminado anteriormente e da falta de previsão legal (salvo quanto ao pagamento de tributos), cumpre ver o seguinte:

(I) quando a infração tem em si absorvida conduta que, simultaneamente, corresponde à introdução de mercadorias de importação proibida no País, objeto de contrafação ou protegidas por tratado internacional, descabe falar em denúncia espontânea, por ser impossível sua regularização – além de o ingresso ser vedado em si, constitui crime (casos para os quais é prevista pena de perdimento);

(II) igualmente, quando a infração corresponde à importação de bem atentatório à moral, saúde ou ordem pública, para a qual também é cominada pena de perdimento, descabe denúncia espontânea, por igualmente ser impossível a regularização do bem, ante a natureza da infração;

(III) na hipótese de abandono de mercadoria, caracterizado pelo decurso de prazo, não há possibilidade de denúncia espontânea pela própria natureza da infração. Não obstante, resta estabelecida pela legislação, como se verá, a possibilidade de relevar a pena de perdimento, ante o pagamento dos tributos e das penalidades;

(IV) por fim, nas hipóteses em que a infração esteja plasmada em comportamentos que visem à introdução de mercadorias sem o pagamento integral dos tributos (situações apenadas com o perdimento ou multas, conforme os casos), as seguintes variantes se abrem: a) introduzida pelos pontos alfandegados e registrada a DI, é inviável a denúncia espontânea ante o início da ação fiscal nessa

> mesma data (antes do registro não há infração); b) introduzida em ponto não alfandegado, uma vez que, paralelamente à subtração do tributo, ocorreu também violação grave às regras de controle aduaneiro, não é prevista a regularização da situação, motivo pelo qual incide a pena de perdimento (situação contrária seria um forte estímulo à tentativa de descaminho ou contrabando); c) não declarada à autoridade na Aduana de chegada, quando compõe bagagem de viajante, tampouco é plausível denúncia espontânea porque, desde que chegado ao local adequado a essa declaração, ainda que verbal (portal eletrônico, esteira, etc.), considera-se iniciada a ação fiscal correspondente; d) igualmente descabe essa denúncia, desde que não declarada a infração no momento do recebimento da remessa postal no correio, se antes já não fiscalizada pela Aduana.

Em resumo, em virtude da dinâmica que lhe é própria e das questões extrafiscais envolvidas, em princípio descabe a denúncia espontânea em matéria aduaneira.

De outra parte, compulsada nossa legislação, nota-se estarem previstas as seguintes espécies de sanções aduaneiras:

(I) Perdimento do veículo utilizado para transporte de mercadoria;
(II) Perdimento da mercadoria;
(III) Perdimento de moeda;
(IV) Pena de multa; e
(V) Sanções administrativas em sentido estrito.[521]

Nesse passo, observa-se que o sistema aduaneiro pátrio contempla tanto penas pecuniárias quanto propriamente administrativas, que se distinguem em perda de bens (mercadorias, veículos utilizados no seu transporte ou moeda). Há também outras de índoles diversas, como a interdição de direitos, de atividades, etc.

[521] Atualmente veiculado pelo Decreto n. 6.759/2009, artigo 675.

Embora a Constituição de 1988 haja ensejado volumosa discussão acerca da constitucionalidade das penas de perdimento, questão à qual nos referiremos adiante, o fato é que, ao final, restou praticamente pacificada, na jurisprudência pátria, sua constitucionalidade.

Diante da dificuldade do tema, em especial por conta da qualidade da legislação a qual nos referimos, confusa e dispersa, limitar-nos-emos, a seguir, a tecer considerações sobre as penalidades aduaneiras citadas apenas sob uma visão mais microscópica. Ou seja, tal como expostas na legislação, deixando para momento mais oportuno, em capítulo posterior, análise crítica e mais profunda do tema.

Essa prática permitirá conferir, em primeira linha, o aspecto pragmático da legislação, como manuseada pelos agentes fiscais, para depois confrontá-lo com outras significações, construídas a partir da análise das demais dimensões do sistema jurídico. Nos capítulos seguintes, teceremos as digressões com respeito a cada uma das hipóteses relacionadas à pena de perdimento, sob essa perspectiva, para, ao final, as avaliarmos sob outros ângulos.

18 DA PENA DE PERDIMENTO DE VEÍCULO

Ao tratar da pena de perdimento de veículo em nossa legislação, assevera Roosevelt Baldomir Sosa, que o intento do legislador teria sido, antes de tudo, penalizar quem presta assistência à consumação do delito de introdução clandestina de mercadorias, normalmente tipificados, na órbita penal, como crimes de contrabando ou descaminho.[522] Tratar-se-ia, portanto, da consequência prevista no campo do Direito Administrativo à prática de crime no qual se consubstanciou burla à legislação aduaneira.

No entanto, nem sempre a aplicação dessa espécie de pena, como prevista na legislação, recai, verdadeiramente, sobre circunstâncias vinculadas a ilícitos penais. Em muitas situações há apenas sua presunção ou mero risco de sua ocorrência, quando não, ao menos em um caso (abandono), circunstância totalmente alheias a essa prática.

A regra legal básica a partir da qual se estrutura essa espécie de pena corresponde a do artigo 104 do Decreto-Lei n. 37/1966, cuja dicção é a seguinte:

> Artigo 104. Aplica-se a pena de perda do veículo, nos seguintes casos:
> I – quando o veículo transportador estiver em situação ilegal, quanto às normas que o habilitem a exercer a navegação ou o transporte internacional correspondente à sua espécie;
> II – quando o veículo transportador efetuar operação de descarga de mercadoria estrangeira ou a carga de mercadoria nacional ou nacionalizada fora do porto, aeroporto ou outro local para isso habilitado;
> III – quando a embarcação atracar a navio ou quando qualquer veículo, na zona primária, se colocar nas proximidades de outro, vindo um deles do exterior ou a eles destinado, de modo a tornar possível o transbordo de pessoa ou carga, sem observância das normas legais e regulamentares;
> IV – quando a embarcação navegar dentro do porto, sem trazer escrito, em tipo destacado e em local visível do casco, seu nome de registro;
> V – quando o veículo conduzir mercadoria sujeita à pena de perda, se pertencente ao responsável por infração punível com aquela sanção;
> VI – quando o veículo terrestre utilizado no trânsito de mercadoria estrangeira desviar-se de sua rota legal, sem motivo justificado:
> Parágrafo único. Aplicam-se cumulativamente: (Redação dada pela Lei n. 10.833, de 2003)
> I – no caso do inciso II do *caput*, a pena de perdimento da mercadoria; (Incluído pela Lei n. 10.833, de 2003)
> II – no caso do inciso III do *caput*, a multa de R$ 200,00 (duzentos reais) por passageiro ou tripulante conduzido pelo veículo que efetuar

[522] SOSA, Roosevelt Baldomir. **Comentários à Lei Aduaneira**. São Paulo: Aduaneiras, 1995, p.421.

> a operação proibida, além do perdimento da mercadoria que transportar. (Incluído pela Lei n. 10.833, de 2003)

A essas hipóteses, acresceu-se, posteriormente, a do §4º do artigo 75 da Lei n. 10.833/2003, prevista nos seguintes termos:

> Artigo 75. Aplica-se a multa de R$ 15.000,00 (quinze mil reais) ao transportador, de passageiros ou de carga, em viagem doméstica ou internacional que transportar mercadoria sujeita a pena de perdimento:
> I – sem identificação do proprietário ou possuidor; ou
> II – ainda que identificado o proprietário ou possuidor, as características ou a quantidade dos volumes transportados evidenciarem tratar-se de mercadoria sujeita à referida pena.
> §1º Na hipótese de transporte rodoviário, o veículo será retido, na forma estabelecida pela Secretaria da Receita Federal, até o recolhimento da multa ou o deferimento do recurso a que se refere o §3º.
> §2º A retenção prevista no §1º será efetuada ainda que o infrator não seja o proprietário do veículo, cabendo a este adotar as ações necessárias contra o primeiro para se ressarcir dos prejuízos eventualmente incorridos.
> §3º Caberá recurso, com efeito exclusivamente devolutivo, a ser apresentado no prazo de 20 (vinte) dias da ciência da retenção a que se refere o §1º, ao titular da unidade da Secretaria da Receita Federal responsável pela retenção, que o apreciará em instância única.
> §4º Decorrido o prazo de 45 (quarenta e cinco) dias da aplicação da multa, ou da ciência do indeferimento do recurso, e não recolhida a multa prevista, o veículo será considerado abandonado, caracterizando dano ao Erário e ensejando a aplicação da pena de perdimento, observado o rito estabelecido no Decreto-Lei nº1.455, de 7 de abril de 1976.
> §5º A multa a ser aplicada será de R$ 30.000,00 (trinta mil reais) na hipótese de:
> I – reincidência da infração prevista no *caput*, envolvendo o mesmo veículo transportador; ou
> II – modificações da estrutura ou das características do veículo, com a finalidade de efetuar o transporte de mercadorias ou permitir a sua ocultação.
> §6º O disposto neste artigo não se aplica nas hipóteses em que o veículo estiver sujeito à pena de perdimento prevista no inciso V do artigo 104 do Decreto-Lei n. 37, de 18 de novembro de 1966, nem prejudica a aplicação de outras penalidades estabelecidas.
> §7º Enquanto não consumada a destinação do veículo, a pena de perdimento prevista no §4º poderá ser relevada à vista de requerimento do interessado, desde que haja o recolhimento de 2 (duas) vezes o valor da multa aplicada.
> §8º A Secretaria da Receita Federal deverá representar o transportador que incorrer na infração prevista no *caput* ou que seja submetido à aplicação da pena de perdimento de veículo à autoridade competente para fiscalizar o transporte terrestre.
> §9º Na hipótese do §8º, as correspondentes autorizações de viagens internacionais ou por zonas de vigilância aduaneira do transportador representado serão canceladas, ficando vedada a expedição de novas autorizações pelo prazo de 2 (dois) anos.

Conforme o citado artigo, verificada a hipótese de o transportador de mercadorias sujeitas à pena de perdimento trazê-las sem identificação de proprietário ou possuidor ou, ainda que a tenham, as características ou a quantidade dos volumes permitirem intuir a irregularidade, aplica-se pena de multa (*caput)*, a qual, não recolhida no prazo de 45 dias, contados do vencimento ou da ciência do indeferimento do recurso, leva a considerar o abandono do veículo e caracterizado o dano ao erário.[523] Isso o sujeita à pena de perdimento (§4º), após o devido procedimento administrativo.

É previsto o perdimento do veículo, portanto, também na hipótese de seu abandono após a imposição de multa pelo transporte de mercadorias sujeitas a igual penalidade, de cuja situação, supostamente, o transportador deveria ter conhecimento, não sendo ele o infrator.

Não obstante, segundo a disciplina deste artigo 75, "enquanto não consumada a destinação do veículo, a pena de perdimento poderá ser relevada, à vista de requerimento do interessado, desde que haja o recolhimento de 2 vezes o valor da multa aplicada" (§7º do artigo 75 da Lei n. 10.833/2003).

Claramente entrevê-se, portanto, não somente a possibilidade de a pena em foco recair sobre circunstância em que inexiste dolo do transportador, mas apenas culpa grave, como também de ela ser relevada, caso, inobstante o vencimento do prazo de recolhimento da multa, ela for paga em dobro.

Naturalmente, consoante o §6º do artigo 75, o dispositivo previsto no *caput*, ou seja, a multa, não se aplica nas hipóteses em que o veículo estiver sujeito à pena de perdimento prevista no artigo 104, V, do Decreto-Lei n. 37/1966 situações nas quais o próprio transportador é autor da infração. Em nenhum caso, ademais, resta prejudicada a aplicação de outras penalidades.

Neste particular, o Regulamento, que poderia servir para aclarar a disciplina, nada acrescenta, na medida em que apenas reverbera o já dito pela lei. Veja-se a disciplina do Regulamento Aduaneiro de 2009, cujo artigo 688, VII, prevê:

---

[523] O dano ao erário é objeto dos artigos 23 e 24 do Decreto-Lei n. 1.455/1976.

> Artigo 688. Aplica-se a pena de perdimento do veículo nas seguintes hipóteses:
> I – o veículo transportador estiver em situação ilegal, quanto às normas que o habilitem a exercer a navegação ou o transporte internacional correspondente à sua espécie;
> II – o veículo transportador efetuar operação de descarga de mercadoria estrangeira ou de carga de mercadoria nacional ou nacionalizada, fora do porto, do aeroporto ou de outro local para isso habilitado;
> III – a embarcação atracar a navio ou quando qualquer veículo, na zona primária, se colocar nas proximidades de outro, um deles procedente do exterior ou a ele destinado, de modo a tornar possível o transbordo de pessoa ou de carga, sem observância das normas legais e regulamentares;
> IV – a embarcação navegar dentro do porto, sem trazer escrito, em tipo destacado e em local visível do casco, seu nome de registro;
> V – o veículo conduzir mercadoria sujeita a perdimento, se pertencente ao responsável por infração punível com essa penalidade;
> VI – o veículo terrestre utilizado no trânsito de mercadoria estrangeira for desviado de sua rota sem legal motivo justificado; e
> VII – o veículo for considerado abandonado pelo decurso do prazo referido no artigo 648.

O artigo 648 do Regulamento, inserido no capítulo que trata do abandono de veículo, é o que, repercutindo o §4º do artigo 75 da Lei n. 10.833/2003, diz considerar-se abandonado o veículo, de passageiro ou de carga, em viagem doméstica ou internacional, quando não houver sido recolhida a multa prevista no artigo 731 (cujo teor é idêntico ao *caput* do artigo 75), decorrido o prazo de quarenta e cinco dias de sua aplicação ou da ciência da decisão que julgou improcedente a impugnação. Portanto, nada mais esclarece o dispositivo regulamentar do que aquilo já plasmado no dispositivo legal.

Por sua vez, embora somente com referência à situação mencionada no item V do dispositivo regulamentar se afirme a necessidade de instauração de procedimento administrativo[524], naturalmente, em todos os casos, por força da Constituição, isso há de ser feito, propiciando ampla defesa ao sujeito passivo.

A diferença do item V do artigo 688, do Regulamento, idêntico ao artigo 104, V, do Decreto-Lei n. 37/1966, em relação aos demais dispositivos é que, enquanto nestes presume-se que a ação ilícita haja decorrido diretamente da atuação do transportador, responsável pelo veículo, na hipótese do item V há que perquirir se o responsável pela infração é o proprietário da mercadoria ou o do veículo, ainda que como corresponsável.

[524] No §2º do artigo 688 do RA.

A este respeito, como leciona Roosevelt Baldomir Sosa, ao tratar do artigo 513, V, do Regulamento de 1985, de igual teor, “a condição necessária para invocação deste dispositivo é de que a mercadoria objeto da apreensão e sujeita à pena de perdimento pertença, também, ao proprietário do veículo que a transportava”.[525]

De outra parte, segundo o §1º do artigo 688 do Regulamento, nas hipóteses dos itens II, III e VI, desse dispositivo, cumulativamente ao perdimento do veículo aplica-se também o da mercadoria nele transportada.[526]

Retornando às demais hipóteses legais de aplicação da pena de perdimento ao veículo, ainda que elas, de modo geral, tenham por escopo reprimir não só a prática do contrabando e do descaminho, mas também seu risco (incisos II, III, IV, V, e VI do artigo 104 do Decreto-Lei n. 37/1966)[527], algo que no Direito Penal seria denominado “crimes de perigo”[528], há aquela correspondente ao inciso I desta regra, relativa ao veículo “em situação ilegal quanto às normas que o habilitem a exercer a navegação ou o transporte internacional”.

A ilegalidade, no caso, refere-se à regularidade da constituição da empresa e de sua habilitação perante os órgãos competentes e nos termos dos acordos internacionais pertinentes para atuar no ramo do transporte internacional. Em especial, ante a Secretaria da Receita Federal do Brasil.

O registro nesse órgão é feito mediante inclusão da empresa no cadastro Siscomex-Trânsito, que apropria do sistema da Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) a relação dos transportadores nacionais e estrangeiros autorizados ao transporte internacional e seus números de Licença. Na ANTT, eles são registrados, automaticamente, como Transportador Estrangeiro de Trânsito Internacional (TETI) ou como Transportador Nacional de Trânsito Internacional (TNTI), além dos Operadores

---

[525] SOSA, Roosevelt Baldomir. **Comentários à Lei Aduaneira**. São Paulo: Aduaneiras, 1995, p.421.
[526] §1º do artigo 688 do R.A.
[527] Os incisos legais correspondem aos do artigo 688 do R.A. Evidentemente, a hipótese de abandono, ausente do Decreto-Lei n. 37/66, mas, presente no artigo 688 do Regulamento, como explicamos, possui índole diversa, puramente administrativa.
[528] Tipos penais nos quais se criminaliza a própria ação que, sem produzir danos específicos, geram acerbado risco de sua produção. Note-se, todavia, que as normas do Direito Aduaneiro, mesmo quando compõem essa espécie de tipo, são de Direito Administrativo e não de Direito Penal, não obstante o fato possa ser apenado nas duas esferas.

de Transporte Multimodal (OTM) que, cadastrados na ANTT, ficam automaticamente habilitados no Siscomex Trânsito.[529]

O cadastramento do transportador nacional é realizado na unidade de jurisdição da matriz da empresa, quando o número de registro da empresa no Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica (CNPJ) encontrar-se ativo no sistema, além da apresentação de certidão negativa ou positiva com esse efeito. Só posteriorrmente, depois de cadastrada por seu responsável legal, a transportadora poderá solicitar a realização de trânsito aduaneiro, para tanto firmando um termo de responsabilidade.

Como é natural, dificilmente a ação descrita no inciso I – operação por pessoa em situação ilegal – terá lugar em pontos alfandegados como portos, aeroportos ou pontos de fronteira, dada sua fácil constatação. Tenderá a ocorrer, basicamente, em locais não alfandegados, a constituir a prática de contrabando ou descaminho, desde que comprovado tratar-se de operação internacional.

Por isso, com frequência, o perfazimento dessa conduta poderá entrelaçar-se a outra, descrita em "tipo administrativo" diverso. É o caso, por exemplo, de pequenos barcos que desovam a mercadoria em praias desertas, em margens de rios internacionais e de veículos não autorizados que tentam trespassar a mercadoria por pontos não alfandegados (caminhões em fronteira seca e aviões ou embarcações em aeroportos ou portos clandestinos, quando não, no caso de rios, em qualquer lugar da margem pertencente a outro País). Em todos esses exemplos, infringe-se, igualmente, o dispositivo do inciso II do Decreto-Lei n. 37/66[530], que sanciona a operação de carga ou descarga "fora do porto, do aeroporto ou de outro local para isso habilitado".

Se, no caso do inciso I (veículo transportador em situação ilegal) penaliza-se conduta que apenas enseja o "perigo", ou seja, o risco da prática do ilícito, no inciso II a consequência normativa prevista sanciona a ação, clara, de iludir a Administração Pública pela desova de mercadorias em postos não controlados. Os efeitos disso, vimos, podem consistir, mais do que nas perdas

---

[529] Notícia Siscomex-Importação n.72, de 2006. Disponível em: http://idg.receita.fazenda.gov.br/orientacao/aduaneira/manuais/transitoaduaneiro/topicos/procedimentos-na-unidade-de-fiscalização-aduaneira/cadastro-habilitacao-e-representacao/cadastro-de transportadores. Acesso em: 23 jun.2016.

[530] E do Regulamento.

do Fisco, no risco à saúde pública, à indústria, à agricultura ou à economia, como um todo, do País.

Situação semelhante é a descrita no inciso III, que se refere à situação de

> a embarcação atracar a navio ou quando qualquer veículo, na zona primária, se colocar nas proximidades de outro, um deles procedente do exterior ou a ele destinado, de modo a tornar possível o transbordo de pessoa ou de carga, sem observância das normas legais e regulamentares.

Enquanto o inciso anterior (II) tratava da hipótese de transpassar as mercadorias por pontos para isso não habilitados (alfandegados) nas fronteiras internacionais, o dispositivo do inciso III descreve situação na qual apenas se desenha o perigo, bastante consistente, de a mercadoria, procedente do exterior ou a ele destinada, ser transbordada[531] de veículo a outro no interior da zona primária ou, no caso de embarcação, mesmo antes de nesta se introduzir.

Atente-se que, justamente para prevenir esses riscos, a legislação aduaneira preceitua deverem as operações de carga e descarga de veículos em transporte internacional, assim como o seu estacionamento, dar-se somente nos portos, aeroportos ou pontos alfandegados de fronteira (artigos 5º, 8º e 27 do R.A)[532], depois de prestadas as informações à Secretaria da Receita Federal do Brasil (artigo 37, §2º, do Decreto-Lei n. 37/1966, na redação da Lei n. 10.833/2003).

O transbordo, seguido do trânsito de mercadorias de um País a outro, tem-se revelado, internacionalmente, um problema crescente em países de fiscalização frágil, por dificultar o controle e, assim, permitir desvios que podem traduzir-se tanto pelo descaminho, como a “pirataria” de produtos[533]. Essa preocupação já foi manifestada, relativamente ao Brasil, em Relatório da Representação Especial Seção 301, publicada pela Representação de Comércio dos Estados Unidos da América (USTR), responsável, no governo norte-americano, pela implantação das medidas previstas na Seção 182 da Lei

---

[531] Denomina-se ‘transbordo’ a transferência direta de mercadoria de um para outro veículo. Assim, equivale à situação de carga e descarga dos bens.

[532] Os artigos 34 e 38 do Decreto-Lei n. 37/1966, na redação da Lei n. 10.833/2003, atribuem ao Regulamento a tarefa de disciplinar os controles de pessoas e veículos em operações de transporte internacional de carga e pessoas.

[533] Disponível em: https://portogente.com.br/portopedia/73294-transbordo. Acesso em: 23 jun.2016.

de Comércio de 1974[534], que acompanha, anualmente, os problemas de pirataria com pelo menos trinta parceiros comerciais desse País, com o fim de possibilitar a adoção das medidas pertinentes no âmbito da OMC.[535]

Poder-se-ia perquirir se, para a punibilidade do ilícito no âmbito administrativo, segundo nossa lei, a conduta deveria dar-se necessariamente após o ingresso da embarcação no mar territorial nacional. A discussão, no entanto, seria estéril, pois, além da dificuldade de prova, cremos incidir, por analogia, a regra do artigo 6º do Código Penal, que considera local do crime aquele no qual "ocorreu a ação ou omissão, no todo ou em parte, bem como onde se produziu ou deveria produzir-se o resultado".[536] Desse modo, se o resultado do ilícito haveria de ocorrer no Brasil, naturalmente caberia a aplicação da lei administrativa brasileira, mesmo se a prática ilícita ocorreu em alto-mar. Não se trata, no caso, de construção de tipo sancionatório por analogia, algo vedado em nosso Direito. Trata-se, ao contrário, de interpretação lógica-sistemática relativa ao aspecto espacial da hipótese normativa do artigo 104, III, do Decreto-Lei n. 37/1966, o efetivo responsável pela tipificação do ilícito, que, de resto, além de administrativo, é, também, em princípio, criminal.

É de lembrar que, mesmo cometido no estrangeiro, há a possibilidade de aplicação extraterritorial da lei brasileira aos crimes de descaminho ou contrabando, por consistirem em delitos "contra o patrimônio ou a fé pública da União" (artigo 7º, I, "b", do Código Penal). Essa situação independe de eventual absolvição ou condenação no exterior, por força do disposto no §1º do artigo 7º do Código Penal, ao contrário de outras situações (dispostas no inciso II do artigo 7º) que também ensejam a aplicação extraterritorial da lei penal, porém sujeitas a condições. Seria um exemplo a existência de acordo ou tratado internacional referente a crime ao qual o Brasil se obrigou a reprimir, prática do delito por brasileiros ou a bordo de aeronaves ou embarcações brasileiras, mercantes ou privadas.[537]

---

[534] Além da Lei Geral de Comércio e da Concorrência de 1988 e Lei dos Acordos da Rodada do Uruguai.

[535] Disponível em: http://economia.estadao.com.br/noticias/geral,brasil-e-mantido-em-lista-de-pirataria-imp-,1027593. Publicado em: 2 maio 2013. Acesso em: 23 jun.2016.

[536] Artigo 6º do Código Penal (Decreto-Lei n. 2.848/1940), na redação da Lei n. 7.209/1984.

[537] Artigo 7º Ficam sujeitos à lei brasileira, embora cometidos no estrangeiro: I – os crimes: [...] b) contra o patrimônio ou a fé-pública da União, do Distrito Federal, de Estado, de Território, de Município, de empresa pública, sociedade de economia mista, autarquia ou fundação instituída pelo Poder Público; c) contra a administração pública, por quem está a seu serviço; [...] II – os crimes: a) que, por tratado ou

Não são raros, em Subseções Judiciárias de fronteira, processos nos quais se apura a responsabilidade pela prática do transbordo de mercadoria, destinada ou oriunda do exterior, em local inapropriado, como ruas ermas, depósitos privados não alfandegados, etc., ou de seu trespasse por locais não alfandegados. Comumente, feito por veículos não devidamente credenciados para essa operação nos órgãos competentes.

Mais simples, também a conduta descrita no inciso IV – navegar dentro do porto, sem trazer escrito, em tipo destacado e em local visível do casco, seu nome de registro – demonstra preocupação com o "perigo" da prática do ilícito criminal, porquanto, naturalmente, a ausência de inscrição da embarcação, tornada comum essa prática, dificultaria sobremaneira o controle das operações de comércio exterior.

Sobre a hipótese descrita no inciso V, da qual já falamos, o autor do ilícito que acarreta a pena de perdimento da mercadoria é o próprio transportador. Um maior aprofundamento a respeito, portanto, deixaremos para oferecer quando tratarmos desta última penalidade, quando retornaremos ao tema.

Na hipótese do inciso VI – quando o veículo terrestre utilizado no trânsito de mercadoria estrangeira for desviado de sua rota legal sem motivo justificado – a que a lei equipara à da não chegada do veículo ao local de destino[538], tem-se situação em que, requerido o trânsito aduaneiro de mercadoria estrangeira (quando, preenchida a Declaração de Trânsito Aduaneiro, a parte interessada se compromete a submeter-se às condições fixadas, que incluem rota a ser adotada e previsão de horário de chegada), a pessoa desvia-se do trajeto predeterminado ou nele nem chega. Presume-se, nesse caso, que o transportador se esquivou do controle aduaneiro para o fim de desviar ou tentar desviar mercadorias que só seriam fiscalizadas no ponto de destino.

Por fim, com respeito à sanção objeto da primeira parte do inciso II do parágrafo único do artigo 104 do Decreto-Lei n. 37/1966, de natureza pecuniária, aplicada sobre cada passageiro ou tripulante conduzido por embarcação que venha a atracar a navio ou, ainda, por qualquer veículo que

---

convenção, o Brasil se obrigou a reprimir; b) praticados por brasileiro; c) praticados em aeronaves ou embarcações brasileiras, mercantes ou de propriedade privada, quando em território estrangeiro e aí não sejam julgados". (na redação da Lei n. 7.209/1984). Não adentraremos o exame das condições para a aplicação extraterritorial da lei penal, para os casos do inciso II, por ultrapassar o escopo deste trabalho.

[538] Artigo 688, §3º, do R.A.

na zona primária se aproxime de outro que esteja vindo ou se dirigindo ao exterior, de modo a tornar possível o transbordo de pessoa ou carga, sem observância das normas legais e regulamentares, nota-se que seu propósito, sendo cumulativa ao perdimento do veículo, é dissuadir, ainda mais, a violação à norma jurídica. Essa ideia se traduz na cominação de multa relativamente pesada para cada pessoa conduzida pelo veículo nessas condições.

19 DA PENA DE PERDIMENTO DE MERCADORIAS – PRIMEIRA PARTE

19.1 Noções gerais

De igual maneira como no item precedente, reservamo-nos, por ora, para apenas descrever as hipóteses em que são previstas a pena de perdimento de mercadorias, com breve explicação do seu alcance, para só em momento posterior efetuarmos análise crítica a respeito.

A sistemática em apreço foi introduzida pelo artigo 105 do Decreto-Lei n. 37/1966, com o enunciado seguinte:

> Artigo 105. Aplica-se a pena de perda da mercadoria:
> I – em operação de carga ou já carregada, em qualquer veículo ou dele descarregada ou em descarga, sem ordem, despacho ou licença, por escrito da autoridade aduaneira ou não cumprimento de outra formalidade especial estabelecida em texto normativo;
> II – incluída em listas de sobressalentes e previsões de bordo quando em desacordo, quantitativo ou qualificativo, com as necessidades do serviço e do custeio do veículo e da manutenção de sua tripulação e passageiros;
> III – oculta, a bordo do veículo ou na zona primária, qualquer que seja o processo utilizado;
> IV – existente a bordo do veículo, sem registro um manifesto, em documento de efeito equivalente ou em outras declarações;
> V – nacional ou nacionalizada em grande quantidade ou de vultoso valor, encontrada na zona de vigilância aduaneira, em circunstâncias que tornem evidente destinar-se a exportação clandestina;
> VI – estrangeira ou nacional, na importação ou na exportação, se qualquer documento necessário ao seu embarque ou desembaraço tiver sido falsificado ou adulterado;
> VII – nas condições do inciso anterior possuída a qualquer título ou para qualquer fim;
> VIII – estrangeira que apresente característica essencial falsificada ou adulterada, que impeça ou dificulte sua identificação, ainda que a falsificação ou a adulteração não influa no seu tratamento tributário ou cambial;
> IX – estrangeira, encontrada ao abandono, desacompanhada de prova de pagamento dos tributos aduaneiros, salvo as do artigo 58;
> X – estrangeira, exposta à venda, depositada ou em circulação comercial no País, se não for feita prova de sua importação regular;
> XI – estrangeira, já desembaraçada e cujos tributos aduaneiros tenham sido pagos apenas em parte, mediante artifício doloso;
> XII – estrangeira, chegada ao País com falsa declaração de conteúdo;
> XIII – transferida a terceiro, sem o pagamento dos tributos aduaneiros e outros gravames, quando desembaraçada nos termos do inciso III do artigo13;
> XIV – encontrada em poder de pessoa natural ou jurídica não habilitada, tratando-se de papel com linha ou marca d'água, inclusive aparas;
> XV – constante de remessa postal internacional com falsa declaração de conteúdo;

> XVI – fracionada em duas ou mais remessas postais ou encomendas aéreas internacionais visando a elidir, no todo ou em parte, o pagamento dos tributos aduaneiros ou quaisquer normas estabelecidas para o controle das importações ou, ainda, a beneficiar-se de regime de tributação simplificada; (Redação dada pelo Decreto-Lei n. 1.804, de 03/09/1980)
> XVII – estrangeira, em trânsito no território aduaneiro, quando o veículo terrestre que a conduzir, desviar-se de sua rota legal, sem motivo justificado;
> XVIII – estrangeira, acondicionada sob fundo falso, ou de qualquer modo oculta;
> XIX – estrangeira, atentatória à moral, aos bons costumes, à saúde ou ordem públicas.

No atual Regulamento Aduaneiro (2009), a disciplina é regulada no artigo 689 em termos idênticos, inclusive quanto à numeração dos incisos, que são coincidentes aos do citado artigo do Decreto-Lei n. 37/1966. O artigo 691 acresce, ainda, a tentativa de exportação proibida, nos termos de lei, tratado ou acordo internacional.

Por outro lado, o Decreto-Lei n. 1.455/1976, ao introduzir a expressão "dano ao erário", estatuiu:

> Art. 23. Consideram-se dano ao Erário as infrações relativas às mercadorias:
> I – importadas, ao desamparo de guia de importação ou documento de efeito equivalente, quando a sua emissão estiver vedada ou suspensa na forma da legislação específica em vigor;
> II – importadas e que forem consideradas abandonadas pelo decurso do prazo de permanência em recintos alfandegados nas seguintes condições:
> a) 90 (noventa) dias após a descarga, sem que tenha sido iniciado o seu despacho; ou
> b) 60 (sessenta) dias da data da interrupção do despacho por ação ou omissão do importador ou seu representante; ou
> c) 60 (sessenta) dias da data da notificação a que se refere o artigo 56 do Decreto-lei n. 37, de 18 de novembro de 1966, nos casos previstos no artigo 55 do mesmo Decreto-lei; ou
> d) 45 (quarenta e cinco) dias após esgotar-se o prazo fixado para permanência em entreposto aduaneiro ou recinto alfandegado situado na zona secundária.
> III – trazidas do exterior como bagagem, acompanhada ou desacompanhada e que permanecerem nos recintos alfandegados por prazo superior a 45 (quarenta e cinco) dias, sem que o passageiro inicie a promoção, do seu desembaraço;
> IV – enquadradas nas hipóteses previstas nas alíneas "a" e "b" do parágrafo único do artigo 104 e nos incisos I a XIX do artigo 105, do Decreto-lei n. 37, de 18 de novembro de 1966.
> V – estrangeiras ou nacionais, na importação ou na exportação, na hipótese de ocultação do sujeito passivo, do real vendedor, comprador ou de responsável pela operação, mediante fraude ou simulação, inclusive a interposição fraudulenta de terceiros. (incluído pela Lei n. 10.637/2002)
> §1º O dano ao erário decorrente das infrações previstas no *caput* deste artigo será punido com a pena de perdimento das mercadorias. (incluído pela Lei n. 10.637/2002)

> §2º Presume-se interposição fraudulenta na operação de comércio exterior a não-comprovação da origem, disponibilidade e transferência dos recursos empregados. (incluído pela Lei n. 10.637/2002)
> §3º As infrações previstas no *caput* 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 nº70.235, de 6 de março de 1972. (redação da Lei n. 12.350, de 2010)
> §4º O disposto no §3º não impede a apreensão da mercadoria nos casos previstos no inciso I ou quando for proibida sua importação, consumo ou circulação no território nacional. (Incluído pela Lei n. 10.637, de 30.12.2002)
> Artigo 24. Consideram-se igualmente dano ao Erário, punido com a pena prevista no parágrafo único do artigo 23, as infrações definidas nos incisos I a VI do artigo 104 do Decreto-lei número 37, de 18 de novembro de 1966.
> Artigo 25. As mercadorias nas condições dos artigos 23 e 24 serão guardadas em nome e ordem do Ministro da Fazenda, como medida acautelatória dos interesses da Fazenda Nacional.

Não obstante, em princípio, a expressão “dano ao erário”, empregada para definir as ações sugeridas nos tipos transcritos, sugira o efeito de uma conduta ilícita da qual deva advir o ressarcimento aos cofres públicos, o certo é que, bem analisadas as condutas tipificadas, nota-se algumas delas serem incapazes de ensejar qualquer dano material ao Tesouro. No máximo teriam o condão de colocá-lo em risco.

Vejamos, portanto, antes de retornar ao tema mais à frente, quais os sentidos normalmente atribuídos a cada uma dessas situações.

Para maior facilidade no exame, todavia, segregaremos os tópicos correspondentes aos vários incisos dos Decretos-Leis mencionados em duas partes. A primeira, constante deste capítulo, corresponderá, pela ordem, aos incisos I a X do Decreto-Lei n. 37/1966. A segunda, apresentada no capítulo subsequente, abrangerá os demais dispositivos.

19.2 Em operação de carga ou já carregada, em qualquer veículo ou dele descarregada ou em descarga, sem ordem, despacho ou licença, por escrito da autoridade aduaneira ou não cumprimento de outra formalidade especial estabelecida em texto normativo

Consoante exposto nos capítulos anteriores, diante do interesse público subjacente às operações de comércio exterior, a legislação aduaneira tece uma

teia de regras com o escopo de impedir sua realização de forma alheia aos controles por ela estabelecidos.

Formula, por isso, regra, disposta no inciso I do artigo 34 do Decreto-Lei n. 37/1966, segundo a qual todas as operações de entrada e saída de mercadorias do território nacional só podem dar-se pelos portos, aeroportos ou pontos de fronteira alfandegados[539], isto é, habilitados para tanto pela autoridade fiscal competente, e outra pela qual somente nos lugares neles permitidos é possível o trânsito, o estacionamento, a carga e a descarga de mercadorias estrangeiras.[540] Requer a habilitação prévia das empresas de transporte e o nome das pessoas por elas autorizadas a atuar em seu nome e detalha como proceder-se-á ao controle dos veículos[541], nisso incluída a prestação de informações à Secretaria da Receita Federal do Brasil, "na forma e no prazo por ela estabelecido, as informações sobre as cargas transportadas, bem como a chegada do veículo procedente do exterior ou a ele destinado".[542] Tudo, sem olvidar a disciplina para desembaraço aduaneiro das mercadorias, já mencionada (o despacho aduaneiro).

Chegado o veículo, as operações de carga, descarga ou transbordo de mercadoria só podem iniciar-se depois de prestadas as competentes informações[543], inclusive a respeito de tripulantes e passageiros, se houver.[544] Entre outras exigências, o responsável pelo veículo apresentará à autoridade, na forma estabelecida em ato normativo específico, o manifesto de carga[545], com cópia dos conhecimentos correspondentes, lista de sobressalentes e provisões de bordo[546] e, ainda, relação de unidades de carga vazias a bordo, declaração de acréscimo de volume ou quantidade em relação ao manifesto e outras declarações ou documentos de interesse.

---

[539] Artigo 34, II e III, do Decreto-Lei n. 37/1966.
[540] Artigo 5º, I e II.
[541] Artigos 37 e 38 do Decreto-Lei n. 37/1966; artigo 28 da Lei n. 10.637/2002; e artigos 26 a 68 do R.A/2009.
[542] Artigo 37, *caput*, do Decreto-Lei n. 37/1966.
[543] Artigo 37, §2º, do Decreto-Lei n. 37/1966, na redação do artigo 77 da Lei n. 10.833/2003, e artigo 32, parágrafo único do R.A./2009.
[544] Artigo 28, *caput*, da Lei n. 10.637/2002 e artigo 33, *caput*, e parágrafo único do R.A/20009.
[545] De acordo com o artigo 44 do R.A/2009, "o manifesto de carga conterá: I – a identificação do veículo e sua nacionalidade; II – o local de embarque e o de destino das cargas; III – o número do conhecimento; IV – a quantidade, a espécie, as marcas, o número e o peso dos volumes; VI – a natureza das mercadorias; VI – o consignatário de cada partida; VII – a data do seu encerramento; e VIII – o nome e a assinatura do responsável pelo veículo".
[546] Artigo 39, *caput*, do Decreto-Lei n. 37/1966 e artigo 42 do RA/2009.

Ademais, em se tratando de veículos marítimos, seus agentes deverão informar à autoridade aduaneira do porto de atracação com a antecedência mínima prescrita nas normas da Receita Federal do Brasil, a hora estimada de chegada, a procedência, o seu destino e, se for o caso, a quantidade de passageiros. Igualmente os aéreos, procedentes do exterior, também devem informar com antecedência o horário estimado de chegada, e terem os volumes por ele transportados identificados com o nome da transportadora, número do conhecimento, quantidade e numeração dos volumes, aeroportos de procedência e destino e nome do consignatário.

Mesmo na hipótese em que o veículo ingresse no País por seus próprios meios (aeronave particular, embarcação de recreio, veículos de competição), o responsável deverá apresentá-lo na unidade aduaneira do local habilitado para a entrada, no prazo de 24 horas, para a adoção dos procedimentos pertinentes.[547] Nesse caso, se o ingresso for temporário, para posterior saída (*v.g.* após a competição ou uso em viagem), o regime aduaneiro a aplicar será o da "admissão temporária", disciplinado pelo regulamento e normas complementares.

Evidentemente, sem a prestação dessas informações, que vulnerariam sobremaneira os controles instituídos de modo a gerar risco de dano, haverá infração à legislação de regência, sujeitando as mercadorias carregadas ou descarregadas ou em que isso esteja se fazendo, nas condições previstas no tipo em estudo (artigo 105, I, do Decreto-Lei n. 37/1966), à pena de perdimento. E mais: na hipótese de a operação ocorrer em local não alfandegado, também o veículo está sujeito a igual pena, nos termos do artigo 104, II e III, do Decreto-Lei n. 37/1966.

Com efeito, qual controle seria possível se nem a mais comezinha das obrigações – previsível por qualquer leigo, que é a de, antes da operação de carga ou descarga manifestar às autoridades sua chegada e apresentá-las à fiscalização – não for cumprida? A resposta, indubitável, é: nenhum! Semelhantes condutas favorecem, sobremaneira, a introdução clandestina de bens, situação a qual, se ocorrida, justifica também a aplicação de pena criminal. É o que explica o rigor da pena.

---

[547] Artigo 66 do RA/2009.

19.3 Incluída em listas de sobressalentes e provisões de bordo quando em desacordo, quantitativo ou qualificativo, com as necessidades do serviço e do custeio do veículo e da manutenção de sua tripulação e passageiros

A regra aplica-se aos bens trazidos nos veículos, de qualquer espécie, mas principalmente aéreos e marítimos, como materiais de reposição para seu pleno funcionamento, caso venha a haver quebra de peça, bem como às provisões para uso do conjunto dos passageiros e tripulantes em bordo – alimentos e medicamentos – pelo tempo previsto de viagem. A suposição é que, existentes peças de natureza diversa ou em volume nitidamente superior àquele entrevisto como necessário, o excesso seria ilicitamente desviado para ser introduzido ou consumido no mercado nacional.

Calcada, pois, no princípio da razoabilidade e da proporcionalidade, a regra erige uma presunção que determina a perda dos produtos desconformes com essa regra. Em matéria de víveres, haverá, ainda, sua destruição, por conta dos aspectos sanitários. Todavia, justamente por envolver a aplicação desses princípios, antes de qualquer conclusão é preciso medir bem o contexto – tipo de viagem, número de pessoas a bordo, sua duração e fatos passíveis de em seu curso ocorrerem – para depois ponderar sobre a necessidade, adequação e proporção da medida.

Mais frequente com relação a produtos de boa aceitação e procura no mercado (*v.g.* bebidas), uma possibilidade que se põe para a autoridade fiscal, no caso de navios, é, sem aplicar o perdimento, lacrar o excedente na cantina de bordo.[548] Ela advém da regra disposta no §1º do artigo 37 do Regulamento Aduaneiro (2009) o qual, ao versar sobre o controle dessas mercadorias, assinala que as desnecessárias aos fins indicados durante a permanência do veículo na zona primária "serão depositadas em compartimento fechado, o qual poderá ser aberto somente na presença da autoridade aduaneira ou após a saída do veículo do local". Sendo a permanência do veículo na zona primária de curta duração, a autoridade poderá, inclusive, dispensar essa cautela (artigo 37, §2º, do Regulamento), por considerar diminuto o risco nesta hipótese.

[548] Nesse sentido: SOSA, Roosevelt Baldomir. **Comentários à Lei Aduaneira**. São Paulo: Aduaneiras, 1995, p.425.

Em resumo, sincronizadas essas regras, vê-se que, dificilmente, salvo casos extremos (*v.g.* há flagrante do desvio ou bem de natureza nitidamente diversa daquela que seria razoável encontrar-se como sobressalente ou provisão), incidirá a pena de perdimento prevista no inciso II do artigo 105 do Decreto-Lei n. 37/1966. Na maioria das situações, bastará, por ser mais razoável, lacrar, em compartimento próprio, os bens excedentes àquilo necessário para a estada do veículo no País, a serem liberados só após sua saída do território nacional.

19.4 Oculta, a bordo do veículo ou na zona primária, qualquer que seja o processo utilizado (Decreto-Lei n.37/1966, artigo 105, III).

O núcleo da conduta material que constitui infração, neste caso, refere-se à ação de ocultar, isso é esconder mercadoria a bordo de veículo ou em qualquer ponto da zona primária, independentemente da forma como isso se dê, sonegando sua apresentação à autoridade fiscal. Especificamente no Direito Tributário, o Dicionário de Plácido e Silva equipara o vocábulo ocultação a uma espécie de sonegação, uma vez que, omitindo-se o contribuinte ou responsável sobre a ocorrência do fato jurídico tributário, seja o auferimento de renda, seja a introdução, no mercado nacional, de mercadoria estrangeira, faz com que ele seja subtraído da base de cálculo do tributo.

A toda a evidência, portanto, mais do que configurar infração administrativa, passível da aplicação da pena em questão, semelhante atitude configura um ilícito criminal correspondente a contrabando ou descaminho.

Em quaisquer das hipóteses ventiladas no dispositivo é irrelevante a forma como se dê a ocultação. Frequente por meio da introdução de mercadorias (quando não drogas) em fundos falsos preparados no interior de veículos ou simplesmente oculta no seu interior (como dentro de partes do veículo), ela é menos comum com relação à outra hipótese aventada no dispositivo, que corresponderia a esconder as mercadorias em pontos menos visíveis da zona primária, de onde seriam desviadas com subtração aos controles alfandegários.

Exemplo disso seria a colocação de bem, retirado de embarcação ou aeronave oriunda do exterior, em local oculto, previamente combinado, para

ser apanhado por outra pessoa com aptidão, por suas funções, de retirá-lo mais facilmente da zona primária, com burla aos controles fiscais, ou o inverso, introduzi-lo em veículo destinado ao exterior, sonegando-os da autoridade fiscal. Ainda, sua localização em fundos falsos de contêineres ou no interior de outros produtos.

Roosevelt Baldomir Sosa chama a atenção para o fato de a lei aduaneira limitar-se a sancionar a ocultação da mercadoria “na zona primária”, sem nada aduzir sobre a ocorrência de hipótese semelhante na zona secundária, por ela não abarcada. Salienta, ainda, que, de qualquer modo, a legislação referente ao imposto sobre produtos industrializados (IPI), incidente na importação de mercadorias, engloba esse caso.

Parece-nos, todavia, que a lacuna estaria suprida pelo enunciado do inciso XVIII do mesmo artigo 105 do Decreto-Lei n. 37/1966, que sanciona com igual penalidade a mercadoria “estrangeira, acondicionada sob fundo falso, ou de qualquer modo oculta”. Mais amplo, abrange, evidentemente, os bens dessa maneira encontrados na zona secundária. E não necessariamente escondidas sob fundo falso, uma vez que, conforme expõe o dispositivo, podem estar de qualquer modo ocultas.

Não que a legislação do IPI seja impertinente. Na verdade, também ela amolda-se bem à questão, como propõe o autor, uma vez que a norma do artigo 87 da Lei n. 4.502/1964 (a qual se conjuga à do artigo 102), comina a pena de perdimento

> I – quando o produto, tributado ou não, tiver sido introduzido clandestinamente no País ou importado irregular ou fraudulentamente
> II – [...] estiver desacompanhado da nota de importação ou de leilão, se em poder do estabelecimento importador ou arrematante, ou de nota fiscal emitida com obediência a todas as exigências desta lei, se em poder de outros estabelecimentos ou pessoas, ou ainda, quando estiver acompanhado de nota fiscal emitida por firma inexistente.

Mais abrangente do que a norma do artigo 105, XVIII, por não se limitar às mercadorias ocultas na zona secundária, certamente também essa lei acaba por gerar efeito idêntico àquela, pois, pelo dispositivo do artigo 87 da Lei n. 4.502/1964, não somente mercadorias não declaradas à autoridade fiscal e encontradas escondidas na zona secundária, são passíveis de pena de perdimento, mas qualquer uma que haja sido introduzida clandestinamente ou

cuja introdução, mesmo não clandestina, tenha iludido a fiscalização por conta de fraude. A propósito, importa dizer que o artigo 87, I, da Lei n. 4.502/1964 encontra-se regulado pelo artigo 690 do Regulamento Aduaneiro.

Presume-se introdução clandestina, na Lei n. 4.502/1964, o encontro de mercadoria desprovida de documentação fiscal, seja com o importador, o arrematante ou pessoa qualquer, física ou jurídica, ou em que ela haja sido emitida por empresa inexistente.

Destarte, por uma ou outra maneira, há previsão legal para aplicação da pena de perdimento também para a hipótese de encontro de mercadorias importadas clandestinamente ou por meio de fraude na zona secundária. E, ainda que não fosse o citado inciso XVIII, o fato de a lei que o prevê ser aquela que institui o IPI, secundada por seu regulamento, é irrelevante, pois, consoante exposto na parte inicial desta tese, classificações não geram áreas estanques no Direito. Na verdade, possuem efeito apenas didático, de modo que seus diversos ramos são apenas microssistemas, voltados a objeto mais específico, mas componentes de um sistema mais global e uno que é o Direito.

A explicação para a singularidade, além do fato de a Lei n. 4.502/1964 (do IPI) ser anterior à do imposto de importação (Decreto-Lei n. 37/1966), prende-se à circunstância de que, estando fora da zona primária, seguramente a fiscalização e apreensão do bem haveria de ser feita pelos fiscais alocados na apuração do tributo interno. Lembre-se que houve tempo em que se distinguiam categorias de fiscais, a depender do tributo.

Entre 1934 – quando a Reforma Aranha, patrocinada por Oswaldo Aranha estabeleceu a Diretoria Geral da Fazenda Nacional – e 1967, quando nova Reforma Administrativa criou a Secretaria da Receita Federal nos moldes aproximados que conhecemos hoje[549] – a organização geral, dividida em Diretoria de Imposto de Renda, Diretoria de Rendas Internas e Diretoria de Rendas Aduaneiras, distribuía os fiscais, assim como as Diretorias, por áreas de atuação (tributos).[550]

---

[549] Com a Lei n. 11.457, de 16/3/2007, houve a extinção da Secretaria da Receita Previdenciária e sua incorporação à estrutura da antiga Secretaria da Receita Federal, criando a Secretaria da Receita Federal do Brasil.

[550] Embora só em 1967 tenha sido criada a Secretaria da Receita Federal e complementada a reforma administrativa, parte dela ocorrera ainda em 1965, quando foram extintas as Diretorias e criados Departamentos baseados na divisão funcional do trabalho.

19.5 Existente a bordo do veículo, sem registro em manifesto ou documento equivalente ou em outras declarações

Sendo o manifesto de carga, como estudado, documento imprescindível para o adequado controle do fluxo de mercadorias no comércio internacional, por reportar à totalidade dos conhecimentos de transporte pertinentes às mercadorias trazidas no veículo, bem como outras informações essenciais a seu respeito, como natureza, quantidade, procedência e destino, consoante expressa claro o artigo 44 do Regulamento Aduaneiro de 2009, sua inexistência ou não apresentação, leva a presumir a entrada irregular do bem no território nacional, sujeitando as mercadorias à pena de perdimento.

A penalidade, portanto, é consequência da desobediência ao artigo 39, *caput*, do Decreto-Lei n. 37/1966[551], pelo qual "a mercadoria procedente do exterior, transportada por qualquer via, será registrada em manifesto de carga ou em outras declarações de efeito equivalente".

Não há desculpas razoáveis para a não apresentação do manifesto. Primeiro, porque, se a carga só for embarcada após seu encerramento, cabe expedição de manifesto complementar, com as mesmas informações do citado artigo 44 (artigo 45 do RA/2009). Segundo, porque, caso se trate de correção, a legislação prevê a emissão de carta de correção, dirigida pelo emitente do conhecimento à autoridade do local da descarga e que, se aceita, implica correção do manifesto (artigo 46 do RA/2009). Para surtir plenos efeitos, isto é, configurar denúncia espontânea, deverá ser apresentada antes do início do despacho aduaneiro. Se o for depois, mas antes do desembaraço, a carta somente será recebida a critério da autoridade aduaneira, sem configurar denúncia espontânea. E, por último, porque a própria norma legal dá abertura para que se supra a falta de manifesto com documento equivalente, ainda que declaração.

19.6 Nacional ou nacionalizada em grande quantidade ou de vultoso valor, encontrada na zona de vigilância aduaneira, em circunstâncias que tornem evidente destinar-se a exportação clandestina

Denomina-se zona de vigilância aduaneira a região demarcada,

[551] Regulado pelo artigo 41 do RA/2009.

> na orla marítima ou na faixa de fronteira [...] nas quais a permanência de mercadorias ou a sua circulação e a de veículos, pessoas ou animais ficarão sujeitas às exigências fiscais, proibições e restrições que forem estabelecidas. (artigo 33, parágrafo único, do Decreto-Lei n. 37/1966).

Em princípio, o ato que a cria, o qual pode ser temporário ou definitivo, traz medidas específicas de prevenção e repressão do cometimento de ilícitos em determinado local. Na orla marítima, por exemplo, serão levadas em conta circunstâncias como portos ou ancoradouros naturais propícios a operações clandestinas de carga e descarga de mercadorias, assim como, nos Municípios de fronteira (em particular cidades internacionais conturbadas)[552], a zona de vigilância aduaneira poderá contemplar a totalidade do território, ainda que parte dele situe-se fora da linha de demarcação.[553]

Na prática, porém, a experiência tem mostrado que, no mais das vezes, as medidas possuem vigência apenas temporária, para atender programas específicos, diante de determinadas conjunturas, sociais ou econômicas. Citemos um exemplo. Identificado aumento da incidência de contrabando de cigarros em determinado ponto, a autoridade fiscal pode adotar as cautelas necessárias, até a regularização da situação. De igual modo poderá fazê-lo na fronteira seca com o Paraguai (*v.g.* adjacências de Ciudad del Este), se, por conjuntura de câmbio favorável, verifica-se intensa atividade de descaminho na região (favorecido pelo assim denominado “comércio formiga”, correspondente às idas e vindas de comerciantes, muitas vezes ambulantes, que vão adquirir, pouco a pouco, mercadorias – em valor superior ao limite de isenção – no País vizinho para posterior comercialização).

Evidentemente, a redução do uso dessa medida de prevenção a circunstâncias apenas temporárias revela um empobrecimento da atuação fiscal, só justificável, embora parcialmente, pela escassez de recursos. Isso porque, nos locais onde os problemas são historicamente mais corriqueiros, deveria haver acompanhamento mais estável da fiscalização, até para prevenir outros delitos, além do contrabando e descaminho, muito comuns em algumas regiões (tráfico de drogas e armas), de grave repercussão para o resto do País.

---

[552] Artigo 4º, §2º, do RA/2009.
[553] Artigo 4º, §3º, do RA/2009.

Se a temporariedade é justificável pela escassez, não o é nas situações que exijam, fora da zona primária, acompanhamento mais aproximado. Nesses casos, há que tentar harmonizar a deficiência financeira com o dever público de manutenção da segurança (pública, da saúde, etc), de modo que, se inviável acompanhamento diuturno, ao menos é possível promover ações como instalação de cercas, câmeras e promoção de rondas periódicas à região, em horários incertos, com o fim de inibir o ilícito.

Pois bem, no caso em questão, a conduta tipificada é a de se localizar, na área de vigilância aduaneira, mercadorias nacionais ou nacionalizadas, em grande quantidade ou de vultoso valor, que, pelas condições em que foram encontradas, leve a inferir o intento de exportação clandestina.

Mercadorias nacionalizadas são aquelas que, produzidas no exterior, foram depois internalizadas em nosso País de modo regular, passando a integrar o mercado nacional. Assim, independentemente de serem originais ou não do Brasil, bastando que tenham sido nacionalizadas, se essas mercadorias forem encontradas na zona de vigilância na situação descrita e sob as condições descritas, cabe a aplicação da pena de perdimento, dado o intuito de fraude, tipificadora, ainda, do ilícito criminal.

As condições para que isso ocorra, contudo, umas objetivas, outras abertas, merecem melhor análise.

Primeiro: se a zona é sempre instaurada por ato formal da autoridade, somente esta, editado a mercadoria nela encontrada, pode dar azo à aplicação dessa penalidade.

Segundo: para que se estabeleça a presunção, é preciso que o valor dos bens seja “vultoso”, isto é, substancial, ou a quantidade seja significativa. A condição, disjuntiva, deixa claro que o problema tanto poderá ser a quantidade, quanto o valor, independentemente um do outro. Assim, uma única obra de arte de valor relativamente relevante, digamos, US$ 5.000,00 poderia configurar o tipo, quanto um container contendo centenas de peças de valor unitário insignificante (*v.g.* peças de vestuário, brinquedos, etc).

O problema, na verdade, grassa principalmente na subjetividade do tipo: o que é vultoso ou uma “grande quantidade”? Evidentemente, isso há de ser ponderado no caso concreto, observando-se de modo sistemático a legislação. A rigor, vultoso significa relevante, elevado. No contexto, porém, uma obra de

arte (circunstância que por si só poderia ensejar a proibição da exportação, principalmente se tombada pelos órgãos administrativos competentes para o controle desse patrimônio), como qualquer outro bem no valor assinalado, pode ser considerado de valor significativo para tais efeitos, considerado o controle aos quais devem se submeter os demais bens, de valor muitas vezes inferior.

Bom parâmetro, talvez, é o limite de isenção de bagagem, equivalente a quinhentos dólares norte-americanos (à falta de parâmetros melhores), por ser mais específico do que o limite mínimo para não inscrição de débitos em Dívida Ativa da União, base da execução fiscal.[554]

Igualmente a quantidade, independentemente do valor envolvido, deve ser assim tratada, por revelar, além da fraude (conduta já em si nefasta), também o intuito comercial da operação, com a consequente possibilidade de repetição do fato.

Naturalmente, diante das peculiaridades nacionais, é mais rara a hipótese de exportação clandestina do que o contrário (situação que expusemos mais acima, ao tratar de operações de carga e descarga em pontos não autorizados). Exemplos desse ilícito são a exportação clandestina de obras de arte, diamantes e animais silvestres, as quais, no entanto, também podem se dar pelos pontos alfandegados.

19.7 Estrangeira ou nacional, na importação ou na exportação, se qualquer documento necessário ao seu embarque ou desembaraço tiver sido falsificado ou adulterado

Nesta hipótese a conduta típica corresponderia a falsificar ou adulterar documento necessário ao embarque de mercadoria nacional, em exportação, ou desembaraço de mercadoria estrangeira, na importação, com intenção de burlar o Fisco ou demais controles aduaneiros.

Vale, no entanto, uma observação: embora a legislação reporte à falsificação ou adulteração como situações distintas, o certo é que, na verdade, são sinônimos, motivo pelo qual, indistintamente, usaremos uma ou outra palavra para expressar a mesma realidade.

---

[554] A Portaria n. 75, de 22/3/2012, estatui ser R$ 1.000,00 o limite mínimo para inscrição do débito em Dívida Ativa da União. São considerados os conjuntos de débitos na ocasião. Caso o montante seja inferior, a Administração Fazendária acompanhará o histórico do contribuinte e aguardará, até o fim do prazo prescricional para propô-lo, se, antes disso, outros créditos não houverem se originado.

O núcleo material, como é evidente, está na atitude de falsificar ou adulterar documento necessário à importação ou exportação. Abrange, todavia, também a utilização, para efeito de despacho, de documento sabidamente falsificado.

O elemento subjetivo do tipo, portanto, sempre pressupõe o dolo: a intenção deliberada de efetuar a adulteração ou de utilizar-se de documento dessa espécie.

Quais os documentos para tanto imprescindíveis, é claro, é a legislação aduaneira que há de definir, separando-os dos incidentais ou não obrigatórios. A situação corresponde, portanto, àquilo que o Direito Penal denomina de "elemento normativo do tipo", que corresponde à classe de objetos definida em legislação própria e específica, hábil a complementar o tipo sancionador. [555]

Particularmente neste caso é a legislação aduaneira quem define os documentos necessários à importação ou exportação de bens. No Direito Aduaneiro, a teor do artigo 46 do Decreto-Lei n. 37/1966, os documentos necessários mais comuns para a realização de uma importação seriam a fatura, o conhecimento de transporte e a declaração de importação, enquanto, para exportação, seriam, em conjunto com os dois primeiros, a declaração de exportação (DE).[556]

Contudo, consoante deixa implícito o dispositivo[557], a depender da natureza do bem, dos controles específicos aos quais ele se sujeite e de certos acordos comerciais internacionais, outros documentos mais podem ser exigidos.

O certificado de origem, por exemplo, é o documento responsável por identificar a origem de um bem para efeito de concessão de tratamento tarifário preferencial, que deve ser emitido em conformidade com as regras prescritas

---

[555] São denominados "elementos normativos do tipo" os pressupostos para caracterização do tipo referentes a aspectos da antijuridicidade. (JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito penal**. v.1. – parte geral. São Paulo: Saraiva, 1997, p.274-275). Por exemplo, compulsada a Lei de Drogas, a definição de quais elas sejam (elemento normativo do tipo) está a depender da legislação própria, editada pelo Ministério da Saúde. Igualmente o conceito de documento, dependente de outro ramo do Direito, constitui algo dessa espécie.

[556] Elaborada no SISCOMEX.

[557] "Artigo 46. Além da declaração de que trata o artigo 44 deste Decreto-Lei e de outros documentos previstos em leis ou regulamentos, serão exigidas, para o processamento do despacho aduaneiro, a prova de posse ou propriedade da mercadoria e a fatura comercial, com as exceções que estabelecer o regulamento".

por cada acordo internacional e legislação pertinente[558]. Normalmente, são concedidos à vista da fatura *(invoice*) e declaração do produtor. Em todo o caso, sua obrigatoriedade, na essência, é apenas para efeito de obter tratamento tarifário especial. Caso não mereça fé, basta, simplesmente, desconsiderar o tratamento preferencial, dando-se a importação pela tarifa normal, sem prejuízo das sanções criminais e administrativas porventura incidentes na apresentação de documento falso da espécie.

Isso porque, embora o documento seja essencial para a concessão de benefício tarifário, não o é para realizar a importação, que não seria obstada pela falta daquele documento; só o benefício.

Aparentemente, a sanção prevista no artigo 106 do Decreto-Lei n. 37/66, regulada pelo artigo 702, I, "c", do Regulamento Aduaneiro (2009), correspondente à pena de multa de 100% "pelo uso de falsidade nas provas exigidas para obtenção dos benefícios e incentivos previstos no Decreto-Lei n. 37, de 1966" seria a adequada à hipótese de falsificação do certificado de origem.

De modo contrário, relativamente aos certificados fitossanitários[559], responsáveis por atestar estar o produto dessa natureza isento de pragas, é de considerar-se que, inviável sua entrada no País (ou no estrangeiro) sem essa certificação, o documento é obrigatório para os bens em que o exijam. A questão crucial, aqui, não é a fiscal, mas a proteção da saúde pública.

Igualmente a licença de importação (LI)[560], sempre que imprescindível para a importação de determinado produto. Sua adulteração configurará o tipo em comento.

---

[558] Cabe à SECEX definir as entidades autorizadas a emitir o certificado de origem. No Estado de São Paulo são, basicamente, a Federação das Indústrias do Estado (FIESP), a Associação Comercial de Santos. (Disponível em: http://portal.siscomex.gov.br/servicos/acordos-preferenciais/certificado-de-origem-preferencial-1. Acesso em: 30 jun.2016) e, em certos casos, o Banco do Brasil.

[559] Os certificados fitossanitários são emitidos por engenheiros agrônomos ou florestais capacitados em cursos realizados pela Coordenaria de Defesa Agropecuária (CDA), do Ministério da Agricultura.

[560] Quando se trate de "importação de mercadoria sem licença de importação ou documento de efeito equivalente, inclusive no caso de remessa postal e de bens conduzidos por viajante, desembaraçados no regime comum de importação" (Decreto-Lei n. 37/1966, artigo 169, I, "b" e §6º e artigo 706, I, "a" do RA/2009), a lei é categórica em fixar multa de 30% do valor aduaneiro do bem; pena similar ao do embarque da mercadoria antes de emitida a licença (artigo706, I, "b", RA/2009) ou multas, respectivamente, de 20% ou de 10%, caso se trate de embarque de mercadoria depois de vencido o prazo de validade da licença de mais de 20 até 40 dias, no primeiro caso, ou menos de vinte dias, no segundo (itens 2 e 1, "a", III, do artigo 169 do DL n. 37/1966).

Assim, somente a análise sistemática da legislação atinente à importação ou exportação de um produto é que determinará os documentos obrigatoriamente exigidos nessas operações.

Na lei penal, denomina-se falsidade material a contrafação de elementos físicos do documento ou bem, e falsidade ideológica a pertinente à manifestação inverídica sobre um fato ou situação. Nas duas situações o resultado da ação leva o interlocutor a formar falsa representação dos fatos retratados, de modo a induzi-lo a atuar de modo diverso do que faria caso a verdade fosse conhecida. A diferença é que, enquanto na falsidade material o vício reside, principalmente, em macular a percepção sobre a origem e legitimidade do documento, fazendo-o supor emitido por quem não o fez (por exemplo, adultera-se o próprio impresso) ou, ainda, pela inovação em documento legítimo para deturpar essa imagem (como a inserção de foto própria em passaporte de outrem ou acréscimo de palavras ou outros signos em textos escritos), na ideológica o falso está contido na própria mensagem que se pretende difundir, dissociada da realidade (declara-se fato inverídico).

No tipo em questão, a falsidade pode ser tanto a material, por contrafação dos próprios documentos essenciais para a operação de comércio exterior, como ideológica, pela alteração da verdade relativa a fatos relevantes descritos no documento.

No primeiro caso, por se tratar de contrafação, o primeiro atingido é a fé pública que emana dos documentos verdadeiros. Tenta-se transmitir a ideia de legitimidade, quando esta inexiste. No segundo, ainda que o documento seja materialmente verdadeiro, ou seja, regularmente emanado da autoridade competente, sua mensagem não coincide com a realidade, por ele distorcida. Ainda que ambas possam coexistir, é certo que, nas operações em comento, as falsidades mais comuns são as ideológicas.

Na lição de Cezar Roberto Bitencourt[561]:

> A falsidade material, com efeito, altera o aspecto formal do documento, construindo um novo ou alterando o verdadeiro; a falsidade ideológica, por sua vez, altera o conteúdo do documento, total ou parcialmente, mantendo inalterado seu aspecto formal.

[561] BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal** 4: parte especial: dos crimes contra a dignidade sexual até dos crimes contra a fé pública. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p.551.

Exemplos candentes de falsidades ideológicas são as “falsas declarações de conteúdo”, objeto do inciso XII do artigo 105 do Decreto-Lei n. 37/1966, quando o importador ou o exportador declaram, na DI ou na DE, importar ou exportar o bem “x”, quando, na realidade, trata-se do produto “y”, (normalmente de maior valor, com o propósito de pagar menor tributo) e a apresentação de fatura adulterada (*v.g.*, alusiva a brinquedos, quando, na realidade, tratam-se de produtos eletrônicos). Igualmente a menção, na DI, a um número de mercadorias substancialmente inferior ao efetivamente importado, com o fito de reduzir o tributo, corresponde à falsidade ideológica, em tese enquadrável neste dispositivo legal, embora ao final, como se verá, a lei confira tratamento diverso.

Segundo a descrição do tipo, pouco importa o resultado, isto é, se da falsidade resultou ou não efetivo dano à Fazenda ou aos controles aduaneiros, ou o momento em que isso é descoberto. Basta a prática da conduta inquinada, ainda que descoberta posteriormente, em sede de revisão aduaneira.

Todavia, caso a mercadoria não seja localizada ou haja sido revendida ou, ainda, consumida, a pena aplicável será a de multa equivalente ao valor aduaneiro da mercadoria, na importação, ou ao preço constante na nota fiscal ou documento equivalente, na exportação, observados o rito e as competências estabelecidos no Decreto nº70.235.[562]

Os elementos normalmente relevantes e passíveis de adulteração nos documentos em foco, em princípio seriam:

a) o nome do exportador ou importador, no País estrangeiro;
b) o nome do exportador ou importador, no País de origem;
c) a natureza do bem;
d) o valor do bem;
e) a quantidade do bem.

Passemos, pois, a uma breve discussão sobre eles.

[562] Artigo 23, §3º, do Decreto-Lei n. 1.455/1976, na redação do artigo 41 da Lei n. 12.350/2010, e artigo 689, §1º, do Decreto n. 6759/2009 (RA/2009), na redação do Decreto n. 8.010/2013.

Ao mascarar o nome do exportador estrangeiro, o importador da mercadoria abre tanto a possibilidade de o bem vir de região responsável pela prática de *dumping*, o que poderia ensejar a cobrança das tarifas pertinentes ou de salvaguardas, como de facilitar o subfaturamento, que leva à redução da arrecadação de tributos incidentes.

Alterações com relação aos dados referentes à exportação (nome do importador estrangeiro e valor), por sua vez, podem servir de indícios da prática de evasão ilegal de divisas ou, ainda, de lavagem de dinheiro. Ao passo que falsear a natureza do bem é situação caracterizadora de falsa declaração de conteúdo, que, reveladora de dolo, leva à perda da mercadoria.

É com relação à falsificação dos dados referentes à quantidade e valor, contudo, que podem levar ao sub ou ao superfaturamento, que a questão merece explicações mais aprofundadas. Isso porque, enquanto o dispositivo em comento comina pena de perdimento para adulterações de dados essenciais referentes à importação ou exportação, normas aduaneiras diversas contentam-se com a pena de multa para certas situações.

Convém, portanto, abordá-las, com o intuito de distingui-las em relação ao tipo em comento, e, com isso, propiciar uma análise mais aprofundada sobre a questão.

O artigo 14 da Lei n. 11.898/2009, por exemplo, regulamentado pelo artigo 703-A do Regulamento Aduaneiro de 2009, prevê a aplicação de pena de multa equivalente a 100% "sobre a diferença de preço das mercadorias submetidas a despacho ou desembaraçadas ao amparo do regime" (de tributação unificada, relativo a importação por via terrestre de mercadorias do Paraguai) quando "I – a mercadoria declarada não for idêntica à mercadoria efetivamente importada; ou II – a quantidade de mercadorias efetivamente importadas for maior que a quantidade declarada." Neste último caso, principalmente, há aplicação de multa em situação na qual é nítida a discrepância entre a quantidade de mercadorias importadas e as declaradas[563], ainda que o §4º da Lei assinale que a pena prevista no inciso I não se aplica

[563] Não se confunda o objeto da multa incidente sobre a conduta de importar mercadoria distinta ou em valor superior ao declarado, com as do artigo 13 da Lei n. 11.898/2009, regulado pelo artigo 704-A do RA/2009, que prescreve multas em grau variável – entre 50% e 100% – conforme o grau em que o valor ou a quantidade de bens importados exceda os limites fixados para admissão do regime de tributação simplificada, instituído pelos artigos 1º e 2º dessa lei e regulado pelo artigo 102-A do RA/2009.

quando a mercadoria estiver sujeita à pena de perdimento prevista no inciso XII do *caput* do artigo 105 do Decreto-Lei n. 37/1966.

Com pertinência às cargas a granel, a seu turno, há tolerância com relação às faltas que não ultrapassem 5% do volume declarado. Superado esse montante, incide, juntamente com os tributos, multa por ponto percentual excedente.[564]

Há, por fim, a possibilidade de "declaração inexata", penalizada pelo artigo 44, I, e §1º, da Lei n. 9.430/1996 (na redação da Lei n. 11.488/2007 e regulada pelo artigo 725, I e II do RA/2009), que comina multa de 75% para semelhante hipótese na importação ou exportação de bens, elevada a 150% caso derive de fraude[565], assim considerada qualquer

> 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 ou diferir o seu pagamento (artigo 72 da Lei n. 4.502/1966).

Em todos esses casos a legislação aborda situações em que desponta diferença entre o valor ou a quantidade declarada e a efetivamente constatada. Principalmente no último exemplo (declaração inexata), a legislação distingue a possibilidade de essa discrepância decorrer de dolo ou culpa, sempre, porém, cominando pena de multa e não a de perdimento da mercadoria, prevista no inciso VI do artigo 105 do Decreto-Lei n. 37/1966.

Inexatidão, a rigor, é a falta de correspondência com aquilo que seria o exato, ou seja, aquilo que espelha determinada realidade. Tomada literalmente, portanto, a expressão abrange qualquer espécie de divergência, independentemente de sua causa e extensão.

No entanto, observado o microssistema formado pela legislação aduaneira, nota-se que a interpretação acerca do tratamento a ser dispensado às variadas formas de desconformidades requer cuidados. Em primeiro lugar, a principal distinção ressaltada entre os exemplos narrados e a hipótese em comento reside no fato de que, enquanto no caso do artigo 105, VI, a sanção

---

[564] Fixadas em reais, o valor da multa oscila conforme se trate de transporte marítimo, lacustre ou fluvial (artigo 728, IV, "a" do RA/2009) ou ferroviário e terrestre (artigo 728, XI, "b", RA/2009).

[565] O dispositivo do artigo 44, I, e §1º, da Lei n. 9.430/1964, base da sanção aduaneira, refere aos artigos 71, 72 e 73 da Lei n. 4.502/1964 que aludem, na legislação do IPI, a situações dolosas (respectivamente, sonegação, fraude e conluio).

decorre da falsificação de documento cuja apresentação é obrigatória na importação ou exportação, naqueles a pena é uma consequência da assinalada “inexatidão”, consistente na discrepância entre o valor ou quantidade declarada e a efetivamente praticada. Neste tipo, portanto, não há referência a documentos essenciais ou necessários à operação pretendida, mas, simplesmente, a um deles, que é a declaração.

Transcreva-se, para melhor compreensão, o enunciado referente à declaração inexata, constante do artigo 44 da Lei n. 9430/1996, na redação da Lei n. 11.488/2007 (grifos nossos):

> Artigo 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas:
> I – de 75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, *de falta de declaração e nos de declaração inexata*;
> [...]
> §1º O percentual de multa de que trata o inciso I do *caput* deste artigo será duplicado nos casos previstos nos arts.71, 72 e 73 da Lei nº4.502, de 30 de novembro de 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis.

Deveras, sem distinguir o tributo (motivo pelo qual se considera a regra aplicável a todos), a lei é específica quanto ao fato de que, na hipótese de declaração inexata, assim como na falta de declaração ou falta de pagamento do tributo incidirá multa de 75% sobre o valor não pago, elevando-se o percentual para o dobro, isto é, 150%, se isso houver resultado de dolo, fraude ou conluio (na verdade, sempre condutas imbuídas de dolo).

Conforme exposto, entende-se por declaração inexata aquela que, apresentada, possui dados não condizentes com o retratado nos documentos que a embasam: a fatura e o conhecimento, por exemplo, indicam determinada quantidade e valor, mas a declaração aponta outro diverso.

Assim, numa primeira abordagem, a conclusão seria que, enquanto a falsificação de documento como a fatura, o conhecimento de transporte ou a licença de importação, por serem documentos obrigatórios, ensejariam o perdimento da mercadoria, a falsidade da própria declaração, assim como o erro, acarretaria tão somente a pena de multa, consoante o dispositivo transcrito.

É certo que também a declaração de importação ou a de exportação são documentos obrigatórios para dar início ao procedimento de despacho

aduaneiro. Todavia, por se tratar de regra mais específica – alude a um documento e a uma circunstância em particular (inexatidão de dados da declaração) – em relação à regra geral (falsidade de documento obrigatório à importação ou exportação), nessa circunstância ela deve ser a aplicada.

Em suma, aplica-se, ao caso, o princípio da especialidade (*lex specialis derogat generali*), previsto como modo de integração do Direito no artigo 2º, §2º, da Lei de Introdução ao Código Civil (DL n. 4.657/1942).

Segundo esse critério, verificada, no caso concreto, dúvida quanto à incidência de duas normas aparentemente incompatíveis, uma geral e outra mais específica ou de caráter excepcional, prevalece esta última, por constituir exceção da norma geral. O fundamento é que se há hipótese fática específica descrita no antecedente normativo a prever, no seu advento, consequências igualmente particulares, a lógica impõe a aplicação da norma específica em detrimento da genérica, por corresponder esta a um conceito mais amplo do qual aquele retratado na norma particular, mera espécie daquela.

A não aplicação da norma genérica, de maior extensão, para a incidência da específica, menos extensa, corresponde, no dizer de Bobbio, a um preceito de justiça, o qual determina que, situadas as pessoas em posição de desequilíbrio, elas devem ser tratadas desigualmente, na justa medida de sua igualdade.[566]

Por outro lado, enquanto o tipo do artigo 105, VI, do Decreto-Lei n. 37/1966 não comporta a figura culposa, mas somente a dolosa, a do artigo 44 da Lei n. 9.430/1966, retratado no artigo 725 do Regulamento Aduaneiro, traz a previsão de incidência em condutas dolosas ou culposas, apenando-se mais gravemente as primeiras, embora tão somente pecuniariamente.

Naturalmente, a diferenciação entre o erro e o dolo há de inferir-se do contexto, de modo que, em princípio, distorções brutais que levam à redução do imposto, sem explicação razoável, tende a ser demonstrativo do dolo, enquanto pequenas divergências, para cima ou para baixo no valor ou quantidade, sugerem um mero equívoco, ainda que por falta de indícios mais fortes para presumir o contrário.

---

[566] BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 10.ed. Brasília: UnB, 1999, p.96. Lembre-se também, a propósito, o quanto falamos a respeito da teoria das classes.

Destarte, disso tudo é possível concluir: caso se trate de erro ou a falsidade for apenas a da declaração, aplica-se o disposto no artigo 44 da Lei n. 9.430/1996, regulado pelo artigo 725 do Regulamento, se outro motivo não houver para a aplicação da pena de perdimento. Caso, porém, trate-se da falsificação de algum outro documento obrigatório para a importação ou exportação (*v.g.* fatura, conhecimento de transporte, licença de importação), a penalidade aplicável será a de perdimento, com supedâneo no artigo 105, VI, do Decreto-Lei n. 37/1966 e artigo 689, VI, do Regulamento Aduaneiro de 2009.

De certa maneira, a diversidade de tratamento, a depender de que o documento falso seja a declaração ou outro essencial, prende-se à presunção de maior gravidade da conduta referente à falsificação dos documentos que lastreiam a operação em contraposição à declaração, que, elaborada com substrato nos outros, tem sua falsificação mais facilmente detectável.

Subsidiariamente, porém, surgem outras questões, que demandam esclarecimentos.

No Direito Aduaneiro pátrio são previstos dois regimes jurídicos distintos em relação aos procedimentos administrativos sancionatórios, conforme à infração seja cominada pena de perdimento ou outra diversa, como a pecuniária. Enquanto o processo tendente à aplicação da pena de perdimento acarreta a retenção das mercadorias como medida acautelatória; a lavratura, com o auto de infração, de um termo de guarda; são decididos em instância única e possuem prazo para impugnação correspondente a 20 (vinte) dias[567], o processo administrativo normal, regulado pelo Decreto n. 70.235/1972 e alterações posteriores, possuem prazo de impugnação de 30 (trinta) dias e, depois de decididos pela autoridade julgadora possuem recurso para o segundo grau de jurisdição, no âmbito do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF).[568]

Nesse passo, certamente distinguir-se a “inexatidão” da declaração, independentemente de sua causa (intuito doloso ou não), da falsidade de outros documentos essenciais facilita a atuação da autoridade e confere segurança à ação fiscal, ao deixar claro, de pronto, o procedimento aplicável,

[567] Artigos 25, 27, *caput*, e §1º, do Decreto-Lei n. 1.455/1976.
[568] Artigos 15 e 25 do Decreto n. 70.235/1972.

pois, no tocante à inexatidão, muito provavelmente somente no curso do procedimento, depois de produzidas as provas, ter-se-á melhor noção sobre a existência ou não do dolo. Impede-se, pois, a instauração de procedimento de perdimento, a caso em que depois se descobre derivar de culpa ou vice-versa. Em qualquer caso, tratando-se de inexatidão da declaração, o procedimento será o do Decreto n. 70.235/1972 e alterações posteriores, enquanto a falsificação de outros documentos, desde que essenciais à importação ou exportação, mencionados no inciso VI do artigo 105 do Decreto-Lei n. 37/1966, seguem o regime do Decreto-Lei n. 1.455/1976.

Ainda assim, contudo, outra indagação resta: sendo a pena de perdimento por natureza mais grave, por qual a razão é o procedimento do Decreto n. 70.235/1972 que está cercado de maiores garantias e não o do Decreto-Lei n. 1.455/1976? Em tese, dever-se-ia esperar que, sendo a pena mais grave, as garantias ante sua aplicação fossem maiores. Contudo, assim não é.

Um pensamento possível é o de que, nascidas durante o período da ditadura militar[569], o propósito dessas normas, mais duras, seria desestimular o comportamento ilícito de forma severa e radical, em especial porque, concomitantemente à infração administrativa, haveria crime. Outro, a este complementar, é que, partindo do pressuposto de que a adulteração já haja sido detectada (flagrante) – e por essa razão já instaurada a ação fiscal, por meio da lavratura do competente auto de infração – a solução seria simples e natural, não demandando maiores tergiversações.

Ademais, a depender do bem apreendido, frequentemente sua delongada retenção acarreta problemas para a Administração e o administrado, os quais são precisos superar: cuidados com o seu armazenamento, que deve ser adequado sob o risco de ensejar responsabilidade civil para a Administração; a obsolescência do bem (bens de alta tecnologia, eletrônicos, etc.); sua deterioração ou rápido perecimento em prejuízo do jurisdicionado.

Esse, principalmente, é um argumento forte que justificaria o procedimento célere e especial. Especialmente quando se sabe que, justamente, visando minimizar a excessiva demora na apreciação dos recursos, foi preciso editar a Lei n. 11.457/2007, cujo artigo 24, preceituou a

[569] Entre 1/4/1964 e 15/3/1985.

obrigatoriedade de a decisão administrativa ser proferida no prazo máximo de 360 dias a contar do protocolo dos pedidos, defesas ou recursos.[570]

É de notar que, em tese, salvo pela instância única decisória, não há maior prejuízo ao interessado com o rito do Decreto-Lei n. 1.455/1976, pois, se depois de apresentada a impugnação verificar-se a necessidade de proceder a diligências ou perícias, a autoridade preparadora pode prorrogar a instrução, comunicando o fato ao Secretário da Receita Federal.[571]

A dificuldade, em suma, reside na instância única e na diferenciação do prazo de impugnação, ainda que vinte dias não sejam insignificantes.

A lei não proíbe instituir procedimentos especiais para situações determinadas se a necessidade o ensejar. Normalmente, quando isso ocorre, o fundamento reside na natureza da tutela pretendida ou do fato material subjacente (mandado de segurança, procedimentos homologatórios, desapropriação, Lei de Drogas, etc.). O critério, pois, deve apenas pautar-se no princípio da razoabilidade que, entendemos, absorve bem a necessidade de conferir maior celeridade a procedimentos em que a guarda do bem não deva se dar por período dilatado. Evidentemente, qualquer dúvida quanto à legalidade de sua condução, nisso incluído o cerceamento de provas ou a violação ao contraditório, poderá ser submetida ao Judiciário, à luz do disposto no artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal, pelo qual "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito".

De outra parte, nada impede, na seara Administrativa, a estruturação dos procedimentos administrativos em torno de critérios menos rígidos do que os que embasam os judiciais (embora, naturalmente, a variedade de decisões acarrete diversidade de procedimentos como os de admissão de servidores; disciplinar, de outorga de isenção, etc.). Basta o mínimo de racionalidade e, em conjunto com outros princípios constitucionais, a observância ao devido processo legal; ou seja, ampla defesa e contraditório[572], afastado, ainda, o juízo de exceção.[573]

---

[570] Nesse sentido, veja-se o REsp n. 1.138.206 RS (2009/0084733-0), apreciado pelo Superior Tribunal de Justiça, na sistemática dos recursos repetitivos (artigo 543-C do Código de Processo Civil de 1973).

[571] Em princípio, a autoridade preparadora teria o prazo de 15 (quinze) dias para encaminhá-lo à autoridade julgadora (artigo 27, §2º, do Decreto-Lei n. 1.455/1976). O §3º deste dispositivo é o que autoriza a prorrogação, nessas condições.

[572] BRASIL. Constituição Federal (1988), artigo 5º, LIV: "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal"; LV: "aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos

Em outras palavras, a depender do objeto do processo, é natural estabelecer-se um rito diferenciado, mais adequado às circunstâncias. Todavia, diante do princípio constitucional do devido processo legal e seus consectários – ampla defesa e contraditório – jamais isso poderá dar pretexto ao rompimento de cânones como o da legalidade, a tipicidade, a irretroatividade, o juízo natural (prévia fixação da autoridade naturalmente competente para decisão sobre a matéria), bem como a da ampla defesa, incluída a produção de todas as provas pertinentes e a oportunidade de discuti-las e contrapor-se às produzidas pela parte contrária. Tampouco o do devido processo legal, com os recursos a ele inerentes, e a diferenciação de procedimentos, em relação ao mesmo fato, em função da pessoa, à luz do princípio da igualdade.

Nesse passo, não se pode afirmar, em termos genéricos, que o procedimento todo seja inconstitucional, por haver justificativas razoáveis para o estabelecimento de critério diferenciado. Apenas não se poderá concordar, como discutiremos no momento apropriado, com a negação ao duplo grau pelo Decreto-Lei n. 1.455/1976.

19.8 Nas condições do inciso VI, possuída a qualquer título ou fim

Considerado o quanto se disse no item precedente, o tipo do inciso VII do artigo 105 do Decreto-Lei n. 37/1966, reprisado no artigo 689, VII, do RA/2009, não comporta maiores digressões. Refere-se exatamente à conduta descrita no item precedente, qual seja, a falsificação de documentos obrigatórios, em que a mercadoria sempre circulava por conta de seu proprietário e exclusivamente para fins de importação ou exportação, apenas com as seguintes diferenças:

(I) Que, neste caso, a mercadoria circula não por conta de seu proprietário, mas por quem a possui a qualquer título (posse, alienação fiduciária, etc.);

(II) Que, movimentada pelo proprietário ou por quem a possui a qualquer outro título, não o é para fins de importação ou exportação, mas para

---

acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes".

[573] BRASIL. Constituição Federal (1988), artigo 5º: "não haverá juízo ou tribunal de exceção".

outros diversos como, por exemplo, trânsito aduaneiro, admissão ou exportação temporária ou, ainda, remessa para qualquer outro dos regimes aduaneiros especiais (*drawback*, etc.)

19.9 Estrangeira, que apresente característica essencial falsificada ou adulterada, que impeça ou dificulte sua identificação, ainda que a falsificação ou a adulteração não influa no seu tratamento tributário ou cambial

Ao contrário dos incisos anteriores, a conduta inquinada no tipo, neste caso, não é a da falsificação de documento obrigatório, mas a da mercadoria em si, que vem a apresentar característica essencial falsificada ou adulterada, que dificulta sua identificação.

Característica significa qualidade; aquilo que é próprio de alguém ou algo e que, por isso, distingue uma pessoa ou coisa da outra. Nas pessoas, são seu temperamento, sua inteligência, assim como os traços físicos e emocionais. Nos objetos, aquilo que os torna o que são: sua estrutura, funcionalidade básica, boa ou má qualidade, entre outros elementos de menor importância. Assim, se a lei reporta às características essenciais, remete aos traços que definem a substância, a funcionalidade e a qualidade da mercadoria; aquilo sem o que, não são elas próprias.

Considerando o dispositivo em foco mencionar que o ilícito independe do quanto possa afetar o tratamento tributário ou cambial, isso significa que, não obstante o valor aduaneiro indicado para o produto falso possa ser idêntico ao do verdadeiro, de modo a não reduzir a arrecadação fazendária ou acarretar burla aos controles cambiais, ainda assim estará consumado o ilícito, que busca salvaguardar, antes de tudo, outros valores, sem dúvida de maior importância: segurança, saúde da população, proteção da indústria e da livre concorrência (e, portanto, a igualdade), bem como os direitos do consumidor.

Evidentemente, para fins de prova, mesmo quando bem feita a adulteração cabe a elaboração de laudo para formalizar a divergência do produto encontrado em relação ao padrão. É por esse meio, nessa situação, que o fato se incorpora à linguagem do Direito.

São exemplos comuns a falsificação de bebidas, óculos, remédios e cigarros[574], de notório risco à saúde[575], mas também, igualmente comum, a falsificação de marca ("pirataria"), que envolve um valor, em si, o qual se agrega ao produto que a exibe: há o caso de bolsas, materiais de vestuário, tênis, relógios, que buscam imitar outros, de marcas famosas, mas que, na verdade, nem foram fabricados pelas pessoas autorizadas e tampouco possuem a qualidade dos verdadeiros.

Registre-se que, por força da Convenção das Nações Unidas para Combate ao Crime Organizado Transnacional, celebrada em Nova York, em 2000, aprovada pelo Decreto Legislativo n. 231/2003 e incorporada ao direito pátrio pelo Decreto n. 5.015/2004, os proveitos e os instrumentos do crime organizado transnacional – abrangente da falsificação de marca de produtos – poderão ser confiscados[576] pelos Estados participantes, estando prevista no artigo 13 a cooperação internacional entre os países signatários no combate a esses crimes.[577] A esse propósito, é notória a ligação entre a "pirataria" de produtos com o crime organizado e a ameaça trazida à segurança, à saúde, à livre concorrência, ao trabalho livre e digno, dentre outros aspectos.

Ainda no âmbito internacional, há que se ressaltar o Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio (TRIP)[578], incorporado ao direito interno pelo Decreto n. 1.355/1994, o qual serve de fundamento para a Lei n. 9.279/1996.

O artigo 198 da Lei n. 9.279/1996 possibilita a retenção pela autoridade aduaneira, de ofício ou a requerimento do interessado (pessoa prejudicada pela contrafação), dos produtos com "marcas falsificadas, alteradas ou imitadas ou que apresentem falsa indicação de procedência"[579]. Se efetuada de ofício, a

---

[574] No caso dos cigarros, é proibida a importação de cigarros produzidos no Brasil exclusivamente para serem exportados.
[575] Os três itens citados precisariam de autorização de outros órgãos, além dos controles da Aduana, para sua internação. Bebidas, por exemplo, precisam possuir licença de importação e autorização do Ministério da Agricultura.
[576] A palavra confisco é a adotada pela Convenção.
[577] Recentemente, eram 179 países. O Programa Conjunto do UNODC – Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crimes e da Organização Mundial de Aduanas para o Controle de Contêineres instituiu o treinamento de funcionários para detectar as falsificações e confiscar os produtos antes de sua liberação aos consumidores. (Disponível em: https://www.unodc.org/documents/lpo-brazil//Topics_crime/Campanhas/Counterfeit_focussheet_PT_HIRES.pdf. Acesso em: 11 jul.2016).
[578] Aprovado pelo Congresso Nacional, por meio do Decreto Legislativo n. 30/1994, com a Ata Final que Incorpora os Resultados da Rodada Uruguai de Negociações Comerciais Multilaterais do GATT.
[579] Artigo 605 do RA/2009.

autoridade deverá notificar o interessado para que, em dez dias, promova, se o quiser, a competente queixa e solicite a apreensão judicial das mercadorias. [580]

O artigo 61 do Acordo TRIP prescreve, na hipótese de contrafação voluntária, a adoção de procedimentos criminais, com pena de prisão e multa, "suficientes para constituir um fator de dissuasão", bem como a apreensão, perda e destruição dos bens que violem direitos de propriedade intelectual.

Nessa esteira, a previsão da legislação aduaneira está perfeitamente conforme à lei e aos acordos internacionais.

19.10 Estrangeira, encontrada ao abandono, desacompanhada de prova do pagamento dos tributos aduaneiros

Tecnicamente, abandono significa renunciar ao direito sobre um bem, seja de propriedade ou de posse, assumindo sua retirada da esfera jurídica de quem o abandona.

Na legislação aduaneira, contudo, por conta da agilidade necessária para a consecução dos negócios e do custo referente à manutenção da mercadoria por tempo extremamente dilatado nos locais alfandegados, presume-se abandonada a mercadoria quando ultrapassado o prazo legal para o início do despacho ou outra providência especificada em lei.

A despeito da relativa uniformidade de prazos, há, porém, variações a depender da situação. Contudo, é certo que se o abandono constitui presunção, seguramente ela cede diante de prova contrária (presunção *juris tantum*) em que se demonstre interesse na liberação da mercadoria. Basta que, antes dela ser destinada, após a decretação do perdimento, o interessado apresente-se e, submetendo-a a despacho, pague os tributos e multas pertinentes.

Roosevelt Baldomir Sosa assevera as causas do abandono poderem ser tanto voluntárias, como involuntárias.[581] Involuntárias, na sua dicção, seriam as situações retratadas na lei em que, lançadas às costas e praias por motivo de naufrágio ou para segurança da navegação, bem como lançadas ao solo ou às águas territoriais em virtude de sinistro de aeronave ou pouso de emergência,

[580] Artigo 199 da Lei n. 9.279/1996 e artigo 55 do Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio.
[581] SOSA, Roosevelt Baldomir. **Comentários à Lei Aduaneira**. São Paulo: Aduaneiras, 1995, p.376-377.

ou ainda, em situações semelhantes em decorrência de acidentes de veículos terrestres, o interessado, depois de notificado para comparecer, deixa de fazê-lo.

Embora, de fato, essas circunstâncias sejam todas involuntárias, tratam-se, entretanto, apenas de causas remotas. Elas são anteriores àquela que ensejou a aplicação da pena de perdimento que, efetivamente, é a conduta do interessado que, depois de notificado do fato e provocado a tomar as devidas providências, inclusive o despacho da mercadoria, prefere não o fazer, dando azo ao decurso do prazo e, assim, à aplicação da pena de perdimento.

Assim, na realidade, todas as hipóteses possíveis revelam voluntariedade. Variam apenas as razões do abandono, que, nos citados casos, podem ser, remotamente, involuntárias.

Quanto ao voluntário, ressalta o autor, ele poderia advir tanto da conduta comissiva como omissiva[582], alinhando a esta última situação o mero decurso de prazo.

No entanto, também esse nome induz a engano, uma vez que conduta voluntária é aquela conscientemente pretendida, fruto do livre-arbítrio. Contudo, nas situações em comento, pautadas pela responsabilidade objetiva, é possível que a conduta não haja sido realmente pretendida, embora o possa. O aspecto essencial, para a materialidade da infração, é o transcurso do prazo sem que o interessado tome nenhuma providência, seja por negligência ou outro motivo qualquer.

Realmente, o abandono voluntário pode ocorrer tanto quando a pessoa prefere não aparecer, ciente da ilegalidade que cometeu, quanto quando, inconformada com os valores do tributo e das multas apuradas, crê mais proveitoso abandonar a mercadoria, por ser menos custoso. Sem prejuízo, a hipótese de negligência, embora rara e improvável, não pode ser de todo afastada.

Nesses casos, a objetivação da responsabilidade facilita e torna mais célere o procedimento, por tornar desnecessária perquirição dos motivos do abandono – sem que haja maior prejuízo ao interessado que, como explanado, pode liberar a mercadoria nos termos da lei.

---

[582] SOSA, Roosevelt Baldomir. **Comentários à Lei Aduaneira**. São Paulo: Aduaneiras, 1995, p.377.

Os prazos a partir dos quais as mercadorias são consideradas abandonadas, à luz dos artigos 44 e 56 do Decreto-Lei n. 37/1966, na redação do Decreto-Lei n. 2.472/1988 (artigo 2º), e artigo 23, incisos II e III, do Decreto-Lei n. 1.455/1976, regulamentados pelos artigos 546, 642 e 644 do RA/2009, são:

(I) noventa dias da descarga, para mercadoria em recinto alfandegado da zona primária;
(II) quarenta e cinco dias, depois de esgotado o prazo para permanência da mercadoria em recinto alfandegado da zona secundária;
(III) quarenta e cinco dia, após esgotar-se o prazo de sua permanência em regime de entreposto aduaneiro;
(IV) quarenta e cinco dias da sua chegada ao País, trazida do exterior como bagagem, acompanhada, desacompanhada (caso venha da Zona Franca de Manaus para outro ponto do território nacional, esse prazo conta-se da data de embarque do viajante)[583];
(V) noventa dias, contados do recebimento do aviso de chegada da remessa postal internacional sujeito ao regime de importação comum;[584]
(VI) sessenta dias da notificação feita pela unidade da Secretaria da Receita Federal do Brasil para que o interessado promova o despacho da mercadoria, fazendo prova de propriedade ou de posse;
(VII) trinta dias, para a mercadoria que permanecer em recinto alfandegado e cujo despacho de importação não se iniciou ou foi retomado após a ciência:
(VIII) da relevação da pena de perdimento aplicada; ou
(IX) do reconhecimento do direito de iniciar ou retomar o despacho.
(X) sessenta dias, depois de interrompido por ação ou omissão do importador;
(XI) trinta dias, no caso de mercadorias adquiridas em licitação e não retiradas;

[583] A peculiaridade da Zona Franca é objeto do artigo 642, §4º, do RA/2009.
[584] O prazo, de noventa dias, é idêntico para a hipótese de recebimento do aviso de chegada da remessa postal internacional sujeita ao regime de tributação simplificada, quando caída em refugo e com instruções do remetente de não-devolução ao exterior.

(XII) noventa dias da descarga, quando os bens importados por missões diplomáticas, repartições consulares ou representações de organismos internacionais, ou por seus funcionários, peritos técnicos e consultores estrangeiros permanecerem em recinto alfandegado sem que seu despacho se inicie;

(XIII) trinta dias, quando bens ingressados em recinto alfandegado ao amparo do regime de tributação unificada (RTU)[585] não tiver iniciado seu despacho aduaneiro ou ele for interrompido por ação ou omissão do habilitado;

(XIV) trinta dias, quando, no regime de admissão temporária, o despacho de reexportação for interrompido pelo não pagamento de multa;[586]

(XV) noventa dias quando, em zona primária, ou quarenta e cinco, na secundária, não for iniciado o despacho de importação realizada por órgãos da administração pública direta, de qualquer nível, ou suas autarquias;[587]

(XVI) sessenta dias, na hipótese do item anterior, se, iniciado o despacho, este permanecer interrompido por tempo superior;

Naturalmente, como se verá, para a caracterização do abandono não basta o mero transcurso do prazo. Será preciso, ainda, sua decretação por via do processo administrativo pertinente. A esse respeito, Hamilton Dias de Souza já antecipou o tema quando comentava acórdão do extinto Tribunal Federal de Recursos (MAS n. 82.089/RS; DJU 15/8/1979; Rel. Min. Carlos Velloso), que mencionava o abandono não ocorrer de forma automática, mediante o simples decurso de prazo, mas após procedimento administrativo efetuado na forma do artigo 27 do Decreto-Lei n. 1.455/1976.[588]

Por sua vez, embora o tipo do inciso IX em questão, do artigo 105 do Decreto-Lei n. 37/1966, e do Regulamento, já verse sobre mercadoria estrangeira encontrada ao abandono, sem provas do pagamento dos tributos aduaneiros, verifica-se haver, outrossim, neste último diploma, o inciso XXI do

[585] Referente às importações por via terrestre do Paraguai.
[586] Artigo 644, §1º, III, do RA/2009, na redação do Decreto n. 7.213/2010, combinado com artigo 71, §6º, do Decreto-Lei n. 37/1966, na redação do Decreto-Lei n. 2.472/1988, regulado pelo artigo 367, §10, do RA/2009
[587] Decreto-Lei n. 1.455/1976, artigo 34, §3º, e artigo 644, §2º, do RA/2009.
[588] SOUZA, Hamilton Dias de. **Estrutura do imposto de importação no Código Tributário Nacional**. São Paulo: Resenha Tributária, 1980, p.127.

artigo 689, a cominar igual pena à mercadoria “importada e que for considerada abandonada pelo decurso de prazo de permanência em recinto fechado, nas hipóteses referidas no artigo 642”. Trata-se de regra que nada acrescenta, considerando que qualquer situação posta no inciso IX é capaz de abranger a hipótese ventilada no inciso XXI. Não nos parece que o eventual pagamento do tributo sirva de diferencial em relação a este último dispositivo; aliás, mesmo que o fosse, a similitude de situação e a identidade da pena recomendaria a simplificação, tratando de ambas as hipóteses no mesmo dispositivo.

São exemplos de interrupção do despacho, nos casos em que a este se alude, segundo a legislação, (I) a não apresentação de documentos exigidos pela autoridade aduaneira, quando indispensáveis ao prosseguimento do despacho; e (II) o não comparecimento do importador à verificação da mercadoria, quando sua presença for obrigatória.[589]

Ao inverso, o prazo configurador do abandono interrompe-se pelo pedido de vistoria para verificar avaria ou extravio de mercadoria, identificar o responsável e apurar o crédito tributário, nos moldes do artigo 60, parágrafo único, do Decreto-Lei n. 37/1966 e artigo 645, parágrafo único, do RA/2009.

Nem todas as hipóteses enumeradas, acima descritas, são equiparadas, pela legislação, ao dano ao erário. Estão fora dessa esfera as hipóteses do artigo 644 do RA/2009, referentes às importações por missões diplomáticas e congêneres, entes da Administração Pública, remessas postais em regime de tributação simplificada quando em refugo e instruções de não devolução ao exterior, adquiridos em licitação, do regime de tributação unificado (RTU) e de não pagamento de multa, que venha a interromper o despacho de reexportação no regime de admissão temporária.

Exatamente por isso já previa o Decreto-Lei n. 37/1966, em seu artigo 65, *caput* (artigo 645, *caput,* do RA/2009), nessas hipóteses – objeto dos itens (IX) a (XIV), acima, ressalvada a do RTU – a possibilidade de, enquanto não consumada a destinação, despachar ou desembaraçar a mercadoria, desde que indenizada a Fazenda Nacional pelas despesas.

Contudo, igualmente nas situações mais comuns, objeto do artigo 23, II e III, do Decreto-Lei n. 1.455/1976 (artigo 642 do RA/2009), quais sejam, aquelas apresentadas nos itens (I), (II), (III), (IV), (V), (VI), (VII) e (VIII),

[589] Vide artigo 570, §1º, do RA/2009.

posteriormente a legislação passou também a aceitar o início do despacho de importação, se, antes de aplicada a pena de perdimento, forem pagos todos os tributos, os juros, a multa de mora e as despesas de armazenagem. Esse procedimento ocorre nos termos do artigo 18, *caput*, da Lei n. 9.779/1999.

Diante dessa previsão e, ainda, da suposta diferença de regime – antes da destinação, em um caso, e antes da aplicação da pena de perdimento, no outro – merece análise o procedimento, com o intuito de verificar se há efetivamente diferença de tratamento entre os dois casos. Mais: se é possível obter o relaxamento da pena de perdimento da mercadoria e, por último, se o for, qual o marco temporal a partir do qual deixa de ser possível dar início ao despacho aduaneiro.

Vejamos os fatos. De ordinário, decorridos os prazos mencionados sem que haja sido iniciado o despacho de importação, o depositário comunicará o fato à unidade da Secretaria da Receita Federal do Brasil competente para atuar em relação ao recinto alfandegado, apresentando a relação das mercadorias nessa situação, em conjunto com todos os elementos necessários à identificação do volume e do veículo. Feito isso, a Secretaria pagará ao depositário a tarifa de armazenagem devida até a data de retirada da mercadoria para, em seguida, dar início ao procedimento relativo ao perdimento. Caso a comunicação tenha sido efeituada a destempo, o pagamento corresponderá apenas aos valores devidos até o término do prazo referido, ainda que só depois a mercadoria venha a ser alienada. A remuneração do depositário é paga, nos termos do artigo 31, §1º, do Decreto-Lei n. 1.455/1976, pelo Fundo Especial de Desenvolvimento e Aperfeiçoamento das Atividades de Fiscalização.

Instaurado o procedimento de perdimento da mercadoria, pela entrega da notificação do auto de infração respectivo, o interessado é intimado para impugnar a medida, em vinte dias, antes de ser proferida a decisão que, se rejeitar a defesa, culminará com a aplicação da pena de perdimento. Só em momento posterior à sua decretação a autoridade competente destinará o bem, quer incorporando-o ao patrimônio público, para ser utilizado pela Administração (computadores, veículos, etc.), quer doando-o a entidades assistenciais (*v.g.* roupas, brinquedos), ou, ainda, determinando sua destruição (como alimentos vencidos) ou venda mediante licitação (leilões).

Destarte, a destinação do bem só estará consumada depois de editado, pela autoridade competente, o ato respectivo. Nos casos ventilados no artigo 65, *caput*, do Decreto-Lei n. 37/1966 (artigo 655 do RA/2009), que remete ao momento em que foi "consumada a destinação", esse é, juridicamente, o momento do trespasse da propriedade do bem e da responsabilidade sobre ele.

Por se tratarem de bens móveis, naturalmente o momento da transmissão do bem, na hipótese em apreço, será o da tradição ficta da mercadoria, que corresponde àquele em que ela sai da esfera de disponibilidade jurídica do importador, para ingressar na da Fazenda.

As hipóteses da Lei n. 9.779/1999, por sua vez, que requerem o reinício do despacho "antes de aplicada a pena de perdimento", trazem à tona a questão de se, diante do texto, seria inviável afastar a pena desde o momento em que foi declarada, até sua destinação.

Parece-nos que, a rigor, a despeito do texto, não há motivo para agir diferentemente nas duas hipóteses. Ainda que umas configurem, na dicção da lei, dano ao erário e outras não, o fato é que não há razão sensível para discriminar as situações. Não há diferenciação, nesses casos, entre comportamento doloso ou não doloso. Ao contrário, todos são de responsabilidade objetiva e a caracterização do abandono advém, exclusivamente, da ultrapassagem do prazo.

Portanto, em face do princípio da igualdade, é despropositado discriminar as situações, nada impedindo que em ambas a relevação seja possível até o momento da destinação da mercadoria. E, viável o reinício do despacho até esse momento, este é o marco a partir do qual o importador perde a propriedade do bem que se incorpora à entidade beneficente ou à Administração (nos casos de incorporação, licitação ou destruição).[590]

Destaca-se que, mesmo antes dessa alteração legislativa havia algumas decisões judiciais autorizando a relevar a pena de perdimento na hipótese de abandono, à vista do artigo 65 do Decreto-Lei n. 37/1966, segundo o qual "enquanto não se efetuar a venda, a mercadoria abandonada poderá ser

[590] Evidentemente, nos casos de licitação ou destruição a propriedade é transitória: até que se termine a primeira ou se destrua a mercadoria, no segundo caso.

despachada e desembaraçada, desde que indenizadas, previamente, as despesas realizadas".[591]

Situação bastante comum na esfera aduaneira atém-se à retenção da unidade de carga (contêiner) até o encerramento do processo administrativo relativo ao perdimento da mercadoria, quando só então seria viável a desova dos bens, dando azo à sua liberação.

Comumente, empresas de logística buscam os tribunais brasileiros, com o intento de, tão logo apreendida a mercadoria, obter a liberação do contêiner, para devolvê-lo ao seu responsável. Para tanto, escoram-se no artigo 24, parágrafo único, da Lei n. 9.611/1998.

Segundo este dispositivo, sendo o contêiner autônomo em relação ao bem que transporta – portanto, não um acessório – ainda que aplicado o perdimento à mercadoria, de maneira alguma essa sanção alcançará a unidade de carga, que, portanto, deve ser liminarmente liberada, sem aguardo do término do procedimento administrativo. Esse entendimento já foi acolhido pelo Superior Tribunal de Justiça, no seguinte julgado:

> [...] a interpretação do artigo 24 da Lei 9.611/98, à luz do disposto no artigo 92 do Código Civil, não ampara o entendimento da recorrente no sentido de que a unidade de carga é acessório da mercadoria transportada, ou seja, que sua existência depende desta. Inexiste, pois, relação de acessoriedade que legitime sua apreensão ou perdimento porque decretada a perda da carga. (RESP 526767/PR, 1ª Turma, DJ 19/09/2005, Rel. Min. Denise Arruda, unânime)

Entretanto, a matéria é mais complexa, por envolver questões outras que devem ser elucidadas.

À luz do artigo 18 da Lei n. 9.779/99, enquanto não aplicada a pena de perdimento a mercadoria pertence ao importador, que pode sanar sua omissão dando início ao despacho de importação.[592]

---

[591] REO n. 89.183/SP; Tribunal Federal de Recursos, 5ª Turma; Rel. Min. Sebastião Alves dos Reis, j. 15/3/1982 apud CARLUCI, José Lence. **Uma introdução ao direito aduaneiro**. São Paulo: Aduaneiras, 1997, p.377.

[592] "Artigo 18. O importador, antes de aplicada a pena de perdimento da mercadoria na hipótese a que se refere o inciso II do artigo 23 do Decreto-lei n. 1.455, de 7 de abril de 1976, poderá iniciar o respectivo despacho aduaneiro, mediante o cumprimento das formalidades exigidas e o pagamento dos tributos incidentes na importação, acrescidos dos juros e da multa de que trata o artigo 61 da Lei n. 9.430, de 27 de dezembro de 1996, e das despesas decorrentes da permanência da mercadoria em recinto alfandegado". "Parágrafo único. Para efeito do disposto neste artigo, considera-se o ocorrido o fato gerador, e devidos os tributos incidentes na importação, na data do vencimento do prazo de permanência da mercadoria no recinto alfandegado".

Assim, não basta o decurso do prazo para caracterizar o abandono. É possível reiniciar-se o despacho aduaneiro mesmo depois disso. Para caracterizar o abandono da mercadoria, é necessário um ato formal que, precedido do regular processo administrativo, torne concreta a pena de perdimento. Só um ato dessa natureza terá o condão de traduzir, em linguagem jurídica, um fato do mundo, introduzindo-o no universo do Direito.

Antes disso, portanto, é cabível a impugnação do auto de infração e, ainda, recurso ao Poder Judiciário. Não estaria descartada, em tese, a possibilidade de liberação da mercadoria e, portanto, do contêiner que as contêm, na medida em que, invariavelmente, o objeto do contrato de direito privado corresponde sempre ao aluguel da unidade de carga, da expedição até a entrega dos bens no estabelecimento importador. De fato, a respeito da relação jurídica entre o transportador e o importador, a Lei n. 9.611/98, que dispõe sobre o transporte multimodal de cargas, reza:

> Artigo 13. A responsabilidade do Operador de Transporte Multimodal cobre o período compreendido entre o instante do recebimento da carga e a ocasião da sua entrega ao destinatário.
> Parágrafo único. A responsabilidade do Operador de Transporte Multimodal cessa quando do recebimento da carga pelo destinatário, sem protestos ou ressalvas.
> [...]
> Artigo 15. O Operador de Transporte Multimodal informará ao expedidor, quando solicitado, o prazo previsto para a entrega da mercadoria ao destinatário e comunicará, em tempo hábil, sua chegada ao destino.
> [...]
> §4° No caso de a carga estar sujeita a controle aduaneiro, aplicam-se os procedimentos previstos na legislação específica.

Assim, firmado contrato dessa espécie, a relação jurídica entre o transportador e o importador surge com previsão de permanecer íntegra até o momento da entrega do bem ao importador, só havendo alteração dessa situação se efetivamente aplicada a pena de perdimento. Só ela tem o condão de fazer cessar essa relação jurídica, por retirar a mercadoria importada da esfera de disponibilidade do importador, para passá-la à União.

Enfim, enquanto pendente o procedimento administrativo que possa culminar na decretação da pena de perdimento, as mercadorias permanecem sob o domínio do importador. Muitos conhecimentos de transporte, a propósito,

assinalam que a ‘desunitização’ da carga[593]ocorrerá sob responsabilidade do importador.[594]

Nessa linha, qualquer desunitização precoce, que fatalmente eleva o risco de dano às mercadorias, poderá acarretar a responsabilidade civil de quem operou inadvertidamente. Sob essa óptica, já decidiu o Tribunal Regional Federal da Terceira Região no seguinte julgado:

> ADMINISTRATIVO – LIBERAÇÃO DE CONTÊINER – RISCO DE PERECIMENTO DA MERCADORIA DESUNITIZADA – IMPOSSIBILIDADE.
> 1. O transportador é responsável pela mercadoria desde o recebimento, até sua entrega ao importador, nos termos do artigo 13, parágrafo único, da Lei n. 9.611/98, a qual se verifica a partir do desembaraço aduaneiro da mercadoria, conforme dispõe o artigo 450, §1º, do Regulamento Aduaneiro.
> 2. No caso de imposição da pena de perdimento por abandono da mercadoria em recintos alfandegados, é possível ao importador iniciar o seu despacho e obter o seu desembaraço, mediante o pagamento dos encargos relativos à armazenagem, e, conforme o caso, de multa, até o momento da destinação da mercadoria, sendo este, portanto, o termo final da responsabilidade do transportador, eis que não há previsão legal da sua exclusão em virtude do abandono da mercadoria.
> 3. No caso de não dispor o terminal alfandegado de condições para proceder ao armazenamento interno da mercadoria desunitizada, e de haver risco de perecimento por seu armazenamento externo, não pode o transportador desunitizá-la antes de sua destinação, sob pena de ser obrigado a compor os danos daí advindos.
> 4. Pretendendo o impetrante a responsabilização do importador pelos prejuízos sofridos em virtude da desídia deste ao iniciar o despacho da mercadoria, deve propor a competente ação de conhecimento, e comprovar o dano e o nexo causal. (TRF-3, AMS 200061040098565 Sexta Turma J. 18/12/2002 DJU 24/02/2003 Des. Fed. Mairan Maia)

Em suma, tudo deve ser muito bem ponderado, também sob o foco do Direito Civil e Comercial, que lançam luzes sobre a matéria.

---

[593] Denomina-se “desunitização” o ato de retirar os volumes de um contêiner, o qual, pela legislação, corresponde a uma unidade de carga.
[594] Cláusula FCL/FCL.

20 A PENA DE PERDIMENTO DE MERCADORIAS: INCISOS X E SEGUINTES DO ARTIGO 105 DO DECRETO-LEI N.37/1966 e OUTROS DISPOSITIVOS LEGAIS

20.1 Estrangeira, exposta à venda, depositada ou em circulação comercial no País, se não for feita prova de sua importação regular

Sem necessidade de mais explicações, o tipo, previsto no artigo 105, X, do Decreto-Lei n. 37/1966, opera em reforço a dispositivos citados, quando, depois de saída da zona primária e ilicitamente inserido no mercado comercial, o bem, sem prova que haja sido importado regularmente, tem o potencial ou passa, efetivamente e por qualquer forma, a nele circular.

A própria dicção “estrangeira” aponta a ausência de sua nacionalização mediante a regular internação. E, sem que haja prova dessa circunstância, mediante apresentação dos documentos pertinentes (declaração de importação, guia de recolhimento dos tributos, nota fiscal de entrada no estabelecimento importador ou comerciante), presume-se ela irregular. Naturalmente, a prova há de ser documental.

A lei não especifica o tipo de irregularidade à qual se refere neste tópico. Todavia, em face do inciso seguinte dispor a respeito de mercadoria “estrangeira, já desembaraçada e cujos tributos aduaneiros tenham sido pagos apenas em parte, mediante artifício doloso”, deve-se entender que, no dispositivo em apreço, tratar-se ia de qualquer irregularidade, mas não daquela que especificamente levasse à redução do tributo devido.

Em princípio, o tipo em estudo abrange qualquer falsidade em documento não essencial. Contudo, pode contemplar também a hipótese de mercadorias que, embora impossível de provar taxativamente, pois isso requereria o flagrante, foram, na origem, objeto de contrabando ou descaminho e, justamente por isso, não há comprovação de sua regular internação. Sob esse ângulo, portanto, revela, diante da ausência dos documentos, a presunção de ilicitude na entrada da mercadoria no País, contra a qual cabe ao interessado contrapor prova contrária.

De outra parte, ao designar que a mercadoria, em situação irregular, pode estar exposta à venda ou em circulação comercial, conclui-se que a lei não apenas busca coibir o risco de sua potencial circulação – pela exposição à

venda – mas também de qualquer forma de circulação econômica efetiva, que, além da venda, inclui a locação, o arrendamento mercantil ou a consignação. Desígnio facilmente explicável, uma vez que, em todos esses casos há o perigo latente da entrada de produtos prejudiciais à saúde, à segurança ou, simplesmente, à livre concorrência e, portanto, à indústria nacional.

20.2 Estrangeira, já desembaraçada, e cujos tributos hajam sido pagos em parte, mediante artifício doloso

Diferentemente do caso anterior, em que inexiste prova de a mercadoria ter passado pelos controles aduaneiros e, portanto, pago os tributos respectivos, na hipótese ora ventilada a mercadoria foi a elas submetido. No entanto, por artifício doloso qualquer, não houve recolhimento da totalidade do tributo devido.

Distinguem as situações, outrossim, o fato de que, enquanto na situação descrita a mercadoria, na zona secundária, já estaria em circulação no mercado nacional ou prestes a nele ingressar, na hipótese vertente isso pode nem sequer ter ocorrido: a mercadoria, depois de desembaraçada, pode acabar de ter saído da zona primária e o despacho aduaneiro ser objeto de revisão logo depois (*v.g.* nova verificação na estrada, a caminho do estabelecimento importador), ou, inexistindo intuito comercial em sentido estrito, ter o bem se integrado ao ativo fixo de uma empresa (*v.g.* maquinário, equipamento), onde, depois, é fiscalizado. Outra hipótese, ainda, seria sua integração ao patrimônio particular de alguém, ainda que, neste caso, não seja difícil antever a dificuldade de comprovar o fato.

Em situações como as de bagagem ou de remessa postal internacional, por exemplo, em que os bens, quando vistoriados, podem ser, senão liberados (com ou sem pagamento dos tributos), apreendidos, diante da constatação de sua não inserção nos regimes respectivos (até que se finalize sua liberação segundo as normas do regime de importação comum) ou, ainda, para a aplicação da pena de perdimento, certamente esta última possibilidade só se descortina em face da observação de alguma outra ilicitude diversa da prevista neste tipo. Um exemplo seria a verificação de mercadoria oculta, proibida ou falsificada, e não propriamente por conta do inciso em comento.

Elemento subjetivo necessário à configuração do tipo, o dolo, isto é, a vontade livre e consciente de cometer o ilícito, está voltado, neste caso, especificamente à redução parcial do montante do tributo. A abertura existente no tipo admite a prática da infração por qualquer forma. Contudo, o princípio da especialidade reduz o espectro de condutas possíveis de nele se enquadrar. A falsificação de documentos necessários à importação (fatura, conhecimento de embarque, licença de importação), por exemplo, enseja a aplicação do tipo previsto nos incisos VI ou VII do artigo 105 do Decreto-Lei n. 37/1966. Ademais, se a adulteração da licença for feita apenas para tornar viável importação vedada, tampouco o problema será de irregular redução de tributo, mas, talvez, de importação proibida.

Poder-se-ia pensar que, assim, a hipótese mais provável de prática do ilícito em tela seria a falsificação de documentos hábeis à redução dos tributos (*v.g.* do documento que designa o *ex-tarifário* ou da declaração, quando a ele se reporta). No entanto, confrontada a sanção do artigo 106 do Decreto-Lei n. 37/66, regulada pelo artigo 702, I, "c", do Regulamento Aduaneiro (2009), que comina pena de multa de 100% "pelo uso de falsidade nas provas exigidas para obtenção dos benefícios e incentivos previstos no Decreto-Lei n. 37, de 1966" este consubstanciaria tipo mais específico em relação ao do inciso XI ora em destaque, hábil, portanto, a afastá-lo.

Igualmente cabe distingui-lo da "declaração inexata", anteriormente citada – tipificada no artigo 44, I, e §1º, da Lei n. 9.430/1996 (na redação da Lei n. 11.488/2007 e regulada pelo artigo 725, I e II do RA/2009) –, cuja consequência é, também, a pena de multa, equivalente, no mínimo, a 75%, mas elevada a 150% caso derivada de fraude.

Assim, principalmente por conta deste último dispositivo, mostra-se uma tarefa inglória destacar situações claras e precisas de aplicação da regra do inciso XI do artigo 105 do Decreto-Lei n. 37/1966. Serve mais de tipo residual, a outras hipóteses que não as mencionadas, para situações nas quais, por qualquer outra forma, dê-se o descaminho, com pagamento apenas parcial do tributo devido.

20.3 Estrangeira, chegada com falsa declaração de conteúdo

Ao lado do abandono, uma das hipóteses mais comuns de aplicação da pena de perdimento, a “falsa declaração de conteúdo”, versada no inciso XII do artigo 105 do Decreto-Lei n. 37/1966 (artigo 105, XII, do RA/2009), trata de situação particular de falsidade ideológica, na qual se declara, na Declaração de Importação (DI) ou documento equivalente (*v.g.* Declaração de Trânsito Aduaneiro, etc.), possuir o produto importado natureza diversa da verdadeira.

Alega-se, por exemplo, tratar-se de couro bruto, quando o é tratado, de valor muito superior; de livros, quando são panfletos comerciais, ou roupas usadas, doadas para instituições beneficentes, quando estas se mostram novas, com claro intuito comercial.

Em princípio, a infração concretiza-se por meio de declaração escrita, pois, nos casos em que o procedimento é oral, como o de bagagens, submetido ao Regime de Tributação Especial (RTE), por serem essas sempre que fiscalizadas, submetidas a conferência física, não haveria meios de negar a natureza do bem. Pode-se, é verdade, ocultá-los ou apresentar bens objetos de contrafação. Nesses casos, contudo, incidem tipos sancionatórios específicos, a saber, o do inciso III do artigo 105 do Decreto-Lei n. 37/1966 e artigo 689 do RA/2009, referente à mercadoria “oculta, a bordo do veículo ou na zona primária, qualquer que seja o processo utilizado”, ou o do inciso VIII desse texto legal e do Regulamento, que reportam a bem com característica essencial adulterada.

Quanto às remessas postais, considerando que a desnecessidade de declaração somente atinge aquelas com valor igual ou inferior a US$ 500,00, cujo imposto é pago no momento da retirada do bem nos Correios, a falsidade somente seria possível com relação àquelas com valor superior a esse limite. Isso se dá seja pela inserção do elemento falso na Declaração de Importação Simplificada (DSI), própria, no regime de tributação simplificada (RTS), para declarar bens com valor entre U$ 500,00 e U$ 3.000,00, seja porque, superada esta marca, o regime aplicável é o da tributação comum (RTC), que implica a apresentação de Declaração de Importação.[595]

[595] O texto legal base referente à tributação de remessas postais internacionais e o regime de tributação simplificada a ele aplicável, é o Decreto-Lei n. 1.804/1980, que, além de excluir de sua órbita bens de

Com frequência, para que logre êxito, o cometimento dessa infração envolverá manipulação da classificação fiscal. No entanto, sempre deverá haver dolo, pois apenas divergência no código fiscal da mercadoria, em relação ao correto no Sistema Harmonizado, enseja tão somente a aplicação de pena da multa versada no artigo 84, *caput*, da Medida Provisória n. 2.158-35/2001 e Lei n. 10.833/2003 (artigo 69, §1º), regulada pelo artigo 711, I, do RA/2009.[596]

Aliás, não de hoje há considerável dificuldade na interpretação deste dispositivo, em contraposição às demais normas. A primeira dificuldade aflorada, quando se busca detectar a norma responsável por definir o tratamento jurídico adequado ao cometimento dessa falsidade, é o texto do artigo 108 do Decreto-Lei n. 37/1966, assim redigido (grifos nossos):

> Artigo108 – Aplica-se a multa de 50% (cinqüenta por cento) da diferença de imposto apurada em razão de declaração indevida de mercadoria, ou atribuição de valor ou quantidade diferente do real, quando a diferença do imposto for superior a 10% (dez por cento) quanto ao preço e a 5% (cinco por cento) quanto a quantidade ou peso em relação ao declarado pelo importador. (DL 37/66)
> Parágrafo único. Será de 100% (cem por cento) a multa relativa à falsa declaração correspondente ao valor, à *natureza* e à quantidade.

Para bem dimensionar o problema, basta ver que, depois de confrontar o texto em estudo (artigo 105, XII, do Decreto-Lei n. 37/1966, regulado pelo artigo 689, XII, do RA/2009) com a regra transcrita, oriunda do mesmo diploma legal (artigo 108; regulamentado pelo artigo 524, parágrafo único, do RA/1985)[597], Roosevelt Baldomir Sosa assevera que, cominada multa de 100% do valor da diferença do imposto à falsa declaração sobre a natureza (expressão que considera sinônima de "conteúdo") do produto[598], o artigo 514, XII, do RA/1985, idêntico ao atual artigo 689, XII, do RA/2009, só se aplicaria às remessas postais, livres da obrigatoriedade da formulação da Declaração de Importação (DI), não fosse o fato de estarem disciplinadas no inciso XV.

Como vimos, não é bem assim, pois mesmo no regime de tributação simplificada as remessas postais internacionais podem submeter-se à

---

valor superior a U$ 3.000,00 exclui, outrossim, bebidas e produtos de tabacaria. Estes, como os bens de valor superior ao citado patamar, sujeitam-se ao regime de tributação comum (RTC).

[596] R.A: "Artigo 711. Aplica-se multa de um por cento sobre o valor aduaneiro da mercadoria: I – classificada incorretamente na Nomenclatura Comum do Mercosul, nas nomenclaturas complementares ou em outros detalhamentos instituídos para a identificação da mercadoria".

[597] O Regulamento Aduaneiro de 1985 foi aprovado pelo Decreto n. 91.050/1985.

[598] Situação, para o autor, só possível no corpo da Declaração de Importação, na fatura e no conhecimento de transporte.

necessidade de declaração, desde que valoradas entre quinhentos e três mil dólares norte-americanos. De todo o modo, independentemente disso, é certo que ao menos em um ponto a conclusão por ele consignada – a de que, por ser a disciplina do artigo 524, parágrafo único, mais benéfica ao contribuinte, ela deveria ser a aplicada, em detrimento do artigo 514, XII, do Regulamento Aduaneiro[599] – era a correta, pelo motivo mencionado.

A realidade é que haveria conflito aparente entre as normas do artigo 105, XII, e 108 do Decreto-Lei n. 37/1966, o qual não se resolve pelos critérios hierárquico, cronológico ou da especialidade. De outra parte, é de lembrar que, enquanto não revogado o dispositivo legal, ainda que sem norma a regulamentá-lo, ele vige normalmente, até que outra lhe sobrevenha nos moldes previstos no ordenamento (revogação expressa, tácita ou por superveniência de lei que discipline, novamente, por inteiro o assunto). Portanto, enquanto se considerar o artigo 108 do Decreto-Lei n. 37/1966 vigente, persiste o conflito aparente de normas entre os dispositivos legais.

Pois bem, aparentemente, o fato de o Regulamento Aduaneiro de 2009 não conter regra clara a regulamentar o artigo 108 do Decreto-Lei n. 37/1966, pelo menos quanto ao aspecto da "natureza" do produto – há apenas regras atinentes à declaração inexata quanto ao valor e à quantidade do bem – prende-se à perspectiva das Alfândegas segundo a qual o dispositivo teria tacitamente sido revogado pelo artigo 4º da Lei n. 8.218/1991. Ele é assim vazado:

> Artigo 4º – Nos casos de lançamento de ofício nas hipóteses abaixo, sobre a totalidade ou diferença dos tributos e contribuições devidos, inclusive as contribuições para o INSS, serão aplicadas as seguintes multas:
> I – de cem por cento, nos casos de falta de recolhimento, de falta de declaração e nos de *declaração inexata, excetuada a hipótese do inciso seguinte;*
> II – de trezentos por cento, nos casos de evidente intuito de fraude, definidos nos arts. 71, 72 e 73 da Lei n. 4.502, de 30 de novembro de 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis.
> §1º – Se o contribuinte não atender, no prazo marcado, à intimação para prestar esclarecimentos, as multas a que se referem os incisos I e II passarão a ser de cento e cinquenta por cento e quatrocentos e cinquenta por cento, respectivamente.
> §2º – O disposto neste artigo não se aplica às infrações relativas ao Imposto sobre Produtos Industrializados – IPI.

[599] SOSA, Roosevelt Baldomir. **Comentários à Lei Aduaneira**. São Paulo: Aduaneiras, 1995, p.431.

Na interpretação da Aduana:

> A pena de perdimento prevista para os casos de mercadoria chegada ao País, com falsa declaração de conteúdo (artigo 514, XII, do RA) é aplicável em infrações decorrentes de atribuição de quantidade de mercadoria inferior à real, a casos de declarações formuladas fora do âmbito do despacho de importação, como é o caso da Declaração de Trânsito Aduaneiro – DTA, seja esta formulada pelo importador ou não. Nas infrações apuradas no curso do despacho de importação, havendo divergência entre a quantidade declarada e a real, aplica-se o disposto no artigo 44 da Lei n. 9.430/96, havendo ou não evidente intuito de fraude.[600]

O artigo 44 da Lei, na redação da Lei n. 11.488/2007, que teria alterado o artigo 4º da Lei n. 8.218/1991, preceitua:

> Artigo 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas:
> I – de 75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de *declaração inexata;*
> [...]
> §1º O percentual de multa de que trata o inciso I do *caput* deste artigo será duplicado nos casos previstos nos arts.71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis.

Enquanto isso, particularmente quanto às divergências de valor, a matéria teria sido tratada pelo artigo 88 da Medida Provisória n. 2.158/2001, regulamentado pelo artigo 703 do RA/2009, e ainda assim exclusivamente na hipótese de má-fé, quando comina multa equivalente a 100% da diferença apurada, sem prejuízo da multa de ofício de que trata o artigo 44 da Lei n. 9.430/1996.

Destarte, em nenhum momento a legislação superveniente ao artigo 108 trata, de modo específico e expresso, sobre a divergência relativa à "natureza" do produto. Cinge-se a aludir à declaração inexata (inocente ou de má-fé) em termos genéricos, sem anunciar os critérios pelos quais pauta a inexatidão (caso do artigo 44 da Lei n. 9.430/1996, em que não há definição sobre a natureza da divergência: se é quanto ao valor, a quantidade, a natureza do bem ou tudo isso junto ou apenas alguns deles, como o faz o *caput* do artigo

[600] BARREIRA JÚNIOR, Josué Lopes; EUFROSINO, João Carlos. **Regulamento aduaneiro** – anotado e comentado. 3.ed. São Paulo: Fiscosoft, 2009, p.425. O artigo 514, XII, do Regulamento mencionado, de 1985, corresponderia ao atual artigo 689, XII, do RA/2009.

108 do Decreto-Lei n. 37/1966), ou, em outro caso, a referir-se à discrepância de valor, caso do artigo 88 da Medida Provisória n. 2.158-35/2001.

É certo que enunciados jurídicos posteriores modificaram a disciplina referente à declaração inexata. Porém, sem revogação expressa ou a superveniência de nova legislação que verse integralmente e de modo novo sobre o assunto, inexiste revogação. Nem mesmo tácita, pois, no contexto, para que esta pudesse ser considerada, seria preciso mais: não apenas a superveniência de leis reguladoras de parte dos aspectos de inexatidão ventilados no artigo 108 (valor e quantidade), mas também algo ao menos mínima e subliminarmente com respeito à natureza ou conteúdo do bem. Sem isso, impossível considerar tacitamente revogado o artigo 108.

Em suma, a despeito de pequenas alterações, como a mudança da numeração dos dispositivos regulamentares envolvidos na discussão (pela mudança de Regulamento) e a ausência de regra equivalente à do antigo artigo 524 do RA/1985, cuja redação ainda se fundava no artigo 108 do Decreto-Lei n. 37/1966, o que se observa é que ainda atualmente a questão de fundo – a perfeita interpretação desses enunciados ou o aparente conflito de normas – não se dispersou; prossegue.[601]

Daí a importância de aprofundar o exame.

Pois bem. A estrutura linguística do artigo 105, XII, do Decreto-Lei n. 37/1966, do ponto de vista sintático, ou seja, literal, não faz restrições à modalidade de conduta: se dolosa, culposa ou, simplesmente, se é caso de responsabilidade objetiva, reportada no artigo 94, §2º, do Decreto-Lei n. 37/1966 (reprisado no artigo 673, parágrafo único, do Regulamento Aduaneiro de 2009).[602] Reporta, apenas, como elemento material do ilícito, à prestação de declaração falsa.

Certamente, a presunção de intenção fraudulenta emanada da falsa declaração e a dificuldade de produção de prova nesses casos conspira,

---

[601] A rigor, para que exista conflito aparente de normas, resolúvel mediante os critérios de hierarquia, cronologia e especialidade, cumpriria que o significado atribuído aos enunciados fosse o mesmo; afinal, é dele que se delineia a norma.

[602] O artigo 94 do Decreto-Lei n. 37/1966 define infração como “toda ação ou omissão, voluntária ou involuntária, que importe inobservância, por parte de pessoa física ou jurídica, de norma estabelecida ou disciplinada no ato normativo” e estatui, em seu parágrafo único, que, “salvo disposição expressa em contrário, a responsabilidade por infração independe da intenção do agente ou do responsável e da efetividade, da natureza e da extensão dos efeitos do ato”.

tomado apenas este dispositivo, em favor da razoabilidade de uma responsabilização objetiva.

Considerada a literalidade de ambos os textos, todavia, não é possível estabelecer distinção entre o conteúdo do enunciado do artigo 105, XII e o do artigo 108, parágrafo único, que é bem claro em penalizar a "falsa declaração" quanto à "natureza" do bem (seu conteúdo) de forma igualmente drástica – multa de 100% do valor da mercadoria – mas diversa da adotada em relação à mera declaração indevida[603], sancionada com multa equivalente a 50% do valor do bem (*caput*).

Ademais, se há diferenciação no artigo 108 entre uma forma mais branda e outra mais grave de conduta, a apontar graus de dissintonia entre a declaração apresentada e a realidade, isso só pode ser entendido sob a óptica de que, enquanto a inexatidão referida no *caput* refere-se ao erro, a "falsa declaração" reportada no parágrafo, de modo idêntico ao que o faz o artigo 105, XII, só pode refletir a conduta dolosa dirigida a prestar informações sobre a natureza do bem não condizentes com a realidade.

Ora, considerados os demais tipos legais aos quais a lei comina o perdimento, é patente tratarem-se, no geral, de situações nas quais houve, de fato ou presumidamente (risco), contrabando ou descaminho, senão o crime de contrafação de mercadoria. Salvo o caso de abandono (do qual não se pode cogitar outra solução, a não ser a legal) ou de mercadorias atentatórias à moral ou aos bons costumes, não necessariamente criminosas, todas as outras condutas revelam, em princípio, a prática de delito voltado à redução dos tributos devidos.

O único caso dúbio, portanto, nesses termos, é o da falsa declaração de conteúdo, que, individualmente considerada a norma do artigo 105, XII, ou, ainda em conjunto com os demais incisos do artigo favorece a interpretação que leva ao perdimento, em face da falsidade ideológica. Contraposta, contudo, à do artigo 108, parece-nos que a solução deva ser abrandada.

De fato, configurado conflito aparente de normas, sem que nenhum dos critérios básicos para sua solução – o hierárquico, o cronológico ou o da especialidade – sirvam à sua solução, aquilo que Norberto Bobbio aponta como

[603] O tratamento atribuído à declaração indevida (conceito indeterminado), no artigo 108, é equiparado à divergência de quantidade e valor do bem.

“insuficiência de critérios” e Karl Engish denomina “lacuna de colisão”, recomenda-se aplicar a solução mais favorável.

A esse respeito, Bobbio é categórico: verificado o conflito entre norma proibitiva e permissiva, aplica-se esta[604], por revelar-se a solução mais justa. No mesmo sentido, Maria Helena Diniz.[605]

É nesse contexto que surge o brocardo *in dubio pro reo*, máxima interpretativa que norteio a aplicação do Direito diante de conflito entre normas sancionatórias, do Direito Penal e Administrativo. Também no Direito comparado, vimos, não é rara a mera cobrança de multa para essa situação.

Ademais, considerando o interesse do erário, é bem mais interessante, financeiramente, e consentâneo com o princípio da eficiência e economicidade aplicar a multa equivalente a 100% do valor aduaneiro da mercadoria, do que, simplesmente, submetê-la a leilão. Nesse caso, há o risco de deterioração do bem e os custos de armazenamento e da própria realização da hasta pública, nisso incluído o corriqueiro deságio.

À vista dos fundamentos apresentados, portanto, a interpretação mais favorável é a que deve prevalecer.

20.4 Transferida a terceiro, sem o pagamento dos tributos aduaneiros e outros gravames, quando desembaraçada nos termos do inciso III do artigo13

No artigo 689, XIII, do Regulamento, o enunciado aparece como “transferida a terceiro, sem o pagamento dos tributos aduaneiros e de outros gravames, quando desembaraçada com a isenção referida nos artigos 142, 143, 162, 163 e 187.

O artigo 13, inciso III, do Decreto-Lei n. 37/1966, na redação do Decreto-Lei n. 1.123/1970 e regulado pelos dispositivos citados (que melhor o especificam), é o que trata da isenção tributária concedida à bagagem de propriedade de[606]:

---

[604] BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 10.ed. Brasília: UnB, 1999, p.99.

[605] DINIZ, Maria Helena. **Lei de Introdução ao Código Civil Interpretada**. São Paulo: Saraiva, 1996, p.77.

[606] O artigo 2º do Decreto-Lei n. 1.455/1976 afasta, de modo geral, veículos como beneficiários da isenção, exceto no caso de membros de missões diplomáticas permanentes, com relação aos quais estabelece determinadas condições.

a) Funcionários da carreira diplomática, quando removidos para a Secretaria de Estado das Relações Exteriores, e os que a eles se assemelharem, pelas funções permanentes de caráter diplomático, ao serem dispensados de função exercida no exterior e cujo término importe em seu regresso ao País;

b) Servidores públicos civis e militares, servidores de autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista, que regressarem ao País, quando dispensados de qualquer função oficial, de caráter permanente, exercida no exterior por mais de 2 (dois) anos ininterruptamente;

c) Brasileiros que regressarem ao País, depois de servirem por mais de dois anos ininterruptos em organismo internacional, de que o Brasil faça parte;

d) Estrangeiros radicados no Brasil há mais de 5 (cinco) anos, nas mesmas condições da alínea anterior;

e) Pessoas a que se referem as alíneas anteriores, falecidas no período do desempenho de suas funções no exterior;

f) Brasileiros radicados no exterior por mais de 5 (cinco) anos ininterruptamente, que transfiram seu domicílio para o País;

g) Estrangeiros que transfiram seu domicílio para o País.

h) Cientistas, engenheiros e técnicos brasileiros e estrangeiros, radicados no exterior.

Refere-se o dispositivo, portanto, a isenções incondicionadas ou condicionadas, em que algumas dessas balizas, quando existentes, estão mencionadas nos próprios parágrafos do artigo 13 do Decreto-Lei n. 37/1966, que assevera: “§2º A isenção a que aludem as alíneas "f" e "g" só se aplicará aos casos de primeira transferência de domicílio ou, em hipótese de outras transferências, se decorridos 5 (cinco) anos do retorno da pessoa ao exterior”.

Para efeito da alínea “a”, a seu turno, “considera-se função oficial permanente, no exterior, a estabelecida regularmente, exercida em terra e que não se extinga com a dispensa do respectivo servidor”. (§3º)

De outra parte, “a isenção de que trata a alínea "h" só será reconhecida quando ocorrerem cumulativamente as seguintes condições”: (§4º):

I – Que a especialização técnica do interessado esteja enquadrada em Resolução baixada pelo Conselho Nacional de Pesquisas, antes da sua chegada ao País;
II – Que o regresso tenha decorrido de convite do Conselho Nacional de Pesquisas;
III – Que o interessado se comprometa, perante o Conselho Nacional de Pesquisas a exercer sua profissão no Brasil durante o prazo mínimo de 5 (cinco) anos, a partir da data do desembaraço dos bens;

Especificamente nas hipóteses das alíneas "b" e "c" do inciso III do citado artigo, os prazos referidos “poderão ser relevados, em caráter excepcional pelo Ministro da Fazenda, por proposta do Ministro a que o servidor estiver subordinado, atendidas às seguintes condições cumulativas”: (§5º)

I – Designação para função permanente no exterior por prazo superior a 2 (dois) anos;
II – Regresso ao País antes de decorrido o prazo previsto na alínea anterior, por motivo de interesse nacional;
III – Que a interrupção da função tenha se dado, no mínimo, após 1 (ano) de permanência no exterior.

Aqui, a situação é similar à que acontece com as isenções condicionadas, com relação às quais, descumpridas as condições para o seu gozo não se configura sua hipótese de incidência e persiste, portanto, o dever legal de recolher o tributo.[607] Nos casos em foco, por se tratarem de condições resolutivas, se a alienação do bem ocorrer antes do prazo legal ou em qualquer

[607] Neste caso, tratam-se de condições suspensivas.

prazo, desde que a lei assim o determine, ainda que presentes, de início, todos os elementos necessários para a isenção, esta será supervenientemente afastada, tornando-se exigível o tributo.

Note-se, a esse propósito, muitas das isenções terem sido concedidas a pessoas, em razão de sua qualidade (diplomatas, servidores, cientistas, sob condições específicas), motivo pelo qual busca-se que o tratamento preferencial não desborde dessas pessoas. É precisamente do que trata o dispositivo: a alienação de bens, trazidos como bagagem nessas condições e com isenção, com respeito aos quais, porque alienados sem o pagamento dos tributos incidentes, surge a consequência jurídica deles se sujeitarem à pena de perdimento.

É de sublinhar, no que tange às isenções subjetivas, que embora a legislação não aponte, diretamente, prazo mínimo para a alienação dos bens trazidos com isenção, ela estipula critério de depreciação dos bens que, aplicados, reduzem a base de cálculo, segundo sua idade, sem, entretanto, nunca alcançar dimensão zero, quando não mais incide o tributo.

O artigo 1º do Decreto-Lei n. 1.559/1977 estabelece uma redução de 30% no valor do bem, quando este possui de doze a vinte e quatro meses de idade, e de 70%, quando entre vinte e quatro e trinta e seis meses, caso se tratem de importações realizadas por missões diplomáticas e representações de organismos internacionais permanentes (artigo 126, §1º, combinado com artigo 136, I, alíneas “c” e “d”).

Relativamente aos demais bens, inclusive automóveis dos funcionários mencionados nas alíneas “a” e “b” do artigo 13, inciso III, a depreciação oscila entre 25%, caso possuam idade de 12 a 24 meses, e 90%, se entre 48 e 60 meses, de modo que nunca chegam, também, a 100%.[608]

Confrontada com a lógica que vige nas Ciências Contábeis e na legislação pertinente ao imposto de renda da pessoa jurídica, é difícil de aceitar a existência de bens que nunca depreciem. A lógica do imposto de importação para bens mais antigos ou obsoletos, contudo, parece ser a de que, se houve alienação, é porque o bem ainda possuía algum atrativo a terceiros e, portanto, era preciso demover essas pessoas da tentação de, pouco antes de virem ao

[608] Artigo 26 do Decreto-Lei n. 37/1966, combinado com artigo 2º, §§1º e 2º, do Decreto-Lei n. 1.455/1976, regulados pelo artigo 126, §2º, do RA/2009.

País, adquirirem bens que, depois de certo prazo, poderiam vender ainda com algum proveito. Situação, portanto, situada em um contexto um pouco diverso daquele enfocado pela contabilidade ou legislação do imposto de renda da pessoa jurídica que, sob esse aspecto, referem-se a bens claramente utilizados em suas operações cotidianas: imóveis, veículos, móveis e equipamentos (o ativo fixo). Não outras espécies de bens, cujo uso nem sempre é tão claro.

Ainda assim, embora a legislação possa ser criticável por não conferir um prazo mínimo para ocorrer a alienação, obedecido o qual se manteria a isenção, não é absurda a configuração da hipótese de perdimento diante do não pagamento do tributo.

Afinal, afastada a isenção e originada a obrigação tributária, indubitavelmente passará tempo razoável, sem o adimplemento, até que se ultime a destinação do bem. Isso porque, antes de dar início e concluir o procedimento administrativo estipulado para a aplicação da pena de perdimento[609], no qual sobressai a intimação para apresentar defesa e produzir prova, muito tempo passará, com ampla oportunidade de purgar a mora.

20.5 Encontrada em poder de pessoa natural ou jurídica não habilitada, tratando-se de papel com linha ou marca d'água, inclusive aparas

Aquinhoado pela imunidade tributária, de igual modo como os livros e periódicos dos quais é matéria-prima, naturalmente é indispensável que o papel utilizável para a impressão seja submetido a controles minudentes.

Contudo, igualmente em outras hipóteses em que sua destinação é diversa esse material também a eles está jungido. É o caso dos papéis portadores de linhas d'água, possuidores de traços específicos[610] visíveis apenas contra a luz, que servem de garantia de autenticidade e segurança dos bens para os quais são usados (*v.g.* papel moeda, estampilhas). Eles, como suas aparas, considerada sua finalidade e valor, são rigidamente monitorados. Não apenas somente podem ser importados por pessoas para isso habilitadas,

[609] O procedimento é o mencionado no artigo 27 do Decreto-Lei n. 1.455/1976.
[610] Formados por diferentes espessuras do papel. Sendo de boa qualidade, difícil de falsificar, são utilizados para as finalidades apontadas e documentos de importância, além de servirem para indicar o nome do produtor e origem.

sob pena de apreensão e perdimento, como também seus estoques devem ser bens controlados.

20.6 Constante de remessa postal internacional com falsa declaração de conteúdo

De tipologia semelhante ao enunciado do inciso XII do artigo 105 do Decreto-Lei n. 37/1966, o tipo em questão dele se diferencia apenas por ser específico para o caso de remessas postais internacionais, pouco importando o seu regime de tributação, se simplificado ou comum.

Assim, mais uma vez, a dificuldade resume-se ao problema decorrente do enunciado do artigo 108 antes mencionado, que, conflitante com a norma em estudo, determina, em vez do perdimento, a aplicação de multa para a falsa declaração sobre a natureza do produto. A melhor solução, sem dúvida, é a ali apontada, ou seja, a prevalência desta última norma, sem prejuízo das demais sanções civis ou penais cabíveis. Nessa solução, no máximo o perdimento adviria do abandono do produto, caso o importador não comparecesse para pagar a multa e o tributo porventura incidente, com os acréscimos legais.

20.7 Fracionada em duas ou mais remessas postais ou encomendas aéreas internacionais visando a elidir, no todo ou em parte, o pagamento dos tributos ou normas de controle das importações ou, ainda, beneficiar-se do regime de tributação simplificada

Trata-se de tipo dirigido especificamente às remessas postais ou encomendas aéreas internacionais, com relação às quais se penaliza a conduta material de fracionar o produto cuja importação é pretendida em duas ou mais remessas, de forma a obter, no todo ou em parte, indevida redução dos tributos incidentes, sua irregular inserção no regime de tributação simplificada, ou ainda, simplesmente, contornar quaisquer normas estabelecidas para o controle das importações.

Composto o elemento subjetivo do tipo pelo dolo, consistente na vontade livre e consciente de reduzir indevidamente o tributo ou burlar os controles aduaneiros, para angariar melhor regime de tributação ou obter mercadoria que, íntegra, normalmente estaria sujeita a controle. Na prática, a conduta perfilhada, nessas condições, não passa de modalidade de descaminho.

Dado o *modus operandi*, muitas vezes somente depois da segunda remessa poder-se-ia constatar a prática do ilícito, pois, antes disso, a depender da situação, pode restar a dúvida sobre tratar-se da importação de parte ou de peças do bem, sem que haja, necessariamente, sua partilha.

Vista atentamente, não se trata de infração continuada. Se o fosse, corresponderia à prática contínua do ilícito, segundo as mesmas condições de tempo, lugar ou modo de operação. No entanto, principalmente quanto à primeira remessa, não se pode dizer, ainda, que haja o ilícito. Este só se aperfeiçoa a partir da entrega subsequente, consistindo a somatória das remessas em um todo, por compor um só produto. A este respeito, parece-nos mais que, a partir da segunda remessa, até a última referente ao bem, o ilícito deva ser considerado permanente para todos os efeitos legais.

Exatamente por essas dificuldades, salvo qualquer particularidade, somente se estiver em curso um monitoramento dessas importações é que será possível constatar semelhante fracionamento e, por conseguinte, aplicar a pena de perdimento ao bem.

20.8 Estrangeira, em trânsito, quando o veículo terrestre desviar-se de sua rota legal sem motivo justificado

Regime especial de trânsito aduaneiro é aquele “que permite o transporte da mercadoria sob controle aduaneiro, de um ponto a outro do território aduaneiro, com suspensão de tributos”.[611]

Previsto no Regulamento sob várias modalidades[612], em termos gerais a doutrina agrega-as em três espécies: (I) o clássico, correspondente ao trânsito de passagem, quando a mercadoria vem do exterior e dirige-se a terceiros países; (II) o indireto, praticado entre uma repartição de origem e outro ponto do território (*v.g.* zona primária para armazém na zona secundária onde pode dar-se o desembaraço ou vice-versa, de repartição da zona secundária para a zona primária, para embarque); (III) diretos, referente aos trânsitos que se originem em território estrangeiro e dirijam-se diretamente à repartição de destino.[613]

---

[611] Decreto-Lei n. 37/1966, artigo 73.
[612] Vide artigo 318 do RA/2009.
[613] SOSA, Roosevelt Baldomir. **Comentários à Lei Aduaneira**. São Paulo: Aduaneiras, 1995, p.228.

Estruturado internacionalmente com o propósito de facilitar os trâmites aduaneiros relativos às mercadorias que só devam ser objeto de despacho em locais alfandegados diversos da zona primária por onde chegaram ao País, ou, ao contrário, venham para ser embarcadas ao exterior, bem como racionalizar a cobrança dos tributos incidentes sobre o comércio exterior nestas hipóteses, é imprescindível que, para o pleno êxito desse desiderato, faça-se adequado controle aduaneiro.

Naturalmente, isso requer a formalização do procedimento, que usualmente se dá por meio de uma Declaração de Trânsito Aduaneiro (DTA), na qual constará a perfeita descrição da mercadoria, em conjunto com o Termo de Responsabilidade[614] pelo qual o importador assume-a com relação à chegada do bem ao destino sem intercorrências, no prazo e segundo o itinerário fixado pela autoridade, sob o risco de pagar os tributos e as eventuais penalidades incidentes por seu descumprimento. Os tributos, todavia, não são expressos na DTA ou no Termo de Responsabilidade. São considerados apenas genericamente, para liquidação posterior. De qualquer modo, a data do fato gerador a ser considerada, caso este venha a ocorrer, há de ser sempre a da assinatura do Termo, nos termos do artigo 74, §1º, do Decreto-Lei n. 37/1966.[615]

Em linhas gerais, o trânsito terminará: (I) em virtude de seu regular cumprimento, quando apenas se dá baixa no Termo de Responsabilidade, uma vez que a mercadoria ingressou em local alfandegado sem que tenha ocorrido incidência do tributo (este só virá incidir posteriormente, quando e se vier a ocorrer despacho para consumo); ou (II) em decorrência do descumprimento das condições fixadas, como, por exemplo, o desvio de percurso, hipótese em que, em vez de lavrar-se auto de infração, faz-se liquidar o Termo de Responsabilidade, apurando o quantum devido.

---

[614] O Termo de Responsabilidade é tema do artigo 74 do Decreto-Lei n. 37/1966, o qual se limita a estabelecê-lo a aduzir a necessidade de que contenha todos os registros necessários para assegurar a liquidação dos tributos e gravames cambiais (*caput*), bem como deixa ao Regulamento a função de disciplinar as medidas de segurança julgadas úteis para a consecução do regime (§2º).

[615] Artigo 74, §1º: "A mercadoria cuja chegada ao destino não for comprovada ficará sujeita aos tributos vigorantes na data da assinatura do termo de responsabilidade".

Pois bem, obrigado pela autoridade aduaneira a cumprir o itinerário em certo prazo, pode ser que o veículo, independentemente de sua espécie[616], desvie da rota estipulada sem motivo justificado.

Motivos hábeis a justificá-lo, sem dúvida, seriam acidentes com o veículo transportador, que acarretem hospitalização do motorista ou ensejem reparos, com outros veículos, que venham a interromper a estrada, total ou parcialmente, inundações, queda da pista, etc. Em todos esses casos, contudo, para evitar contratempos, deve o transportador, tanto quanto possível, avisar a autoridade aduaneira desses fatos e tomar as demais providências cabíveis.

Injustificado o atraso do veículo, a lei presume o indevido desvio de mercadorias transportadas, de modo a ensejar a aplicação da pena de perdimento dos bens.

O enquadramento, entretanto, merece ser visto com certo cuidado, por haver a possibilidade de desvio sem que o transportador esteja imbuído de má-fé e sem que nada suma do veículo. Embora hoje raro de acontecer, em face da utilização de aparelhos como o GPS, nem por isso é impossível o motorista confundir-se e perder-se por algum tempo.

Provado de maneira incontestável a inexistência de desvio de carga, bem como a ausência de dolo, parece-nos que seria desproporcional a cominação da pena de perdimento, que deve ser reservada, apenas, às práticas dolosas, que façam supor, ao menos, a tentativa de desvio.

20.9 Estrangeira, acondicionada sob fundo falso, ou de qualquer modo oculta

Mais genérico do que o comando vinculado no inciso III do artigo 105 do Decreto-Lei n. 37/1966 antes transcrito, que comina pena de perdimento à mercadoria “oculta, a bordo do veículo ou na zona primária, qualquer que seja o processo utilizado”, o presente tipo, como naquele tópico explicado, abarca outras situações de ocultamento de bens, correspondentes, basicamente, à sua prática em qualquer local da zona secundária que não no interior de veículos (*v.g.* ocultas em estabelecimentos comerciais).

[616] Não obstante qualquer veículo possa cometer esse desvio, evidentemente a situação mais comum e em que a rota, aliás, é mais detalhada, é a do transporte terrestre.

A tipificação da conduta requer dolo, consistindo, ainda, em prática na qual, concorrentemente, incide o tipo penal do contrabando ou descaminho.

20.10 Estrangeira, atentatória à moral, aos bons costumes, à saúde ou à ordem públicas

Plasmado em palavras expressivas de conceitos, na maior parte, indeterminados (moral, bons costumes e ordem pública), naturalmente a integração do dispositivo requer o empréstimo, a partir de outras normas do sistema, de significações aptas a tornar discernível o objeto desta regra. Por isso, com arrimo em interpretação sistemática, que se há de concluir, diante do caso concreto, o que seja imoral e atentatório aos bons costumes ou à ordem pública.

Quanto àquilo que afronte à saúde pública, na dúvida, perícias técnicas pautadas nos ensinamentos das Ciências a ela pertinentes avaliarão o assunto. Essa proteção não se resume às ameaças diretas à saúde humana, em diferentes dimensões (*v.g.* adequação de óculos escuros a proteger contra raios solares; de protetores solares, remédios, próteses, alimentos, etc.), mas abrange, outrossim, aspectos ligados à saúde animal e vegetal, na medida em que o comprometimento de rebanhos e plantações poderá, indiretamente, afetá-la de igual forma.

Relativamente às demais, porém, há situações decerto fáceis de detectar, claramente situadas em um ou outro espectro desse tema, como a importação de instrumentos aptos a serem utilizados como instrumentos de tortura (a legislação espanhola possui regra específica a respeito) [617] ou para a prática de atos violentos (soco inglês, explosivos, etc.).

Frequentemente, aliás, a importação de certos produtos poderá constituir a prática de contrabando (*v.g.* armas privativas do Exército), quando não são dependentes de autorização especial de órgão da Administração Pública, como armas, carentes de anuência do Comando do Exército.

No mais, em face das modificações dos costumes por todo o mundo ocidental, o espectro torna-se mais nebuloso. Produtos que indefectivelmente

[617] A Lei Orgânica n. 12/1995, na redação da Lei Orgânica n. 6/2011 da Espanha, tipifica, com base em acordos firmados no âmbito da União Europeia, a importação de instrumentos de tortura como delito de contrabando.

seriam amplamente taxados de imorais há apenas quarenta anos (pense-se em algumas cópias de filmes e revistas na época qualificados como pornográficos) hoje pouca celeuma provocam mesmo quando expostos na televisão. Mesmo manifestações como a capoeira, por exemplo, considerada atentatória à moral pública no início do século XX, hoje é vista sob perspectiva diversa, ligada ao pluralismo cultural. Assim, o que era considerado indecente décadas atrás, hoje pode ser tido como importante manifestação cultural. Não que o conceito tenha se tornado inócuo; porém, certamente seu eixo deslocou-se bastante ao longo do tempo.

Por fim, outra dificuldade entrelaçada está no patente caráter subjetivo das avaliações a esse respeito e no quanto isso pode importar em “censura”, constitucionalmente vedada (com a ressalva da classificação etária), por ser violadora da liberdade de expressão. Evidente, no entanto, que qualquer avaliação que se faça a respeito deverá pautar-se no critério médio da sociedade, sem submissão às posições extremas, puritanas ou libertinas.

20.11 Importada ao desamparo de licença de importação ou documento de efeito equivalente quando sua emissão estiver vedada ou suspensa, na forma da legislação específica

Diversamente dos itens anteriores, referentes aos incisos do artigo 105 do Decreto-Lei n. 37/1966 e do artigo 689 do RA/2009, que neles encontra sua matriz legal, a raiz deste item é o artigo 23, I, do Decreto-Lei n. 1.455/1976 já transcrito, que serve de fundamento ao inciso XX do dispositivo regulamentar.

A Licença de Importação (LI) é o documento que, necessário para sua realização, cristaliza o controle administrativo sobre as importações de forma mais abrangente, excluídas apenas as matérias afetas a órgãos especializados, como as relacionadas à saúde, à defesa, à defesa sanitária e à fitossanitária. Basicamente, analisa a conveniência e a oportunidade da entrada da mercadoria estrangeira no mercado nacional, sob o ponto de vista econômico.

Embora, em regra, a maioria das mercadorias esteja dispensada de licenciamento, há aquelas submetidas ao licenciamento automático, em que a anuência é deferida sem delongas, unicamente à vista dos dados constantes na base informatizada dos órgãos da Administração componentes do

SISCOMEX. Há também outras para as quais são requeridas licenças expedidas de forma não automática, carentes de análise mais aprofundada, com o fulcro de verificar a existência de óbices permanentes ou temporários à importação (respectivamente, por elas serem proibidas ou estarem suspensas).

Fácil notar, portanto, que, ausente esse controle, facilmente a segurança das importações restará vulnerada, motivo pelo qual essa possibilidade deve ser reprimida. Proibida a importação de determinado produto por existência de óbice permanente à operação, nem sequer a licença de importação será emitida, uma vez que, tecnicamente, sua introdução no País equivaleria à prática do delito de contrabando. Em agosto de 2016, por exemplo, estavam proibidas todas as compras de armas da República Islâmica do Irã, da República Democrática da Coreia, do Estado da Eritreia e da Líbia.[618]

Quanto à suspensão de importações, ainda que nem sempre a introdução de bens nessa situação corresponda propriamente ao tipo penal referido – importação de mercadorias proibidas – por poder decorrer da aplicação de sanções internacionais a países específicos, é certo que tampouco, nesses casos, as licenças serão emitidas, em razão da vedação temporária.

Por isso, o tipo em questão – que se reporta à importação ao desamparo de licença quando sua emissão estiver vedada ou suspensa – traz um contrassenso, pois, se a expedição de licença está, permanente ou temporariamente vedada, não há como emiti-la e, consequentemente, apresentá-la.

Fatalmente, nessas condições, elas ocorrerão ao desamparo desse documento, de modo a incorrer na norma sancionatória. Assim, a situação apenada, nestas circunstâncias, deveria limitar-se à introdução de mercadorias proibidas, ainda que temporariamente, o que, em boa parte dos casos, significará a prática do crime de contrabando, suficiente para justificar a apreensão e o perdimento da mercadoria nos termos do artigo 91 do Código Penal.

Em complemento à norma do artigo 23, I, o artigo 26, *caput*, do Decreto-Lei n. 1.455/1976, regulado pelo artigo 692 do RA/2009, estabelece que “as mercadorias de importação proibida, na forma da legislação específica, serão

[618] Disponível em: http://www.mdic.gov.br/arquivos/dwnl_1311100642.pdf. Acesso em: 27 jul.2016.

apreendidas liminarmente, em nome e ordem do Ministro de Estado da Fazenda, para fins de aplicação da pena de perdimento".

Considerada, em nosso sistema, a independência entre as instâncias penal, civil e administrativa, naturalmente não será o fato de haver ou não processo criminal, nem seu resultado (ressalvadas as exceções postas para o âmbito civil), que impedirá, diante de justa causa, a aplicação da pena de perdimento na seara administrativa.

Isso emana claro das disposições dos artigos 104 e 105 do Decreto-Lei n. 37/1966, bem como dos artigos 23 e 26 do Decreto-Lei n. 1.455/1976, entre outros. Nesse passo, a expressão "apreendidas [...] em nome e ordem do Ministro de Estado da Fazenda" só reforça o caráter administrativo da medida, legitimando, ademais, a apreensão feita pela autoridade aduaneira competente, nos termos da lei. E, decerto, nesses casos, a apreensão há de ser liminar, pois, diante da prática de ilícito dessa natureza, não é possível contemporizar.

Ao revés, caso se trate de importação efetuada ao desamparo de licença, quando inexiste óbice intransponível à sua realização, ou seja, não há vedação ou suspensão para sua realização, a penalidade aplicável, em vez do perdimento, será a multa prevista no artigo 169 do Decreto-Lei n. 37/1966, na redação da Lei n. 6.562/1978, e regulamentada pelo artigo 706 do RA/2009, correspondente a 30% do valor aduaneiro do bem. [619]

20.12 Importada e considerada abandonada pelo decurso do prazo de permanência em recinto alfandegado, nas hipóteses referidas no artigo 642

A respeito do objeto do inciso XXI do Regulamento Aduaneiro de 2009, vejam-se os comentários ao inciso IX do Decreto-Lei n. 37/1966, no capítulo anterior.

[619] Artigo 706. [...] I – de trinta por cento sobre o valor aduaneiro: a) pela importação de mercadoria sem licença de importação ou documento de efeito equivalente, inclusive no caso de remessa postal internacional e de bens conduzidos por viajante, desembaraçados no regime comum de importação.

20.13 Estrangeira ou nacional, na importação ou na exportação, na hipótese de ocultação do sujeito passivo ou do real vendedor, comprador ou de responsável pela operação, mediante fraude ou simulação, inclusive a interposição fraudulenta de terceiros

Em termos gerais, as operações de comércio exterior podem ser (I) praticadas por conta própria, (II) por conta e ordem de terceiros ou (III) por encomenda.

Enquanto no primeiro e último caso é a própria empresa interessada na importação que se apresenta para efetivar o procedimento específico, no segundo caso ela é feita por terceiras pessoas, em princípio especializadas para essas operações.

À luz dos textos legislativos, importador é quem introduz no território nacional os bens, apresentando-os ao controle aduaneiro. Ele, portanto, é o responsável por subscrever a Declaração de Importação. Não se pode descurar, todavia, da visão do Supremo Tribunal Federal pela qual "destinatário da mercadoria é quem figura como contratante no negócio jurídico que dá origem à operação material de importação, seja ela realizada diretamente ou por intermédio de terceiro".[620]

A importação por conta e ordem de terceiro é admitida no País desde a introdução, no País, das empresas comerciais exportadoras (ECE) (*trading companies)*[621], por meio do Decreto-Lei n. 1.248/1972. Tornaram-se mais frequentes, porém, somente a partir da década de 1990, quando passaram a representar uma parcela significativa das importações nacionais.

Tratam-se, basicamente, de empresas especializadas em efetuar operações de importação e exportação, caso em que, adquirida a mercadoria no mercado interno exclusivamente para o fim de exportação, tanto o produtor do bem como a empresa comercial exportadora gozam de benefícios fiscais como, por exemplo, não incidência de PIS/COFINS e IPI, com relação ao qual, prevê-se, ainda, manutenção do crédito para a empresa produtora, relativamente aos bens adquiridos no Brasil para serem utilizados na fabricação do bem exportável.

---

[620] Ministro Cezar Peluso, RE 268.586/SP, j. 24/5/2005.

[621] Habitualmente, o nome *trading company* é reservado para as empresas comerciais exportadoras que possuam Certificado de Registro Especial, para cuja obtenção elas devem se submeter a várias condições; dentre elas, tratar-se de sociedade anônima.

Em acréscimo aos benefícios fiscais, há, para o produtor dessa mercadoria, a vantagem do suporte proporcionado pela empresa especializada, que lhe garante maior facilidade e eficácia nessa operação, com redução do risco de prejuízos. Para o importador, por sua vez, igualmente como há a vantagem da especialização, ele liberar-se de um ônus que é a equiparação do estabelecimento adquirente a estabelecimento industrial, contribuinte, portanto, do IPI.[622]

Na prática, do ponto de vista jurídico, a "terceirização" da atividade corresponderá à contratação de serviços que tanto podem se consubstanciar na forma de mandato, em que o mandatário age por conta e ordem do mandante (o adquirente), como de comissão[623], quando, diversamente da hipótese anterior, o comitente (adquirente da mercadoria) contrata o comissário (importador) para negociar as condições da venda com o exportador, editando-se a fatura em nome do importador (comissário).[624]

Consoante a Lei n. 11.281/2006, todavia, "a importação [...] para revenda a encomendante predeterminado não configura importação por conta e ordem de terceiros" (artigo 11)[625], assim como a aquisição de bens no exterior unicamente com recursos da pessoa jurídica importadora, tenha o encomendante participado ou não das operações comerciais (§3º).

Inversamente, presume-se operação por conta e ordem de terceiros se feita com recursos destes (artigo 27 da Lei n. 10.637/2002).

Esse é o contexto no qual se insere o artigo 32, parágrafo único, do Decreto-Lei n. 37/1966, quando define ser solidariamente responsável pela obrigação tributária, referente ao imposto de importação,

> III – o adquirente de mercadoria de procedência estrangeira, no caso de importação realizada por sua conta e ordem, por intermédio de pessoa jurídica importadora[626]; c) o adquirente de mercadoria de procedência estrangeira, no caso de importação realizada por sua conta e ordem, por intermédio de pessoa jurídica importadora e d) o

[622] Nos termos da Medida Provisória n. 2.158-35/2001 e Lei n. 11.281/2006.
[623] Vide artigos 693 a 709 do Código Civil.
[624] Em 2008, a maior parte das empresas que atuam na importação por conta e ordem no País possuíam domicílio fiscal no Estado do Espírito Santo, onde podiam se beneficiar dos estímulos do Fundo de Desenvolvimento da Atividade Portuária (FUNDAP), com relação ao qual, entre outros, foram percebidas várias distorções, que motivaram a produção legislativa para coibir os desvios.
[625] A operação está condicionada aos requisitos e condições estabelecidos pela Secretaria da Receita Federal do Brasil (artigo 11, §1º, da Lei n. 11.281/2007).
[626] Redação da Medida Provisória n. 2.158-35/2001.

> encomendante predeterminado que adquire mercadoria de procedência estrangeira de pessoa jurídica importadora.[627]

Em qualquer caso, porém, deve vigorar a máxima transparência, sob o risco de desvirtuamentos capazes de favorecer a prática de condutas ilícitas, em detrimento do programa, cujos objetivos têm seu alcance dificultado. E, por via da ocultação, adquirentes de má-fé poderão, escudando-se no importador aparente, buscar fugir ao controle aduaneiro para reduzir tributos devidos ou introduzir mercadorias proibidas, sem se expor.

Certamente, incumbe ao importador, mero intermediário na operação, para cujo propósito deve existir contrato prévio[628], declarar o real adquirente ou encomendante dos bens e a origem dos recursos utilizados na sua aquisição.[629] A própria contabilidade das empresas envolvidas deve possibilitar a transparência da situação.

É nesse quadro que vieram a lume a Medida Provisória n. 2.158-35/2001 e a Lei n. 10.637/2002[630], com o propósito de sancionar a ocultação da identidade do real importador ou do exportador, ou, ainda, do responsável pela operação, por meio de ardil indicativo de dolo, fraude ou simulação. Em suma, mediante interposição fraudulenta de outras pessoas, pela gíria denominados “laranjas”.

Comumente, a razão do procedimento é ditada por organizações criminosas, que se utilizam de “laranjas” para efetuar as importações e entregar os produtos a clientes nacionais, que não aparecem na operação, e, ainda, aproveitam para efetuar remessas ilegais de divisas.

Atualmente, o controle aduaneiro desenvolve-se em ações preventivas, no curso do despacho e *a posteriori*, incluídas, no primeiro caso, aquelas referentes a um acompanhamento continuado da ação de alguns contribuintes, verificando seu histórico, capital social, sócios, etc. Nisso, destacam-se os sistemas informatizados batizados de DW Aduaneiro (extrator de dados), RADAR (referente aos dados dos intervenientes), o acesso aos demais sistemas relacionados a tributos internos (declarações de tributos e convênios), e o Projeto Harpia, que pretende integrar as Secretarias Estaduais da Fazenda,

---

[627] Na redação da Lei n. 11.281/2006.
[628] Cuja apresentação é exigida, nos termos da IN SRF n. 225/2002 (artigo2º).
[629] Para mais detalhes, vide Instrução Normativa SRF n. 247/2002.
[630] Resultado da conversão da Medida Provisória n. 66/2002.

instituições financeiras, administradoras de cartões e cartórios, cujas informações seriam processadas por esse software.

O elemento subjetivo do tipo, portanto, corresponde ao dolo, ou seja, à vontade livre e consciente de cometer o delito, em especial mediante a adoção de ardis fraudulentos com o intuito de esconder a identidade de uma ou mais pessoas que tiveram papel central na operação.

Em regra o escopo final está associado à prática de outros delitos além da falsidade ideológica, como o descaminho, a evasão de divisas ou a lavagem de dinheiro.

Note-se que o artigo 23, §2º, do Decreto n. 1.455/1977, na redação do artigo 59 da Lei n. 10.637/2002, regulado pelo artigo 659, §6º, do RA/2006, presume interposição fraudulenta em operação de comércio exterior se não houver comprovação "da origem, disponibilidade e transferência dos recursos empregados".

Assim, conforme adverte Heleno Taveira Torres, o ilícito em questão somente terá lugar em uma dessas hipóteses: (I) de ocultação do sujeito passivo; (II) de ocultação do real vendedor; (III) na hipótese de ocultação do comprador ou de responsável pela operação; (IV) em qualquer dos casos acima, desde que mediante fraude ou simulação, inclusive a interposição fraudulenta de terceiros, a qual é presumida diante da: a) não-comprovação da origem; ou b) disponibilidade e transferência dos recursos empregados. [631]

20.14 Exportação ou tentativa de exportação de mercadorias de saída proibida do território nacional, assim consideradas aquelas previstas em lei, ou nos tratados e convenções internacionais firmados pelo Brasil

Incorporada ao sistema jurídico pelo artigo 68 da Lei n. 5.025/1966, que prevê, cumulativamente à pena de perdimento (na lei, "confisco"), multa variável entre 20 e 50%[632] e proibição de exportar pelo prazo de 24 a 60 meses, a regra, no Regulamento Aduaneiro de 2009, acha-se inserida no seu artigo 691, ao qual se combina o artigo 718, alusivo à multa.

---

[631] TORRES, Heleno Taveira. Pena de perdimento de bens e sanções interventivas em matéria tributária. São Paulo, **Repertório de jurisprudência IOB** – 1ª quinzena de outubro de 2007, v.I, n.19/2007, p.761.
[632] Nos termos do artigo 66 da Lei n. 5.025, ao qual se reporta seu artigo 68, *caput.*

Ainda segundo o parágrafo único do artigo 68, “ocorrendo reincidência, será cassado definitivamente o registro do exportador”.

Segundo o previsto, havendo disposição em lei ou qualquer forma de acordo ou tratado internacional que preveja a exportação de determinada classe de bens – como o há, por exemplo, com relação a armamentos para países como o Irã, Coréia do Norte e Líbia, entre outros, incide o tipo em questão, a ensejar a pena de perdimento do bem.

Exemplo de aplicação desse dispositivo refere-se à tentativa de exportação de coisa tombada, por força do disposto no artigo 15 do Decreto-Lei n. 25/1937, salvo por curto período e sem transferência de domínio, para fim de intercâmbio cultural, a critério do Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, sem prejuízo da multa de 50% do valor da coisa, elevada ao dobro em caso de reincidência, nos termos dos §§1º e 2º desse dispositivo, bem como da sanção penal por contrabando (§3º).

De modo geral, a propósito, o artigo 20 da Lei n. 3.924/1961, regulada pelo artigo 626 do RA/2009, declara que “nenhum objeto que apresente interesse arqueológico ou pré-histórico, numismático ou artístico poderá ser transferido para o exterior, sem licença expressa do Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional”, sob pena de apreensão e consequente aplicação da pena em foco.

Igualmente, à luz do artigo 1º da Lei n. 5.471/1968, é vedada, sob qualquer forma

> a exportação de bibliotecas e acervos documentais constituídos de obras brasileiras ou sobre o Brasil, editadas nos séculos XVI a XIX incluídas as obras e documentos [...] que, por desmembramento dos conjuntos bibliográficos, ou isoladamente, hajam sido vendidos e coleções de periódicos que já tenham mais de dez anos de publicados, bem como quaisquer originais e cópias antigas de partituras musicais.

Excetuam-se somente, a juízo da autoridade federal competente, as saídas temporárias por interesse cultural (artigo 2º). Neste caso, a teor do artigo 3º, parágrafo único, desta Lei, a destinação dos bens “será feita em proveito do patrimônio público, após audiência do Conselho Federal de Cultura”.

A normativa vem se agregar àquela da Lei n. 4.895/1995, que proíbe a saída do País, sem autorização do Ministério da Cultura, de quaisquer obras de

arte e ofícios tradicionais produzidos no Brasil até o fim do período monárquico, abrangidas quaisquer formas de obras de arte (pinturas, desenhos, esculturas, gravuras, mobiliários, etc.), as oriundas de Portugal no período de colônia ou do Império, bem como as produzidas em outros países do exterior, mas relacionadas à História do Brasil.[633]

20.15 Infração às medidas de controle fiscal para desembaraço, circulação, posse e consumo de fumo, charuto, cigarrilhas e cigarro

O artigo 2º, 3º, *caput*, e parágrafo único do Decreto-Lei n. 399/1968, na redação do artigo 78 da Lei n. 10.833/2003, regulamentado pelo artigo 693 do RA/2009, comina pena de perdimento aos produtos mencionados quando, em infração às medidas de controle estabelecidas pelo Ministério da Fazenda, tiver lugar o desembaraço aduaneiro, a circulação, a posse ou o consumo desses bens, nisso incluída sua aquisição, transporte, venda, exposição à venda ou manutenção em depósito.

De acordo com a legislação pertinente, outrossim, a penalidade aplica-se também pela inobservância das condições fixadas para o desembaraço aduaneiro de cigarros.[634]

Ainda sobre cigarros, igualmente a introdução de cigarros nacionais destinados à exportação, que sejam encontrados no País, são considerados produtos estrangeiros clandestinos no território nacional, ressalvadas as exceções expostas no artigo 694, §1º do Regulamento (*v.g*. para uso ou consumo a bordo de embarcações ou aeronaves de tráfego internacional, com pagamento em moeda conversível e para venda em lojas francas).

Na prática, porém, como expõe o próprio dispositivo legal, semelhante conduta é considerada contrabando, o qual, segundo o artigo 91 do Código Penal, também enseja, como efeito da condenação, a perda do bem.

---

[633] Vide artigo 628 do RA/2009.

[634] Artigo 50, parágrafo único, da Lei n. 9.532/1997, regulado pelo artigo 693, parágrafo único, do RA/2009.

20.16 Produtos classificados nas posições 7102.10, 7202.21 ou 7102.31, submetidos a despacho ou na posse de qualquer pessoa na zona primária sem o certificado de processo de Kimberley

A posição 7102 do Sistema Harmonizado é a que trata de “diamantes, mesmo trabalhados, mas não montados nem engastados”, correspondendo a subposição 10 aos “não selecionados”, a 21 aos industriais, “em bruto ou simplesmente serrados, clivados ou desbastados” e a 31 aos não industriais nas mesmas condições.

O processo Kimberley, por sua vez, internacionalmente conhecido por *Kimberley Process Certification Scheme* ou, abreviadamente, KPCS ou KP, trata-se de procedimento de certificação de origem a diamantes, fomentado pelas Organizações das Nações Unidas que, por meio da Resolução n. 55/56 de 2000, de sua Assembleia Geral, que propunha a adoção de um esquema de certificação nacional para obstar a comercialização dos “diamantes de sangue”, a saber, aqueles procedentes de áreas de conflito ou guerras civis[635] ou obtidos por qualquer forma violadora dos direitos humanos.

Pactuado em 2002 pelos principais países extratores e consumidores do produto[636], dentre os quais o Brasil, a norma do artigo 3º, *caput*, da Lei n. 10.743/2003, elaborada em decorrência do acordo, torna proibida a importação ou exportação de diamantes brutos originários de países não participantes do Processo Kimberley[637], os quais cabe ao Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio periodicamente informar.

Com o intuito de tornar efetivo o cumprimento dessa norma, os artigos 2º e 9º da Lei n. 10.743/2003, regulados pelo artigo 695 do RA/2009 determina o perdimento de mercadorias dessa espécie submetidas a despacho sem o amparo do referido Certificado.

---

[635] Não obstante, há organizações que apontam a insuficiência do mecanismo, por não impedir o cometimento de violência por parte das forças governamentais, limitando-se às rebeldes, dentre outros fatos.
[636] Estados Unidos, Canadá, Austrália, União Europeia, Índia, Japão, Rússia, Israel e Brasil, dentre eles.
[637] O nome deriva da cidade de Kimberley, na África do Sul, onde foi celebrado.

20.17 Mercadoria saída da zona franca de Manaus sem autorização da autoridade aduaneira, quando ingressada naquela área com benefícios fiscais

Ao estruturar o funcionamento da Zona Franca de Manaus, o Decreto-Lei n. 288/1967 previu isenção dos impostos de importação e sobre produtos industrializados na entrada de mercadorias estrangeiras em seu território destinadas a consumo interno, industrialização em qualquer grau, inclusive beneficiamento, agropecuária, pesca, instalação e operação de indústrias e serviços de qualquer natureza, bem como estocagem para reexportação, ressalvadas armas e munições, fumo, bebidas alcoólicas, automóveis de passageiros e algumas espécies de produtos de perfumaria (artigo 3º, §1º). A medida beneficia, igualmente, a estocagem para reexportação.

É importante notar, a propósito, que por força do disposto no artigo 4º desse Decreto-Lei, a remessa de mercadorias de origem nacional para consumo ou industrialização na Zona Franca, ou posterior exportação, será considerada, para efeitos fiscais, exportação.

Em decorrência, consideradas as condições objetivas em virtude das quais houve o ingresso das mercadorias com semelhante benefício fiscal, definiu o artigo 39 do Decreto-Lei n. 288/1967 considerar “contrabando a saída de mercadorias da Zona Franca sem a autorização legal expedida pelas autoridades competentes”. A disposição é reprisada no enunciado do artigo 694 do RA/2009.

Para que tal não ocorra, será preciso, pois, em acréscimo à tributação dos bens, o cumprimento das formalidades administrativas.

20.18 Introdução de mercadoria no mercado interno procedente de zona de processamento de exportação e introdução de mercadoria estrangeira não permitida na zona de processamento de exportação

Zonas de Processamento de Exportação (ZPE), como áreas de livre comércio com o exterior, são territórios dentro dos quais é possível instalar empresas voltadas à produção de bens a serem comercializados no exterior e que a legislação, em face do tratamento tributário privilegiado, considerada zona primária para fins aduaneiros.

A elas são previstos benefícios tributários, cambiais e administrativos, desde que sob a condição de exportarem, no mínimo, 80% de sua receita bruta total.

Inspiradas em práticas similares na China e no Sudeste Asiático, as Zonas de Processamento de Exportação (ZPE) foram instituídas pelo Decreto-Lei n. 2.452/1988, que também criou o Conselho respectivo (CZPE), com a finalidade de definir as normas, os procedimentos e os critérios que serão utilizados pelo Programa.

Revogado o Decreto-Lei, atualmente o regime é disciplinado pela Lei n. 11.508/2007 que o sucedeu, sem alterar a competência do Conselho, bem como pelos Decretos n. 6.634/2008, que dispõe sobre o Conselho Nacional das ZPE, bem como pelo Decreto n. 6.814/2009, que trata do regime tributário, cambial e administrativo das ZPEs.

Com o objetivo de reduzir desigualdades regionais, o que abrange a geração de riqueza e do pleno emprego, a Lei n. 11.508/2007, na redação da Lei n. 11.732/2008, prevê, em favor das empresas industriais que se instalarem na ZPE, a suspensão do IPI, COFINS e PIS/PASEP, na aquisição de bens e serviços no mercado interno, e, de suspensão do II, IPI, COFINS, PIS/PASEP e AFRMM nas importações. O benefício pode alcançar bens usados, desde que incorporados ao ativo imobilizado da empresa autorizada a operar na ZPE.

Ademais, são previstas para as ZPEs os mesmos incentivos fiscais previstos para as áreas da SUDAM, SUDENE e Programas de Desenvolvimento da Região Centro Oeste.

A suspensão dos tributos às matérias-primas, produtos intermediários e materiais de embalagem importados ou adquiridos no mercado interno por pessoa autorizada a operar em ZPE, todavia, somente será mantida se os bens forem integralmente utilizados no processo produtivo.

Desse modo, inserido no mercado interno bem o qual, pelo regime exposto, deveria ter sido exportado – conduta difícil de imaginar senão com intuito doloso – é cabível o perdimento da mercadoria. Tampouco o ingresso de mercadoria estrangeira proibida na ZPE merece tratamento diverso, pois, de igual modo como em qualquer outro ponto do território nacional, a introdução

de bens, nessas condições, constitui contrabando. Ademais, em ambas as hipóteses incidem, ainda, as sanções administrativas previstas na legislação.[638]

[638] Vide artigo 22 da Lei n. 11.508/2007, que reporta ao artigo 76 da Lei n. 10.833/2003.

21 PERDIMENTO DE BENS: EVOLUÇÃO LEGISLATIVA, CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA DO DANO AO ERÁRIO

21.1 Evolução legislativa com respeito à perda de bens e do conceito de dano ao erário

Procedida à análise sobre as origens da pena de perda de bens em nosso sistema jurídico, resta claro, segundo expõe Jean Marcos Ferreira, a dualidade originalmente latente na expressão que, ora se referia à sanção imposta com o fim precípuo de ressarcir a Fazenda Pública das receitas por ela não auferidas (*v.g.* cortes de pau-brasil sem a devida autorização)[639] ora significava sanção de natureza criminal, muitas vezes designada "confisco", o qual frequentemente ultrapassava a pessoa do condenado.[640]

Não havia rigor no uso dessas expressões, pois, embora fosse mais frequente falar em "perda de bens" com relação ao primeiro caso, atinente a infrações à ordem tributária, não poucas vezes se utilizava, também para essas situações, a expressão "confisco" e vice-versa.

Todavia, promulgada a Constituição de 1824, a terminologia principiou a definir-se um pouco melhor, na medida em que, com o aplauso da doutrina da época, Pimenta Bueno à frente, a Carta vedava o confisco (artigo 179, inciso XX), expressão a qual, aparentemente, vinculava à infração criminal.[641] Alinhava-se a Constituição do Império, portanto, à conduta inaugurada pela Carta da Virgínia e pela Constituição dos Estados Unidos da América, de 1787, que vedavam o confisco como forma de pena.[642]

Submissa à órbita da Carta imperial, o Código Criminal, editado em 1831, previa a "perda de bens", basicamente referentes aos proveitos do crime e instrumentos utilizados para sua consecução[643]; porém, não o confisco que, como visto, por força da filosofia liberal-iluminista fora abolido.

---

[639] Refere-se ao Regimento do Pau-Brasil de 12 de dezembro de 1605.

[640] FERREIRA, Jean Marcos. **Confisco e perda de bens no direito brasileiro**. Campo Grande: J.M. Ferreira, 2000, p.108.

[641] A respeito, vide RODRIGUES, José Carlos. **Constituição política do Império do Brasil**. Rio de Janeiro: Casa dos Editores Eduardo e Henrique Laemmert, 1863, p.1153-154 apud FERREIRA, Jean Marcos. **Confisco e perda de bens no direito brasileiro**. Campo Grande: J.M. Ferreira, 2000, p.109.

[642] SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 20.ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p.144-155.

[643] Veja-se, a propósito, os artigos 173 e 177 do Código de 1831, que tratam, respectivamente, do crime de moeda falsa e do contrabando. No primeiro caso, determina-se a "perda da moeda e dos objetos destinados ao seu fabrico". No segundo, "a perda das mercadorias ou gêneros", além de outras espécies de pena.

Coerente à disciplina, por fim, o Regulamento das Alfândegas de 1832, predispunha acerca da apreensão, por ordem da autoridade judiciária, das cargas encontradas sem o pagamento dos tributos, e sua venda em leilão pelo Inspetor de Alfândega competente.

Não é o caso, nesta ocasião, de aprofundar o exame histórico do tema; pelo menos quanto aos períodos mais antigos. Basta uma sucinta exposição para propiciar ideia sobre a evolução da significação conferida aos vocábulos. O fato, porém, é que, após isso, a Constituição de 1891 silenciou sobre o tema, o qual só retornou com a Constituição de 1934, que, novamente, de modo expresso, vedou o confisco.

Pontes de Miranda, ao tecer seus comentários a esta Constituição, diferenciou o confisco de bens (genérico) do delinquente, do "comisso" de bem determinado, utilizado para a prática do delito[644]. "*Comiso*", vale dizer, é a palavra de língua espanhola que, principalmente na Espanha e na Argentina, designa a perda de bens, uma vez que também esses países, na modernidade, sob idênticos fundamentos que os expostos, proíbem o confisco.

A distinção também foi adotada por Hector Villegas, para quem, enquanto o confisco consistia em "adjudicar bens sem indenização", o comisso consistiria na privação das mercadorias objeto da infração fiscal, capaz de se estender a todos os veículos responsáveis por seu transporte.[645]

Por sua vez, não obstante a Constituição de 1937 também tenha se omitido sobre o tema, o Código Penal editado em 1940 (Decreto-Lei n. 2.848/1940), até hoje vigente, previa, como ainda o faz, como efeito da condenação, a perda do produto ou proveito do crime e dos bens ilícitos utilizados como instrumentos para cometê-lo.[646]

Foi com base nessa premissa que vários penalistas, como José Frederico Marques e Nelson Hungria, reiteraram a concepção que já despontava em Pontes de Miranda, de que a vedação existente seria a do confisco genérico de bens em favor do Estado; nunca a perda de bens

---

[644] MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários à Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. t.III. Rio de Janeiro: Guanabara, 1936, p.253.

[645] VILLEGAS, Hector. **Derecho penal tributário**. Lerner, 1965, p.160 apud SOUZA, Hamilton Dias de. **Estrutura do imposto de importação no Código Tributário Nacional**. São Paulo: Resenha Tributária, 1980, p.121.

[646] A norma que consistia, originalmente, no artigo 74 do Código, com a reforma de 1984 passou a vigorar sob o artigo 91. Por bens ilícitos, entenda-se aqui aqueles cujo fabrico, alienação, uso, porte ou detenção consista em fato dessa natureza.

utilizados para a prática do crime ou correspondentes ao produto dele derivado, que conforme a legislação vigente poderia tratar-se tanto de pena acessória quanto de efeito da condenação[647]. Quem viria a referir-se explicitamente à vedação ao confisco e, paralelamente, autorizar o perdimento de bens, "no caso de enriquecimento ilícito" seria a Constituição de 1946 (artigo 141, §31).

Explanação precisa a respeito foi a de Sampaio Dória, que partilhava da distinção entre confisco e comisso, o qual, ao dissertar sobre a Constituição de 1946, afirmou:

> O que a constituição proíbe é a pena de confisco [...]. Não se confunde a pena de confisco com a perda de bens, no caso de enriquecimento ilícito, [...]. A restituição, ainda que seja o tesouro público o beneficiado, não é propriamente confisco [...]. O que caracteriza bem o confisco é a adjudicação sem indenização de bens alheios ao fisco [...][648].

Em sintonia com o exposto, a legislação tributária da época, a Consolidação das Leis das Alfândegas consubstanciada no Decreto n. 39.499/1956, previa o perdimento de mercadorias para hipóteses de contrabando.

Por isso a nota característica da doutrina de então era que "o comisso, como pena, apresenta, sempre um traço comum em quaisquer legislações: só é admissível em casos graves, onde o dolo necessariamente esteja presente." Apenas, como adverte Villegas, é preciso cuidado com a doutrina estrangeira, que muitas vezes denomina confisco, aquilo que é comisso.[649]

Revogada a Consolidação das Leis das Alfândegas pelo Decreto-Lei n. 37/1966, contudo, a hipótese de perdimento reduzida a uma remissão genérica ao contrabando foi, no novo diploma legal, ampliada para mais de duas dezenas de possibilidades, inseridas, principalmente, nos artigos 104 e 105 da lei, os quais dissecamos.

As linhas mestras da Constituição de 1946 mantiveram-se na de 1967, que, no entanto, foi a primeira a expressamente autorizar "o perdimento de

---

[647] MARQUES, José Frederico. Curso de direito penal. v.III. São Paulo: Saraiva, 1956, p.308-309, apud FERREIRA, Jean Marcos. **Confisco e perda de bens no direito brasileiro**. Campo Grande: J.M. Ferreira, 2000, p.136-137.

[648] DÓRIA, Antonio Sampaio. **Comentários à Constituição de 1946**. v.4. São Paulo: Max Limonad, 1960, p.681-682 apud FERREIRA, Jean Marcos. **Confisco e perda de bens no direito brasileiro**. Campo Grande: J.M. Ferreira, 2000, p.142-143.

[649] SOUZA, Hamilton Dias de. **Estrutura do imposto de importação no Código Tributário Nacional**. São Paulo: Resenha Tributária, 1980, p.121. O autor alinha, no mesmo sentido, Ernest Blumenstein, Albert Hensel e Giuliani Fonrouge, Hector Villegas, Claude J. Berr-Henri Tremeau.

bens por danos causados ao erário", além do caso do "enriquecimento ilícito no exercício de função pública" (artigo 150, §11), já constante da anterior Lei Maior.

A inclusão da expressão "dano ao erário", na Constituição de 1967, deve-se, conforme explica Jean Marcos Ferreira, à Emenda n. 657 ao Projeto, apresentada pelo Deputado Nicolau Tuma, com o argumento de que não somente o enriquecimento ilícito no exercício da função pública prejudica o erário, mas também várias outras condutas, mesmo praticadas por particulares, como o contrabando e a sonegação. Bastaria, a seu ver, prova do "abuso cometido e o dano ao erário".[650] Ao fim, o texto aprovado na Constituição de 1967, o primeiro a reportar ao "dano ao erário", foi mantido na Emenda Constitucional n. 1, de 1969 (artigo 153, §11).

Antes da aprovação desta Carta em 17 de outubro, todavia, o Ato Complementar n. 42, de 27 de janeiro de 1969, editado com base nos poderes de exceção vigentes no período, estabeleceu as hipóteses nas quais se entendia haver enriquecimento ilícito, consequência do dano ao erário. No fundo, situações claramente enquadráveis no âmbito dos tributos internos ou de comércio exterior.[651]

Ao comentar o texto de 1969, Manoel Gonçalves Ferreira Filho destacou serem inconfundíveis confisco e perdimento de bens, por este não ser propriamente pena, mas "a perda do benefício patrimonial que trouxe o delito ou o abuso".[652] Seguiu, portanto, em linhas gerais, a distinção mencionada entre confisco e comisso, na linha de Pontes de Miranda. Por sua vez, Hamilton Dias de Souza, com amparo em Hector Villegas, deixa clara a aceitação do perdimento no direito comparado, mesmo em países cujas Constituições expressamente vedam o confisco.[653]

Esse, pois, o panorama constitucional e legislativo vigente quando da publicação do Decreto-Lei n. 1.455/1976, que definiu as hipóteses de dano ao

---

[650] Anais, 6º volume, Tomo III apud FERREIRA, Jean Marcos. **Confisco e perda de bens no direito brasileiro**. Campo Grande: J.M. Ferreira, 2000, p.149. Às páginas seguintes, o autor aponta os percalços na aprovação da proposta.

[651] A título de exemplo, a "IV – inserção de elementos inexatos ou a omissão de operações de qualquer natureza em documentos ou livros exigidos pelas leis fiscais, com a intenção de se subtrair ao pagamento de tributos devidos à Fazenda Pública; V – alteração de faturas e quaisquer outros documentos relativos a operações mercantis com o propósito de fraudar a Fazenda Pública".

[652] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à Constituição brasileira**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 1983, p.602-603.

[653] SOUZA, Hamilton Dias de. **Estrutura do imposto de importação no Código Tributário Nacional**. São Paulo: Resenha Tributária, 1980, p.122.

erário, englobando, dentre elas, aquelas versadas pelos artigos 104 e 105 do Decreto-Lei n. 37/1966, que já previam a pena de perdimento de bens.[654]

Na Constituição de 1988, que não trata do confisco, salvo para impedir a criação e a cobrança de tributos acarretadora de efeito semelhante (artigo 150, IV) e com relação às glebas utilizadas para o cultivo de plantas psicotrópicas (artigo 243)[655], a perda de bens é objeto dos incisos XLV e XLVI do artigo 5º, nos seguintes termos:

> XLV – nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido;
> XLVI – a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: privação ou restrição de liberdade; perda de bens [...]

Pela inserção dos enunciados em meio a outros que versam sobre matéria penal, imediatamente somos levados a supor que as normas se refiram às penas dessa espécie. A conclusão, todavia, é um equívoco, consoante veremos a seguir, no próximo item.

De outra parte, a clássica determinação de perda dos bens por improbidade administrativa prosseguiu no texto do artigo 37, §4º, da Constituição, sob a justificativa do "ressarcimento ao erário". Nesse caso, não se trata de pena, mas de reparação do dano causado, nos termos da Lei n. 8.429/1992 (Lei de Improbidade) que regulamentou o dispositivo constitucional.

A Constituição vigente, todavia, não mais remete, como o fazia as de 1967 e 1969, à perda de bens por "danos ao erário" de forma mais ampla. Por isso veio a se formar uma larga celeuma, conforme será visto.

21.2 Conceito de dano ao erário e natureza da pena de perdimento

A dedução mais plausível, feita a exposição no item precedente, seria a de que o "dano ao erário" corresponderia às ações ilícitas às quais a legislação reserva a pena de perdimento de bens, sob o fundamento de haverem acarretado prejuízo ao patrimônio público.

---

[654] Artigo 23 e seguintes do Decreto-Lei n. 1.455/1976.
[655] O dispositivo aborda expropriação dessas glebas, sem qualquer indenização e sem prejuízo de outras sanções (*caput*).

Na verdade, porém, duas possibilidades de uso para essa expressão jaziam claramente presentes na ordem constitucional pretérita, sob cuja égide erigiu-se a pilastra central da legislação aduaneira ainda hoje prevalecente.

A primeira, atinente às condutas ímprobas de pessoas que viessem a lesar os cofres públicos e que, por isso, ficavam obrigadas a ressarci-los. A segunda, referente a outras formas de dano ao patrimônio público, dentre as quais aquelas ventiladas pelas leis aduaneiras.

Particularmente neste último caso, o Decreto-Lei n. 1.455/1976, pioneiro no tratamento da questão, não se restringiu a englobar, sob essa denominação, as condutas descritas nos artigos 104 e 105 do Decreto-Lei n. 37/1966 (quando ainda inexistia remissão taxativa a essa expressão, só surgida na Carta de 1967), mas acresceu outras ao rol, ainda que, relativamente ao abandono de mercadorias, tenha se cingido a, praticamente, reprisar as hipóteses albergadas nos dispositivos da legislação anterior.

De todo o modo, excetuadas as condutas descritas nos Decretos-Lei e aquela reservada à ação de improbidade, a nenhuma outra o ordenamento jurídico reservou a qualificação de “dano ao erário”; em especial no sentido do artigo 23 do Decreto-Lei n. 1.455/1976.

Disso, duas conclusões seriam plausíveis. Uma, fundada no conteúdo dos enunciados e no contexto normativo, a fazer antever que, cominada pena de perdimento à mercadoria ou ao veículo, necessariamente isso haveria de ser qualificado como “dano ao erário”, ainda que por presunção. Outra, vinculada à gênese da norma e à literalidade do termo, a apontar que, somente havendo efetivo prejuízo ao patrimônio público ele ocorreria.

Conforme, com acerto, assevera Jorge Bravo Cucci, é impossível fazer ciência sem possuir um sistema de referência; se assim não for, somente se terá desconhecimento.[656] Pois bem, considerando que a descrição a qual a Ciência do Direito venha traçar do Direito Positivo, com suas críticas, não pode possuir outro referencial senão o próprio ordenamento, tal como assentado na realidade fático-cultural que ele representa, para que se possa extrair a exata significação da locução “dano ao erário” é preciso perscrutar mais a fundo o sistema jurídico, atento não somente ao plano dos enunciados, mas também

[656] CUCCI, Jorge Bravo. Los actos Ilícitos em el proceso formativo de la obligación tributária del impuesto a la renta. In: (Coord.) TORRES, Heleno Taveira. **Teoria geral da obrigação tributária** – estudos em homenagem ao professor José Souto Maior Borges, 2005, p.357.

ao seu universo e à maneira como se inter-relacionam, sem descurar de sua finalidade.

Nessa trilha, analisada mais detalhadamente a questão, verifica-se que de nenhum modo o "dano ao erário", ao menos como posto nos enunciados dos Decretos-Lei n. 37/1966 e 1.455/1976, coaduna-se estritamente com a causação de prejuízo ao patrimônio público. Dano significa "perda", "prejuízo"; sempre uma circunstância concreta; erário, por sua vez, é sinônimo de Fazenda ou Tesouro Público.[657]

Por isso, no âmbito do Direito Civil, que nesse ponto empresta ao Direito Administrativo suas definições[658], "dano é o prejuízo que alguém sofre contra sua vontade"[659] ou, no dizer de Antunes Varela, "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".[660]

Foi em contraponto a essa realidade, com o intento de sancionar essa espécie de ilícito, que, embasada no critério de justiça, desde a primeira concepção de responsabilidade civil, na *Lex Aquilia* (século III a.C), inquestionada até fins do século XIX, a responsabilidade civil cuida de atribuir, àquele que, não obstante pudesse conduzir-se em sentido diverso não o fez, vindo a causar o dano por negligência, imprudência ou imperícia, o dever de indenizá-lo (Código Civil de 1916).[661]

Consoante a legislação civil, não somente o dano efetivo (emergente) há que ser considerado. Igualmente o prejuízo decorrente da conduta humana que, por sua exclusiva causa, haja impedido a incorporação, ao patrimônio do prejudicado, de bens ou direitos que seguramente ingressariam na sua esfera de disponibilidade (lucros cessantes).

---

[657] FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Aurélio Século XXI** – o dicionário da língua portuguesa. 3.ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999, p.604; 886.

[658] O fato de os conceitos serem, em princípio, uniformes no Direito, não significa que, por vezes, não caibam adaptações a depender dos seus ramos ou que a eles não se possa atribuir efeitos distintos, como, a propósito, esboçam os artigos 109 e 110 do Código Tributário Nacional. Por eles, a legislação tributária somente pode alterar a definição, o alcance, o conteúdo de institutos, os conceitos e as formas de direito privado quando não forem utilizados para a delimitação de competências pela Constituição Federal, dos Estados, ou Leis Orgânicas dos Municípios e Distrito Federal.

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

[660] VARELA, João de Matos Antunes. **Das obrigações em geral**. v.I. 10.ed. Coimbra: Almedia, 2000, p.598.

[661] WALDEMAN, Ricardo Libel. Teoria do risco e filosofia do direito. In: **Doutrinas Essenciais** – Responsabilidade Civil. (Org.) NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. v.II. São Paulo: RT, 2010, p.664.

Como, entretanto, com o surgimento da sociedade industrial e de massa isso não bastasse, pois, desse modo, inúmeros danos não obteriam reparação, surgiu, desenhada a partir da obra de Josserand e Sailleles, a teoria do risco, baseada na responsabilidade objetiva, pela qual a responsabilidade pelo dano independeria de culpa. O fundamento mais profundo, nesse caso[662]seria o exposto por São Tomás de Aquino, de se utilizar a pena não somente para reparar

> pecados passados, mas também preservativo dos bens futuros, bem como produtora de bem. Assim, alguém pode ser punido sem culpa, mas não sem causa. [...] Isto para evitar que esta pessoa continue a causar danos, ou seja, tendo em vista o bem comum. (Suma Teológica, Segunda Parte da Segunda Parte, questão 108, artigo 4º).[663]

Daí o artigo 927, parágrafo único, do Código Civil (Lei n. 10.406/2002), determinar 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".

A interpretação atribuída ao dispositivo pelo Enunciado n. 448 da V Jornada de Direito Civil, realizada em 2011, foi a seguinte:

> A regra do artigo 927, parágrafo único, segunda parte, do CC aplica-se sempre que a atividade normalmente desenvolvida, mesmo sem defeito e não essencialmente perigosa, induza, por sua natureza, risco especial e diferenciado aos direitos de outrem. São critérios de avaliação desse risco, entre outros, a estatística, a prova técnica e as máximas de experiência.

Na I Jornada, também pertinente ao tema, outro Enunciado proclama:

> A responsabilidade fundada no risco da atividade na segunda parte do parágrafo único do artigo 927, do novo Código Civil, configura-se quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano causar à pessoa determinada ônus maior que os demais membros da comunidade.[664]

---

[662] WALDEMAN, Ricardo Libel. Teoria do risco e filosofia do direito. In: **Doutrinas Essenciais** – Responsabilidade Civil. (Org.) NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. v.II. São Paulo: RT, 2010, p.663.

[663] WALDEMAN, Ricardo Libel. Teoria do risco e filosofia do direito. In: **Doutrinas Essenciais** – Responsabilidade Civil. (Org.) NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. v.II. São Paulo: RT, 2010, p.664.

[664] WALDEMAN, Ricardo Libel. Teoria do risco e filosofia do direito. In: **Doutrinas Essenciais** – Responsabilidade Civil. (Org.) NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. v.II. São Paulo: RT, 2010, p.673.

O ordenamento, portanto, agasalha a teoria do risco objetivo, exposta no artigo 927, parágrafo único, do Código Civil, pela qual, independentemente de culpa, atendidas as condições legais, o sujeito pode ser chamado a ressarcir o dano decorrente de sua conduta. A rigor, porém, não acolhe a responsabilidade sem dano,[665] nos termos da teoria da sociedade de risco, delineada pelo sociólogo alemão Ulrich Beck, de larga utilização no Direito ambiental.

De acordo com Beck, que se dedicou, principalmente, a debater a questão ambiental e os problemas contemporâneos oriundos ou reforçados pela globalização, vivemos em uma civilização que contínua e difusamente está a gerar riscos, inevitáveis (*v.g.* nuclear, saúde, terrorismo) e impossíveis de serem definidos em termos de espaço e tempo.

Por isso, deveríamos combatê-los, o que poderia dar-se, inclusive, segundo o desenvolvimento da teoria, pela responsabilização da pessoa pelo risco criado, mesmo sem demonstração do dano concreto.

Em certa medida, alinha-se aos fundamentos dos princípios da precaução e da prevenção[666], basilares no direito ambiental, a recomendarem a adoção de medidas com o fim de acautelar-se ante quaisquer condutas danosas. Pela teoria, o mero risco do dano autorizaria a adoção de medidas para evitá-lo.

Se isso, todavia, é defensável diante de situações nas quais, à luz de dados científicos, é razoável presumir o dano, ainda que gerado de forma paulatina e difusa (como o despejo de resíduos tóxicos em parcelas mínimas inofensivas, mas em grandes proporções nocivos à saúde), com certeza a generalização de hipóteses ensejadoras de responsabilidade sem dano, para fins de gerar o dever de indenizar, pode constituir, sem tal substrato e em contexto mais largo, um flagrante risco ao cidadão, além de inversão das bases que alicerçam o instituto da responsabilidade civil. Daí ser inaceitável,

---

[665] Nesse sentido, WALDEMAN, Ricardo Libel. Teoria do risco e filosofia do direito. In: **Doutrinas Essenciais** – Responsabilidade Civil. (Org.) NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. v.II. São Paulo: RT, 2010, p.674; KIRCHNER, Felipe. Responsabilidade civil objetiva no artigo 927 do CC/2002. In: **Doutrinas essenciais** – Responsabilidade Civil. (Org.) NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. v.II. São Paulo: RT, 2010, p.653.

[666] O princípio da precaução, decorrente de estudos na bioética, foi definido na Conferência Rio/92 como a "garantia contra os riscos potenciais que, de acordo com o estado atual do conhecimento, não podem ser ainda identificados." Por ele, na ausência de certeza científica formal sobre a existência de risco de dano sério ou irreversível, cumpre implantar as medidas aptas a preveni-lo. (GODIM, José Roberto. Disponível em: www.ufrgs.br/bioética/precau/htm. Acesso em: 4 ago.2016). Quanto ao da prevenção, liga-se aos riscos já conhecidos pela ciência.

ressalvadas situações pontuais e plenamente justificáveis – como a ambiental – o ressarcimento sem dano.

No nosso entender, para que semelhante possibilidade de indenização seja viável, ela precisa estar perfeitamente delineada em lei que, além de formal, deve ser, também, materialmente constitucional. Para tanto, cumpre-lhe seguir o critério da razoabilidade, de modo que a previsão de sua incidência esteja sempre pautada em critérios científicos ou em consonância com as leis da experiência e que a consequência cominada (a medida a ser aplicada) seja adequada à situação e proporcional; ademais, tratar-se de dano inevitável, ainda que difuso e de longo prazo.

Harmônico com a primeira parte da mencionada norma do Código Civil, o artigo 136 do Código Tributário e a legislação aduaneira afastam, em parte, a teoria da culpa e acolhem expressamente a do risco objetivo, ao especificar que, na hipótese de determinada atividade gerar dano, a pessoa que a exerce estará obrigada a repará-lo, independentemente de sua ação denotar imprudência ou negligência.

Com semelhante entendimento, alinham-se Aliomar Baleeiro, Misabel de Abreu Machado Derzi, Paulo de Barros Carvalho, Bernardo Ribeiro de Moraes, Ives Gandra da Silva Martins, embora o entenda um princípio excepcional[667], e, em certa medida, Sacha Calmon Navarro Coelho, que, embora as admita, entende nada impedir que as responsabilidades, nesses casos, sejam subjetivadas. Em sentido diverso, Rui Barbosa Nogueira, para quem a responsabilidade objetiva não seria compatível com o Estado de Direito e estaria rechaçado, por antinomia, pelo artigo 112 do Código Tributário Nacional.[668]

Só há uma perfeita sintonia entre o dispositivo da lei civil e o artigo 136 do Código Tributário Nacional, reprisado no artigo 94, §2º, do Decreto-Lei n. 37/1966, no quanto estes dispositivos estabelecem que, “salvo disposição expressa em contrário, a responsabilidade por infração independe da intenção do agente ou do responsável”.

---

[667] BALEEIRO, Aliomar. **Direito tributário brasileiro**. 10.ed. Forense: Rio de Janeiro, 1991, p.759; 761-762; CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 13.ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 503; MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Da sanção tributária**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p.56; MORAES, Bernardo Ribeiro. **Compêndio de direito tributário**. v.II. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994, p.545-546.
[668] NOGUEIRA, Rui Barbosa. **Curso de direito tributário**. 14.ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p.106.

Na parte em que a legislação tributária aduz a responsabilidade prescindir, também, “da efetividade, da natureza e da extensão dos efeitos do ato”, elas postam-se em posição contrária à da lei civil, construindo um caminho próprio, ao admitir a responsabilização do sujeito passivo sem dano efetivo.

Cabe, porém, uma ponderação. Se a finalidade da norma, no Direito Civil, é propiciar indenização por danos de difícil aferição – e na teoria de Ulrich, basta a existência de um risco relevante, o qual deve ser combatido – a de Direito Tributário, plasmada no artigo 136 deste Código e em dispositivos dele derivados visa, em primeiro lugar, o ressarcimento, ou seja, indenização, pelo tributo não recolhido – atualizado monetariamente e com juros compensatórios – e, logo em seguida, a imposição de sanções por descumprimento de obrigações formais (no dizer do Código, “acessórias”), que, por sua natureza, não guardam nenhuma correlação com a produção de dano financeiro.

O próprio caráter formal da obrigação, neste caso, implica a natureza formal da sanção, como é de praxe nas sanções administrativas. Para a sanção, basta o ilícito, com a, intencional ou não, burla aos controles estatais. É irrelevante o resultado, consubstanciado em eventual prejuízo material ao Estado[669]. Aliás, como estudado, o fenômeno pelo qual, para a existência de sanção, basta a infração, é onipresente e característica do próprio Direito.

Com efeito, no âmbito do Direito Público, a quem incumbe resguardar os interesses gerais da comunidade, a preocupação em reprimir atos ilícitos está muito mais voltada a manter aqueles íntegros – pela preservação das normas que possibilitam o exercício do poder de polícia – do que em simplesmente obter reparação por eventuais prejuízos causados à Administração. Está muito mais dirigida à proteção aos interesses públicos primários da sociedade, do que àqueles secundários, da pessoa jurídica de direito público (em que pese, evidentemente, certa interpenetração desses interesses).

Assim, sem a necessidade, efetivamente, de culpa ou dano, é suficiente, no campo do Direito Administrativo, a conduta colocar em risco, por exemplo, a saúde ou a segurança dos cidadãos.

---

[669] Fazemos aqui a analogia com o delito formal, que independe do resultado.

Na prática aduaneira, a imposição de sanção não está limitada às tributárias. Decerto o controle da arrecadação dessas verbas situa-se em sua esfera; mas não só, pois, além das autuações por falta de recolhimento de tributo e das penalidades correspondentes, pode haver a imposição de sanção por descumprimento de obrigações formais, diversas das voltadas ao controle de recolhimento de tributos. Como visto, o âmbito dentro do qual se desenvolve o Direito Aduaneiro é bem mais largo do que o do Direito Tributário.

Por outro lado, o fato de os artigos 136 do Código Tributário Nacional e 94, §2º, do Decreto-Lei n. 37/1966 autorizarem sanção mesmo à falta de dano e independente de sua extensão, não significa todos os ilícitos serem apenados do mesmo modo; principalmente porque, como explanado, nem todos possuem idêntica natureza.

O que a legislação tributária e a aduaneira pretendem é, além de impedir o dano ao patrimônio público e a prática de condutas temerárias capazes de nele resultar, combater as violações aos controles administrativos cujo efeito, por vezes, é mais grave do que o da evasão fiscal. Rememore-se, a respeito, tudo o que se disse sobre as atribuições extrafiscais das Aduanas.

Enfim, independentemente do significado que se atribua à expressão “dano ao erário”, o que não se pode olvidar é que, para qualquer circunstância em que se mostre presente o ilícito, formal ou material, é consequência natural o estabelecimento de sanção, cuja gravidade há de depender da hipótese considerada; uma deverá ser proporcional à outra.

O importante é verificar a sanção adequada a cada modalidade de ilícito. Isto é o que importa e deve estar pautado pelo critério da razoabilidade e, diante do grau de risco gerado para a sociedade, da proporcionalidade. As condutas que a legislação infraconstitucional classifica como dano ao erário, como se verá, não fogem a essa regra.

Feitas essas digressões, de volta ao tema, verificamos que, a despeito da celeuma existente, majoritariamente as hipóteses de “dano ao erário” descritas na legislação aduaneira[670] correspondem, senão a lesão consumada, ao menos à tentativa de perpetrá-la. Em todos, ainda, se antevê o dolo.

[670] A expressão também é utilizada, pelo artigo 37, §5º, da Constituição Federal, para tratar da improbidade administrativa por parte de qualquer pessoa.

O único caso claramente diverso é o do abandono, que, embora intencional, não necessariamente está vinculado a comportamento que vise lesionar o Tesouro.

Com efeito, se tentarmos classificar as hipóteses normativas alusivas ao perdimento sob essa óptica, verificaremos as seguintes espécies:

(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 n. 1.455/1976, regulado pelo artigo 689, XX e XXII do RA/2009; artigo 87, I, da Lei n. 4.502/1964, regulado pelo artigo 690 do RA/2009; artigo 18 do Decreto-Lei n. 1.593/1977, na redação da Lei n. 10.833/2003, regulado pelo artigo 694 do RA/2009 e artigo 2º, parágrafo único e 9º da Lei n. 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 n. 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 n. 37/1966, regulado pelo artigo 689, IX, do RA/2009 e artigo 23, II e III do Decreto-Lei n. 1.455/1976, com artigo 689, XXI, do RA/2009);

(V) Decorrente de acordos internacionais (*v.g.* artigo 68, *caput*, da Lei n. 5.025/1966 e artigo 691 do RA/2009; artigo 2º, parágrafo único e 9º, da Lei n. 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).

Portanto, nem todas as situações descritas na legislação correspondem a uma efetiva e imediata perda do Tesouro Nacional, o dano emergente. Algumas configuram uma mera tentativa ou, ainda, o risco de sua causação (dano em potência).

Veja-se, por exemplo, a hipótese ventilada no inciso I do artigo 105, do Decreto-Lei n. 37/1966: operação de carga ou em descarga, em andamento ou concluída, de qualquer veículo, sem ordem, despacho ou licença, por escrito, da autoridade aduaneira ou sem o cumprimento de outra formalidade essencial estabelecida em texto normativo. Caso isso se dê fora de ponto alfandegado (o que, em tese, possibilita a aplicação do perdimento também do veículo), nitidamente há descaminho, pois evidente o propósito de não recolher os tributos. Assim procedido, todavia, em porto ou aeroporto alfandegado, haverá, a depender do caso concreto, tentativa de descaminho ou situação que, pela gravidade, gera grave e imediato risco de dano.

De modo geral, os incisos iniciais do artigo 105 do Decreto-Lei n. 37/1966 consideram presente o dolo, à vista das contingências neles descritas.

De fato, em todos os casos do item (II) o elemento material do tipo revela, senão tentativa de descaminho, a prática de conduta de extremo risco para os controles aduaneiros. Pior: não se trata de risco genérico e distante; ao contrário; trata-se de risco iminente, específico e bem fundamentado; na melhor das hipóteses, que atenta seriamente contra o controle das operações de comércio exterior.

As conclusões que levaram à construção do tipo, nesses casos, à toda a evidência, derivam da análise de parâmetros objetivos, estribados na razão e em lições extraídas da experiência, diante dos quais acredita-se que nada mais poderia estar a ocorrer nessas hipóteses senão a tentativa de obtenção de vantagem, mediante lesão do erário. Daí que, se não é o próprio ilícito em processo de materialização (tentativa) há conduta, voluntária e consciente, que produz esse perigo.

É verdade que em nenhum desses tipos aduz, explicitamente, ao risco ou à situação de perigo. A mensagem é sempre implícita.[671] Por isso, não poucos entendem ter havido, nesses casos, a adoção, pela legislação, de

[671] O dano potencial, sob o nome de “crimes de perigo”, é bem conhecido do Direito Penal, enquanto o dano emergente é objeto de considerações do Direito Civil.

presunções de dano, enquanto outros nisso preferem ver que, na verdade, o conceito de dano ao erário consubstanciaria um tipo especial de infração na tentativa de se esquivar do poder de polícia.

A representar esta última forma de abordar a problemática, veja-se o entendimento abraçado 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-financeiras, que é atribuição relevante da administração tributária", ressaltando, ademais, não se poder limitar esse conceito "à simples elisão do imposto, pois pressupõe uma ação cujo objeto é a violação de leis financeiras, protetivas do comércio com o exterior, nas quais se regula larga margem ao poder de polícia econômico". [672]

Consoante esse voto, do Ministro Néri da Silveira, é irrelevante o efetivo desfalque do patrimônio público. Basta a infração contra os controles estabelecidos. Todavia, fosse assim, toda e qualquer infração enquadrar-se-ia nessa categoria, não sobrando espaço para aquelas punidas por multa. Na verdade, além de consistir em violação aos controles aduaneiros, o ilícito há de ser sério e ao menos potencialmente danoso, situação extraída a partir das presunções.

Trata-se, em parte, de posição mais abrangente do que a outra. A primeira posição apontada, pertinente à presunção de dano, recebe severas críticas de autores como Maria Ângela Lopes Paulino Padilha e Hugo de Brito Machado, o qual assinala: "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"[673]. Daí concluir 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".[674]

---

[672] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 1ª Turma; AgI n. 98.200-1/DF, Rel. Min. Néri da Silveira; DJ 6/9/1985 apud PADILHA, Maria Ângela Lopes Paulino. **As sanções no direito tributário**. São Paulo: Noeses, 2015, p.201.

[673] 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.

[674] 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.

Padilha apoia integralmente essa posição, por entender que "a ocorrência do dano financeiro ao erário é pressuposto material para ensejar a cominação da penalidade de perdimento".[675]

É preciso frisar, por oportuno, que o objeto de indagação, neste ponto, não é o dolo, o qual, no dizer de Paulo de Barros Carvalho, não se presume; deve sempre ser provado.[676] Discute-se, apenas, a possibilidade de presumir o dano, à luz de determinadas circunstâncias.

Não obstante o respeito que tenhamos pela posição de Machado e Padilha, acima expostas, verdadeiramente fundadas no propósito de garantir a segurança do cidadão e cônscia dos problemas ensejados pela má qualidade da legislação e das falhas na sua aplicação, o fato, porém, é que pelo menos as presunções relativas são claramente admitidas no Direito Tributário. É relevante aquela contida no artigo 148 do Código Tributário Nacional (CTN), que consigna a possibilidade de a autoridade lançadora, mediante processo regular, arbitrar o valor ou preço dos bens, "sempre que sejam omissos ou não mereçam fé as declarações ou os esclarecimentos prestados, ou os documentos expedidos pelo sujeito passivo ou pelo terceiro legalmente obrigado", ressalvado o contraditório. Basta assegurar-se a ampla defesa e o contraditório.[677]

Igualmente a Lei n. 10.637/2002, ao inserir §2º ao artigo 23 do Decreto-Lei n. 1.455/1976, introduziu situações em que presume interposição fraudulenta em operações de comércio exterior (não comprovação de origem, disponibilidade e transferência de recursos), que só podem ser rebatidas mediante prova contrária[678], sem contar as relativas à omissão de receitas, previstas na legislação do imposto de renda.

Mais complexa é a situação do artigo 185 do CTN, que, ao presumir fraudulenta a alienação de bens por sujeito inscrito em dívida ativa, à falta de outros suficientes para o adimplemento da dívida fiscal, acaba por presumir o dolo, que, em princípio, deveria ser provado. No entanto, a situação, neste

---

[675] PADILHA, Maria Ângela Lopes Paulino. **As sanções no direito tributário**. São Paulo: Noeses, 2015, p.204.

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

[677] Nessa linha, TORRES, Heleno Taveira. Pena de perdimento de bens e sanções interventivas em matéria tributária. São Paulo, **Repertório de jurisprudência IOB** – 1ª quinzena, 2007, v.I, n.19/2007, p.761.

[678] Não obstante autores como Heleno Taveira Torres considerarem-na presunção absoluta (TORRES, Heleno Taveira. Pena de perdimento de bens e sanções interventivas em matéria tributária. São Paulo, **Repertório de jurisprudência IOB** – 1ª quinzena de outubro de 2007, v.I, n.19/2007, p.761).

caso, adquire diferente coloração quando se pondera que, para chegar à conclusão de a alienação ter sido fraudulenta, antes é preciso averiguar (mediante o devido processo legal) o desfazimento de bens pelo sujeito passivo e a inexistência de outros suficientes para cobrir as dívidas as quais o sujeito passivo deveria saber existentes, uma vez que, em qualquer caso, por conta do procedimento administrativo de cobrança, o devedor teria sido dele notificado.

Mais do que presunção, portanto, trata-se de uma autêntica constatação do dolo, a qual apenas por arroubo retórico, para reforçar a posição do Fisco, denominou-se "presunção". Observe-se, ademais, o próprio Direito Penal admitir presunções, inclusive absolutas (que, em tese, inadmitem prova em contrário), como é o caso de estupro de pessoa absolutamente menor ou vulnerável.[679]

Evidentemente, está longe de se pretender que as situações as quais a legislação presume dano ao erário o configurem de modo absoluto. Em face da gravidade da pena, das inúmeras nuances fáticas possíveis e da necessidade de dolo para perfazer a conduta típica, não se pode deixar de admitir o direito de prova contrária, hábil a elidir a presunção. O essencial é a lei, ao fixar as consequências jurídicas atribuíveis à conduta, atentar para o induvidoso e exacerbado grau de perigo por elas geradas aos controles administrativos, que dão azo ao dano efetivo.

Em suma: é mister que da conduta facilmente se possa inferir determinado efeito, sendo irrisória possibilidade diversa. O que rege a opção de sua tipificação pelo legislador, é o balanço entre o custo e o benefício da medida, no qual aquele seja mínimo e este máximo. Evidentemente, todos os demais princípios constitucionais também devem ser observados. Em especial, o contraditório e a ampla defesa, uma vez que, a agir de outro modo, estar-se-ia desnaturando aquilo que é uma presunção relativa.

Por outro lado, a pena, rígida, mas de prévio conhecimento público, será a garantia da eficácia do ordenamento, em especial da preservação do princípio da igualdade [680] e, portanto, da justiça, em detrimento da impunidade.

---

[679] A propósito, vide artigo 217-A, do Código Penal, na redação da Lei n. 12.015/2009.

[680] Igualdade entre pessoas, mas também concorrencial, basilar tanto para a esfera particular das pessoas envolvidas no processo empresarial (progresso, emprego), mas do sistema econômico como um todo.

Noutro giro, retornando à abordagem inicial sobre o dano, embora possível cogitar, em certos quadrantes do Direito Administrativo, acerca de normas a seu respeito, sob o prisma dos lucros cessantes, não há, entre as aduaneiras, alusão a situações em que rendas futuras, de percepção segura ou presumida (salvo o mencionado), sejam frustradas unicamente por interveniência do fato ilícito.

Enfim, o possível de afirmar com pertinência às hipóteses de dano ao erário descritas na legislação aduaneira é elas se reportarem tanto a danos efetivos, emergentes, quanto a situações nas quais sua ocorrência é presumida à luz das circunstâncias, que hão de confirmar o dolo. Serão os contornos do caso concreto que, confrontados com o tipo legal, dirão sobre a aplicabilidade da norma sancionatória ao caso.

Quanto às situações em que, por razões de segurança, saúde ou compromissos internacionais a importação é vedada pela ordem jurídica, embora verdadeiramente não exista dano ao erário, real ou presumido, o fato é que há outros substratos no sistema para autorizar a pena de perdimento; na essência, o regular exercício de poder de polícia quanto a estes aspectos.

Portanto, neste tópico, não há porque, apenas da inadequação do nome apontado à espécie, considerar toda e qualquer apreensão a esse título inconstitucional, uma vez que nem o tipo sancionatório, nesses casos, requer o dolo, nem a retenção da mercadoria ou o seu perdimento transbordam os limites constitucionais segundo a óptica do exercício do poder de polícia. Assim, se pode haver inconstitucionalidade, como frisamos ao tratarmos da hipótese em capítulo anterior, estará na indevida aplicação da pena a bens que, por interpretação deveras pautada pelo subjetivismo, venha, indevidamente, considerá-las contrárias à moralidade pública.

Fora isso, a única situação peculiar parece ser a do abandono, com relação ao qual a responsabilização é objetiva, porque, quanto a ele, diversamente de risco potencial para a Administração, o que há, em certa medida, é a renúncia tácita ao direito de propriedade sobre o bem, que, de qualquer maneira, não pode quedar indefinidamente guardado às expensas da Administração. Ademais, trata-se de situação em que a incidência da norma independe do dolo específico de lesar o erário, uma vez que, no máximo, a

única intenção é a desvencilhar-se do bem, abandonando-o. Coligado a isto, há a questão da natureza jurídica do dano ao erário.

21.3 Da natureza jurídica do dano ao erário

Ainda ao tempo da Constituição pretérita, em voto proferido na Apelação ao Mandado de Segurança n. 95.037/MS, o Ministro Carlos Mário Velloso, na época no Tribunal Federal de Recursos, diferenciava perdimento de confisco, salientando que enquanto este corresponderia à adjudicação de bens alheios ao fisco, sem indenização, aquele seria pena e restituição decorrente de fato ilícito somente aplicável quando existente dano efetivo ao erário, com proveito do particular.[681] Somente nessa "perspectiva genérica" para ele o perdimento não era inconstitucional.

Contudo, pelo que se infere da legislação, bem como do acórdão da lavra de Néri da Silveira, nem sempre ela é puramente ressarcitória.

Sanção, como vimos, é a retribuição prevista no sistema jurídico ao descumprimento da norma primária, a qual determina um comportamento. Trata-se, em suma, da consequência prevista na lei em decorrência de fato ilícito.

As sanções podem possuir diversas naturezas: civis, administrativas e penais, conforme o regime aos quais se subordinam.

Em qualquer caso, podem consistir em medidas indenizatórias, voltadas a repor a situação no *status quo ante*, ou punitivas, adotadas com o propósito de reprimir o ilícito em concreto e prevenir fatos semelhantes no futuro.

Nesse passo, a natureza da sanção referente ao perdimento é complexa, pois, se, de um lado, possui intuito ressarcitório – o de reembolsar os cofres públicos da perda monetária por eles sofrida – de outro não mostra correspondência exata entre esta e o valor do bem; em especial nas hipóteses em que são impostas em virtude de presunção do ilícito, quando no máximo houve tentativa, mas não efetivo dano, ou de risco à saúde pública.

Com efeito, o fato de a sanção de perdimento incidir sobre a mercadoria[682], enquanto, em regra, os tributos aduaneiros incidem em

---

[681] FERREIRA, Jean Marcos. **Confisco e perda de bens no direito brasileiro**. Campo Grande: J.M. Ferreira, 2000, p.210.

[682] Sem prejuízo da sanção penal que também possa se abater sobre a mesma hipótese fática.

percentuais substancialmente inferiores a 100% do respectivo valor aduaneiro aponta para o franco descompasso entre os impostos escamoteados e seu valor, muito superior. O único paralelo possível seriam algumas multas aplicadas neste percentual, de indiscutível caráter punitivo.

A corroborar essa compreensão, ressalte-se que mesmo havendo ulterior pagamento dos tributos, com os devidos acréscimos legais, o que em tese ressarciria o erário, a legislação não admite, salvo na hipótese de abandono, a possibilidade de remir a sanção. Ela permanece incólume, mesmo diante do adimplemento.

Por fim, nem mesmo algo semelhante ao "arrependimento posterior" consubstanciado pelo ulterior pagamento dos tributos, se iniciada a ação fiscal, serve para minimizar a sanção, pois, relativamente aos bens cujo tributo não foi pago ou o foi apenas em parte, perdida a espontaneidade de que trata o artigo 138 do Código Tributário Nacional, não há como afastar a pena, e, com pertinência àqueles apreendidos por atentar contra a segurança, moral ou saúde pública, bem como em virtude de acordo internacional, em qualquer caso descabe a liberação.

É o que demonstra, em última análise, a falta de puro e exclusivo caráter ressarcitório à pena.

Daí Hamilton Dias de Souza afirmar:

> Para todos os casos onde se considere ocorrido dano ao Erário será 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.[683]

Ademais, partilhando da distinção entre perdimento e comisso de que falava Pontes de Miranda, afirmava este doutrinador:

> Na verdade, verificadas as situações a que se referem os artigos 104 e 105 do Decreto-Lei n. 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

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

> dado a conduzir à conclusão de comisso, não de perdimento por danos causados ao Erário.[684]

Assim, malgrado, de início, na Constituição de 1967, a concepção da pena de perdimento se insinuasse como medida ressarcitória, antes disso as hipóteses descritas no Decreto-Lei n. 37/1966, embora sem falar em dano ao erário, possuíam um nítido conteúdo punitivo.

Meditando sobre a norma do artigo 87 da Lei n. 4.502/1964, pertinente ao imposto sobre produtos industrializados (IPI), à qual já nos referimos, e que versa sobre o perdimento, dissertou Heleno Taveira Torres:

> [...] o tratamento extremo era reservado para os casos de clandestinidade do ingresso de mercadorias, ausência de registro regular, as hipóteses de notas irregulares ou quando circulassem desacompanhadas de notas. Desse modo, tal sanção administrativa de caráter interventivo poderia enquadrar-se perfeitamente em típico caso de 'garantia' ao crédito tributário, na preservação do direito da Fazenda Pública de tutelar sua exigibilidade, pois trazia como pressupostos circunstâncias típicas de evasão fiscal, de fácil capitulação objetiva do ilícito, mas cuja punição deveria sempre vir antecipada de processo. [685]

Destarte, o perdimento de bens é pena; não mero ressarcimento de prejuízos, não obstante também possa servir a esse propósito. Inserir-se-ia, portanto, na categoria que Hector Villegas denomina de sanção de caráter repressivo-compensatório ou misto, em que se mesclam a finalidade de reprimir o comportamento ilícito e ressarcir o Fisco pelos danos infligidos.[686]

---

[684] SOUZA, Hamilton Dias de. **Estrutura do imposto de importação no Código Tributário Nacional**. São Paulo: Resenha Tributária, 1980, p.124.
[685] TORRES, Heleno Taveira. Pena de perdimento de bens e sanções interventivas em matéria tributária. São Paulo, **Repertório de jurisprudência IOB** – 1ª quinzena de outubro de 2007, v.I, n.19/2007, p.762.
[686] VILLEGAS, Hector. **Direito penal tributário**. São Paulo: Universidade Católica, 1974, p.289.

22 A CONSTITUCIONALIDADE DA PENA DE PERDIMENTO

Desde cedo, promulgada a Constituição de 1988, encetou-se disputa entre duas correntes acerca da constitucionalidade da pena de perdimento na legislação aduaneira, uma favorável, outra contrária à sua recepção.

Para a corrente que negava a recepção dessa sanção pela nova Constituição no âmbito do Direito Administrativo, ressalvados os casos de improbidade administrativa e de utilização de terras para o cultivo de plantas psicotrópicas, objeto de dispositivos expressos da Lei Maior (artigos 37, §4º, e 243 da Constituição), não haveria como acolher a pena de perdimento neste campo. Porque, além de a nova ordem silenciar sobre o "dano ao erário", ao contrário das Cartas de 1967 e 1969, os enunciados a ela referentes atualmente estão inseridos em meio àqueles pertinentes à matéria criminal, a deixar implícito seu cabimento apenas nesta hipótese.

Em síntese, concluía essa corrente, autorizado o perdimento de bens somente diante de práticas delituosas, de competência da autoridade judiciária, não haveria como admiti-la na seara administrativa, para ser aplicada consoante os critérios da autoridade fazendária, em regime menos rigoroso de apreciação. A respeito, assevera Hugo de Brito Machado:

> As normas albergadas pelos incisos XLV e XLVI, como claramente se vê, são normas dirigidas a questões penais. Se admitirmos que as penas referidas no inciso XLVI possam ser aplicadas como sanções administrativas, teremos de admitir a prisão administrativa, o que é inteiramente inadmissível.[687]

Na mesma linha, José Eduardo Soares de Melo:

> O vigente ordenamento (CF/1988) não contém preceito específico sobre o 'perdimento de bens por danos causados ao Erário', a exemplo do que dispunha a Constituição anterior (artigo 153, §11).
> A atual CF (artigo 5º) contém o elenco de direitos e garantias individuais, estabelecendo que 'ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal' (inciso LIV), em face do que sua aplicação somente poderia ser promovida pelo Judiciário, em caso de condenação criminal (inciso XLV, b). Ademais, o DL 1.455/1976 teria perdido eficácia porque não fora objeto de ratificação pelo Congresso Nacional (artigo 25, §1º, do Ato das Disposições Transitórias) [688].

---

[687] 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.9.
[688] 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.9.

> Apenas se encontra prevista a decretação de perdimento de bens, nos termos da lei, em situações concernentes à pena criminal, que constitui matéria distinta da alfandegária, de cunho administrativo.

Na mesma trilha, Sebastião Oliveira Lima afirmava:

> 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.[689]

José Lence Carluci, outrossim, rejeitava a possibilidade de a pena de perdimento poder ser decretada pela autoridade administrativa depois da promulgação da Constituição de 1988, por entendê-la reservada às sentenças condenatórias lançadas por juízes criminais, "em virtude da prática de crime 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 n. 7.209/84".[690]

Pensamento similar ao de Eduardo Rocha Dias e Natercia Sampaio Siqueira para os quais a retirada de propriedade de bens pelo Estado, ressalvada a hipótese de glebas utilizadas para a plantação de substâncias psicotrópicas, só é viável no caso da prática de crimes, como o de contrabando e descaminho.[691] Em ponderação a respeito, por sua vez, Yoshiaki Ichihara considera válido lei específica da União "cominar pena de multa e o perdimento de bens, em caso de prática do ato ilícito pelo contribuinte".[692]

No entanto, como Eduardo Rocha Dias e Natercia Sampaio Siqueira, Ichihara parece reservar o perdimento somente às hipóteses de contrabando

---

[689] LIMA, Sebastião de Oliveira. Perdimento de bens. **Revista de Direito Tributário**, n.58, São Paulo, Malheiros, 1991, p.175.
[690] CARLUCI, José Lence. **Uma introdução ao direito aduaneiro**. São Paulo: Aduaneiras, 1997, p.366-367.
[691] DIAS, Eduardo Rocha; SIQUEIRA, Natercia Sampaio. Sanções administrativas tributárias: uma tentativa de enquadramento constitucional. In: (Coord.) MACHADO, Hugo de Brito. **Sanções administrativas tributárias**. São Paulo: Dialética, 2004, p.133.
[692] ICHIHARA, Yoshiaki. Sanções tributárias – questões sugeridas. In: **Sanções administrativas tributárias**. São Paulo: Dialética, 2004, p.496-497.

ou descaminho, na medida em que, depois de reportar a essas hipóteses, cinge-se a enunciar que, no último caso, em que há apenas a subtração dos tributos devidos ou a sua tentativa, só descabe o *bis in iden* – a aplicação simultânea da pena de multa e de perdimento – e a desobediência ao devido processo legal. Nada mais impediria, em tese, a sanção.

Em linha oposta, a defender a constitucionalidade da pena na esfera administrativa e, em especial aduaneira, Heleno Taveira Torres salienta que, embora a Constituição vigente careça de disposição expressa alusiva ao dano ao erário, nada impede de, por essa forma, penalizar-se esse ilícito, em razão de a sanção permanecer agasalhada na Lei Maior.

A Constituição apenas teria transmigrado a disciplina da pena de um nível particular, no qual tratava dela, especificamente e em simultâneo, nos campos penal e administrativo, para outro mais genérico, a englobar as duas espécies de perdimento, subordinados, porém, a todos os princípios constitucionais; em particular, o *substantive due process of law*.

A seu ver, respeitado esse pressuposto, nada impede o acolhimento dessa pena na legislação administrativa.[693] Por consequência, rechaça a validade de antigos julgados, inclusive do Supremo Tribunal Federal, que, ao julgar lides cuja origem remonta a período anterior a 1988 consideravam o perdimento cabível, independentemente do devido processo legal (RE 965693-RS, Rel. Min. Alfredo Buzaid, j. 03/08/1982).[694]

Igualmente Jean Marcos Ferreira rejeita a inconstitucionalidade do perdimento de mercadorias, aduzindo, em reforço, que embora a Constituição norte-americana também não a preveja expressamente, lá a sanção é largamente praticada.[695]

---

[693] TORRES, Heleno Taveira. Pena de perdimento de bens e sanções interventivas em matéria tributária. São Paulo, **Repertório de jurisprudência IOB** – 1ª quinzena de outubro de 2007, v.I, n.19/2007, p.763.

[694] O acórdão citado referia-se a caso de abandono em que não houve notificação do interessado. Segundo o relator, o mero decurso de prazo o caracterizaria, o que, no entanto, como vimos, não é exato. (TORRES, Heleno Taveira. Pena de perdimento de bens e sanções interventivas em matéria tributária. São Paulo, **Repertório de jurisprudência IOB** – 1ª quinzena de outubro de 2007, v.I, n.19/2007).

[695] FERREIRA, Jean Marcos. **Confisco e perda de bens no direito brasileiro**. Campo Grande: J.M. Ferreira, 2000, p.203-204. Ressalte-se, todavia, que apesar de não haver alusão direta a perdimento de bens, a Constituição norte-americana veda, no âmbito penal, o confisco de bens, consoante desponta da parte final da Seção III do artigo 3º desse texto, assim expresso: "O Congresso terá o poder de fixar a pena por crime de traição, mas não será permitida a morte civil ou o confisco de bens, a não ser durante a vida do condenado." Ademais, a Emenda V à citada Constituição ao garantir que ninguém será privado de seus bens sem o devido processo legal, autoriza, a *contrario senso*, sua perda, embora também claramente em contexto de prática criminal.

É a linha adotada por Rony Ferreira, que afirma a desnecessidade de tudo "estar expressamente previsto na Constituição para que exista". Conforme esclarece, com arrimo em julgado do Supremo Tribunal Federal (RE 223.075/DF; STF, 1ª Turma; Rel. Min. Ilmar Galvão; DJ 6/11/1998),[696] da falta de previsão expressa não decorre, necessariamente, a inconstitucionalidade ou a não recepção. Ademais, nada "obstaculiza que sob certos aspectos e condições esses direitos fundamentais submetam-se a determinadas condições".[697]

Em reforço à tese, traz, nessa linha, paradigmático acórdão do Tribunal Regional da Terceira Região, o qual transcrevemos:

> I – O Egrégio Supremo Tribunal Federal declarou a constitucionalidade da pena de perdimento por danos causados ao erário, por haver previsão expressa na Constituição Federal de 1967, artigo 153, §11, com a redação dada pela Emenda Constitucional n. 11, de 13 de outubro de 1978 (REx n. 95.693-RS, Rel. Min. Alfredo Buzaid). Mas da falta de previsão expressa na vigente Constituição não se conclui a sua inconstitucionalidade ou não-recepção, sendo necessário, para além do argumento meramente verbal, analisar se o conteúdo das normas constitucionais em vigor admitem ou não tal penalidade.
> II – Não se pode desprezar precedente do Egrégio Supremo Tribunal Federal, no sentido da admissibilidade da expropriação patrimonial não-jurisdicional, como sucede na execução extrajudicial (RE n. 223.075-DF, Rel. Min. Ilmar Galvão).
> III – Há uma tendência de ampliar o conceito de devido processo legal para além do âmbito jurisdicional. Toda atividade estatal pode ser reconduzida à ideia de processo (jurisdicional, legislativo, administrativo), de modo a suscitar os conceitos de '*procedural due process of law'* e '*substantive process of law'*, pois tanto na forma quanto no conteúdo, a ação estatal deve subordinar-se ao princípio da legalidade.
> IV – Não se pode afastar a possibilidade, assim, de que a ação administrativa venha a atingir direitos subjetivos, inclusive de propriedade, desde que observado o devido processo legal. O controle jurisdicional não é, à luz do precedente supramencionado, necessariamente a priori, consubstanciando, em última análise, um ônus do interessado, pois a possibilidade de expropriação não-jurisdicional não implica proibição de acesso ao Poder Judiciário.
> V – A ampliação do devido processo legal para o ambiente administrativo, corolário do Estado de Direito, não acarreta a supressão da competência da autoridade administrativa para a decretação da pena de perdimento nas hipóteses cabíveis, cumprindo

[696] O julgado concluiu recepcionada a execução extrajudicial do Decreto-Lei n. 70/1966 pela Constituição de 1988. Particularmente sobre esse tema, são inúmeros os acórdãos do STF a considerar constitucional a execução forçada dos imóveis, nos termos do mencionado diploma legal (*v.g.* RE n. 287.453, Relator Min. Moreira Alves, 1ª Turma, DJ de 26.10.01; AI n. 514.565-AgR, Relatora Min. Ellen Gracie, 2ª Turma, DJ de 24.2.06).

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

> ao interessado tomar as iniciativas adequadas para sujeitar o Poder Executivo ao controle jurisdicional.
> VI – Os princípios do contraditório e da ampla defesa não são restritos ao processo jurisdicional. Também os processos administrativos devem respeitá-los, inclusive para o efeito de legitimar, em razão da participação do interessado, o provimento final que venha eventualmente a atingir o universo jurídico deste.
> VII – A garantia da pessoalidade da pena impede a responsabilização penal de terceiros, inclusive sucessores. A permissão constitucional para que a pena de perdimento possa ser executada contra os sucessores, no limite do patrimônio transferido, não é norma da qual se possa extrair a proibição da pena de perdimento passível de decretação pela autoridade administrativa.
> VIII – A previsão constitucional da admissibilidade da perda de bens como pena por ilícito criminal não implica a impossibilidade de instituição legal de qualquer sanção não-penal, inclusive o perdimento de bens. Da norma permissiva não se conclui, necessariamente, a proibitiva.
> IX – O controle quanto ao ingresso de coisas no País diz respeito à sua própria soberania. Nessa atividade, não é razoável exigir do Poder Executivo o esgotamento da via jurisdicional, consequência necessária se acolhida a alegação de inconstitucionalidade da pena de perdimento. A autoridade administrativa não poderia dar qualquer destino às mercadorias apreendidas e sob sua guarda, pois a destinação implica expropriação. O ônus do processo, em casos dessa natureza, cabe ao particular, não ao Poder Executivo.
> (TRF – 3ª Regiao; 5ª Turma; Apelação em Mandado de Segurança n. 49943; processo n. 91030300269/MS; Rel. Des. Fed. André Nekatschalow; DJU 21/08/2001; p. 867)

Outros argumentos frequentemente invocados nos julgados de primeira instância são a independência das esferas administrativa e penal, a justificar a apreensão da mercadoria independentemente da absolvição do agente pela sentença penal (em virtude, por exemplo, do princípio da insignificância)[698], e o atinente ao princípio da razoabilidade, a recomendar a repressão de condutas prejudiciais à coletividade.

A seu turno, ao debruçar-se sobre a matéria, igualmente Vera Lúcia Feil Ponciano reitera ser irrelevante expressa autorização da Constituição vigente para a restrição ao direito de propriedade e nada haver a impedi-la, por não se tratar de direito absoluto. Ademais, sustenta a validade do perdimento ser própria da tradição histórica brasileira, assim como sua razoabilidade, por não ser possível que, de sua não aplicação, resulte enriquecimento ilícito de alguns em detrimento da coletividade.[699]

---

[698] A esse propósito, é elucidativa a transcrição do acórdão do Tribunal Regional Federal da Quarta Região reportado na decisão da Ministra Cármen Lúcia citada a seguir.

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

De outra parte, com referência ao argumento exposto por Eduardo Soares de Melo, de que os Decretos-Lei n. 37/1966 e n. 1.455/1976 não haveriam sido ratificados pelo artigo 25, §1º, I, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT)[700], Maria Ângela Lopes Paulino Padilha rechaça o argumento, porquanto claramente o dispositivo faz alusão a "decretos-lei em tramitação", o que claramente não era o caso dos indigitados textos que, como bem expressa essa doutrinadora, há muito eram "direito posto", não carecendo de ratificação.[701]

Não obstante, tudo indica que, nos demais pontos, a autora está a concordar com Eduardo Soares de Melo, porque, ao transcrever sua lição, aduz à "propriedade" de suas colocações para, depois, discernir não ser essa a posição observável na pragmática jurídica, que considera recepcionados os citados Decretos-Leis pela atual Constituição. Ao final, manifesta-se em favor da posição defendida por Heleno Taveira Torres pela adequação do procedimento aos princípios e garantias constitucionais.[702]

Sob a atual Constituição, o Supremo Tribunal Federal não mais apreciou esta controvérsia. O argumento foi o de que, por a pena estar prevista na legislação infraconstitucional, qualquer violação ao sistema somente ocorreria por via reflexa, situação em que descaberia, com fundamento na jurisprudência da excelsa Corte, em particular a Súmula 279, sua apreciação (*v.g.* AgI n. 861.141; Rel. Min. Carmen Lúcia; j. 16/9/2014; RE 404.781- AgR; Rel. Min. Gilmar Mendes; DJ 13/3/2012).

Essa, enfim, é a discussão central, com os argumentos contra e a favor e a posição do excelso pretório.

Vejamos. A rigor, ensina a doutrina, com fundamento no princípio da legalidade, enquanto no Direito Privado o cidadão pode conduzir-se como lhe aprouver caso inexista norma jurídica a vedar esse comportamento, no Direito

---

[700] Literalmente, dita o artigo 25 do ADCT: "Ficam revogados, a partir de cento e oitenta dias da promulgação da Constituição, sujeito este prazo a prorrogação por lei, todos os dispositivos legais que atribuam ou deleguem a órgão do Poder Executivo competência assinalada pela Constituição ao Congresso Nacional, especialmente no que tange a: [...] §1º. Os decretos-lei em tramitação no Congresso Nacional e por este não apreciados até a promulgação da Constituição terão seus efeitos regulados da seguinte forma: I – se editados até 2 de setembro de 1988, serão apreciados pelo Congresso Nacional no prazo de até cento e oitenta dias a contar da promulgação da Constituição, não computado o recesso parlamentar; [...]"

[701] PADILHA, Maria Ângela Lopes Paulino. **As sanções no direito tributário**. São Paulo: Noeses, 2015, p.192.

[702] PADILHA, Maria Ângela Lopes Paulino. **As sanções no direito tributário**. São Paulo: Noeses, 2015, p.194.

Público a atuação da autoridade deve pautar-se em consonância com as normas irradiadas das leis e da Constituição, o alicerce fundamental de todo o ordenamento.

Foi a partir desse princípio, a propósito, o qual também deve ser visto como garantia do cidadão, que, paulatinamente, desde a Magna Carta inglesa de 1215, todo o constitucionalismo foi tecido, embora reforçado, posteriormente, aos fins do século XVIII, pelos clamores em torno do reconhecimento de outros direitos fundamentais, em especial segurança jurídica, igualdade, liberdade e a participação da classe burguesa emergente no poder, com a concomitante proteção da propriedade privada.

Evidentemente, não é o momento de discutir a evolução desse movimento no sentido de alargar seu grau de comprometimento democrático, até alcançar a fórmula do Estado Democrático de Direito, e verificar o reconhecimento, como fundamentais, de direitos sociais, coletivos e individuais homogêneos. O importante é ter em conta, no que interessa ao tema, o fato de todo o constitucionalismo ser fruto do intuito de se limitarem os poderes dos governantes em prol da garantia dos direitos fundamentais dos cidadãos e que, principalmente a partir do momento em que surgiu maior abertura em relação às preocupações sociais, nas primeiras décadas do século XX, não há mais como considerar os direitos individuais absolutos, mas integrantes de um conjunto os quais devem ser harmonizados entre si em prol de todos.

De igual maneira como dois princípios que entrem em choque, no caso concreto, devem ser ponderados de forma a obter-se um tratamento harmônico que prime pela máxima eficácia de cada um, também os direitos individuais, vistos em conjunto, devem ser harmonizados, sob a fórmula daquilo que se denomina interesse público. Isso porque a concepção moderna de liberdade, forjada principalmente após a consolidação dos direitos individuais e sociais reconhecidos pela primeira geração de direitos fundamentais, não se sustenta sozinha, mas requer composição com os deveres que cada um do povo tenha para com a coletividade e o Poder Público, em intrincada rede de direitos e obrigações, que torna viável a subsistência do Estado Democrático de Direito. É o sentido da velha máxima pela qual o direito de cada um termina onde se inicia o do seu semelhante.

A problemática foi muito bem enfrentada por Jorge Miranda e pelo também mestre português José Carlos Vieira de Andrade, que, depois de ressaltar a concomitância de direitos fundamentais com deveres de igual ordem, assinala:

> [...] a concepção dos direitos fundamentais como poderes individuais contra o Estado não seria, de fato, suficiente nem adequada para exprimir juridicamente as relações entre os cidadãos e os poderes públicos; àqueles não caberiam apenas direitos nem a estes meros deveres.[703]

Isto é, o reconhecimento dos direitos fundamentais não afasta a existência de deveres básicos que o cidadão tem em face da sociedade, como já bem o assinalava Jorge Miranda.

Em igual linha, ainda, tece considerações Gregorio Robles, para quem "não faz sentido pretender, como é comum, fundamentar os direitos humanos sem fazê-los corresponder aos deveres e valores morais." A seu ver, isso foi fruto da filosofia política individualista predominante na época inicial do constitucionalismo.[704]

Não por outra razão, fincada nesses fundamentos, a partir de determinado momento, ao próprio instituto da propriedade passou a ser requerido o cumprimento de sua função social. Sobre o que seja o direito de propriedade, vale lembrar a lição:

> Por constituir uma relação essencialmente jurídica, à medida em que propriedade é algo que só existe como relação juridicamente qualificada entre um sujeito de direito e um bem (seja ele corpóreo ou incorpóreo), ele depende da legislação infraconstitucional para ser definido. Diferentemente da vida, da liberdade de ir e vir, da manifestação da opinião, etc., entende-se que a mera referência constitucional ao direito de propriedade não permite a proteção de uma circunstância fática (como ocorre nos casos de proteções aos citados direitos), visto que, a propriedade mesma é um conceito normativo, e não fático. Afinal, conforme lembra Gilmar Mendes, 'é a ordem jurídica que converte o simples ter em propriedade'. No mesmo sentido, afirma Robert Alexy que 'garantias constitucionais como as referentes ao matrimônio, à propriedade e ao direito de herança pressupõem normas de direito civil. Sem normas sobre o

[703] ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 2004, p.159.
[704] GALKOWCZ, Henrique. A propriedade, o tributo e o confisco – o significado do inciso IV do artigo150 da Constituição e o limite quantitativo ao poder de tributar. **Revista Tributária e de Finanças Públicas**, São Paulo: RT, ano 21, v.108, jan.-fev., 2013, p.22.

> direito de propriedade a garantia constitucional da propriedade não teria sentido.[705]

Na mesma linha, Renato Alessi advertia, com respeito à definição dos direitos individuais:

> De qualquer modo, o que fica em evidência é que a posição dos limites à esfera de liberdade do indivíduo não constitui uma compressão, uma limitação em sentido próprio, do direito de liberdade do próprio indivíduo, mas uma definição do direito, isto é, a especificação dos limites necessários da esfera de liberdade tutelada, precisão necessária a fim de obter a harmônica convivência social.[706]

Assim, na busca da conciliação entre os interesses públicos e o privado, o direito de propriedade será aquilo que a legislação, em consonância com os vetores constitucionais, o defina ou, como afirma Celso Antônio Bandeira de Mello, "a expressão juridicamente reconhecida à propriedade"[707], embora sem nunca olvidar de observar o "conteúdo mínimo significativo" a ela atribuído pela Constituição.

Enfim, não existem direitos absolutos. Todos são relativos, em maior ou menor grau, sempre, contudo, segundo os moldes da Constituição. No Estado Democrático de Direito, o interesse público não se confunde com o do Estado, de seus dirigentes ou de determinadas classes. É o da comunidade globalmente considerada, devendo ser sempre considerado sob uma atenta e correta ponderação dos valores constitucionais.

Destarte, de igual modo como o direito à propriedade não é absoluto, porque condicionado, pelo artigo 5º, XXIII, da Constituição de 1988, ao cumprimento de sua função social – conceito com pertinência ao qual o artigo 1.228, §1º, do Código Civil faz uma primeira aproximação[708], à qual devem ser agregadas outras determinadas por normas de Direito Público – é incabível que o poder constituído se omita de suas atribuições e deixe de cumprir sua função ordenadora, bastante ampliada no Estado moderno, com o fulcro de assegurar

---

[705] GALKOWCZ, Henrique. A propriedade, o tributo e o confisco – o significado do inc.IV do artigo150 da Constituição e o limite quantitativo ao poder de tributar. **Revista Tributária e de Finanças Públicas**, São Paulo: RT, ano 21, v.108, jan.-fev., 2013, p.21.

[706] ALESSI, Renato. **Principi di diritto amministrativo**. v.II. Milão: Giufrè, 1974, p.582 apud VITTA, Heraldo Garcia. **Poder de polícia**. São Paulo: Malheiros, 2010, p.78.

[707] MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Novos aspectos da função social da propriedade no Direito Público. **Revista de Direito Público**, São Paulo, RT, 1986.

[708] Artigo 1228: [...] §1º. O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas".

o interesse público e a paz social. Tudo há de circular em torno de um jogo de equilíbrio entre os interesses públicos e os privados.

Por consequência, se há violação do ordenamento por qualquer forma, inclusive por abuso do direito, o Estado deve reprimi-la, sob o risco de desordenar a vida social e propiciar o cometimento de sem número de injustiças, capazes de entrar em espiral crescente.

Enfim, como bem ensina a teoria geral do Direito, não há espaço para a ausência de sanções em nosso ordenamento. Não é o fato de elas não estarem expressamente previstas na Constituição que as torna ilegítimas. Isso elas somente o serão se as normas que as previrem estiverem em descompasso com a Lei Maior.

Atrelar a existência de sanções à sua previsão expressa no texto da Carta Suprema é desconhecer que a construção das normas, a partir do processo interpretativo, deve sempre, necessariamente, ultrapassar a literalidade do texto e perquirir seu objeto também sob os prismas sistemático e teleológico. Somente assim será aferido, com precisão, o sentido da Constituição.

Observada tão somente sob a perspectiva da literalidade da previsão, certamente a norma não parece recepcionada, na medida em que falta no texto constitucional enunciado claro e expresso sobre quais seriam as sanções administrativas.

Quanto aos incisos XLV e XLVI do artigo 5º da Constituição, certamente eles tratam, precipuamente, de sanções criminais. Não somente porque estão inseridos em meio a normas dessa espécie, mas também porque, no primeiro inciso, o texto reporta-se a "*condenado*", figura única do processo penal (no administrativo, em geral, fala-se em "interessado"). Indubitável, porém, existirem sanções administrativas, incumbe perquirir, a partir da análise sistemática e teleológica da Constituição, as espécies admitidas e o regime aplicável.

Explicitamente, a Carta apenas estabelece garantias com respeito a sua imposição: que o seja pela autoridade competente (inciso LIII), o direito ao "contraditório e à ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes" (artigo 5º, LV); o impedimento do uso de prova ilícita (inciso LVI), a vedação de prisão civil por dívida, salvo as exceções mencionadas (inciso LXVII), assim

como o fato de somente a autoridade judiciária poder decretá-la (inciso LXI). Ademais, impõe, em termos amplos – inegavelmente válidos na esfera administrativa e na judicial – ninguém poder ser privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal (inciso LIV).

Assim, certo que as sanções administrativas devem valer e serem eficazes para atingir seu escopo, não é desarrazoado concluir, à falta de outras disposições, que apesar daquelas dos incisos XLIV e XLV contemplarem predominantemente as condenações criminais, elas aplicam-se, outrossim, aos processos administrativos, exceto a pena privativa ou restritiva de liberdade, cuja imposição é reservada à autoridade judiciária e nunca em razão de dívida, salvo a alimentícia. Algumas, a propósito, como a pena de multa e as restritivas de direitos, há séculos são tradicionais em nosso Direito, assim como no Direito comparado.

Como exemplo, tome-se o caso da Argentina, onde, diante de problemática semelhante, a despeito de a Constituição vedar, em seu artigo 17, expressamente, o confisco, entende-se ser essa uma proibição genérica, que não afeta a constitucionalidade do perdimento de mercadorias.[709]

Cumpre à lei, atenta ao princípio da tipicidade, dar à penalidade, o adequado contorno.

Quanto à pena de perdimento de bens, é patente que se a garantia da propriedade encontra-se subordinada à função social (artigo 5º, XXII e XXIII) e o sistema jurídico, globalmente considerado, rejeita – até por violar o princípio de justiça – o enriquecimento ilícito, não se pode descurar da possibilidade de o inciso XLIV do artigo 5º, a despeito da utilização do vernáculo “condenado”, poder ser interpretado com maior amplitude no quanto aduz à obrigação de reparar o dano, na medida em que remete à possibilidade de decretação de perdimento dos bens do autor do dano, estendida aos sucessores até o limite do valor do patrimônio transferido.

Naturalmente, não remanesce qualquer dúvida quanto à proibição do enriquecimento ilícito ser geral e acarretar a necessidade de indenizar o dano porventura gerado ao erário.

---

[709] ALAIS, Horacio Félix. **Régimen infracional aduaneiro**. Buenos Aires: Marcial Pons Argentina, 2011, p.128.

Ademais, o inciso XV do artigo 5º enuncia livre a locomoção no território nacional e assegura a qualquer pessoa o direito de nele entrar ou sair *com seus bens*, *nos termos da lei*.

Não se nega que a finalidade básica da norma seja a proteção da liberdade individual de locomoção, assegurada inclusive pelo remédio do *habeas corpus* e à qual se conjuga a proibição – posta no capítulo tributário – de barreiras interestaduais ou intermunicipais ao trânsito de pessoas, excetuada a cobrança de pedágio pela utilização de vias conservadas pelo Poder Público (artigo 150, V, da Constituição Federal de 1988). Contudo, ainda assim, desborda nítida a submissão imposta pela norma, abrangente também dos bens trazidos pelos transeuntes, às condições legais.

Se assim é, ainda que se restrinja o alcance da norma ao ingresso de bens de viajantes, certamente sua entrada no País não é absolutamente livre e incondicionada. Deve subordinar-se a determinados parâmetros, que são aqueles por nós antes examinados: a proteção à saúde, à economia, à segurança, bem como a manutenção do princípio da igualdade. Por isso, podem subordinar-se à retenção e à tributação, obedecidas as diretrizes constitucionais.

Por outro lado, se assim é com relação aos bens portados por pessoas físicas, viajantes, como ignorar a necessidade de igual procedimento no tocante às importações comuns, preponderantemente feitas com intuito comercial, ou por via de remessa postal?

Igualmente, se a questão posta em xeque for atinente à segurança ou saúde pública, não há como transigir e deixar de apreender o produto, para submeter sua liberação ao devido processo legal. Somente quando a questão for econômica é que será possível, no plano legiferante, imaginar a possibilidade de tentar equalizar a situação, por meio de medidas compensatórias (maior tributação, medidas *antidumping*, regras de apuração do valor aduaneiro, etc.). No caso concreto, contudo, o tratamento deverá ser o legal, pautado dentro dos critérios de razoabilidade e proporcionalidade.

Conforme ensina Carlos Maximiliano, a interpretação não pode levar ao absurdo, como ocorreria caso, em hipóteses insuperáveis, como aquelas atinentes à segurança e à saúde pública, fosse rejeitada a viabilidade jurídica da apreensão e perdimento do bem.

Destarte, a despeito da falta de menção expressa e específica, na Constituição, sobre quais as sanções administrativas, a interpretação sistemática e teleológica aponta para a persistência da pena de perdimento nesta seara, nos moldes como abordados por Heleno Taveira Torres e acolhido pela jurisprudência, a começar pelo acatamento ao devido processo legal.

A este propósito, são inúmeros os julgados do Superior Tribunal de Justiça e dos Tribunais Regionais Federais a chancelarem a validade da pena de perdimento no cenário jurídico atual.

Como exemplo, cite-se, a par de outros mencionados, o Resp n. 1.443.110-PR (STJ, processo n. 2014/061585-2; Rel. Min. Humberto Martins); AGA n. 2009091793774 (STJ, 1ª Turma; Rel. Min. Benedito Gonçalves, DJE 28/5/2010); AREsp 543704 PR 2014/0165463-3 (STJ, Rel. Min. Benedito Gonçalves, DJ 27/11/2014); REsp 1.268.210/PR (STJ, 1ª Turma, Rel. Min. Benedito Gonçalves, DJe 11.3.2013); REsp 1.153.767/PR (STJ, 2ª Turma; Rel. Min. Eliana Calmon, DJe 26.8.2010); REsp 1.387.990/PR (STJ, 2ª Turma; Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe 25.9.2013); AREsp n. 678193 SP 2015/0051769-1 (STJ, Min. Assusete Magalhães, DJ 13/4/2015); REsp n. 1.218.324-SC (STJ, proc. n. 2010/0195684-8; Rel. Min. Luiz Fux; j.23/9/2010); AC n. 5006602 (TRF 4ª Região; 2ª Turma; j. 16/10/2012); AC n. 0002363-91.2012.4.03.6119 (TRF 3ª Região; 3ª Turma; Rel. Des. Fed. Carlos Muta; Revista do TRF -3ª Região, ano XXVII, n. 128; janeiro/março 2016); AGI n. 2003.04.01.003644-2 (TRF 4ª Região; Rel. Des. Fed. João Surreaux Chagas; j. 29/4/2003); AC n. 2005.70.02.001216-0 (TRF 4ª Região; 2ª Turma; Rel. Vânia Hack de Almeida; DE 26/3/2008).

Não se pode olvidar, contudo, conforme salienta Maria Ângela Lopes Paulino Padilha que, se a Constituição alberga o direito de propriedade, ao trabalho e à livre-iniciativa (artigo 5º, XXII; artigo 1º, IV, e artigo 170 da Constituição) a sanção deve ser excepcional[710] e sempre confrontada com a razoabilidade e proporcionalidade da medida.

[710] PADILHA, Maria Ângela Lopes Paulino. **As sanções no direito tributário**. São Paulo: Noeses, 2015, p.195-196.

23 PARÂMETROS DE APLICAÇÃO DA PENA DE PERDIMENTO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

23.1 Noções gerais

Conforme visto no capítulo anterior, a jurisprudência, em uníssono, com base nos argumentos ventilados, encampou a tese da recepção da pena de perdimento pela Constituição de 1988, desde que observadas, na sua aplicação, as novas diretrizes constitucionais. Isso significa a necessidade de adequação dos Decretos-Leis editados no curso do regime autoritário às linhas básicas da Constituição que se lhe contrapôs. Tarefa que, tendo em vista sua correta aplicação, requer arguta e consistente interpretação dessas nuances por parte do intérprete-aplicador.

Nesse plano, a primeira base sobre a qual todo esse processo deve ser erigido é a consciência de vivermos em um Estado Democrático de Direito, que tem entre seus pilares o princípio da dignidade da pessoa humana, e tudo o que isso representa. São, na verdade, os alicerces sobre os quais se constroem vários outros princípios que devem ser observados.

Em seguida, passando a plano mais específico, de concretização daqueles sobreprincípios, cumpre atentar, como leciona Heleno Taveira Torres, para o mandamento do artigo 5º, LIV, da Carta, pelo qual “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”, por ele considerado um dos pontos de partida para esta tarefa.

Dotado de enorme grau de compreensão, o *due process of law* compõe-se de vários outros princípios, seja pelo aspecto substantivo, seja pelo adjetivo. No entanto, na tarefa de construir a norma aplicável ao caso concreto, ele interage, ainda, com outros princípios.

Sinteticamente e em termos gerais, para a validade da pena, as seguintes condições deverão ser observadas:

(I) A imposição da pena fica submetida ao devido processo legal;

(II) Submissão ao contraditório e à ampla defesa;

(III) Duplo grau de jurisdição;

(IV) O processamento e o julgamento pela administração há de ser feito pela autoridade previamente estipulada como competente para a questão (julgador natural);

(V) Proibição de provas ilícitas;

(VI) Motivação das decisões;

(VII) Razoabilidade e proporcionalidade da pena no caso concreto;

(VIII) Proibição de retroatividade de leis que venham criar hipóteses sancionatórias ou agravá-las;

(IX) Proibição de instauração, na órbita administrativa, de mais de um procedimento pelo mesmo fato (*non bis in idem*);

(X) Observância, pelas partes, ao princípio da boa-fé objetiva;

(XI) Aplicação, na hipótese de conflito aparente de normas sancionatórias, da mais benigna.

(XII) Livre acesso ao Poder Judiciário.

Quanto à observância aos princípios da celeridade (corolário da eficiência) e duração razoável do processo, embora não componham, intrinsecamente, o devido processo legal, naturalmente hão de ser observados, nos termos da Constituição e da lei. Analisemos, neste ponto, ainda que sumariamente, esses aspectos (em parte já os reportamos quando tratamos dos princípios constitucionais), ainda que os englobando, quando conexos, sob o mesmo item (caso, por exemplo, do contraditório e ampla defesa, analisados com o *due process of law*.

23.2 Da observância ao devido processo legal e dos princípios do contraditório e da ampla defesa

Decorrente, respectivamente, das normas irradiadas dos incisos LIV e LV, do artigo 5º da Constituição Federal, a consequência da observância desses ditames, como destaca Maria Ângela Lopes Paulino Padilha, é que, após a apuração da infração no curso de fiscalização, cujo ápice é a lavratura do auto respectivo, caso o sujeito passivo entenda indevida a privação da propriedade do bem, ele tem o direito de impugná-la perante a autoridade

administrativa julgadora ou, se o preferir, submetê-la à apreciação do Poder Judiciário, em face do princípio do livre acesso à Justiça.[711]

Agrega, em conjunto com o princípio da legalidade, a ideia de que se há procedimento, este deve estar fixado em lei, que estabelecerá, de forma objetiva, com clareza e precisão, os atos formadores do processo, seus prazos e a maneira pela qual será exercido o contraditório e a ampla defesa. Naturalmente, tudo pautado na concepção da boa-fé estatal, da qual derivam a imparcialidade do julgador e a razoabilidade do procedimento, quer quanto ao encadeamento de atos, quer quanto aos prazos e possibilidade de apresentar provas efetivas das alegações.

A compor o devido processo legal, além do aspecto da legalidade, da boa-fé e da razoabilidade, estão o contraditório e a ampla defesa, cujo conteúdo, em atenção aos ditames da razão e aos princípios da eficiência (duração razoável do processo), máxima eficácia e economicidade, são estabelecidos em lei.

O contraditório não se circunscreve ao direito de apresentar argumentos hábeis a contradizer os da parte contrária, demonstrando sua falácia ou os elementos de fato ou de direito capazes de refutá-los ou modificá-los, restringindo o direito do outro. Abarca, outrossim, o de ter conhecimento de cada documento juntado ao feito capaz de influenciar seu suposto direito, principalmente – no que se conjuga à ampla defesa –, das provas contra si apresentadas, para que possa se manifestar a respeito e defender-se.

O direito à ampla defesa, por sua vez, não se limita à faculdade, juridicamente protegida, de produzir todas e quaisquer provas válidas em favor de sua tese. Engloba, igualmente, o de contrapor provas e argumentos contrários aos da parte contrária e, caso previsto, apresentar recurso.

Vê-se, pois, o quanto o contraditório e a ampla defesa estão umbilicalmente ligados, não obstante, isoladamente, possuam significados precisos. De outra parte, como, na dicção de Roscoe Pound, o *due process of law* é um standard a "aplicar-se tendo em vista circunstâncias especiais de

[711] PADILHA, Maria Ângela Lopes Paulino. **As sanções no direito tributário**. São Paulo: Noeses, 2015, p.195.

tempo e de opinião pública em relação ao lugar em que o ato tem eficácia",[712] naturalmente, sob a vigência do Estado Democrático de Direito, ele deve servir à máxima proteção do indivíduo, com os princípios peculiares a essa forma de Estado.

23.3 O duplo grau de jurisdição

Vinculado ao devido processo legal o duplo grau de jurisdição, ensejada pela redação do inciso LV do artigo 5º da Constituição, que, após assegurar esse princípio, assim como o contraditório e a ampla defesa, acrescenta "incluídos os recursos a ele inerentes".

A problemática reside em que, enquanto a Administração Tributária defende a tese, calcada nos textos infraconstitucionais – em particular o artigo 27, §4º, do Decreto-Lei n. 1.455/1976 – da validade da norma determinante de instância única para o julgamento dos ilícitos administrativos que especifica, sancionados com a pena de perdimento, a doutrina e a jurisprudência majoritárias posicionam-se em sentido contrário, destacando a não recepção do dispositivo.

O argumento da Fazenda, *grosso modo*, prende-se à autoexecutoriedade dos atos da Administração e à peculiaridade da situação ensejadora dessa pena. A saber: a gravidade do ilícito, comumente também tipificado como crime; a dificuldade e a onerosidade do armazenamento dos bens; o grau de perecibilidade dos produtos e a inexistência de óbice de acesso ao Judiciário.

Decerto, a depender do bem apreendido, com frequência sua delongada retenção acarreta problemas tanto para a Administração quanto para o administrado, os quais são precisos superar: o armazenamento, que deve ser adequado, sob risco de dano e responsabilização civil da União; a obsolescência do bem (bens de alta tecnologia, eletrônicos, etc.), bem como sua rápida deterioração ou desvalorização e quebras de ajustes comerciais.

São, sem dúvida, argumentos fortes a justificar um procedimento célere e especial, principalmente quando se sabe que, justamente para minimizar a

[712] POUND, Roscoe. The Administrative application of legal standards. Cedam, p.60 apud FERREIRA, Jean Marcos. **Confisco e perda de bens no direito brasileiro**. Campo Grande: J.M. Ferreira, 2000, p.222.

excessiva demora na apreciação dos recursos, foi preciso editar a Lei n.11.457/2007, cujo artigo 24 preceituou a obrigatoriedade de a decisão administrativa ser proferida no prazo máximo de 360 dias a contar do protocolo dos pedidos, defesas ou recursos.

Particularmente no que tange à preservação da ampla defesa, assevera ainda a Administração, por vezes, não necessariamente da utilização do rito do Decreto-Lei n.1.455/1976 advir maior prejuízo ao interessado, pois se apresentada a impugnação verificar-se imprescindível proceder a diligências ou perícias, a autoridade preparadora poderá prorrogar a instrução, comunicando o fato ao Secretário da Receita Federal.

Ademais, alegam os defensores dessa tese, qualquer dúvida quanto à legalidade de sua condução, nisso incluído o cerceamento de provas ou a violação ao contraditório, pode ser submetida ao Poder Judiciário, à luz do artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal, pelo qual “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Em princípio, nada veda a lei instituir procedimentos especiais voltados a situações determinadas se a espécie de tutela pretendida ou a natureza do conflito assim o ensejar. Na esfera judicial, são vários os procedimentos específicos centrados em torno desses fatores: o relativo ao mandado de segurança, procedimentos homologatórios, desapropriação, Lei de Drogas, e muitos outros.

Assim, atendidos critérios racionais, é natural que também na seara Administrativa – mais informal em relação à judicial – os procedimentos se estruturem de forma diferenciada, atentos à natureza do conflito e à forma mais adequada de resolvê-los (*v.g.* admissão de servidores; processo disciplinar, de outorga de isenção, licitação, etc.). O essencial é essa estruturação pautar-se no princípio da razoabilidade; levar em conta todas as especificidades da situação concreta, entre elas, a necessidade de conferir maior celeridade a procedimentos em que a guarda do bem não deva se dar por período dilatado, e não deixar de atender aos demais princípios constitucionais.

Não se nega a veracidade de vários desses argumentos. De fato, nada obsta a adoção de procedimento diferenciado para as hipóteses de perdimento, nem, tampouco, a busca da celeridade. Também não se nega que o interessado não se encontra completamente à mercê do arbítrio estatal, uma

vez que nosso sistema acolhe o princípio da universalidade de jurisdição, bastando a ameaça a direito para que se possa recorrer ao Poder Judiciário.

O básico é que, inobstante isso tudo, a Constituição é literal ao agasalhar os princípios do devido processo legal, com as garantias do contraditório e da ampla defesa, e nele incluir os recursos inerentes. Ao assim fazer, proclama o princípio geral da recorribilidade das decisões, administrativas ou judiciais, só excepcionada diante dos casos expressamente previstos pela própria Constituição.

Exatamente por isso é despiciendo de razão argumentar haver casos para os quais é previsto um único grau de jurisdição, pois, quando isso ocorre, trata-se de situação expressa e específica, delimitada na própria Constituição, em que competência para determinado julgamento é atribuída originalmente aos Tribunais Superiores. Ademais, é difícil aceitar que, sendo a pena de perdimento mais grave, o procedimento para sua imposição, estabelecido no Decreto-Lei n. 1.455/1976, abrigue menos garantias do que o do Decreto n. 70.235/1972, que prevê recurso das decisões emanadas das Delegacias de Julgamento para o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF).

Ainda que o propósito dessas normas, nascidas no curso da ditadura militar, fosse desestimular o comportamento ilícito de forma severa e radical, em especial porque, com frequência, concomitantemente à infração administrativa pode ter havido o cometimento de crime, o certo é que não há como diferenciar situações quando a própria Constituição não estabelece distinções. Os princípios constitucionais são o norte sobranceiro de nossa ordem jurídica e jamais podem ser olvidados, independentemente de qualquer proveito de ordem pragmática, sob o risco de criar sérios precedentes às garantias individuais, que, juntamente com o contraditório e a ampla defesa, requerem, ainda, a observância à razoabilidade, à proporcionalidade, e ao afastamento do juízo de exceção.

Quanto às questões práticas colocadas pela tese favorável à Fazenda, a solução, parece-nos, pode ser alcançada por outros caminhos. Não é difícil imaginar saídas ponderadas, capazes de harmonizar os diferentes interesses. Uma, admitida no processo penal, seria a alienação antecipada dos bens logo após configurada a revelia ou prolatada a decisão de primeiro grau, quando se tratarem de perecíveis ou produtos sujeitos à depreciação ou obsolescência

acelerada. Nesse caso, o valor poderia permanecer depositado em conta à ordem da autoridade, até final decisão administrativa ou judicial.

Nas hipóteses de doação para entidades assistenciais, por sua vez, poderia ser arbitrado um valor, porventura com deságio (justificável diante da atitude do interessado que gerou essa situação), por conta do qual a Fazenda, se vencida, ficaria responsável, sem prejuízo de, isso realizado, abrir-se contraditório com respeito ao valor dos bens. Ademais, nada impede dar-se prioridade absoluta a essa espécie de procedimento, tal como na esfera judicial se dá aos habeas corpus e aos mandados de segurança, de modo a assegurar uma solução célere. Quanto a isso, aliás, nada se pode opor em relação ao prazo diferenciado de impugnação, estabelecido no Decreto-Lei n. 1.455/1976, de vinte dias, em vez dos trinta, ordinários, do Decreto n. 70.235/1972.

Na doutrina, a incompatibilidade da instância única com a Constituição de 1988 é referendada pela esmagadora maioria dos doutrinadores, como, por exemplo, Maria Ângela Lopes Padilha[713], Heleno Taveira Torres[714] e Rafael Munhoz de Mello (embora sem vincular especificamente ao tema em questão)[715], dentre outros.

Na jurisprudência, podem ser encontradas decisões com distinto teor. No sentido de a Constituição garantir, mesmo para a hipótese em comento, o duplo grau, vejam-se os seguintes julgados: MS 7.225/DF (STJ, 1ª Seção; Rel. Min. José Delgado, DJ 25/6/2001); AMS n. 0008278-81.2007.4.01.3200-AM (TRF 1ª Região, Rel. Des. Fed. Reynaldo Fonseca, DJF1. 16/4/2010, p. 361); MS 9102079615 (TRF 2ª Região; 2ª Turma; Rel. Des. Fed. Alberto Nogueira; DJ 18/3/1993).[716]

Em sentido contrário, por sua vez, encontram-se vários julgados, dentre os quais transcrevemos o seguinte, por ser paradigmático:

---

[713] PADILHA, Maria Ângela Lopes Paulino. **As sanções no direito tributário**. São Paulo: Noeses, 2015, p.97.
[714] TORRES, Heleno Taveira. Pena de perdimento de bens e sanções interventivas em matéria tributária. São Paulo, **Repertório de jurisprudência IOB** – 1ª quinzena de outubro de 2007, v.I, n.19/2007, p.763-765.
[715] 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.238-239.
[716] PADILHA, Maria Ângela Lopes Paulino. **As sanções no direito tributário**. São Paulo: Noeses, 2015, p.197.

> [...] tanto a jurisprudência desta Corte Superior, quanto à do Pretório Excelso, são uníssonas em afirmar que não há no ordenamento jurídico brasileiro a garantia do duplo grau de jurisdição administrativa obrigatório [...]
> In casu, a pena de perdimento de bens imposta ao ora recorrido foi decretada em procedimento administrativo regido pelo Decreto-Lei n. 1.455/76, que prevê, em seu artigo 57, 4º, que a respectiva decisão será proferida pelo Ministro da Fazenda, em única instância, o que não se incompatibiliza com o ordenamento jurídico pátrio, que não prevê o duplo grau obrigatório na instância administrativa.
> Registre-se que a Lei n. 9.784/99, que dispõe que "das decisões administrativas cabe recurso, em face de razões de legalidade e de mérito", porque de caráter geral, não teve o condão de derrogar o Decreto-Lei n. 1.455/76, que regula procedimento administrativo específico relacionado à pena de perdimento de bens.
> Ademais, ainda que assim não fosse, o próprio artigo 69 da Lei n. 9.784/99 dispõe que "os processos administrativos específicos continuarão a reger-se por lei própria, aplicando-se-lhes apenas subsidiariamente os preceitos desta Lei", não havendo, pois, falar em derrogação dos preceitos do Decreto-Lei n. 1.455/76.
> Não há falar, portanto, na espécie, em oportunização à impetrante de interposição de recurso em face da decisão que decretou a perda dos bens, como decidido pela eg. Corte Regional de Justiça.
> [...]
> Outro não é o entendimento desta Corte Superior de Justiça, que, em sede de recurso especial, já decidiu a matéria em análise por diversas oportunidades [...] (AgRg no REsp n. 1.279.053 – AM 2011/0220846-2).

A seguir, este acórdão colaciona inúmeras decisões a apontarem estar assente, na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, não haver, "na Constituição de 1988, garantia de duplo grau de jurisdição administrativa" (MS 10.269/DF, Rel. Ministro José Delgado, Rel. p/ Acórdão Ministro Teori Albino Zavascki, 1ª Seção, j. 14/09/2005, DJ 17/10/2005, p. 162); RMS n. 22.064/MS (Rel. Vasco Della Giustina (Desembargador Convocado do TJ/RS), DJe de 05/10/2011);e .AgRg no MS n. 10.821/DF (Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, Primeira Seção; DJ de 15/05/2006).

Alguns julgados citados nesse acórdão vinculavam a não obrigatoriedade de duplo grau na esfera administrativa mais especificamente à admissibilidade de depósito recursal prévio, segundo o entendimento do Supremo Tribunal Federal à época (STF, ADIMC n. 1.049 e RE n. 210246;; RE n. 357.311, Rel. Min. Moreira Alves, Primeira Turma, DJ de 21-02-2003; ADIn"s n. 836-6/DF, 922/DF e 1.976/DF, RREE n. 210244/GO e 235833/GO, REsp n. 608.531/SP, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, DJ de 20/09/2004; AGA n. 492.615/RJ, Rel. Min. Franciulli Netto, DJ de 06/09/2004; AGREsp n.

608.089/SP, Rel. Min. Luiz Fux, DJ de 23/08/2004; AGA n. 570.275/RJ, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 16/08/2004 e AGA n. 550.217/RJ, Rel. Min. João Otávio Noronha, DJ de 24/05/2004; RMS n. 14.207/RJ, Rel. Min. José Delgado, Primeira Turma; DJ de 09/09/2002; AgRg no Ag n. 641.365/RJ, Rel. Min. Francisco Falcão, Primeira Turma, DJ de 01/07/2005).

Trata-se, todavia, de jurisprudência anterior ao julgamento da ADI n. 1976 (Rel. Min. Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, 28.3.2007, DJ de 18.5.2007), que levou à edição da Súmula Vinculante n. 21, assim plasmada: "É inconstitucional a exigência de depósito ou arrolamento prévios de dinheiro ou bens para admissibilidade de recurso administrativo".

Analisado o teor desse julgado, verifica-se seu fundamento ter ido muito além de simplesmente considerar inadmissível o depósito recursal: irradia claro, que, em qualquer caso, a criação de óbices ou a impossibilidade de recorrer de decisão administrativa viola os princípios da Carta de 1988. Transcrevo:

> A construção da democracia e de um Estado democrático de Direito exige por parte da administração pública, antes de mais nada, o respeito ao princípio da legalidade, quer em juízo, quer em seus procedimentos internos. A impossibilidade ou inviabilidade de se recorrer administrativamente equivale a impedir que a própria Administração Pública revise um ato administrativo porventura ilícito. A realização do procedimento administrativo como concretização do princípio democrático e do princípio da legalidade fica tolhida, tendo em vista a natural dificuldade, para não dizer auto-contenção, da Administração em revisar seus próprios atos.
> Bem ressalta este aspecto Eugénie Prévédourou: 'Os recursos administrativos constituem uma forma de participação do administrado na ação administrativa, introduzindo, dessa forma, um elemento democrático nesta. Eles atenuam o choque entre a administração e os administrados ao tornar possível a adesão destes às decisões administrativas. Como fornecem ao administrado uma explicação não a posteriori, mas em curso de elaboração, o administrado 'deixa de ser um estranho na preparação do ato que lhe diz respeito [...].

E prossegue o relator, citando Jean-Pierre Ferrier:

> Assim como o direito à defesa, a possibilidade de um recurso administrativo, inclusive sem base legal, tem sido reconhecida como 'princípio geral de direito' pelo Conselho de Estado. Segundo Jean-Marie Auby y Roland Drago, 'os recursos administrativos constituem uma expressão do direito de petição ante as Autoridades públicas, tradicionalmente reconhecido no Direito francês.

A conclusão final da ADI restou assim redigida:

> A exigência de depósito ou arrolamento prévio de bens e direitos como condição de admissibilidade de recurso administrativo constitui obstáculo sério (e intransponível, para consideráveis parcelas da população) ao exercício do direito de petição (CF, artigo 5º, XXXIV), além de caracterizar ofensa ao princípio do contraditório (CF, artigo 5º, LV). A exigência de depósito ou arrolamento prévio de bens e direitos pode converter-se, na prática, em determinadas situações, em supressão do direito de recorrer, constituindo-se, assim, em nítida violação ao princípio da proporcionalidade. Ação direta julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade do artigo 32 da MP 1699-41 – posteriormente convertida na Lei n. 70.235/72.

Em suma, o que desponta na decisão do Supremo Tribunal Federal é a compreensão de que, impedido recurso à segunda instância julgadora, consubstanciar-se-ia violação aos princípios democrático e da legalidade, por não se dar oportunidade, de um lado, de os jurisdicionados participarem do aperfeiçoamento das decisões administrativas e, de outro, de a Administração poder rever os próprios atos, anulando os que venham a considerar ilegais. Muito compreensivelmente, é, por outras vias, pensamento harmônico ao que desponta com a adoção, como prioritária, da política pública de resolução consensual de conflitos – inicialmente pela Resolução n. 125/2010, do Conselho Nacional de Justiça, e, depois pelo Novo Código de Processo Civil (Lei n. 13.105/2015) e pela Lei de Mediação (Lei n. 13.140/2015) – em virtude da qual se incentiva as pessoas do povo a participar da construção da solução para o seu problema, por entender, principalmente, serem eles os mais aptos de erigir a norma individual e concreta que melhor se amolde ao seu caso e às suas condições.

Trata-se, neste caso, do princípio democrático aplicado aos procedimentos de resolução de conflitos que, diga-se de passagem, não se limitam aos cíveis, mas abrangem, também, os criminais, na medida em que, mesmos estes, quando autorizados por lei, são passíveis de serem resolvidos mediante transação.

Deveras, se independentemente do devido processo legal também o princípio da legalidade e o democrático requerem reanálise da questão para que não só ela seja aperfeiçoada, mas também se possibilite ao jurisdicionado participar de sua formação por meio do contraditório e da ampla defesa e, ainda, se em uma dinâmica bem concebida de resolução de conflitos

administrativos – séria, isenta, ponderada e célere – quem ganha é toda a coletividade, por ter oportunidade de pacificar o conflito de forma célere e econômica, na linha do desejado pela Constituição (artigos 3º, I, e 4º, VII).[717] O ideal não pode ser outro senão ao de, tanto quanto possível, ter a via administrativa condições de resolver adequadamente os conflitos nela originados e, se possível, pacificá-los, erradicando eventuais equívocos ou esclarecendo situações hábeis a ensejá-los.

Só assim o procedimento administrativo será capaz de alcançar seus desígnios e, nas hipóteses em que for possível, pacificar a sociedade, reduzindo o grau de litigiosidade na via judicial, sempre mais delongada e dispendiosa. Esta, aparentemente, era a esperança do Ministro Joaquim Barbosa, manifestada no voto da ADI n. 1.976/DF, quando se reportava ao desejo que o prévio exaurimento da via administrativa se tornasse condição de procedibilidade da ação.[718]

Desse modo, é incontornável a conclusão segundo a qual, após a Constituição de 1988, é inadmissível a ausência de recurso em qualquer procedimento administrativo.

23.4 O julgador natural

Outro detalhe a compor o devido processo legal e ao qual deve ficar submetido o procedimento administrativo é que a autoridade julgadora deve estar, sempre, previamente estipulada em lei, não sendo admissível que, depois de instaurado um procedimento, ela venha a se alterar.

Semelhante atitude não somente tenderia a tumultuar a compreensão do problema e a colheita de provas, mas, mais importante, serve de garantia à imparcialidade do julgamento, por evitar que, atribuído este a autoridade imparcial ou, tratando-se de questão de direito, com entendimento favorável ao contribuinte, venha a ser substituído por outro com posicionamento diverso.

Na Constituição, a regra do juiz natural, que cumpre ser acolhida na seara administrativa, a despeito do silêncio da Lei n. 9.784/1999, é tema,

---

[717] Embora o artigo refira-se aos princípios que regem nossas ações internacionalmente, é um consenso que a "solução pacífica dos conflitos", tal como estipulado no artigo 4º, VII, da Constituição Federal de 1988, é, igualmente, escopo a ser perseguido no âmbito interno da República.

[718] Essa manifestação consta da fl. 24 do acórdão.

outrossim, do artigo 5º, XXXVII e LIII. A questão está vinculada, sobretudo, ao princípio da igualdade, por não se poder aceitar, mesmo em processo dirigido pela própria Administração, que as partes sejam processual ou substancialmente tratadas de maneira desigual e, muito menos, que possam optar por um julgador. Dilema reforçado, principalmente, pelo fato de, nesses procedimentos, muitas vezes o árbitro da questão pertencer aos quadros do órgão administrativo, o que o põem em singular situação.

O problema pode ser minimizado, contudo, se adotada a linha preconizada por Ramón Parada Vázquez, da "separação entre a fase instrutória e sancionadora, encomendando-as a órgãos distintos", por ele visto, com razão, como um dos princípios essenciais de qualquer procedimento administrativo[719]. É a linha partilhada, outrossim, por Eduardo Garcia de Enterría. [720]

No Brasil, é uma finalidade à qual se buscou atender com a criação das Delegacias de Julgamento da Receita Federal do Brasil, cujos membros, julgadores em primeira instância do feito, não se confundem com os profissionais que lavraram o auto de infração, nem com o órgão da Administração o qual imediatamente compõem. De acordo com a vigente Portaria n. 728, de 6/5/2016 (DOU de 10/5/2016), do Secretário da Receita Federal do Brasil, ao menos nas cidades de São Paulo e Rio de Janeiro os tributos sobre comércio exterior são nelas julgados.

No caso de aplicação da pena de perdimento, no entanto, a garantia propugnada só adquire maior relevo se afastada a regra do artigo 27, §4º, do Decreto-Lei n. 1.455/1976, relativo à instância única, porque, em última análise, atualmente, todas as decisões provêm do Secretário da Receita Federal do Brasil ou das autoridades por ele declaradas competentes para isso, como o são os Inspetores de Alfândega, não se respeitando sequer o duplo grau de jurisdição administrativa.

---

[719] Tradução livre. VÁZQUEZ, J. Ramón Parada. **Derecho administrativo**. v.I. 12.ed. Madrid: Marcial Pons, 2000, p.534 apud 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.231.

[720] GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNANDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de derecho administrativo**. v.II. 5.ed. Madrid: Civitas, 1998, p.185.

23.5 Vedação de provas ilícitas

Também aspecto do *due process of law*, a proibição da produção e da utilização de provas ilícitas deriva dos princípios da legalidade e da boa-fé objetiva, consubstanciada na ideia de assegurar, a todos, garantia contra o arbítrio, seja do Estado ou de qualquer outra pessoa que, por interesse próprio, busque atingir fins, lícitos ou não, independentemente dos meios.

Em nosso sistema, a norma consta do enunciado do artigo 5º, LVI, da Constituição, que explicita: "são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos".

Igualmente, o artigo 157, *caput,* do Código de Processo Penal, estatui "são inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais", enquanto o artigo 573, §1°, do Código de Processo Penal deixa claro que "a nulidade de um ato, uma vez declarada, causará a dos atos que dele diretamente dependam ou sejam consequência"

A concepção das normas constitucional e processual penal, gestada a partir dos mencionados princípios, encontra-se embasada na "teoria dos frutos da árvore envenenada" (*fruits of the poisonous tree theory)*, engendrada pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América, que, em 1920, ao julgar o caso *Siverthorne Lumber Co. vs. United States*, proibiu a utilização de provas lícitas derivadas de outras ilegais, a despeito de a primeira referência expressa ao nome da teoria datar de 1939, no caso Nardone *vs*. United States.

Naturalmente, essa relação há de ser aferida pela atenta observação do nexo causal, como deixam claras inúmeras decisões judiciais (HC 73351-SP (STF, Pleno, 09.05.96; v. Informativo n. 30). HC 72.588-PB (Rel. Min. Maurício Corrêa, j. 12.06.96; DJU 04.08.2000); (STF – HC 73351 – 1ª Turma; Rel. Min. Ilmar Galvão; DJU19.03.1999; p. 9).

Caso se pretenda comprovar o fato com relação ao qual foi afastada a prova ilícita há que buscar fonte independente da viciada, que com ela não guarde nenhuma relação de derivação (*independent source doctrine)* ou demonstrar que a descoberta do fato de qualquer modo seria inevitável (*inevitable discovery doctrine*), nos termos do artigo 157, §1º, do Código de Processo Penal.

Conceito de fonte independente jaz no artigo 157, §2º, do estatuto processual penal: “aquela que por si só, seguido os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova”.

A respeito veja-se a decisão manifestada pelo Egrégio Pretório, do qual transcrevemos breve excerto:

> Ninguém pode ser investigado, denunciado ou condenado com base, unicamente, em provas ilícitas, quer se trate de ilicitude originária, quer se cuide de ilicitude por derivação [...]. A doutrina da ilicitude por derivação (teoria dos ‘frutos da árvore envenenada’) repudia, por constitucionalmente inadmissíveis, os meios probatórios, que, não obstante produzidos, validamente, em momento ulterior, acham-se afetados, no entanto, pelo vício (gravíssimo) da ilicitude originária, que a eles se transmite, contaminando-os, por efeito de repercussão causal
>
> [...] qualquer novo dado probatório, ainda que produzido, de modo válido, em momento subsequente, não pode apoiar-se, não pode ter fundamento causal nem derivar de prova comprometida pela mácula da ilicitude originária (STF, RHC 90.376/RJ, j. 03.04.2007, rel. Min. Celso de Mello).

Dado o seu caráter geral e a raiz constitucional, a norma aplica-se também ao processo civil e administrativo, como já deixou claro o Superior Tribunal de Justiça (STJ, RMS 8.327/MG e STJ, REsp 2.194/RJ).

Todavia, não se consideram clandestinas gravações, telefônicas, telemáticas ou de vídeo, se produzidas por um dos interlocutores (STF, RE 583937 QO-RG, j. 19.11.2009, rel. Min. Cezar Peluso).

Na situação em foco, bom exemplo de aplicação da teoria em apreço estaria em, como no caso que a originou nos Estados Unidos, em 1920, extraírem-se indevidamente anotações de livros fiscais com o fulcro de combater a sonegação ou, ainda, nas hipóteses de flagrante preparado, isto é, em que a autoridade pública incita no acusado a intenção de cometer o ilícito.

23.6 Motivação das decisões

O princípio da motivação, que em nossa Constituição somente transparece claramente do seu artigo 93, X, com pertinência ao procedimento judiciário, é aplicável, outrossim, às decisões administrativas, por força do princípio da racionalidade que preside o ordenamento, bem como os da

publicidade, transparência e, ainda, democrático, uma vez que, como visto, deve ser conferida oportunidade às partes para participar do processo, algo só possível se perfeitamente conhecidos os fundamentos das decisões.

É impensável, no entender de Juarez de Freitas, que na era da racionalidade, o administrador não indique, sejam atos discricionários ou vinculados, os fundamentos de fato e de direito da decisão.[721]

Por tornar possível conhecer, em qualquer hipótese, os critérios balizadores da decisão do Administrador, à evidência serve de freio ao arbítrio. Na esfera administrativa, o princípio, acolhido no artigo 50, II, da Lei n. 9.784/1999, exige uma perfeita correlação entre a conduta do administrado (especificando as bases sobre as quais se definiu a materialidade e a autoria) e a conclusão do julgador, para que se possa aferir sua legalidade, razoabilidade e proporcionalidade.

Em face disso, incumbe ao julgador abordar todos os argumentos e provas apresentados pelo interessado, sob pena de, simultaneamente tornar letra morta o contraditório, por ignorá-los, e vulnerar a racionalidade e a transparência da decisão.

23.7 Razoabilidade e proporcionalidade

No Capítulo pertinente, perscrutamos o quanto os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade encontram-se atrelados aos postulados da lógica, ínsitos também aos enunciados jurídicos e ao sistema, bem como seu significado.

Princípio forte embora frequentemente apenas implícito[722], a razão, na visão de Kant, em conjunto com o Estado de Direito, consubstancia-se em pilar essencial para frear o arbítrio.[723]

No plano do Direito, assinala Humberto Ávila, a razoabilidade, como princípio, deve ser vista sob diferentes nuances, das quais quatro se destacam:

---

[721] FREITAS, Juarez. **Direito fundamental à boa-administração pública**. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p.49 e 53, em que aponta que mesmo nos atos vinculados, jungidos, portanto, à lei e aos princípios constitucionais, há certo nível – embora diverso daquele em que se situam os atos discricionários – de necessidade de motivação.

[722] Caso também da Argentina, como assinala Horácio Félix Alais. In: Régimen infracional aduaneiro, p.113.

[723] STUMM, Raquel Denize. **Princípio da proporcionalidade no direito constitucional brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995, p.78 e CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 6.ed. Coimbra: Almedina, 1995, p.382. Estes autores teriam tratado da proporcionalidade das penas.

(I) a razoabilidade-equidade, critério que exige correlação entre a norma geral e o caso concreto individual; (II) a razoabilidade-congruência, o vínculo da norma jurídica com o mundo exterior, a indicar a congruência entre a medida adotada e o fim pretendido; (III) a razoabilidade-equivalência, que é o critério que exige relação de equivalência entre duas grandezas, como, por exemplo, entre pena e culpa ou entre taxa e serviço público prestado; em última análise, vincula-se ao critério da proporcionalidade; (IV) razoabilidade-coerência, entre os elementos da regra jurídica, ou seja, que impede a instituição de deveres contraditórios ou sem sentido prático.[724]

Os exemplos de Ávila mostram a importância que a correta aplicação desses matizes pode ter na aplicação da lei. É pela aferição da razoabilidade-equidade[725], por exemplo, que o princípio da insignificância adquire relevância ao refutar a aplicação da norma sancionatória a condutas isoladamente incapazes de atentar, por qualquer modo, contra um bem da vida. E, pela razoabilidade-congruência que se pode falar do absurdo de se cogitar da extensão do adicional de um terço de férias para inativos, que, por definição, a elas não tem direito.[726] São casos, como explica o autor, que o legislador elege causa inexistente ou insuficiente para a atuação estatal. Deve haver necessária correlação entre a medida prevista e a realidade factual. O que inclui, na visão do doutrinador, a adequada eleição do fator de discriminação entre as pessoas, em relação ao princípio da igualdade. O exemplo apontado, para essa situação, é o da exclusão de profissões liberais do SIMPLES, porque obedeceria a critérios razoáveis (ADI n. 3.522/RS).[727] Nesse caso, havia motivo razoável para a discriminação.

A razoabilidade-equivalência, por sua vez, usualmente reportada como princípio da proporcionalidade, apresenta-se, tal como afirmava Hassemer[728],

---

[724] ÁVILA, Humberto. **Sistema constitucional tributário**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p.424-425.

[725] Segundo o autor, fundada nos ensinamentos de Aristóteles. Exemplifica com empresa excluída de regime tributário mais favorável exclusivamente pela prática de irregularidade de pequena monta, a saber, a importação, uma única vez, de “um só pé de sofá”, quando não poderia utilizar, para esse tratamento, produtos importados. (ÁVILA, Humberto. **Sistema constitucional tributário**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p.428).

[726] Medida Cautelar na ADI n. 1.158 (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno, Rel. Celso de Mello; DJ 26/5/1995) apud ÁVILA, Humberto. **Sistema constitucional tributário**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p.430.

[727] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno, Rel. Marco Aurélio, DJ 5/6/1998, apud ÁVILA, Humberto, **Sistema constitucional tributário**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p.432.

[728] HASSEMER, W. **Fundamentos de derecho penal**. Tradução espanhola de Muñoz Conde, F, e ARROYO ZAPATERO. Barcelona: Bosh, 1984, p.279 apud CASTILLO, María Jesús Gallardo. **Los princípios de la potestade sancionadora –** Teoría y práctica. Madrid: Iustel, 2008, p.213.

vinculado ao princípio da igualdade por visar a implantação do ideal de justiça. Beccaria e Montesquieu foram os pioneiros em ressaltar sua relevância na esfera penal, ainda no século XVIII, constando ainda sua menção no artigo 8º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789.[729]

Assim, enquanto a razoabilidade, globalmente considerada, mostra a correlação existente entre a norma prevista e as circunstâncias de fato existentes (equidade), com a finalidade prevista (congruência) ou com o restante do sistema (coerência), a proporcionalidade remete à relação de equivalência entre a medida adotada e o critério que a dimensiona.[730]

A proporcionalidade, afirma María Jesús Gallardo Castillo, é "princípio geral de direito a serviço da criação da norma, da interpretação e da integração normativa"[731] que permeia todo o ordenamento jurídico, em especial realidades suscetíveis de restringir os direitos individuais. Afeta, pois, não apenas a confecção das normas, mas também sua aplicação.[732]

Deve, portanto, ser observado já no plano legislativo, ao idealizar-se e formalizarem-se os enunciados preconizadores das penalidades integrantes do ordenamento jurídico – quando as consequências jurídicas devem ser atreladas às hipóteses previstas de forma coerente com a natureza do ilícito e a gravidade do fato – quando se trata da fase de aplicação da lei ao caso concreto isso há de ocorrer de forma equilibrada, buscando a "justa medida" da sanção em relação ao fato.

Em outras palavras, o atendimento à proporcionalidade, nesta última fase, corresponderá à adaptação da sanção à gravidade da infração e suas circunstâncias, evitando-se punição excessiva em relação aos fatos que a motivou.[733]

De outra parte, em face da impossibilidade de os ordenamentos poderem prever, inesgotavelmente, hipóteses de infrações e respectivas sanções para cada nível de gravidade de ilícito, impende que os aplicadores da lei, com base nos critérios nela especificados, atentem para a dosagem da

---

[729] 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.173.
[730] ÁVILA, Humberto. **Sistema constitucional tributário**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p.439.
[731] Tradução livre. CASTILLO, María Jesús Gallardo. **Los princípios de la potestade sancionadora** – Teoría y práctica. Madrid: Iustel, 2008, p.213.
[732] CASTILLO, María Jesús Gallardo. **Los princípios de la potestade sancionadora** – Teoría y práctica. Madrid: Iustel, 2008, p.219.
[733] MODERNE, Franck. **Sanctions administratives et justice constitucionnelle**. Paris: Economica, 1993, p.263.

penalidade a ser aplicada. Comprovado excesso, a ilicitude haverá de ser corrigida pela redução da quantidade da pena à medida adequada, suprimindo-se o excesso inconstitucional.

No plano administrativo, o dever à sua observância emana do artigo 2º, parágrafo único, VI, da Lei n. 9.884/1999, que determina, nos processos administrativos, que se observe a "adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público".

Conforme Castillo, a própria natureza do princípio gera clara dificuldade para se obter critério conclusivo que permita conhecer – e, poderíamos acrescentar, formular – a jurisprudência que procede à valoração da adequação ou não da sanção ao princípio da proporcionalidade. Daí, outrossim, sua casuística.[734]

Na Espanha, aponta-se que os únicos critérios certos são o controle jurisdicional sobre a atividade da Administração; o de constituir a proporcionalidade padrão de conferência da atividade sancionadora e, lá, o de a jurisdição contenciosa-administrativa poder decidir pela redução da sanção até o limite adequado, não obstante isso não pleiteado.[735]

No Brasil, semelhante com relação aos dois primeiros critérios, também a adequação da sanção ao fato pode, no nosso entender, ser feita pelos órgãos administrativos quando a margem de aplicação da sanção é discricionária, uma vez que também a eles incumbe o controle da legalidade dos atos da Administração.

Na hipótese, porém, de inexistência de margem discricionária para a aplicação da pena pela autoridade e em que a medida é considerada excessiva, pelo sistema vigente a correção só poderá ser feita pelos órgãos jurisdicionais, na medida em que os órgãos administrativos não têm o poder de questionar a constitucionalidade das leis e dos atos aos quais estão submetidos.

A toda a evidência, qualquer acréscimo à sanção em virtude do reconhecimento de agravantes, deverá ser motivado, para que se possa aferir

---

[734] CASTILLO, María Jesús Gallardo. **Los princípios de la potestade sancionadora** – Teoría y práctica. Madrid: Iustel, 2008, p.221.
[735] CASTILLO, María Jesús Gallardo. **Los princípios de la potestade sancionadora** – Teoría y práctica. Madrid: Iustel, 2008, p.222.

o grau de interferência desse fator na gradação da pena. Caso se pretenda a revisão da gradação em grau de recurso, todavia, se este for interposto pelo próprio administrado, com a pretensão de reduzir a pena, a nova apreciação não poderá levar ao agravamento da sanção em face do princípio que proíbe a *reformatio in pejus.*[736] Quanto à redução, contudo, nada a impediria em favor do administrado.

Em nossa jurisprudência, inúmeros julgados, no âmbito penal e tributário demonstram a importância desse princípio para alcançar-se uma mais justa composição das lides e das relações sociais. Entre outros exemplos de aplicação do princípio, veja-se a ADI 551-5/RJ (STF; Rel. Ilmar Galvão; DJU 14/3/2003) e a ADI 1075 (STF, Rel. Celso de Mello), que discutiam a constitucionalidade de multas fiscais em diversos patamares, algumas situadas entre 100% e 500%, ante à vedação do confisco, em tudo ligado à proporcionalidade, bem como o Ag.Reg. no RE com Ag. N. 836.828/RS (Rel. Roberto Barroso, j. 16/12/2014), que, com base em precedentes anteriores do Supremo Tribunal Federal, considerou abusivas as multas punitivas superiores ao valor do tributo (100%).

Particularmente com respeito ao Direito Aduaneiro, é de ressaltar o REsp n. 1.218.798/PR (STJ, 1ª Turma; Rel. Min. Sérgio Kukina, DJe 1/10/2015), cujo teor, pela importância, se transcreve:

> TRIBUTÁRIO. DIREITO ADUANEIRO. DECLARAÇÃO DE IMPORTAÇÃO. SUBFATURAMENTO DO VALOR DA MERCADORIA. PENA DE PERDIMENTO. DESCABIMENTO. APLICAÇÃO DA MULTA PREVISTA NO ARTIGO 108, PARÁGRAFO ÚNICO, DO DECRETO-LEI N. 37/66. CRITÉRIO DA ESPECIALIDADE DA NORMA. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE. CONSIDERAÇÃO.
> 1. A falsidade ideológica consistente no subfaturamento do valor da mercadoria na declaração de importação dá ensejo à aplicação da multa prevista no artigo 105, parágrafo único, do Decreto-Lei n. 37/66, que equivale a 100% do valor do bem, e não à pena de perdimento do artigo 105, VI, daquele mesmo diploma legal.
> 2. Interpretação harmônica com o artigo 112, IV, do CTN, bem como com os princípios da especialidade da norma, da razoabilidade e da proporcionalidade. Precedentes.
> 3. Recurso especial da Fazenda Nacional a que se nega provimento.

[736] Certamente, não é problema que costume ocorrer quanto às penas de perdimento, uma vez que a legislação, embora indevidamente, adote o julgamento em instância única.

Cumpre apenas observar que a despeito de este interessante acórdão, pertinente a subfaturamento, fazer alusão ao princípio da proporcionalidade, o fator essencial para a solução da lide, na verdade, foi, diante da aparente antinomia das normas, o critério de especialidade, conjugado à aplicação da lei mais benigna ao jurisdicionado (o artigo 108, parágrafo único, em vez do artigo 105, VI, do Decreto-Lei n. 37/1966), o qual, por sinal, apresentava o seguinte precedente[737]:

> TRIBUTÁRIO. DESEMBARAÇO ADUANEIRO. DECLARAÇÃO DE IMPORTAÇÃO. SUBFATURAMENTO DO BEM IMPORTADO. ARTIGO 105, VI, DO DECRETO-LEI N. 37/66. PENA DE PERDIMENTO DO BEM. INAPLICABILIDADE. PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE. APLICAÇÃO DA MULTA DE 100% PREVISTA NO ARTIGO 108, PARÁGRAFO ÚNICO, DA REFERIDA NORMA. PREVALÊNCIA DO DISPOSTO NA NORMA LEGAL SOBRE O TEOR DA NORMA INFRALEGAL (IN SRF 206/2002).
> 1. Discute-se nos autos a possibilidade de aplicação da pena de perdimento de bem quando reconhecida a falsidade ideológica na declaração de importação que, **in casu**, consignou valor 30% inferior ao valor da mercadoria (motocicleta Yamaha modelo YZFR1WL).
> 2. A pena de perdimento prevista no artigo 105, VI, do Decreto-Lei n. 37/66 se aplica aos casos de falsificação ou adulteração de documento necessário ao embarque ou desembaraço da mercadoria, enquanto a multa prevista no parágrafo único do artigo 108 do referido diploma legal destina-se a punir declaração falsa de valor, natureza ou quantidade da mercadoria importada. Especificamente no que tange à declaração falsa relativa à quantidade da mercadoria importada, a despeito do disposto no parágrafo único do artigo 108 do Decreto-Lei n. 37/66, será possível aplicar-se a pena de perdimento em relação ao excedente não declarado, haja vista o teor do inciso XII do artigo 618 do Regulamento Aduaneiro vigente à época dos fatos (Decreto 4.543/02). Nesse sentido: AgRg no Ag 1.198.194/SP, Rel.Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 25/05/2010.
> 3. O precedente supracitado determinou a aplicação da pena de perdimento de bem sobre o excedente não declarado no que tange à falsidade ideológica relativa à quantidade e, ainda, em caso de bem divisível. O caso dos autos, porém, trata de bem indivisível e não diz respeito à falsa declaração de quantidade, mas sim de subfaturamento do bem, ou seja, diz respeito ao valor declarado.
> 4. A conduta do impetrante, ora recorrido, está tipificada no artigo 108 supracitado – falsidade ideológica relativa ao valor declarado (subfaturamento) –, o que afasta a incidência do artigo 105, VI, do Decreto-Lei n. 37/66 em razão: (I) do princípio da especialidade; (II) da prevalência do disposto no referido decreto sobre o procedimento especial previsto na IN SRF 206/2002; e (III) da aplicação do princípio da proporcionalidade.
> 5. Recurso especial não provido. (2ª Turma; REsp 1217708/PR, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, j. 14/12/2010, DJe 08/02/2011)

[737] Veja-se, a propósito, capítulo em que desenvolvemos raciocínio semelhante para tratar da falsa declaração de conteúdo.

Bastante frequente quando o tema é o perdimento de veículos, a proporcionalidade costuma ser avaliada, confrontando o valor das mercadorias sujeitas a essa pena e o do próprio veículo que, por reflexo, a ela também ficaria submetido. Exemplifico:

> ADMINISTRATIVO – PENA DE PERDIMENTO DE VEÍCULO – DESCAMINHO – PROPORCIONALIDADE DA SANÇÃO.
> 1. Esta Corte chancela o perdimento de veículo como sanção, constante do Decreto-lei 37/66, em caso de contrabando ou descaminho.
> 2. Contudo, deve ser observada a proporcionalidade, de tal forma que o valor econômico das mercadorias apreendidas seja compatível com o valor do veículo.
> 3. Hipótese em que o veículo vale mais que o dobro da mercadoria transportada.
> 4 . Recurso especial improvido. (STJ, REsp n. 508.963/RS, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ 03.10.2005)
> AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. APREENSÃO DE VEÍCULO. TRANSPORTE DE MERCADORIAS SUJEITAS À PENA DE PERDIMENTO. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE.
> 1. Para o cabimento da pena de perdimento, em respeito ao princípio da proporcionalidade e não havendo reiteração da conduta ilícita, deve haver correspondência entre o valor do veículo objeto da sanção e o das mercadorias nele transportadas. Precedentes.
> 2. [...]
> 3. Agravo regimental improvido. (STJ, AgREsp n. 1.125.398, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJE 15.09.2010)
> ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. DESCAMINHO. PENA DE PERDIMENTO DE VEÍCULO. PROPORCIONALIDADE DA SANÇÃO.
> 1. Embora esta Corte admita a pena de perdimento, em virtude da expressa disposição legal, deve ser observada a proporcionalidade entre a infração e a perda, seja sob o ponto de vista da gravidade, seja em relação ao valor econômico do ilícito. Precedentes.
> 2. Recurso especial não provido.(STJ, REsp 1.169.160, Rel. Min. Castro Meira, DJE 02.06.2010)
> TRIBUTÁRIO. ADMINISTRATIVO. TRANSPORTE DE MERCADORIA ESTRANGEIRA. AUSÊNCIA DE DOCUMENTAÇÃO COMPROBATÓRIA DE REGULAR IMPORTAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO PARA TRANSPORTE INTERNACIONAL. APREENSÃO DO CAMINHÃO. PENA DE PERDIMENTO. DECRETOS-LEIS N. 37/66 E N. 1.455/76. CONSTITUCIONALIDADE DA SANÇÃO. ARTIGO 5º, XLVI, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. DESPROPORÇÃO ENTRE O VALOR DO VEÍCULO E O DA MERCADORIA APREENDIDA. TRATADO INTERNACIONAL QUE PRESCREVE SANÇÃO MAIS BRANDA NOS CASOS DE FALTA DE AUTORIZAÇÃO PARA TRANSPORTE TERRESTRE ENTRE OS PAÍSES SIGNATÁRIOS. IMPOSSIBILIDADE.
> 1. O perdimento do veículo está previsto no artigo 617, I e V, do Regulamento Aduaneiro em vigor à época dos fatos (Decreto n. 4.543/2002), que prevê o apenamento do veículo nas hipóteses de estar "em situação ilegal, quanto às normas que o habilitem a exercer a navegação ou o transporte internacional correspondente à sua espécie", bem como quando "conduzir mercadoria sujeita a perdimento, se pertencente ao responsável por infração punível com essa penalidade".

> 2. A pena de perdimento de bens encontra previsão no artigo 5º, XLVI, da Constituição Federal. Precedentes do STF e do TRF da 3ª Região.
> 3. Acervo probatório carreado aos autos revela manifesta desproporção entre o valor do carro apreendido e o da mercadoria transportada, situação em que a sanção configuraria evidente confisco. Precedentes do STJ.
> 4. O Brasil introduziu na ordem jurídica pátria, mediante o Decreto n. 5.462/2005, o Segundo Protocolo Adicional ao Acordo de Alcance Parcial sobre Transporte Internacional Terrestre, de acordo com o qual não se aplica a pena de perdimento no caso de ausência de autorização para transporte entre fronteiras dos países signatários (artigo 2º, "b", n. 1, c.c. o artigo 6º). Critérios de posterioridade e especialidade fazem o tratado internacional prevalecer sobre o Regulamento Aduaneiro aplicado à espécie.
> 5. Apelação e remessa oficial improvidas. (TRF3, AMS n. 2006.60.05.000507-9, Rel. Des. Fed. Mairan Maia; DJ:19.04.2011)

23.8 Anterioridade e irretroatividade das leis que criem hipóteses sancionatórias ou as agravem

Se, conforme advertia Beccaria, é essencial preservar a segurança jurídica do cidadão ante o arbítrio, descabe penalizar conduta sem lei prévia que assim o defina. É o princípio da anterioridade da lei penal, estipulado no artigo 1º do respectivo Código[738], concepção à qual se subordina, também, o direito sancionatório administrativo.

É insuficiente para semelhante propósito, todavia, a prévia estipulação dos ilícitos na lei. É preciso, outrossim, que ela, de nenhum modo, venha a atingir situações ocorridas em momento anterior à sua edição, de maneira a onerar os cidadãos.

Em regra e como é natural em termos lógicos, editadas, as leis valem para o futuro, só deixando de valer, isto é, de possuírem vigência, quando revogadas.[739]

Vigentes apenas para o futuro, todavia, nada obsta a lei de possuir eficácia retroativa. Vigência e eficácia são fenômenos distintos e inconfundíveis.[740] Por isso, para assegurar o intento mencionado, é mister vedar a retroação desses efeitos, de modo que não venham atingir direitos

---

[738] Artigo 1º. Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal.

[739] Conforme percucientemente assinala Paulo de Barros Carvalho, não se pode confundir o problema da vigência com o da aplicação das normas jurídicas, uma vez que mesmo vigente ela poderá não ser aplicada. Poderá sê-lo outra, já revogada, mas que era vigente ao tempo do fato. (CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 25.ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p.99).

[740] Enquanto vigência é a força que uma norma tem para produzir efeitos, eficácia é a aptidão de produzi-los. A norma pode ter vigência e não possuir eficácia (*v.g. vacatio legis*) ou, ainda, não possuí-la, porque revogada, e produzir efeitos (*tempus regit actum*).

adquiridos, atos jurídicos perfeitos e a coisa julgada. É o comando que emana de nossa Constituição (artigo 5º, XXXVI) e da Lei de Introdução ao Código Civil (artigo 6º), que, no dizer de Sampaio Dória, se traduz em verdadeira norma de sobredireito à vista do papel por ela desempenhado na regulação e produção de outras normas.[741]

No Direito Tributário, a ideia está ínsita ao artigo 105 do Código Tributário Nacional, quando estipula a legislação tributária aplicar-se imediatamente aos fatos geradores futuros e aos pendentes, assim entendidos aqueles cuja ocorrência tenha tido início, mas não esteja completa nos termos do artigo 116 e, de certa maneira, o artigo 1º do Código Penal.

A única retroação de efeitos possível, em nosso ordenamento, é o da lei mais benéfica ao acusado, por deixar de considerar um fato como infração ou por abrandar sua pena, deixando-o em situação, no conjunto, mais favorável. A solução brasileira, vale ressaltar, não é pacífica no mundo. Na Itália somente se impede, claramente, a irretroatividade da norma mais grave, nada se dispondo sobre as benéficas. A Espanha, contudo, acolhe-a expressamente no direito administrativo sancionador, no texto da Lei n. 30/1992, enquanto na França a norma é reconhecida apenas pela jurisprudência.[742] Não obstante, o fato de, na Espanha, estar, no campo administrativo, talhada apenas por lei, leva doutrinadores a apontar, devido à falta de expresso assento constitucional, a possibilidade de solução diversa.[743]

No Brasil, além do Código Penal, o artigo 106 do Código Tributário Nacional, que admite a retroação das leis interpretativas, desde que não gerem punições (inciso I), exclui, expressamente, a de atos que cominem ou agravem infrações (inciso II, alíneas “a” e “c”). As meramente interpretativas, porém, por sua própria natureza, por nada inovarem, limitando-se a esclarecer dúvidas ensejadas por lei anterior, jamais teriam o condão de, por si, acarretarem penalidades.[744]

---

[741] CARRAZZA, Roque Antonio. **Vigência e aplicação das leis tributárias**. Curso de Direito Tributário (Org.) Ives Gandra da Silva Martins. São Paulo: Saraiva, 2001, p.96.
[742] 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.152.
[743] 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.153.
[744] CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 25.ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p.103.

De fato, a norma do artigo 106, II, do Código Tributário Nacional (CTN) somente admite a retroação das normas tributárias, para atingir ato não definitivamente julgado, em três situações*:*

> a) quando deixe de defini-lo como infração; b) quando deixe de tratá-lo como contrário a qualquer exigência de ação ou omissão, desde que não tenha sido fraudulento e não tenha implicado em falta de pagamento ou tributo e c) quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo de sua prática. As duas primeiras alíneas dizem quase a mesma coisa [...][745]

Nas demais, é impossível.

Em acréscimo, mencione-se o princípio da irretroatividade dos tributos (artigo 150, III, "a", da Constituição) e, especificamente no âmbito do Direito sancionador, a vedação do artigo 2º do Código Penal[746], que, no campo dos processos administrativos, recebe o reforço do artigo 2º, parágrafo único, XIII, da Lei n. 9.784/1999, que determina a "interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, vedada aplicação retroativa de nova interpretação".

Deveras, é incompatível com o Estado Democrático de Direito o surgimento de lei nova a surpreender o jurisdicionado, penalizando condutas anteriores à sua vigência, quando ela ainda era lícita, ou agravando-as.

Por último, assinale-se que, por se tratar de princípio geral, não apenas as penalidades e os tributos são irretroativos. Também a instituição de deveres instrumentais (as obrigações acessórias do direito tributário) o é, não sendo lícita penalidade nessas circunstâncias.[747]

O direito espanhol, com sistema semelhante neste sentido, aponta para idênticas soluções, como desponta das inúmeras decisões dos tribunais espanhóis, inclusive superiores, destacados por María Jesús Gallardo Castillo.[748]

---

[745] CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário***.* 25.ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p.103-104.

[746] Artigo 2º. Ninguém pode ser punido por fato que lei posterior deixa de considerar crime, cessando em virtude dela a execução e os efeitos penais da sentença condenatória. Parágrafo único – A lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado. (Código Penal; Decreto-Lei n. 2.848/1940, na redação da Lei n. 7.209, de 11.7.1984).

[747] Nesse sentido: COSTA, Regina Helena. **Curso de direito tributário**. São Paulo: Saraiva, 2009, p.69.

[748] CASTILLO, María Jesús Gallardo. **Los princípios de la potestade sancionadora** – Teoría y práctica. Madrid: Iustel, 2008, p.140-145.

No Brasil, a jurisprudência e a doutrina são tranquilas no sentido de que apenas a lei mais benéfica retroage: Régis Fernandes de Oliveira, Adilson Abreu Dallari, Sérgio Ferraz, Edilson Pereira Nobre Jr., Heraldo Garcia Vitta.

23.9 A vedação do *bis in idem*

Costumeiramente, designa-se *non bis in idem* o princípio segundo o qual ninguém pode ser mais de uma vez sancionado a respeito de um mesmo fato. Aparentemente simples, porém, logo ver-se-á que a questão não é tão singela, cabendo algumas ponderações com relação a esse princípio que tem suas origens remotas no Direito Romano[749], cuja resposta somente poderá ser oferecida depois de compreendida a teleologia da norma.

Alguns doutrinadores, como Maria Jesús Gallardo Castillo, destacam que a vedação ao *bis in idem* derivaria do sobreprincípio do Estado de Direito e da legalidade[750], porque difundiriam segurança e certeza, ao administrado e ao sistema, de que o fato não será processado ou revisado novamente, dentro da mesma jurisdição.[751] Surgido no Direito Penal, é aplicável também à esfera administrativa.[752]

Seu vínculo, porém, não se limita a este. Também é forte com o da proporcionalidade e, portanto, com o da igualdade, na medida em que boa parte do foco centra-se, primordialmente, no excesso de sanção[753] que disso poderia resultar para o jurisdicionado. Nesse sentido, embora reconheça o vínculo com a segurança jurídica, Maria Lourdes Ramirez Torrado é enfática em afirmar, com base em julgado da Corte Constitucional de seu País, um dos objetivos do princípio ser restringir o exercício desproporcional e irrazoável do poder sancionador do Estado.[754]

---

[749] TORRADO, Maria Lourdes Ramirez. El non bis in idem en el âmbito administrativo sancionador. **Revista de Derecho**, Universidad del Norte n.40: 1-29. Barranquila, 2013, p.3.
[750] CASTILLO, María Jesús Gallardo. **Los princípios de la potestade sancionadora** – Teoría y práctica. Madrid: Iustel, 2008, p.291.
[751] A fundamentação é a da Corte Constitucional da Colombia: C- 663/2007 E t – 1216-2005 apud TORRADO, Maria Lourdes Ramirez. El non bis in idem en el âmbito administrativo sancionador. **Revista de Derecho**, Universidad del Norte n.40: 1-29. Barranquila, 2013, p.1.
[752] TORRADO, Maria Lourdes Ramirez. El non bis in idem en el âmbito administrativo sancionador. **Revista de Derecho**, Universidad del Norte n.40: 1-29. Barranquila, 2013, p.3.
[753] Destacando o vínculo entre proporcionalidade e *bis in idem*, veja-se 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.210.
[754] TORRADO, Maria Lourdes Ramirez. El non bis in idem en el âmbito administrativo sancionador. **Revista de Derecho**, Universidad del Norte n.40: 1-29. Barranquila, 2013, p.4.

Inegavelmente, há uma conexão entre *bis in idem* e Estado de Direito e esta desponta ainda mais realçada diante de atos definitivamente julgados, cuja reanálise pode levar a uma nova condenação.

É que, conforme afirmou o Tribunal Constitucional Espanhol, a coisa julgada produz um efeito positivo, correspondente à afirmação de uma verdade jurídica, e outro negativo, que determina a impossibilidade de um novo pronunciamento sobre o tema[755] (salvo as exceções legais). É sob essa perspectiva que haverá direta e efetiva repercussão do *bis in idem* na segurança jurídica do cidadão e na concepção de Estado de Direito.

De outra parte, para que se dê *bis in idem*, deve haver identidade de partes, de fatos, de escopo e de esfera processante.[756] Veda-se que as partes sejam reiteradamente processadas pelo mesmo fato, com escopo de impor-lhes sanções pertinentes à mesma área do Direito. Isto porque, no ordenamento jurídico pátrio, nada impede a proposição de procedimentos sancionatórios relativos aos mesmos fatos e pessoas[757], se os âmbitos juridicamente protegidos forem distintos: um penal, outro administrativo e outro civil.[758]

É o que decorre daquilo que, no Direito brasileiro, se denomina separação ou independência de instâncias. Salvo regra em contrário, o desfecho do processo administrativo independe do penal, assim como esses dois não são condicionados e não condicionam o civil, não obstante sejam previstas, no processo penal, determinadas condições sob as quais a condenação criminal pode influenciar a esfera civil (ação civil *ex delicto*).

Um exemplo: a conduta de introduzir mercadoria "oculta, a bordo do veículo ou na zona primária, qualquer que seja o processo utilizado" enseja, administrativamente, a aplicação da pena de perdimento do bem, pela

---

[755] ALAIS, Horacio Félix. **Régimen infracional aduaneiro**. Buenos Aires: Marcial Pons Argentina, 2011, p.106.

[756] Segundo Alais, o princípio do *non bis in idem* exclui a possibilidade de que o mesmo fato seja sancionado, tanto na via judicial quanto administrativa, quando haja identidade de sujeito, fato e fundamento. (ALAIS, Horacio Félix. **Régimen infracional aduaneiro**. Buenos Aires: Marcial Pons Argentina, 2011, p.105).

[757] Segundo Maria de Lourdes Torrado, a aplicação do princípio pressupõe a ocorrência de ao menos duas atuações sancionatórias distintas, para as quais são exigidos os seguintes requisitos: exercício do *ius puniendi* estatal; relação de identidade de sujeito, fato e bens jurídicos (TORRADO, Maria Lourdes Ramirez. El non bis in idem en el âmbito administrativo sancionador. **Revista de Derecho**, Universidad del Norte n.40: 1-29. Barranquila, 2013, p.5).

[758] Também na Colômbia, como nos refere Maria de Lourdes Torrado, a situação é a mesma. Nada impede um administrado ser sancionado pelo mesmo fato com sanções diversas, se cada qual possui finalidade distinta. (TORRADO, Maria Lourdes Ramirez. El non bis in idem en el âmbito administrativo sancionador. **Revista de Derecho**, Universidad del Norte n.40: 1-29. Barranquila, 2013, p.4).

autoridade administrativa, com fundamento no artigo 105, III, do Decreto-Lei n. 37/1966, e pode dar ensejo, outrossim, à abertura, contra a mesma pessoa, de processo por descaminho ou contrabando, respectivamente tipificados no artigo 334 e 334-A do Código Penal, do qual poderá resultar a cominação de pena de reclusão (no primeiro caso, de um a quatro anos e, no segundo, de dois a cinco anos).[759] Nesses casos, porém, a despeito da hipótese ser una, o ordenamento a ela prevê mais de um efeito jurídico, cada qual voltado à proteção de bens jurídicos distintos: a norma administrativa, o ressarcimento do erário; a penal, o interesse público relevante manifestado pelo dever de solidariedade entre todos, que devem repartir os esforços para a manutenção do Estado.

Assim, portanto, o que se proíbe é que, em cada área do Direito, a pessoa possa ser processada mais de uma vez, relativa a um mesmo fato, com vistas a aplicar-se uma sanção.

Em nosso sistema, nada há a estranhar. Nada impede uma dupla imposição de sanções, desde que uma administrativa e outra penal. Não necessariamente, porém, precisa ser assim. Depende do ordenamento, pois, mesmo no Direito Argentino, onde vige a autonomia de instâncias, de forma que "muchas veces un mismo hecho sea considerado delito e infracción y que, en caso de no prosperar un encuadre jurídico, se pretenda aplicar la sanción prevista en la otra", a jurisprudência assinala que, julgado o fato em âmbitos distintos, o judicial e o administrativo, ao

> sancionarse este delito se habría consumido la posibilidad de juzgamiento y de sanción respecto de la infracción prevista en el artigo 954 del Código Aduanero, toda vez que los hechos por los cuales se imputa el delito de contrabando no pueden constituir, al mismo tiempo, delito e infracción.[760]

A solução, de a sanção penal, imposta pelo Poder Judiciário, sobrepor-se a qualquer penalidade administrativa é a adotada na Espanha, nos termos do artigo 133 da Lei n. 30/1992, enquanto a cumulatividade de sanções, tal

---

[759] Trata-se da pena base, sem consideração de qualificadoras dos §3º de cada um desses artigos, quando ela é aumentada em dobro, em virtude de tratar-se de delito praticado por meio de transporte aéreo, marítimo ou fluvial (artigos na redação da Lei n. 13.008/2014).

[760] ALAIS, Horacio Félix. **Régimen infracional aduaneiro**. Buenos Aires: Marcial Pons Argentina, 2011, p.106.

como entre nós adotada, é a que vige na França, conforme ressalta Rafael Munhoz de Mello.[761]

Na hipótese, porém, de se pretender processar duas vezes pelo mesmo fato ou de haver competência *concorrente* entre autoridades administrativas de diferentes entes da federação (União, Estado e Município) para disciplinar determinada conduta, sob determinado aspecto (bem da vida protegido), só um processo, de um desses entes, há de ser considerado, por estarem neste caso, todos vinculados à proteção a um mesmo objeto jurídico e, por isso, precisarem ater-se à proporcionalidade.[762] Evidentemente, não se trata de hipótese aplicável à situação em estudo, porque somente a Alfândega, na órbita do Poder Executivo da União, tem competência para aplicar penalidades por infração à legislação aduaneira, cuja competência, por sinal, é da União (artigo 22, VIIII, c/c artigo 153, I e II, da Constituição Federal).

Do quanto explanamos, algumas conclusões se impõem: (I) é vedado punir a mesma pessoa, mais de uma vez, pelo mesmo fato, por isso necessariamente gerar pena excessiva, superior àquela entendida, pela lei, como justa e adequada para a situação (violação ao princípio da proporcionalidade); (II) eventual nova condenação que venha a ocorrer no mundo fático não poderá prevalecer ante a coisa julgada anterior (coisa julgada); (III) comprovada a tramitação de processo anterior, relativo ao mesmo fato e pessoa, o novo processo deve ser extinto, por força dos princípios da celeridade e da economicidade, alinhados com a razoabilidade e proporcionalidade (litispendência); (IV) na hipótese de a constatação da identidade de partes, de fato e de pena a aplicar ocorrer antes do início formal do novo processo, a pretensão deve ser arquivada, por falta de interesse no seu início (falta de interesse processual).

23.10 Observância, pelas partes, do princípio da boa-fé objetiva

De igual modo como nos itens anteriores, também já tivemos oportunidade de discutir, no capítulo apropriado, o significado da boa-fé

[761] 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.214.
[762] 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.213.

objetiva em nosso ordenamento. Resta apenas observar, portanto, o quanto o princípio em questão é capaz de influir na condução do processo e na aplicação da pena de perdimento.

Do ponto de vista da Administração, a adoção do princípio significa que todos os procedimentos, pautados na imparcialidade e na impessoalidade, serão tratados de maneira justa e direcionados apenas ao cumprimento dos desígnios constitucionais. Não há espaço para a defesa cega e intransigente da Fazenda, por parte do julgador administrativo, nem para decisões desarrazoadas ou tendenciosas. Sua postura há de ser sempre correta e estriada unicamente na lei e no cumprimento do interesse público, a incluir, portanto, a solução justa dos conflitos postos.

Diante das contradições da legislação aduaneira, das quais apontamos alguns exemplos, isso significará, portanto, que, frente a conflito aparente de normas, a solução há de guiar-se por critérios consagrados (hierárquico, cronológico, especialidade) e, estes insuficientes, pela equidade, conforme ensina o corolário *in dubio pro reo:* a regra mais benéfica ao jurisdicionado.

De outro lado, supõe-se que todas as condutas das partes, no curso do processo, serão sérias, probas e transparentes. É incompatível com a boa-fé objetiva, por conseguinte, qualquer atuação consistente em apresentar provas ou alegações sabidas inverídicas ou obtidas ilicitamente, tentar confundir o julgador, induzindo-o em erro, ou procurar procrastinar o processo em busca da prescrição.

Na jurisprudência, por sua vez, a boa-fé mostra-se um critério importante para a avaliação das condutas subjetivas, sempre que o tipo requer, para sua caracterização, o dolo. Assim, relativamente àquelas apenadas com o perdimento da mercadoria ou do veículo e cujo pressuposto é a má-fé do sujeito, ou seja, o dolo, a ausência dessa característica é suficiente para afastar a tipicidade da conduta e, portanto, tornar inaplicável a pena.

É que, evidentemente, a boa-fé não influi nos casos de responsabilidade objetiva, em que a configuração do tipo sancionatório independe do elemento subjetivo. Por isso, merecem ser tomadas com cautela as assertivas segundo as quais “a pena de perdimento não se pode dissociar do elemento subjetivo, tampouco desconsiderar a boa-fé do adquirente. [...] ausente a má-fé no caso concreto, inaplicável tal pena.” (STJ, 2ª Turma; AgRg no REsp 1116394; DJ

18/9/2009), embora seja certo que, em qualquer caso, “a penalidade, mesmo a de natureza administrativa, só pode ser aplicada contra quem teve participação no ilícito.’” (TRF da 4ª Região, 1ª Turma, AMS n. 0408166-1, Rel. Ari Pargendler, DJ de 08.04.92, pg. 8502), pois, ainda que a responsabilidade seja objetiva, o nexo causal só pode se estabelecer entre as pessoas que participaram da conduta ilícita e o resultado.. Uma das hipóteses mais recorrentes de aplicação do princípio refere-se ao perdimento de veículos, quando o autor do ilícito não é o proprietário do bem: fretamentos, arrendamentos mercantis e comodato (empréstimo), desde que, porém, neste último caso, cabalmente comprovada a boa-fé do proprietário.

Há situações, ainda, em que a esse quadro se conjuga a flagrante desproporcionalidade entre o valor dos bens apreendidos e o do meio de transporte utilizado. Em ambas, seja por conta de um princípio ou de outro, as penas extremas devem ser relevadas. São exemplos dessas duas situações o AgInt. no Resp n. 871.882-SP (STJ, 2ª Turma; Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJE 16/6/2016); AC n. 000476636.2011.4.03.6600 (TRF 3ª Região; Rel. Nelton dos Santos; DJF 10/3/2016); e AC 8090/PR (TRF 4ª Região; Rel. Des. Fed. Jorge Antonio Maurique; DE 23/2/2010).

Mesmo em outras hipóteses, em que a discussão prende-se exclusivamente ao comportamento do importador, se estaria ou não eivado de má-fé, também os tribunais têm entendido descaber o perdimento quando ausentes segundas intenções.

Nesse sentido, mencionam-se casos de desvio de rota, inclusive com rompimento de lacre, quando constatada a incolumidade dos invólucros; caso similar, quando há justificativa razoável para o fato, conjugada à ausência de dano (TRF 3ª Região; 4ª Turma; AC 000372.564.2007.6100; Rel. Marli Ferreira; DJ 19/3/2015); situação em que, anteriormente à ação fiscal, houve denúncia espontânea da infração (TRF 3ª Região; 6ª Turma; AMS 306334,DJ 19/2/2016) e, ainda, preenchimento incorreto de declaração de trânsito aduaneiro para o exterior, por não haver incidência de tributo na operação (STJ, 1ª Turma; AgRgnoAg 809.825; Rel. Min. Luiz Fux; DJ 8/11/2007).

Hipóteses de boa-fé, ainda, em face das circunstâncias, encontramos nos seguintes julgados: STJ, REsp 1.241.085/RJ, Rel. Min. Humberto Martins, decisão de 16/03/2011, DJe 24/03/2011 e AREsp 458.251/RS, Rel. Min.

Benedito Gonçalves, decisão de 24/03/2014, DJe 26/03/2014; TRF 3ª Região, Ag. Leg. na AMS 0012423-26.2012.4.03.6119/SP, Rel. Des. Fed. Nelton dos Santos, Sexta Turma, j. 10/04/2014, D.E. 28/04/2014, AMS 0006330-18.2010.4.03.6119/SP, Rel. Juíza Federal Convocada Eliana Marcelo, 3ª Turma, D.E. 24/03/2014, AMS 0005102-26.2005.4.03.6105/SP, Rel. Des. Fed. Consuelo Yoshida, 6ª Turma, D.E. 26/03/2010 e AC 0026250-27.2000.4.03.6119/SP, Rel. Des. Federal Mairan Maia, 6ª Turma, D.E. 01/07/2010, e AMS 358335/SP Rel. Des. Fed. Marli Ferreira; DJ 11/12/2015.

Destarte, verifica-se que só diante do caso concreto, à luz da conjuntura fática apresentada, será possível averiguar se o tipo estabelece hipótese de responsabilidade objetiva, a qual independe da boa-fé do agente, ou se, ao contrário, é doloso, situação em que ela será absolutamente necessária.

23.11 Aplicação da norma mais benigna

Constatada antinomia e insuficientes os critérios tradicionais para sua resolução, a saber, o hierárquico, o cronológico e o da especialidade, aplica-se a norma mais benigna ao administrado, à vista da filosofia da Carta Suprema, que privilegia a liberdade, a justiça e a segurança jurídica.

Essa problemática, no âmbito da aplicação intertemporal do Direito, tratamo-la no item referente à retroatividade das leis. Aqui, diversamente, as duas normas vigem ou ao menos são eficazes naquele momento, mas só uma pode ser aplicada. Nesse caso, como no outro, o caráter mais favorável ou prejudicial da norma deve ser visto em seu conjunto, e não por um aspecto particular e, muito menos, multifacetado, isto é, considerando-se apenas as partes da norma, conforme o interesse.

A situação não se confunde com a da aplicação do princípio *in dubio pro reo*. Enquanto neste caso o problema é da ausência de convencimento do julgador, que, não obstante a instrução, mantém dúvidas sobre a materialidade da infração, do seu autor ou, se exigido no tipo, do dolo ou culpa – situação em que o referido brocardo determina privilegiar a liberdade do indivíduo – a aplicação da disposição mais benigna deriva da problemática ensejada por um aparente conflito de normas.

23.12 Livre acesso ao Poder Judiciário

Consoante sabido, segundo nosso texto Constitucional, nada escapa ao controle jurisdicional. É a tese exposta no artigo 5º, XXXV, da Carta, pelo qual "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito".

Assim, vencida a discussão no seio dos órgãos administrativos, nada impede o interessado de apelar aos órgãos jurisdicionais, invocando suas razões. Trata-se do princípio do livre acesso à jurisdição, que advoga não só a abertura democrática desse poder, mas também a de uma justiça rápida e eficaz em resolver o conflito, ao qual vem se conjugar a concepção do controle jurisdicional do ato administrativo.

Não se pode descurar, contudo, que embora vedada a exclusão da apreciação de lides pelo Judiciário, nada obsta que a lei requeira que, antes, se atendam a determinadas condições de procedibilidade, desde que razoáveis e não firam de morte o direito da parte. É o caso, por exemplo, da exigência de prévio requerimento administrativo, que, não obstante, não se confunde com o exaurimento de instâncias.

No Direito Previdenciário, depois de muita discussão e caudalosa doutrina e jurisprudência favorável aos jurisdicionados, o Supremo Tribunal Federal afinal decidiu (grifos nossos):

> RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. PRÉVIO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO E INTERESSE EM AGIR. 1. A instituição de condições para o regular exercício do direito de ação é compatível com o artigo 5º, XXXV, da Constituição. Para se caracterizar a presença de interesse em agir, é preciso haver necessidade de ir a juízo. 2. A concessão de benefícios previdenciários depende de requerimento do interessado, não se caracterizando ameaça ou lesão a direito antes de sua apreciação e indeferimento pelo INSS, ou se excedido o prazo legal para sua análise. É bem de ver, no entanto, que a exigência de prévio requerimento não se confunde com o exaurimento das vias administrativas. 3. A exigência de prévio requerimento administrativo não deve prevalecer quando o entendimento da Administração for notória e reiteradamente contrário à postulação do segurado. 4. Na hipótese de pretensão de revisão, restabelecimento ou manutenção de benefício anteriormente concedido, considerando que o INSS tem o dever legal de conceder a prestação mais vantajosa possível, o pedido poderá ser formulado diretamente em juízo – salvo se depender da análise de matéria de fato ainda não levada ao conhecimento da Administração –, uma vez que, nesses casos, a conduta do INSS já configura o não acolhimento ao menos tácito da

> pretensão. 5. Tendo em vista a prolongada oscilação jurisprudencial na matéria, inclusive no Supremo Tribunal Federal, deve-se estabelecer uma fórmula de transição para lidar com as ações em curso, nos termos a seguir expostos. 6. Quanto às ações ajuizadas até a conclusão do presente julgamento (03.09.2014), sem que tenha havido prévio requerimento administrativo nas hipóteses em que exigível, será observado o seguinte: (I) caso a ação tenha sido ajuizada no âmbito de Juizado Itinerante, a ausência de anterior pedido administrativo não deverá implicar a extinção do feito; (II) caso o INSS já tenha apresentado contestação de mérito, está caracterizado o interesse em agir pela resistência à pretensão; (III) as demais ações que não se enquadrem nos itens (I) e (II) ficarão sobrestadas, observando-se a sistemática a seguir. 7. Nas ações sobrestadas, o autor será intimado a dar entrada no pedido administrativo em 30 dias, sob pena de extinção do processo. Comprovada a postulação administrativa, o INSS será intimado a se manifestar acerca do pedido em até 90 dias, prazo dentro do qual a Autarquia deverá colher todas as provas eventualmente necessárias e proferir decisão. Se o pedido for acolhido administrativamente ou não puder ter o seu mérito analisado devido a razões imputáveis ao próprio requerente, extingue-se a ação. Do contrário, estará caracterizado o interesse em agir e o feito deverá prosseguir. 8. Em todos os casos acima – itens (I), (II) e (III) –, tanto a análise administrativa quanto a judicial deverão levar em conta a data do início da ação como data de entrada do requerimento, para todos os efeitos legais. 9. Recurso extraordinário a que se dá parcial provimento, reformando-se o acórdão recorrido para determinar a baixa dos autos ao juiz de primeiro grau, o qual deverá intimar a autora – que alega ser trabalhadora rural informal – a dar entrada no pedido administrativo em 30 dias, sob pena de extinção. Comprovada a postulação administrativa, o INSS será intimado para que, em 90 dias, colha as provas necessárias e profira decisão administrativa, considerando como data de entrada do requerimento a data do início da ação, para todos os efeitos legais. O resultado será comunicado ao juiz, que apreciará a subsistência ou não do interesse em agir. (STF, Pleno, RE 631240; Rel. Min. Roberto Barroso, DJ 10/11/2014)

No Direito Aduaneiro, até o momento nenhuma exigência textual existe neste sentido. Ainda que, bem estruturada, seria, talvez, meio salutar de tratar os ilícitos, excetuados casos de iminente risco de perecimento de bem, para que, se o problema não pudesse ser resolvido na seara administrativa, algo de interesse para ambas as partes, ao menos chegasse ao Poder Judiciário mais depurado e, portanto, em melhores condições de ser mais prestemente analisado.

24 CONCLUSÃO

De tudo quanto examinado, inferem-se as seguintes conclusões:

1. Formado sob o influxo de uma cultura que lhe é preexistente e da qual a linguagem é um aspecto, o homem assimila valores os quais projeta para o mundo e, em especial, na construção do seu entorno social. Com isso, a estrutura das comunidades por ele formadas contém seus gérmens, revelados, no mundo do Direito, por princípios que os espelham.
2. Quanto à linguagem, ela delimita a forma de ver o mundo, tornando-se imprescindível, para a boa comunicação, que o significado atribuído aos signos seja, tanto quanto possível, claro e uniforme.
3. A compreensão destes últimos sempre resulta de um processo de interpretação, que, não obstante, em certa medida, preso ao texto escrito e seu contexto, inelutavelmente sofre os reflexos da subjetividade do intérprete.
4. Essa é a realidade à qual se sujeita também o Direito, estabelecido com o propósito de regular a conduta humana. Verbalizado por linguagem prescritiva finalisticamente orientada, sujeita-se às idiossincrasias próprias dos vernáculos, só superáveis mediante uma meticulosa interpretação que considere os aspectos sintático, semântico e pragmático da norma.
5. Assim, além de verificar a estrutura lógica do enunciado, formulado em torno dos modais deônticos “permitido”, “obrigado” e “vedado”, cumpre por igual contemplar seu significado frente aos demais elementos do sistema jurídico, assim como o usualmente apreendido pelos operadores do Direito.
6. Variável no tempo e no espaço, conforme as visões de mundo existentes, o sistema jurídico, composto por normas dessa natureza, a saber, regras e princípios, pressupõe, justamente por esta configuração, a harmonia e a racionalidade das inter-relações entre seus elementos, não comportando contradições ou lacunas insuperáveis.

7. Enquanto as regras de conduta cingem-se a estabelecer as consequências desejadas diante de possibilidades fáticas precisas, os princípios jurídicos, genéricos e imprecisos por essência, têm o condão de incidir sobre um vasto espectro de situações diante das quais a consequência há de ser aquela por ele preconizada.
8. Inspirados pelos valores acolhidos no sistema, por meio da Constituição, os princípios servem como um guia ao legislador e o intérprete (aplicador) da norma: apontam o escopo a ser perseguido na edição e concretização das normas, os meios para isso permitidos ou vedados, e atuam como um parâmetro interpretativo e limite negativo para a introdução de novas regras. São os responsáveis por dar direção e sentido ao ordenamento, apontando para o norte diante do qual devem ser construídas e concretizadas as normas.
9. Particularmente quanto ao viés interpretativo, os princípios propiciam um norte seguro: o caminho a ser traçado na aplicação da norma. Pelo valor envolvido, deles sempre se há de extrair sua máxima eficácia, sem deixar, porém, de esquecer os demais que possam estar envolvidos no caso concreto, cabendo confrontá-los mediante uma equilibrada ponderação.
10. Nesse contexto, a importância da interpretação jurídica advém justamente da constatação de os enunciados jurídicos resultarem da valoração, por seus emitentes, de hipóteses fáticas ante as finalidades almejadas, bem como a de a aplicação do Direito ser igualmente desincumbida pela interpretação feita pelo operador – juiz ou administrador – sob a influência dessas mesmas circunstâncias.
11. Considerado o aspecto sintático, a norma, que denominamos primária, aponta a consequência jurídica, isto é, o dever jurídico correspondente à determinada situação. Conjugada a ela, a secundária, aplicável na hipótese de descumprimento da anterior, revela as implicações decorrentes desse comportamento.
12. Irrompido, no mundo fenomênico, o fato hipoteticamente descrito na norma, surge entre os sujeitos implicados nessa situação, como consequência, um liame em face do qual são estabelecidos efeitos jurídicos específicos – a relação jurídica – dentre os quais a obrigação.

13. Genericamente, denomina-se “sanção” a consequência decorrente da desobediência à norma primária (de conduta). Sob essa perspectiva, é qualquer reação contra o cometimento de ilícitos. Plurívoco, todavia, o termo serve para indicar direitos subjetivos, medidas ressarcitórias ou, ainda, prescrições punitivas, cada qual com características diversas.
14. Por isso, afirmar que toda norma prevê uma sanção para o caso de seu descumprimento depende, primordialmente, do conceito de sanção ao qual se esteja referindo.
15. Considerados os usos mais restritivos do termo – direitos subjetivos e penalidades decorrentes da prática de atos ilícitos – sempre sua apreciação e concretização há de ser feita nos termos da Constituição: Lei Maior do Estado, responsável pela estruturação de todas suas instituições e pela fixação dos valores e parâmetros que devem reger o ordenamento jurídico.
16. Erigida a República Federativa do Brasil em Estado Democrático de Direito, a Constituição de 1988 que o conforma é rica em termos axiológicos. Nesse contexto, portanto, para a perfeita interpretação, seja no curso do processo legislativo, seja no da concretização das normas – a abranger as sancionatórias –, importa atentar aos princípios, visando sua “otimização”. Quaisquer colisões entre eles, que não são raras, serão resolvidas mediante a ponderação dos aspectos envolvidos, de forma a obter sua harmonização.
17. Dentre as principais diretrizes irradiadas da Constituição de 1988 destacam-se: (I) a dignidade da pessoa humana; (II) a segurança jurídica, da qual é corolário a razoabilidade, a clareza, a legalidade, a tipicidade, a anterioridade das normas sancionatórias (penal e administrativa) e tributárias e a irretroatividade; (III), a igualdade, a qual se conjuga à proporcionalidade; (IV) a boa-fé objetiva, a presumir a transparência; (V) o devido processo legal, substantivo e adjetivo (contraditório e ampla defesa); (VI) o democrático; (VII) o do livre acesso à justiça, dentre outros.
18. Portanto, a elaboração e a aplicação das normas referentes ao exercício do poder de polícia pelo Estado, assim entendido o poder-dever da autoridade pública de regular o exercício da liberdade e o uso

da propriedade dos cidadãos deve pautar-se pelo respeito aos princípios mencionados. Não há espaço para o voluntarismo ou o arbítrio, mesmo quando bem intencionado: o legislador deve pautar-se pelos valores constitucionais e o administrador deve conduzir-se de acordo com a vontade geral expressa nas leis. Descabe usar de sua competência para perseguir fins outros, embora públicos, que não os estritamente nela mencionados.

19. Pelas mesmas razões, todas as sanções punitivas, cuja função, por natureza, é a de reprimir e prevenir ilícitos e conferir ao sistema a coercibilidade que é imprescindível ao Direito para sua eficácia social, devem observar, em sua enunciação, interpretação e aplicação, esses e os demais princípios inspirados na Constituição.

20. Multifacetados os aspectos sobre os quais o poder de polícia se desdobra – as finalidades públicas protegidas – múltiplas são as formas de controle e os órgãos que o exercem. Essa tônica reproduz-se no âmbito do comércio exterior, onde também são variados os aspectos carecedores de exame: a depender do bem ingressado no território nacional, aspectos de saúde ou ordem pública, concorrência, direito do consumidor, propriedade intelectual e economia podem ser afetados.

21. Destarte, ainda que não seja o único aspecto importante no comércio internacional, a natureza da mercadoria é crucial no exercício do poder de polícia. Influencia a análise sob todos esses aspectos, bem quanto a da existência de quotas para a importação (conjugável com a procedência do bem), imprescindibilidade de controles especiais (*v.g.* armas e substâncias entorpecentes) ou proibição de importação. Isso, sem contar a natural influência na valoração e classificação fiscal do produto, determinantes na fixação da alíquota.

22. Tampouco se pode olvidar que, nesse campo, assim como a defesa de valores constitucionais enseja a extrafiscalidade dos tributos incidentes nas importações e exportações, com flexibilização das regras tributárias, a preservação de aspectos básicos da vida social, protagonizados pelo exercício do poder de polícia, em um meio dinâmico, requer ferramentas ágeis e eficazes, não obstante sempre submetidas às diretrizes constitucionais.

23. A despeito de o Código Tributário Nacional utilizar a expressão “obrigações acessórias”, para retratar aquelas ínsitas ao controle da arrecadação tributária, elas não são apêndice ou complemento da “principal”, correspondente à de “dar” ou pagar o tributo.

24. Elas lhe são autônomas, na medida em que possuem objeto e finalidades próprias, a saber, a instituição de procedimentos de controle da atividade praticada. São obrigações de índole administrativa, de fazer ou não fazer (escriturar livros, emitir notas fiscais, fazer declarações, inventários, prestar informações, receber os agentes fiscais que irão verificar suas atividades, etc.), de natureza completamente distinta das tributárias. Por isso, o mais correto é, na esteira de Paulo de Barros Carvalho, denominá-las de “deveres instrumentais”, cujo descumprimento acarreta sanção.

25. Embora o Direito seja um sistema unitário, com normas que livremente interagem entre si, segregado, apenas para fins didáticos, o conjunto daquelas que disciplinam as relações decorrentes da atividade do Estado referentes ao tráfego de mercadorias objeto de comércio exterior no território aduaneiro, bem como dos aspectos a isso correlatos, tem-se o Direito Aduaneiro. Por suas normas, de natureza administrativa, regularem o poder de polícia no que concerne ao comércio internacional, elas acabam por interagir com as tributárias, no que se refere à disciplina dos impostos incidentes no ingresso ou saída de bens do território nacional.

26. Não aludimos na definição, como amiúde se faz, ao controle do tráfego de pessoas, por não ser ele, ao nosso entender, verdadeiramente objeto de controle aduaneiro, ainda que possa haver e seja real a interferência das autoridades aduaneiras. No mais das vezes essa fiscalização representa apenas um aspecto do trânsito internacional de bens e não um exame autônomo como o praticado pela Polícia Federal ou Agência de Vigilância Sanitária.

27. De fato, o principal objeto sobre o qual se debruça o controle das Aduanas é o trânsito de mercadorias: verifica-se seu licenciamento perante o SECEX; a anuência prévia de outros órgãos quando necessária (ANVISA, Ministério da Agricultura, da Defesa, etc.); a

classificação fiscal; o valor da mercadoria; sua conformidade com o descrito nos documentos, em especial quando procedida a conferência física; e o valor dos impostos e das taxas recolhidas. A fiscalização abrange não só o trânsito de cargas, mas, também, remessas postais e bagagens. Por isso, é possível até examinar viajante ou tripulante diante da suspeita de que oculte bem. Entretanto, a vistoria não decorrerá, exclusivamente, de sua presença ou trânsito, mas da desconfiança de que esteja a ocultar bem.

28. Com efeito, em princípio livre, o trânsito de pessoas só sofrerá obstáculos (I) se contra ela houver mandado de prisão expedido pela autoridade competente; (II) na hipótese de prática de crime em flagrante – situações nas quais incide o Direito Penal –; (III) se sua entrada, no País, for irregular em face das leis de imigração; (IV) se a pessoa estiver acometida de doença contagiosa em virtude da qual deva ser compulsoriamente segregada (quarentena). Nos dois últimos casos, porém, o problema, embora de Direito Administrativo, atém-se a circunstâncias específicas vinculadas à política de imigração, a cargo da Polícia Federal, no primeiro caso, e à preservação da saúde pública, de atribuição da ANVISA, no segundo. Não ao Direito Aduaneiro, considerado este como estritamente decorrente do "comércio internacional".

29. Ao enfatizar, como objeto do Direito Aduaneiro, o controle da movimentação dos bens, pelo País, em razão do comércio internacional, a definição abrange o ingresso, a saída, o trânsito interno e aspectos da armazenagem desses bens, além de aspectos a isso interligados, como a fiscalização dos veículos que as transportaram e das pessoas diretamente envolvidas no procedimento (importador, exportador, despachante aduaneiro e transportador), que podem ser responsabilizadas na hipótese de infração. A disciplina não alcança os servidores públicos intervenientes nessas operações, sujeitos a controle distinto, fundado no respectivo estatuto (o Regime Jurídico Único da Lei n. 8112/1991). Portanto, a disciplina só regula o tráfego de pessoas, no quanto isso possa interferir no de bens.

30. Por outro lado, o exame de pessoas ou mercadorias por órgãos diversos da Aduana, por ocasião do ingresso ou saída de bens do País, por corresponder ao efetivo exercício de sua estrita competência (controle de doenças, de pragas, etc.), nos termos de seus Regulamentos (*v.g.* Regulamento Sanitário), não configura, rigorosamente, ato pertinente ao Direito Aduaneiro, mas de outras vertentes do Direito Administrativo (v.g. Direito Sanitário), inconfundíveis com aquele. Isso, não obstante o exame da pessoa ou da mercadoria possa ocorrer no espaço físico da Aduana, em momento próximo ou idêntico à fiscalização feita por esta.

31. De qualquer modo, ainda que possua objeto e finalidade própria, é temerário afirmar a autonomia do Direito Aduaneiro, ramo ainda em evolução porque, a despeito de princípios específicos – o da universalidade do controle aduaneiro; o de sua máxima eficiência e o da proteção das finalidades públicas extrafiscais, sobrepostas aos fins arrecadatórios – sua aplicação rende-se a uma série de princípios administrativos e tributários, além dos constitucionais.

32. Enfim, o Direito Aduaneiro possui normas jurídicas próprias e autônomas, atinentes ao controle das relações derivadas do comércio exterior, além de institutos próprios e finalidades singulares que o distinguem de qualquer outro ramo do Direito. Só não possui, à exceção dos aventados, princípios autônomos e completa autonomia científica, uma vez que seus estudos são feitos, principalmente, sob a óptica tributária, ressalvados alguns aspectos estudados pelo Direito Administrativo.

33. Mais do que quaisquer outras, as normas de Direito Aduaneiro sofrem o influxo dos demais ramos jurídicos, interligados no atendimento de uma finalidade única, o controle do comércio exterior. Além do Direito Constitucional, interagem o Direito Administrativo, o Tributário, o Penal, o Civil, o Comercial e o Internacional. Trata-se de fenômeno global, porque, em praticamente todos os países, a questão é vista sob perspectiva semelhante, com a legislação pertinente compactada em um Regulamento Aduaneiro, em conjunto com os atos normativos a ele submetidos.

34. Os princípios, se não exclusivos a esse ramo do Direito, muitas vezes nele adquirem sentido próprio. Evidentemente, dado seu estreito vínculo com o Direito Administrativo, aplicam-se-lhe todos os princípios a ele atinentes, expostos no artigo 37, *caput,* da Constituição, entre outros esparsos.

35. Assim, tanto a formulação como a aplicação das normas aduaneiras devem estar eivadas de boa-fé e atentas à boa administração da coisa pública, seja quanto à eficácia, seja quanto à eficiência. Toda a ação fiscal deve pautar-se na legalidade estrita e atentar aos direitos dos cidadãos (*v.g.* dignidade da pessoa humana, contraditório, direito de petição, etc.), bem como aos de propriedade e do consumidor, dentre outros.

36. Considerado o Direito Positivo Aduaneiro, suas vigas mestre são os Decretos-Lei n. 37/1996 e 1.455/1976, secundado pelo Regulamento Aduaneiro, atualmente veiculado pelo Decreto n. 6.759/2009, aos quais se submetem os variados atos de hierarquia inferior (Portarias, Instruções Normativas, Atos Declaratórios, etc.), principalmente editados pela Receita Federal do Brasil. Em face das peculiaridades dessa função, no entanto, também nele interferem leis e atos normativos de outros órgãos (*v.g.* CAMEX, SECEX).

37. No Direito Aduaneiro, a sanção poderá se dar em decorrência do descumprimento de normas de comportamento ou de deveres instrumentais, cuja importância não pode ser desprezada sob o risco de comprometer as finalidades públicas protegidas pelo poder de polícia correspondente.

38. Por outro lado, a força coercitiva do Direito só será efetiva se forem previstas medidas estritamente punitivas (não apenas ressarcitórias), aptas a inibir a prática de um mal.

39. No âmbito administrativo, pertinente às relações jurídicas firmadas entre instituições estatais ou entre estas e os cidadãos, nas quais os interesses e as prerrogativas concedidas ao Estado estão em posição de supremacia, as penalidades podem possuir um conteúdo patrimonial (*v.g.* multa e perdimento de bens) ou serem restritivas ou extintivas de direitos (como as restrições para obter crédito público; para o exercício

de atividades, cargos ou funções; para a prática de atos, como a participação em concursos ou licitações, etc.). No caso em estudo, o cerne da discussão foi, primordialmente, a pena de perdimento de bens.

40. Em decorrência da divisão para fins didáticos do Direito, surge a polêmica quanto à natureza da distinção das sanções em civis, penais e administrativas, com regime jurídico diverso.

41. Para alguns, a distinção dependeria exclusivamente da qualidade da autoridade responsável por sua imposição: administrativa, em um caso, ou jurisdicional, no caso da penal. Deve-se ponderar, todavia, que embora as sanções penais, de fato, jamais sejam aplicadas por autoridade administrativa, o magistrado, a par de suas funções típicas (decretação de sanções judiciais em matérias civis, penais ou administrativas), poderá também aplicar sanção desta última natureza no exercício de atividade atípica (procedimentos administrativos da órbita do Poder Judiciário).

42. Noutra vertente, mais profunda, há duas correntes doutrinárias básicas sobre o assunto: uma a defender tratar-se de diferença qualitativa; outra, dela ser quantitativa.

43. Enquanto para os defensores da primeira os crimes são ilícitos que atingem os interesses essenciais da sociedade, as infrações administrativas vulnerariam interesses menores, por vezes confundidos com os da Administração. Ressoa, neste campo, a lição de Goldschimidt, que distingue os papéis desempenhados pelas pessoas como indivíduos ou membros da comunidade. A seu ver, enquanto no primeiro caso, o respeito à esfera de direitos do indivíduo é tutelado pelo direito penal, no segundo, no qual é primordial a colaboração com a Administração Pública visando essa espécie de interesse, a reprimenda é administrativa. É a visão predominante na Alemanha e na Itália.

44. Para os adeptos da teoria quantitativa, todavia, não há distinção substancial entre os dois tipos de ilícito. A diferenciação decorre, unicamente, da gravidade da sanção prevista: as mais graves apenadas como sanção penal; as menos graves como sanção administrativa. É a linha praticada na Espanha, onde distingue-se “infração aduaneira” e

"delito aduaneiro" apenas em virtude do *quantum* envolvido na prática de descaminho (situação que repercute na pena).

45. No Brasil, ao contrário, em princípio predominaria a corrente qualitativa, na medida em que, usualmente, às infrações mais graves reservam-se sanções penais (a despeito da criminalização de vários ilícitos tributários) e às menos graves os ilícitos de outra espécie. O critério de distinção, portanto, liga-se prioritariamente à materialidade da conduta e à presença do elemento subjetivo (dolo ou culpa), independentemente do montante envolvido. Justamente por isso, jamais as infrações administrativas ensejarão a total restrição de liberdade (salvo quarentena).

46. A afastar dessa linha, somente o crescente e casuísta movimento de criminalização de condutas, vigoroso desde a década de 1990, que, busca, pela gradativa inserção de infrações antes meramente administrativas na órbita penal, mostrar, pelo rigorismo do tratamento, a disposição de combater os ilícitos e a impunidade (*v.g.* Lei n. 8.137/1990).

47. O combate ao ilícito, todavia, como o demonstra a experiência, não se perfaz, necessariamente, pela criminalização ou endurecimento das penas. Requer, antes de tudo, conscientização da sociedade sobre o mal praticado (aspecto preventivo) – uma ruptura cultural com o passado permissivo de ilícitos dessa ordem – e efetividade na fiscalização e na imposição de penas, a incluir a celeridade do julgamento e da execução da decisão.

48. Não obstante, a nosso ver, o marco divisor das sanções deva delinear-se, por ser o mais adequado, a partir do grau de reprovabilidade da conduta, o único critério capaz de distinguir, com precisão, o campo das infrações mais graves, violadoras de valores essenciais da comunidade, daquele no qual se encontram condutas que, não obstante ilícitas, não têm o condão de por em risco a ordem social é o Direito Positivo.

49. É inviável, na prática, diferenciar as espécies de sanção por sua essência. Ainda que alguns espectros de conduta claramente situem-se no campo do crime ou, noutra hipótese, da mera infração, muitas podem situar-se na zona de penumbra, semeando insegurança jurídica. Por

isso, qualquer tentativa de diferenciação sob esse aspecto, por mais objetiva que pretenda ser, sempre resvalará, ainda que minimamente, na subjetividade da apreciação.

50. Daí a imprescindibilidade de, antes de tudo, verificar o direito positivo, responsável por fixar o regime jurídico e as penas aplicáveis.

51. Consideradas mais graves pela legislação e, portanto, delitos, as infrações serão processadas e julgadas perante autoridade judicial, mediante o processo próprio, mais rígido e formal, cercado das garantias previstas na Constituição e nas leis do País. Nesse caso, cabe ao Estado a prova da materialidade da conduta e do elemento subjetivo do tipo (dolo ou culpa); aplica-se o princípio *in dubio pro reo* e a proibição da *reformatio in pejus,* entre outras garantias.

52. Menos graves e consideradas ilícitos administrativos, as condutas serão processadas e julgadas por autoridade dessa índole, mediante processo mais informal, embora também neste caso prevaleça o dever de preservar os direitos e as garantias individuais. A diferenciação entre as duas espécies de infração, portanto, fica por conta da autoridade julgadora, do regime jurídico mediante o qual ela é aplicada (no qual se destaca a informalidade) e das penas aplicáveis.

53. Por outro lado, se a sanção penal sempre deve estribar-se estritamente no dolo ou na culpa do agente, a administrativa admite a responsabilidade objetiva, sem dolo ou culpa (é irrelevante o motivo da infração), ainda que não prescinda do dano (ou sua tentativa) às finanças do Estado ou aos controles. A esta última, basta o nexo causal entre a conduta e o resultado.

54. Particularmente no Direito Aduaneiro, onde são relevantes e complexos os interesses em risco, assim como os mecanismos de controle praticados, a gama de sanções genericamente previstas na legislação, por ser ampla, é adequada e suficiente para combater as infrações (perdimento de bens e veículos, multas, restrições de direitos).

55. Não obstante, é visível a má qualidade da formulação de inúmeros enunciados de tipos sancionatórios: pouco objetivos e muitas vezes montados em conceitos vagos e imprecisos, por vezes mediante a utilização de conceitos indeterminados (*v.g.* mercadorias atentatórias à

moral e aos bons costumes), podem às vezes, também, serem contraditórios entre si, gerando antinomias que devem ser superadas mediante os meios conferidos pelo sistema.

56. Ademais, se procurarmos critério científico de distinção que permita destacar as condutas hábeis a serem gravadas com o perdimento daquelas que devam ser apenadas somente com multa, dificilmente o encontraremos: em ambos os casos há condutas graves e dolosas aptas a ensejá-las (ainda que as multas, nessas situações, sejam elevadas).

57. A única coisa certa, a respeito, é que enquanto majoritariamente (não sempre) as hipóteses de perdimento exigem o dolo, de dano ou de perigo, nas demais espécies de sanções isso não necessariamente ocorre.

58. No máximo, em busca de um padrão único, é possível aduzir que, contemplados os tipos legais aos quais se comina a pena de perdimento, tratam-se, sempre, de situações nas quais indefectivelmente há, ainda que presumidamente: (I) prática dos crimes de contrabando e de efetivo dano ao erário, que se confundem com o descaminho ou praticadas mediante artifício doloso; (II) iminente risco do cometimento dessas espécies de ilícito, senão a tentativa de cometê-los; (III) condutas demonstrativas de grave risco à segurança, à saúde, à moral ou à ordem pública (não necessariamente criminosas); (IV) abandono de bens (hipótese não delituosa e para a qual não se pode cogitar outra solução senão a legal) e (V) condutas transgressoras de acordos internacionais; (VI) por reflexo, quando aplicada ao veículo em decorrência de sua incidência pela prática de uma das condutas citadas nos itens anteriores.

59. Particularmente em relação ao descaminho – indevida redução do tributo mediante artifício doloso (penalmente tipificada) – não há padrão único, pois nem sempre a ele aplica-se o perdimento. Há situações que o tipificam ensejadoras do perdimento (falsificação de documentos essenciais, salvo da declaração de importação) e outras para as quais é prevista apenas pena de multa, quando a legislação não apresenta antinomias aparentes, a tornar ainda mais inseguro o tratamento a respeito.

60. Enquanto nos termos do artigo 105, VI, do Decreto-Lei n. 37/1966, a falsificação de documentos necessários à importação (e a lei não deixa claro quais sejam) enseja o perdimento, a falsa anotação de informações neles constantes na declaração de importação (também imprescindível para a operação) enquadra-se no conceito de “declaração inexata”, do artigo 44 da Lei n. 9.430/1966, que, por força do princípio da especialidade, leva à pena de multa. Isso, a despeito dessas falsidades poderem servir ao descaminho.

61. Mais grave: enquanto a falsa indicação da natureza do produto, nos termos do artigo 108, do Decreto-Lei n. 37/1966, é passível de pena de multa, o artigo 105, XII, desse mesmo diploma, comina pena de perdimento à falsa declaração de conteúdo. À evidência, por mais que se queira, não há como considerar dessemelhantes os vernáculos “natureza” e “conteúdo”, quando associados de uma mercadoria ou produto, que devem ser, no contexto, consideradas sinônimas.

62. Na prática, a circunstância é agravada, ainda, diante do entendimento esposado pelas autoridades fiscais de o artigo 108 ter sido tacitamente revogado, a despeito de nenhuma norma posterior ter regulado inteiramente o assunto ou, por qualquer meio, traçado normas específicas pertinentes à falsa declaração da natureza ou do conteúdo dos bens.

63. Com efeito: a estrutura linguística do artigo 105, XII, do Decreto-Lei n. 37/1966, não especifica se a conduta à qual se comina o perdimento é dolosa ou culposa. Reporta, apenas, como elemento material do ilícito, a prestação de declaração falsa, da qual se infere intenção fraudulenta. Situação idêntica à apontada no artigo 108, parágrafo único, do mesmo diploma legal, que se refere à “falsa declaração” quanto à “natureza” do bem, isto é, seu “conteúdo”, para a qual comina multa de 100% do valor da mercadoria, diversa daquela adotada para a declaração indevida, de 50% do valor do bem.

64. Diante do aparente conflito entre as normas dos artigos 105, XII, e 108, parágrafo único, do Decreto-Lei n. 37/1966, a solução ofertada pela primeira deva ser abrandada: constatada a insuficiência dos critérios usualmente empregados – o hierárquico, o cronológico e o da

especialidade – deve-se, na esteira dos ensinamentos de Norberto Bobbio aplicar a solução mais favorável, por ser a mais justa. Nesse sentido, como expusemos, caminha Maria Helena Diniz e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, cristalizada no REsp n. 1.218.798/PR (1ª Turma; Rel. Min. Sérgio Kukina; DJe 1/10/2015). É aplicação, ainda, do princípio *in dubio pro reo*, máxima interpretativa que norteia a aplicação do Direito diante de conflito entre normas sancionatórias do Direito Penal e Administrativo.

65. Nesses casos, os tipos nem ao menos diferenciam, com nitidez, o que seja erro ou dolo.

66. Retornando ao tema, tem-se, pois, que em matéria de perdimento, a par das situações em que claramente há dolo, consubstanciado na prática dos crimes de contrabando, contrafação e os casos de descaminho para os quais a lei comina essa penalidade, há outras cuja responsabilidade pela infração é objetiva: a de abandono e a de importação de mercadorias nocivas à moral, à saúde ou à ordem pública, bem como aquelas protegidas por tratado internacional.

67. Em certos casos, não necessariamente o dolo há de ser o de dano, mas poderá corresponder ao de “perigo”, que se consuma apenas com a possibilidade de dano. Mesmo o Direito Penal o admite, distinguindo “perigo presumido” (ou abstrato) – vinculado a ação ou omissão com relação à qual a lei presume o dano *juris et de júri,* apenas à vista do comportamento (único a ser provado) – do “perigo concreto”, com relação ao qual o dano deve ser demonstrado (por exemplo, o abandono de recém-nascido, tipificado no artigo 132 do Código Penal.

68. Nas hipóteses em estudo, o perigo, presumido, consubstancia-se na intenção de a pessoa, voluntária e conscientemente, conduzir-se de maneira, que, por vulnerar gravemente os controles administrativos, gera o risco de cometimento de um dos ilícitos apenados com perdimento. Fala-se até em “perigo iminente”, cuja situação está prestes a configurar-se.

69. Nesse sentido, bem observados os tipos referentes ao perdimento não atrelados àqueles mencionados como de responsabilidade objetiva, todos requerem alguma forma de dolo: de dano ou perigo.

70. Relativamente às importações de bens contrários à moral e aos bons costumes, assim como à saúde e ordem públicas, principalmente no que tange aos conceitos indeterminados, a interpretação sistemática só é possível diante do caso concreto.

71. No que se refere à saúde pública, na dúvida, cabe à perícia técnica, calcada nos ensinamentos das Ciências a ela pertinentes, avaliar a questão. A proteção almejada não se resume àquelas que diretamente ameaçam a saúde humana em suas variadas dimensões (*v.g.* proteção contra raios solares por óculos escuros; protetores solares, remédios, próteses, alimentos, etc.), mas abrange, também, aspectos ligados à saúde animal e vegetal, na medida em que igualmente o comprometimento de rebanhos e plantações pode afetá-la.

72. Nos demais casos, embora não paire dúvidas sobre o teor de algumas situações, como na importação de instrumentos de tortura e de artigos como soco inglês, explosivos ou o contrabando de armas, em outras sempre pode haver uma linha de incerteza sobre sua essência.

73. Principalmente quanto ao que seja imoral, as variações culturais no tempo e no espaço (velozes no mundo “pós-moderno”) tornam o espectro mais nebuloso. Produtos taxados de imorais há quarenta anos, hoje, ao menos no ocidente, pouca celeuma provocam em um mundo pluralista. Ademais, quanto o entendimento divergente não significará censura velada, violadora da liberdade de expressão? Portanto, qualquer avaliação que se faça, deve pautar-se no critério médio da sociedade, sem submissão às posições extremas, puritanas ou libertinas. Na dúvida, entendemos que, por força do princípio de liberdade e democrático, deva-se optar pela liberação do bem.

74. Por outro lado, ainda no tocante ao perdimento, relevante, em busca da segurança jurídica e da redução do grau de litigância, definir clara e expressamente a situação das unidades de carga que contém as mercadorias apreendidas. Embora indubitável que carga e “unidade de carga” (contêiner) não se confundem (argumento utilizado para, judicialmente, permitir sua desova), a disciplina civil referente a este último impede sua liberação tão somente à vista da apreensão da carga pelo Poder Público. Isso porque, o contrato, firmado para surtir efeitos

até a entrega dos bens ao destinatário final persiste, em princípio, até esse momento, enquanto a transmissão da propriedade, em favor da Fazenda, só ocorre quando definitivamente decretada a pena de perdimento. Assim, nos termos da legislação atual, apenas depois de decretado o perdimento (ocasião em que se resolve o contrato) é viável a desunitização da carga. Antes disso, sua realização só agrava ainda mais a situação do importador que, embora haja contratado (e, portanto, pago) o serviço até a entrega dos bens em seu estabelecimento, os vê, antes disso, desprotegidos com a desunitização, não obstante ainda mantenha a propriedade sobre eles (que poderá ser reafirmada na seara administrativa ou judicial). Ademais, certamente o custo dessa intercorrência, perfeitamente previsível, já devia estar incluso no contrato, motivo pelo qual o único a lucrar, na situação, é a empresa proprietária dos contêineres.

75. De outra parte, tomemos o dispositivo do artigo 23, I, do Decreto-Lei n. 1.455/1976, que comina a pena de perdimento à mercadoria “importada ao desamparo de licença de importação ou documento de efeito equivalente quando a sua emissão estiver vedada ou suspensa, na forma da legislação específica”. Proibida a importação de determinado produto, nem sequer a licença de importação será emitida. Tecnicamente, sua introdução no País equivaleria à prática do contrabando, logo, não há como conceder-se a licença. Por isso, o tipo em questão traz um autêntico contrassenso, pois, se a expedição de licença está vedada não há como emiti-la e, consequentemente, apresentá-la. Muito mais simples seria apenas vedar a importação de mercadorias cujo ingresso no País esteja vedado ou suspenso.

76. A seu turno, no que tange à interposição fraudulenta, na linha do que adverte Heleno Taveira Torres, o ilícito só terá lugar em uma das seguintes hipóteses: (I) ocultação do sujeito passivo; (II) ocultação do real vendedor; (III) hipótese de ocultação do comprador ou de responsável pela operação; (IV) em qualquer dos casos acima, desde que mediante fraude ou simulação, inclusive a interposição fraudulenta de terceiros, a qual se presume comprovada, a) a não comprovação da origem; b) disponibilidade e transferência dos recursos empregados.

77. Em termos gerais, diz-se que os tipos sancionadores referentes à pena de perdimento carecem de readequação: melhor sistematização e maior precisão, objetividade e clareza, principalmente quanto ao elemento subjetivo do tipo, com eliminação de contradições (ainda que aparentes), e de tipos duplicados. Com isso e bem delineado o âmbito da responsabilidade objetiva, evitar-se-iam dilatadas e dispendiosas discussões sobre a norma aplicável, com maior segurança jurídica ao cidadão. De igual forma, seria útil a estruturação do duplo grau de jurisdição para o perdimento na esfera administrativa, igualmente pautado pela imparcialidade e boa-fé.

78. Noutro giro, historicamente, a expressão “dano ao erário” possuía uma dualidade latente, por ora se referir à sanção imposta com o fim de ressarcir a Fazenda Pública das receitas por ela não auferidas (*v.g.* cortes de pau-brasil sem a devida autorização), ora significar espécie de sanção criminal, o “confisco”, que frequentemente ultrapassava a pessoa do condenado. Não havia rigor no seu uso.

79. A terminologia só principiou a definir-se melhor depois de promulgada a Constituição de 1824, que proibia o confisco (artigo 179, XX), vinculado à infração criminal. Aderiu-se à linha inaugurada pela Carta da Virgínia e pela Constituição dos Estados Unidos da América, de 1787, que vedavam o confisco como forma de pena.

80. Larga linha doutrinária, aparentemente iniciada no Brasil por Pontes de Miranda, passou a diferenciar o confisco, referente aos bens do delinquente genericamente considerados – sanção penal vedada no ordenamento – do “comisso” de bem específico utilizado para a prática ou como resultado do delito. É o caso de Sampaio Dória, que distingue confisco – adjudicação de bens sem indenização – do comisso, privação das mercadorias objeto da infração fiscal, extensível aos veículos que as transportaram.

81. No Código Penal de 1940 (Decreto-Lei n. 2.848/1940) ainda vigente, a perda do produto ou proveito do crime e dos bens ilícitos utilizados como instrumentos para cometê-lo é efeito da condenação. A antiga Consolidação das Leis das Alfândegas (Decreto n. 39.499/1956), a seu

turno, veio disciplinar o perdimento de mercadorias na hipótese de contrabando.

82. A Constituição de 1946 foi a primeira a expressamente autorizar “o perdimento de bens por danos causados ao erário”, além do caso do “enriquecimento ilícito no exercício de função pública” (artigo 150, §11) já constante da anterior Lei Maior. A inclusão da expressão na Carta de 1967, depois mantida na de 1969, porém, a partir de Emenda apresentada por deputado, foi a primeira a vinculá-la ao contrabando e à sonegação.

83. Foi neste panorama que o Decreto-Lei n. 1.455/1976 veio a lume para definir as hipóteses de dano ao erário, englobando, dentre elas, as versadas nos artigos 104 e 105 do Decreto-Lei n. 37/1966, que já previam a pena de perdimento de bens.

84. A Constituição de 1988 não trata do confisco, salvo para impedir a criação e a cobrança de tributos acarretadora de efeito semelhante (artigo 150, IV) e com relação às glebas utilizadas para o cultivo de plantas psicotrópicas (artigo 243). Por outro lado, versa sobre a perda de bens nos incisos XLV e XLVI do artigo 5º, que se entende aplicável, também, ao âmbito administrativo.

85. Na ordem constitucional pretérita, estavam presentes duas acepções de “dano ao erário”. A primeira, atinente às condutas ímprobas de pessoas que viessem a lesar os cofres públicos e por isso obrigadas a ressarci-los. A segunda, referente a outras formas de dano ao patrimônio público, dentre as quais as ventiladas pela legislação aduaneira.

86. O Decreto-Lei n. 1.455/1976, pioneiro no uso da expressão neste último sentido, não se restringiu a nela englobar as condutas descritas nos artigos 104 e 105 do Decreto-Lei n. 37/1966 (quando a ela inexistia remissão taxativa, só surgida na Carta de 1967); acresceu-lhes outras.

87. Analisados os enunciados dos Decretos-Lei n. 37/1966 e 1.455/1976, porém, verifica-se a locução “dano ao erário” não se limitar aos prejuízos efetivos ao patrimônio público. Engloba, também, as tentativas de causá-lo e o risco ao controle aduaneiro diante de situações dolosas de extrema gravidade.

88. A legislação tributária, como a aduaneira, visa, além de impedir o dano ao patrimônio público e a prática de condutas temerárias capazes de nele resultar, combater as violações aos controles administrativos cujo efeito pode, por vezes, ser mais grave do que aquele resultante da evasão fiscal. Rememore-se, a respeito, o quanto se dissertou sobre as atribuições extrafiscais das Aduanas.

89. Confrontadas as hipóteses às quais se aplica o perdimento, verificamos não haver, no Direito Positivo, correlação estrita entre a pena e o efetivo desfalque patrimonial do erário. Sanciona-se, igualmente, a tentativa de dano, assim como condutas em que há nítida intenção de evadir-se ao exercício do poder de polícia, com risco de graves repercussões. Essa é a interpretação do Supremo Tribunal Federal (1ª Turma; AgI n. 98.200-1/DF, Rel. Min. Néri da Silveira; DJ 6/9/1985), mais ampla do que a propugnada por outras correntes que definem a estrita correlação dessa pena às hipóteses de efetivo dano ao erário.

90. Nesse passo, o dano não se presume: pode ser financeiro (tentado ou consumado) ou infligido a outras espécies de bens constitucionalmente protegidas (saúde pública, etc.). Daí a importância dos controles aduaneiros, os quais também devem ser preservados, e da proteção do mero risco à incolumidade desses valores (o tipo de “perigo”).

91. Destarte, nem sempre o rótulo “dano ao erário”, ao qual sempre a legislação pátria comina pena de perdimento, é adequado para exprimir o contexto diante do qual cabe sua aplicação.

92. As circunstâncias fáticas descritas nos tipos sancionatórios sempre devem ser provadas. Tampouco se admite presunção de dolo, o qual precisa ser demonstrado, ainda que à luz dos fragmentos da realidade colhidos no curso da instrução.

93. Ressalte-se as situações de “abandono”, de bens protegidos por tratado internacional ou atentatórios à moral, ordem ou saúde pública cuja responsabilização é objetiva e independe do dolo. Particularmente no abandono, nem mesmo há risco potencial para a Administração, a despeito de possível vontade livre e consciente de desvencilhar-se do bem sem recolhimento do tributo. Há apenas renúncia tácita ao direito

de propriedade do bem, que não pode quedar indefinidamente guardado por conta da Administração.

94. Não obstante a força dos argumentos da corrente defensora da não-recepção da pena de perdimento pela Constituição de 1988, concluímos, ao contrário, por sua constitucionalidade.

95. De igual modo como as normas devem ser construídas e aplicadas à vista do conjunto dos princípios constitucionais, cujos mandamentos, inter-relacionados, impendem ser maximizados mediante sua ponderada harmonização no caso concreto, também os direitos individuais devem ser vistos sob a perspectiva da alteridade do Direito: não valem para um, mas para todos, em sociedade. Destarte, liberdade e propriedade não são direitos absolutos. Convivem ao lado de inúmeros deveres, incluídos o respeito à dignidade e à liberdade e ao bem-estar dos outros, bem como ao interesse público e coletivo, nos moldes da Constituição.

96. Ademais, os direitos só existem na medida do contorno a eles conferido pelo Direito Positivo. No caso da propriedade, portanto, subordinado à função social.

97. De outra parte, consoante a teoria geral do Direito, inexiste espaço para a ausência de sanções no ordenamento. Não é o fato de elas não estarem expressamente previstas na Constituição que as torna ilegítimas. Isso somente o serão se as normas que as preveem estiverem em descompasso com a Lei Maior. Atrelar a existência de sanções à sua previsão expressa no texto da Carta Suprema é desconhecer que a construção das normas, a partir do processo interpretativo deve sempre e necessariamente ultrapassar a literalidade do texto e perquirir seu objeto também sob os prismas sistemático e teleológico. Só assim será aferido, com precisão, o sentido da Constituição.

98. Observada tão somente sob a perspectiva da literalidade, a pena de perdimento não aparenta ter sido recepcionada, por faltar ao texto constitucional enunciado claro e expresso sobre quais seriam as sanções administrativas. Os incisos XLV e XLVI do artigo 5º da Lei Maior tratam, precipuamente, de sanções criminais: estão em meio a normas dessa espécie. No primeiro inciso, o texto reporta-se a *condenado*, figura

única do processo penal (no administrativo, em geral, fala-se em *interessado*).

99. Indubitável, porém, existirem sanções administrativas, incumbe perquirir, a partir da análise sistemática e teleológica da Constituição, as espécies admitidas e o regime aplicável. Explicitamente, a Carta cinge-se a estabelecer garantias com respeito a sua imposição: que o seja pela autoridade competente (inciso LIII), o direito ao "contraditório e à ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes" (artigo 5º, LV); o impedimento do uso de prova ilícita (inciso LVI), a vedação de prisão civil por dívida, salvo as exceções mencionadas (inciso LXVII), assim como o fato de somente a autoridade judiciária poder decretá-la (inciso LXI). Ademais, impõe, em termos amplos – inegavelmente válidos na esfera administrativa e na judicial – ninguém poder ser privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal (inciso LIV).

100. Destarte, certo que as sanções administrativas devem valer e serem eficazes para atingir seu escopo, não é desarrazoado concluir, à falta de outras disposições, que apesar daquelas dos incisos XLIV e XLV contemplarem predominantemente as condenações criminais, aplicam-se, outrossim, aos processos administrativos, ressalvada a pena privativa ou restritiva de liberdade, cuja imposição é reservada à autoridade judiciária e nunca em razão de dívida, salvo a alimentícia. Algumas, a propósito, como a pena de multa e as restritivas de direitos, há séculos são tradicionais em nosso Direito, assim como no Direito comparado. São exemplos os Estados Unidos da América e a Argentina.

101. Quanto à pena de perdimento de bens, é patente que se a garantia da propriedade encontra-se subordinada à função social (artigo 5º, XXII e XXIII), é dever do Estado o exercício do poder de polícia e o sistema jurídico rejeita – por violar o princípio de justiça – o enriquecimento ilícito, não se pode descurar da possibilidade de o inciso XLIV do artigo 5º, a despeito da utilização do vernáculo "condenado", ser interpretado com maior amplitude quanto à obrigação de reparar o dano: ele claramente remete à possibilidade de decretação de perdimento dos bens do autor do dano, estendida aos sucessores até o limite do valor do patrimônio transferido. Ademais, o inciso XV do artigo 5º enuncia livre a locomoção

no território nacional e assegura a qualquer pessoa o direito de nele entrar ou sair *com seus bens*, *nos termos da lei*.

102. Não se nega que a finalidade básica dessa norma seja a proteção da liberdade individual de locomoção, assegurada, inclusive, pelo remédio do *habeas corpus,* à qual se conjuga a proibição – posta no capítulo tributário – de barreiras interestaduais ou intermunicipais ao trânsito de pessoas, excetuada a cobrança de pedágio pela utilização de vias conservadas pelo Poder Público (artigo 150, V, da Constituição). Contudo, ainda assim, desborda nítido o comando da norma que submete a introdução dos bens às condições legais.

103. Em suma, ainda que se restrinja o alcance da norma ao ingresso de bens de viajantes, sua entrada no País não é absolutamente livre e incondicionada. Sujeitam-se aos parâmetros por nós examinados: a proteção à saúde, à economia, à segurança, bem como a manutenção do princípio da igualdade. Por isso, podem subordinar-se à retenção e à tributação, obedecidas as diretrizes constitucionais.

104. Se assim é com relação aos bens portados por viajantes, impossível ignorar a necessidade de proceder igualmente no tocante às importações comuns, preponderantemente feitas com intuito comercial ou por meio de remessa postal.

105. Por sua vez, se a questão for atinente à segurança ou à saúde pública, tampouco é possível transigir e deixar de apreender o produto. Somente quando a questão for econômica caberá, no plano legiferante, imaginar a equalização da situação pela medidas compensatórias (maior tributação, medidas *antidumping*, regras de apuração do valor aduaneiro, etc.).

106. Como ensina Carlos Maximiliano, a interpretação não pode levar ao absurdo, como ocorreria caso, em hipóteses insuperáveis, como aquelas atinentes à segurança e à saúde pública, fosse rejeitada a viabilidade jurídica da apreensão e perdimento do bem.

107. Destarte, a despeito da falta de menção expressa e específica na Constituição, sobre quais as sanções administrativas, a interpretação sistemática e teleológica aponta para a persistência da pena de perdimento nesta seara, conforme abordado por Heleno Taveira Torres

e acolhido pela jurisprudência. Enfim, pressupõe o acatamento aos seguintes princípios constitucionais:

(I) a imposição da pena fica submetida ao devido processo legal;

(II) submissão ao contraditório e à ampla defesa;

(III) duplo grau de jurisdição;

(IV) o processamento e o julgamento pela administração há de ser feito pela autoridade previamente estipulada como competente para a questão (julgador natural);

(V) proibição de provas ilícitas;

(VI) motivação das decisões;

(VII) razoabilidade e proporcionalidade da pena no caso concreto;

(VIII) proibição de retroatividade de leis que venham criar hipóteses sancionatórias ou agravá-las;

(IX) proibição de instauração, na órbita administrativa, de mais de um procedimento pelo mesmo fato (*non bis in idem*);

(X) observância, pelas partes, ao princípio da boa-fé objetiva;

(XI) aplicação, na hipótese de conflito aparente de normas sancionatórias, da mais benigna.

(XII) livre acesso ao Poder Judiciário.

(XIII) celeridade;

(XIV) duração razoável do processo.

108. Particularmente quanto ao duplo grau de jurisdição, rechaçado pela legislação ordinária nos casos de perdimento, ainda que o intuito da norma, no seu nascedouro, pudesse ser o de desestimular o ilícito, em especial porque, frequentemente, em concomitância à infração administrativa pode ter havido o cometimento de crime, é inviável diferenciar situações para as quais a própria Constituição não estabelece distinções. Apenas por questões pragmáticas, não se podem olvidar princípios como o contraditório e a ampla defesa, e a vedação a procedimentos especiais não pautados na observância à razoabilidade e à proporcionalidade. Essa é a posição respaldada pela doutrina majoritária e pela maciça jurisprudência.

109. Por fim, mesmo os problemas práticos postos com o intuito de justificar a celeridade proporcionada pela instância única podem ser resolvidos por

outros meios: (I) alienação antecipada dos bens logo após configurada a revelia ou prolatada a decisão de primeiro grau, quando se tratarem de perecíveis ou produtos sujeitos à depreciação ou obsolescência acelerada, cujo valor poderia permanecer depositado em conta, à ordem da autoridade, até decisão administrativa ou judicial final; (II) o arbitramento de um valor, com deságio (justificável pela atitude do interessado que gerou essa situação), a ser pago pela Fazenda, se ao final vencida, nas hipóteses de doação para entidades assistenciais; (III) a conferência de prioridade absoluta a essa espécie de procedimento, tal como na esfera judicial se dá ao habeas corpus e ao mandado de segurança, visando solução célere.

110. Nada há o que questionar quanto ao prazo de impugnação de vinte dias, estabelecido no Decreto-Lei n. 1.455/1976, em vez dos trinta, do Decreto n. 70.235/1972.

111. Por fim, procurados os critérios básicos em torno dos quais se deve guiar a aplicação da pena de perdimento, importa afirmar que, a despeito da má qualidade legislativa, assomam de importância a consideração dos valores e bens da vida básicos protegidos pela Constituição, em especial os princípios da razoabilidade, da proporcionalidade e da boa-fé objetiva, sempre que o elemento subjetivo, dolo ou culpa, for pertinente ao tipo.

REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. (Coord.) Alfredo Bosi. Revisão da tradução: Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. **Sobre os regulamentos administrativos e o princípio da legalidade**.Coimbra: Almedina, 1987.

ALAIS, Horacio Félix. **Régimen infracional aduaneiro**. Buenos Aires: Marcial Pons Argentina, 2011.

AMADO, Juan Antonio Garcia. **A filosofia del derecho de Habermas y Luhmann**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1997.

AMARAL, Antônio Carlos Rodrigues do. (Coord.) **Direito do comércio internacional** – aspectos fundamentais. São Paulo: Aduaneiras, 2004.

AMARO, Luciano da Silva. **Direito tributário brasileiro**. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 2004.

ARAÚJO, Clarice von Ortzen de. **Semiótica no direito**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

ARISTÓTELES. **A Política**. Coleção Biblioteca Clássica. v.XXXIX. 5.ed. São Paulo: Atena, 1957.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 16.ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

_____. **Sistema constitucional tributário**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BALEEIRO, Aliomar. **Direito tributário brasileiro**. 10.ed. Forense: Rio de Janeiro, 1991.

BARREIRA JÚNIOR, Josué Lopes; EUFROSINO, João Carlos. **Regulamento aduaneiro** – anotado e comentado. 3.ed. São Paulo: Fiscosoft, 2009.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução de Paulo M. Oliveira. Prefácio de Evaristo de Morais. 5.ed. São Paulo: Atena, 1956.

BERTALLANFFY, Ludwig von. **Teoria general de los sistemas**: fundamentos, desarollo, aplicaciones. México: Fondo de Cultura Económica, 1986.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal** 4: parte especial: dos crimes contra a dignidade sexual até dos crimes contra a fé pública. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 10.ed. Brasília: UnB, 1999.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

BULGARELLI, Waldírio. **Títulos de crédito**. 8.ed. São Paulo: Atlas, 1991.

CANARIS, Claus-Wilhem. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Introdução e tradução de A. Menezes Cordeiro. 2.ed. Lisboa: Calouste Gulbenkain, 1996

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 6.ed. Coimbra: Almedina, 1995.

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

CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de direito constitucional tributário**. 3.ed. São Paulo: RT, 1991.

_____. **Vigência e aplicação das leis tributárias**. Curso de Direito Tributário (Org.) Ives Gandra da Silva Martins. São Paulo: Saraiva, 2001.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário** – linguagem e método. 5.ed. São Paulo: Noeses, 2013.

_____. **Curso de direito tributário***.* 25.ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

CARVALHO, Aurora Tomazini de. **Curso de teoria geral do direito**. São Paulo: Noeses, 2013.

CASSIRER, Ernest. **Ensaio sobre o homem**. Tradução de Tomás Rosa Bueno. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

CASTILLO, María Jesús Gallardo. **Los princípios de la potestade sancionadora** – Teoría y práctica. Madrid: Iustel, 2008.

CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. **O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

CHARBONIER, Georges. **Entrétien avec Claude Lévi-Strauss**. Paris: Presses Pocket, 1969.

CHIAVENATO, Idalberto. **Introdução à teoria da administração***.* 3.ed. São Paulo: McGrowHill, 1983.

CONDILLAC, Etienne Bonnot de. **Tratado dos sistemas**. Coleção ‘Os pensadores’. São Paulo: Abril Cultural, 1973.

COSTA, Regina Helena. Notas sobre a existência de um direito aduaneiro. In: (Coord.) FREITAS, Vladimir Passo. **Importação e exportação no direito brasileiro**. São Paulo: RT, 2004.

_____. **Curso de direito tributário**. São Paulo: Saraiva, 2009.

CREN, Rozenn. **Poursuites et sanctions en droit penal douanier**. Tese de Doutorado. Université Panthéon-Assas. Orientação de Prof.Jacques-Henri Robert, 16 nov. 2011.

CRUZ, Valéria Álvares. **Direito, complexidade e sistemas**. São Paulo: Fiúza, 2001.

CUCCI, Jorge Bravo. Los actos Ilícitos em el proceso formativo de la obligación tributária del impuesto a la renta. In: (Coord.) TORRES, Heleno Taveira. **Teoria geral da obrigação tributária** – estudos em homenagem ao professor José Souto Maior Borges, 2005.

DIAS, Eduardo Rocha; SIQUEIRA, Natercia Sampaio. Sanções administrativas tributárias: uma tentativa de enquadramento constitucional. In: (Coord.) MACHADO, Hugo de Brito. **Sanções administrativas tributárias**. São Paulo: Dialética, 2004.

DILUCA, Santiago. Delitos e infracciones aduaneiras em el CAM: ausencias de fondo y forma. **Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión**. año 1, nº1, 2013.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 26.ed. São Paulo: Atlas, 2013.

DINIZ, Maria Helena. **Conceito de norma jurídica como problema de essência**. São Paulo: RT, 1979.

_____. **Lei de Introdução ao Código Civil Interpretada***.* São Paulo: Saraiva, 1996.

DÓRIA, Antonio Roberto Sampaio. **Comentários à Constituição de 1946**. v.4. São Paulo: Max Limonad, 1960.

_____. **Direito constitucional tributário e 'due process of law'** – ensaio sobre o controle judicial da razoabilidade das leis*.* 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

DWORKIN, Ronald. **Los derechos em serio**. Barcelona: Ariel, 1999.

ECO, Umberto. **Tratado geral de semiótica**. 3.ed. São Paulo: Perspectiva, 2000.

ENGISH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. 7.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

EQUIPE EDITORIAL. **Dicionário de economia**. São Paulo: Nova Cultural, 1985.

FABIO, Massimo. **Manuele di diritto e pratica doganale**. Profili di diritto comunitário e nazionale per l'attivitá di import/export. 5.ed. Milão: IPSOA (Grupo Walters Kluer), 2014.

FALCÓN Y TELLA, Maria José; FALCÓN Y TELLA, Fernando. **Fundamento e finalidade da sanção** – existe um direito de castigar? São Paulo: RT, 2008.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 1994.

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

FERREIRA, Jean Marcos. **Confisco e perda de bens no direito brasileiro**. Campo Grande: J.M. Ferreira, 2000.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à Constituição brasileira**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 1983.

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

FERREIRA, Wolgran Junqueira. **Princípios da administração pública**. São Paulo: Edipro, 1996.

FIGUEIREDO, Marcelo. **Probidade administrativa**. Comentários à Lei 8.429/1992 e legislação complementar. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

FONTES, Paulo Gustavo Guedes. **Filosofia do direito**. São Paulo: Método, 2014.

FREITAS, Juarez. **Direito fundamental à boa-administração pública**. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

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

GALKOWCZ, Henrique. A propriedade, o tributo e o confisco – o significado do inc.IV do art.150 da Constituição e o limite quantitativo ao poder de tributar. **Revista Tributária e de Finanças Públicas**, São Paulo, ano 21, v.108, RT, jan.-fev. 2013.

GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNANDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de derecho administrativo**. v.II. 5.ed. Madrid: Civitas, 1998.
GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 1993.

GIORDANI, Mário Curtis. **História da antiguidade oriental**. 11.ed. Petrópolis: Vozes, 2001.

GOMES, Orlando. **Direito das obrigações**. 10.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

GORDILLO, Agustín. **Tratado de derecho administrativo**. 6.ed. Belo Horizonte: Del Rey e Fundación de Derecho Administrativo, 2003.

_____. **Tratado de derecho administrativo**. t.2. – La defensa del usurário y del administrado. 5.ed. Belo Horizonte: Del Rey e Fundación de Derecho Administrativo, 2003.

_____. **Tratado de derecho administrativo**. t.1. Parte General. 7.ed. Belo Horizonte: Del Rey e Fundación de Derecho Administrativo, 2003.

GRAU, Eros. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

GUASTINI, Riccardo. **Distinguiendo, estúdios de teoria y metateoria del derecho**. Barcelona: Gedisa, 1999, Segunda Parte.

_____. **Das fontes às normas**. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **A autopoiese do direito na sociedade pós-moderna**: introdução a uma teoria social sistêmica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de direito**. 2.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

HEIMANN, Eduard. **História das doutrinas econômicas** – uma introdução à teoria econômica. 3.ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1976.

HESSEN, Johannes. **Filosofia dos valores**. Coimbra: Almedina, 2001.

HOBBES, Thomas. **Leviatã**. Parte I, Cap. XVIII.

HUNTINGTON, Samuel P. **O choque de civilizações** – e a recomposição da ordem mundial. Rio de Janeiro: Objetiva, 1997.

ICHIHARA, Yoshiaki. Sanções tributárias – questões sugeridas. In: **Sanções administrativas tributárias**. São Paulo: Dialética, 2004.

JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito penal**. v.1. – parte geral. São Paulo: Saraiva, 1997.

KANT, Emmanuel. **Metafísica dos costumes**. Bauru: Edipro, 2003.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 1992.

_____. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

KIRCHNER, Felipe. Responsabilidade civil objetiva no art. 927 do CC/2002. In: (Org.) NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Doutrinas Essenciais** – responsabilidade civil. v.II. São Paulo: RT, 2010.

KUJAWSKI, Gilberto de Mello. **Ortega y Gasset** – A aventura da razão. 2.ed. São Paulo: Moderna, 1994.

LIMA, Sebastião de Oliveira. Perdimento de bens. **Revista de Direito Tributário**, nº58. São Paulo: Malheiros, 1991.

LUZ, Rodrigo. **Comércio internacional e legislação aduaneira** – teoria e questões. 3.ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

MACHADO, Hugo de Brito. A pena de perdimento de bens e a insubsistência do fato gerador da obrigação tributária. **Revista de Estudos Tributários** nº57, São Paulo, Síntese, set-out., 2007.

MALJAR, Daniel E. **El derecho administrativo sancionador**. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2004.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Da sanção tributária**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

MAYNEZ, Eduardo García. **Introducción al estudio del derecho**. 50.ed. México: Porrúa, 1999.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 14.ed. São Paulo: RT, 1989.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 28.ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

_____. **Elementos de direito administrativo**. São Paulo: RT, 1980.

_____. Novos aspectos da função social da propriedade no direito público. **Revista de Direito Público**, São Paulo: RT, 1986.

_____. Novos aspectos da função social da propriedade no Direito Público. **Revista de Direito Público**, São Paulo: RT, 1986.

MELO, José Eduardo Soares de. **A importação no direito tributário** – impostos – taxas – contribuições. São Paulo: RT, 2003.

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

MICHAELIS. **Moderno Dicionário da Língua Portuguesa**. São Paulo: Melhoramentos, 1998.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários à Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. t.III. Rio de Janeiro: Guanabara, 1936.

MODERNE, Franck. **Sanctions administratives et justice constitucionnelle**. Paris: Economica, 1993.

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

MONTORO, André Franco*.* **Estudos de filosofia do direito***.* 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

MORAES, Bernardo Ribeiro. **Compêndio de direito tributário**. v.II. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

NERY JR., Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 2.ed. São Paulo: RT, 1995.

NOGUEIRA, Alberto. **Os limites da legalidade tributária no Estado Democrático de Direito***.* Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

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

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

PARGA, Milagro Otero. **Valores constitucionais**; introcción a la filosofia del derecho: axiologia jurídica. Santiago de Compostela: Universidad de Santiago de Compostela, Servicio de Publicación y Intercambio Científico, 1999.

PAULA JÚNIOR, Aldo de. **Responsabilidade por infrações tributárias**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2007.

PAULSEN, Leandro. **Direito tributário** – Constituição e Código Tributário à luz da doutrina e da jurisprudência. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

PEIXOTO, Marcelo Magalhães; SARTORI, Ângela; DOMINGO, Luiz Roberto (Coord.). **Tributação aduaneira à luz da jurisprudência do CARF**. São Paulo: MP, 2013.

PÉREZ, Jesús González. **El principio general de la buena fe en el derecho administrativo**. 3.ed. Madrid: Civitas, 1999.

PLATÃO. **A República**. São Paulo: Nova Cultural, 1997.

POLLARI, Nicólo. **Manuale di diritto tributario**. Teoria generale ed approfondimenti técnico-professionali. 4.ed. Roma: Laurus, 2014.

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

REALE, Miguel. **Teoria tridimensional do direito**. São Paulo: Saraiva, 1968.

_____. **Filosofia do direito**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 1969.

RECASÉNS SICHES, Luiz. **Filosofia del derecho**. 14.ed. México: Porrúa, 1999.

REGULATIONS of the People's Republic of China on Implementing Customs Administrative Penalty. Disponível em: http://english.customs.gov.cn. Acesso em: 11 jul.2016.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito comercial**. v.1. 13.ed. São Paulo: Saraiva, 1982.

REVISTA de Pesquisa Fapesp. Disponível em: www.invivo.fiocruz.br/cgi/cgilua.exe/sys/start. Out. 2006. Acesso em: 4 abr.2016.

RIBEIRO, Maria Teresa de Melo. **O princípio da imparcialidade da administração pública***.* Coimbra: Almedina, 1996.

ROCHA, Silvio Luís Ferreira da. **Manual de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2013.

ROCHA, Paulo Cesar Alves. **Regulamento aduaneiro anotado com textos legais transcritos**. 2.ed. São Paulo: Aduaneiras, 1999.

ROCHER, Guy. **Sociologia geral**. 3.ed. v.1.Lisboa: Presença, 1977.

ROJO, Margarida Belediez. **Los princípios jurídicos**. Madrid: Tecnos, 1997.

RUBINSTEIN, Flávio. **Boa-fé objetiva no direito financeiro e tributário**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

SANCHÍS, Luis Pietro. **Ley, princípios, derechos**. Madrid: Dykinson, 1998.

SANTI, Eurico Marcos Diniz de. **Lançamento tributário**. 2.ed. São Paulo: Max Limonad, 2001.

SAYAD, João. Comércio Internacional. In: Equipe de Professores da USP. PEREIRA, Wlademir (Org.). **Manual de introdução à economia**. São Paulo: Saraiva, 1985.

SCAVINO, Dardo. **La filosofia actual**: Pensar sin certezas. Santiago del Estero: Paidós Postales, 1999.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 20.ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

SILVA, Oscar Joseph de Plácido e. **Vocabulário jurídico**. 12.ed. v.I. Rio de Janeiro: Forense, 1997

SILVEIRA, Paulo Fernando. **Devido processo legal** – due process of law. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

SOSA, Roosevelt Baldomir. **Comentários à Lei Aduaneira**. São Paulo: Aduaneiras, 1995.

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

STUMM, Raquel Denize. **Princípio da proporcionalidade no direito constitucional brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.

TÁCITO, Caio. **Temas fundamentais de direito público**. v.1. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

TELLES JR., Goffredo. **O direito quântico**. 5.ed. São Paulo: Max Limonad, 1980,

TEUBNER, Gunter. **O direito como sistema autopoiético**. Tradução de José Engracia Antunes. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1993.

TORRADO, Maria Lourdes Ramirez. El non bis in idem en el âmbito administrativo sancionador. **Revista de Derecho**, Univerdsidad del Norte nº40: 1-29. Barranquila, 2013.

TORRES, Heleno Taveira. **Tratados internacionais na ordem jurídica brasileira**. (Coord.) AMARAL, Antônio Carlos Rodrigues. São Paulo: Aduaneiras, 2005.

_____. Pena de perdimento de bens e sanções interventivas em matéria tributária. São Paulo, **Repertório de jurisprudência IOB** – 1ª quinzena de outubro de 2007, v.I, n.19/2007.

ULCKMAR, Victor. **Princípios comuns de direito constitucional tributário**. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

VARELA, João de Matos Antunes. **Das obrigações em geral**. v.I. 10.ed. Coimbra: Almedia, 2000.

VERZOLA, Maysa Abrahão Tavares. **Sanção no direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2011.

VILANOVA, Lourival. **Causalidade e relação no direito**. São Paulo: Saraiva, 1989.

_____. **As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo**. São Paulo: Max Limonad, 1997.

VITTA, Heraldo Garcia. **Poder de polícia**. São Paulo: Malheiros, 2010.

WALDEMAN, Ricardo Libel. Teoria do risco e filosofia do direito. In: (Org.) NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Doutrinas Essenciais** –responsabilidade civil. v.II. São Paulo: RT, 2010.

XAVIER, Alberto. **O princípio da legalidade e da tipicidade tributária**. São Paulo: RT, 1978.

ZAGARIS, Bruce; STEPP, David. R. Criminal and quase-criminal customs enforcement among the US, Canada and Mexico. In: (Coords.) ESER A; LAGONY, O. **Principles and procedures for a new transnational criminal law**. Freiburg: Max-Planck-Institut, 1992.

SITES CONSULTADOS

XXVI SIMPÓSIO NACIONAL DE HISTÓRIA (ANPUH)
Disponível em: http://www.snh2011.anpuh.org.
Acesso em: 4 abr.2016.

ADUANA ARGENTINA
Centro de informacion integral para el comercio exterior. Reforma del Codigo Aduanero.
Disponível em: http://www.aduanaargentina.com/b_rc.php.
Acesso em: 11 jul.2016.

AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES AQUAVIÁRIOS (ANTAQ)
Disponível em: www.antaq.gov.br.
Acesso em: 15 abr.2016.

ESCRITÓRIO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE DROGAS E CRIMES (UNODC)
Foco em tráfico ilícito de produtos falsificados e crime organizado transnacional.
Disponível em: https://www.unodc.org/documents/lpo-brazil//Topics_crime/Campanhas/Counterfeit_focussheet_PT_HIRES.pdf.
Acesso em: 11 jul.2016.

FUNDAÇÃO OSWALDO CRUZ
Revista de Pesquisa Fapesp.
Disponível em: www.invivo.fiocruz.br/cgi/cgilua.exe/sys/start. Out. 2006.
Acesso em: 4 abr.2016.

FUNDAÇÃO OSWALDO CRUZ
Aedes Aegypti. Introdução aos aspectos científicos do vetor.
Disponível em: http://auladengue.ioc.fiocruz.br/?p=68.
Acesso em: 4 abr.2016.

IMMIGRATION RULES
Disponível em: https://www.gov.uk/guidance/
Acesso em: 11 jul.2016.

MERCOSUL
Disponível em: www.mercosul.gov.br
Acesso em: 13 abr.2016.

MINISTÉRIO DA AGRICULTURA
Disponível em: www.agricultura.gov.br/internacional/negociações/multilaterais
Acesso em: 24 abr.2016.

MINISTÉRIO DO DESENVOLVIMENTO, INDÚSTRIA
E COMÉRCIO EXTERIOR.
Secretaria de Comércio Exterior Portaria nº23, de 14 de julho de 2011.
Disponível em: http://www.mdic.gov.br/arquivos/dwnl_1311100642.pdf.
Acesso em: 27 jul.2016.

O ESTADO DE S.PAULO
Economia. Brasil é mantido em lista de pirataria.
Disponível em: http://economia.estadao.com.br/noticias/geral,brasil-e-mantido-em-lista-de-pirataria-imp-,1027593. Publicado em: 2 maio 2013.
Acesso em: 23 jun.2016.

O GLOBO
Organização Mundial do Comércio.
Disponível em: www.g1.globo.com/notícias/mundo. Publicada em: 4/12/2007.
Acesso em: 15 abr.2016.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DAS ALFÂNDEGAS (OMA)
Disponível em: www.wcoomd.prg/en/about/what-is-the-wco/goals.aspx
Acesso em: 25 abr.2016.

PORTAL SISCOMEX
Disponível em: http://portal.siscomex.gov.br/servicos/acordos-preferenciais/certificado-de-origem-preferencial-1.
Acesso em: 30 jun.2016.

PORTOGENTE
Disponível em: https://portogente.com.br/portopedia/73294-transbordo.
Acesso em: 23 jun.2016.

RECEITA FEDERAL
Notícia Siscomex-Importação n.72, de 2006.
Disponível em:
http://idg.receita.fazenda.gov.br/orientacao/aduaneira/manuais/transitoaduaneiro/topicos/procedimentos-na-unidade-de-fiscalização-aduaneira/cadastro-habilitacao-e-representacao/cadastro-de transportadores.
Acesso em: 23 jun.2016.

REGULATIONS OF PEOPLE´S REPUBLIC OF CHINA ON IMPLEMENTING CUSTOMS ADMINISTRATIVE PENALTY
Disponível em: http://english.customs.gov.cn.
Acesso em: 11 jul.2016.

SECRETARIA DA AGRICULTURA, PECUÁRIA, IRRIGAÇÃO, PESCA E AQUICULTURA
Disponível em: www.seagri.ba.gov.br/noticias/2014/11/12-vassoura-de-bruxa-varrendo-praga-do-cacau. Publicado em: 12 nov.2014.
Acesso em: 4 abr.2016.

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
Disponível em: www.ufrgs.br/bioética/precau/htm.
Acesso em: 4 ago.2016.

REFERÊNCIAS NORMATIVAS
(Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT)

ABNT NBR 6027:2012 – Informação e documentação – Informação e documentação – Sumário – Apresentação

ABNT NBR 14724:2011 – Informação e documentação – Trabalhos acadêmicos – Apresentação

ABNT NBR 15287: 2011 – Informação e documentação – Projetos de pesquisa – Apresentação

ABNT NBR 6034: 2005 – Informação e documentação – Índice – Apresentação

ABNT NBR 12225: 2004 – Informação e documentação – Lombada – Apresentação

ABNT NBR 6024: 2003 – Informação e documentação – Numeração progressiva das seções de um documento escrito – Apresentação

ABNT NBR 6028: 2003 – Informação e documentação – Resumo – Apresentação

ABNT NBR 10520: 2002 – Informação e documentação – Citações em documentos – Apresentação

ABNT NBR 6023: 2002 – Informação e documentação – Referências – Elaboração