

TERRITÓRIO ADUANEIRO

A ciranda de violações do novo regime recursal da pena de perdimento

29 de agosto de 2023, 8h00

Por Leonardo Branco e Oswaldo Gonçalves de Castro Neto

Semana passada, no último dia 24 de agosto, foi editada a aguardada Lei nº 14.651, marco inaugural do regime recursal na aplicação e julgamento da pena de perdimento de mercadorias, veículos e moedas.

Na última coluna, ainda antes da publicação desta norma,^[1] o colunista Rosaldo Trevisan fez a construção do percurso histórico do rito inerente à "pena de perda" de mercadoria e veículos, constante já na redação original do Decreto-Lei nº 37/1966 ([aqui](#)).



Até o momento da publicação da nova lei, a inflição da pena máxima em operações de comércio internacional, o perdimento da mercadoria, era decidido em instância única, sendo o "órgão julgador" o próprio delegado da alfândega que aplicou a pena de perdimento, quando não o chefe da equipe de fiscalização.

Este cenário, referendado inicialmente pelo Supremo Tribunal Federal (ADI nº 1.049-2/DF, de 25/08/1995), prometia chegar a termo com o fim do período de graça da Convenção de Quioto Revisada (CQR/OMA) ao dispor, em seu item 10.5, que *“quando um recurso interposto perante as Administrações Aduaneiras seja indeferido, o requerente deverá ter um direito*

de recurso para uma autoridade independente da administração aduaneira”, disposição que em tese seria suprida pela edição da Lei nº 14.651/2023.

Recorde-se, neste sentido, a obrigatoriedade vinculante dos compromissos internacionais no plano interno (ADI nº 1.480/DF MC, de 4/9/1997), ao que se adiciona uma possível alteração de entendimento da Corte Suprema ao entender pela *“(…) necessidade da retirada*

de obstáculos que configurem supressões ao direito de recorrer (ADI nº 1.976, de 28/3/2007)",^[2] como se observou na oportunidade da edição da Súmula Vinculante nº 21.

A atribuição da instância recursal, no entanto, será do Centro de Julgamento de Penalidades Aduaneiras (Cejul), órgão "*(...) formado por auditores-fiscais da Receita Federal do Brasil (RFB), com jurisdição nacional e competência exclusiva para atuar na atividade*",^[3] em violação direta à disposição da CQR.

Como desenvolvemos no artigo "*O limite recursal, o Carf e as três formas de argumentação*" publicado nesta coluna ([aqui](#)), a primeira das três ordens de argumentação, no âmbito da Receita Federal, restringe-se a utilizar, como fundamento último de suas decisões "*(...) determinadas normas complementares (artigo 100 CTN) consistentes em atos declaratórios e pareceres da PGFN, pareceres e súmulas da AGU, soluções de consultas internas (SCI) e externas (SCE), notas técnicas, pareceres normativos e atos administrativos, tais como instruções normativas, atos declaratórios executivos e interpretativos da RFB. A decisão do auditor, seja ela um auto de infração ou um despacho de não-homologação, tem as suas condições de sobrevivência avaliadas, no âmbito da DRJ e suas Câmaras recursais, por esta primeira camada normativa e, portanto, estritamente dependente da administração aduaneira*".^[4]

Portanto, se uma "*autoridade independente da Administração aduaneira*" é, objetivamente, um órgão que não esteja vinculado aos atos e às normas da aduana, este está longe de ser o caso do Cejul, salvo se facultado ao órgão realizar o controle de legalidade e convencionalidade, livre das amarras infralegais. Ainda assim, o órgão padeceria do vício de origem de seus julgadores, entortada a boca pelo cachimbo.

Chama atenção, ainda, a falta de discussão com o setor privado acerca do conteúdo da nova norma, o que configura nova e efetiva violação, desta vez ao Acordo de Facilitação de Comércio (AFC/OMC). Afinal, quais as "*oportunidades [por] um período de tempo adequado para que os comerciantes e outras partes interessadas formul[ar]em comentários sobre propostas de introdução ou alteração de leis de aplicação geral relacionados com a circulação, liberação e despacho aduaneiro de bens*" (artigo 2, item 1.1.) foram concedidas? Não há incompatibilidade com o direito interno ou o sistema jurídico brasileiros a consulta pública, pelo contrário, trata-se de medida razoável e, neste caso, particularmente recomendável, como se percebe a partir da leitura da nova norma.

Houvesse sido concedido prazo de manifestação conforme expressamente determinado por norma com força de Lei (AFC/OMC), teriam sido informados os formuladores da proposta, hoje Lei, que a atribuição da decisão em segunda instância ao Cejul deve, por um lado, ser

fulminada em controle de convencionalidade e, de outro, que não faz o menor sentido no mundo atual se equiparar a intimação por edital com a intimação pessoal (artigo 27-A § 2º da Lei 14.651/2021).

Quem sabe estas cabeças não coçariam ao ouvir que liberdade demais na destinação das mercadorias pode resultar em arbitrariedades (se é que já não resultam), ainda mais sabedores que estas mercadorias podem ser destinadas logo após a decisão de primeira instância (artigo 27-C § 2º). De que serve a segunda instância, afinal? A indenização será justa? Cobrirá o dano efetivo e o lucro cessante, ou somente o preço das mercadorias?

Trazer para as alfândegas a decisão sobre a destinação das mercadorias (como era de fato feito até a publicação da norma em apreço), pode ser um sinal de que os leilões passarão a ser conduzidos pelo setor privado, tal como ocorre no Poder Judiciário, de forma a conferir maior celeridade e a promover a liberação dos armazéns alfandegados.

A atribuição ao Ministro de Estado da Fazenda para decidir a respeito do rito administrativo de aplicação e das competências de julgamento da pena esbarra no inciso I do artigo 22 da Constituição de 1988, pois as normas processuais são objeto de reserva legal. É desarrazoado se supor que normas gerais de processo, sobretudo voltadas à cominação de penas, sejam relegadas ao alvedrio ministerial. Ainda que fosse este o desejo do legislador, não é o do constituinte originário, o que parece algo a ser meditado pelos formuladores da nova regra.

Ao mesmo tempo, o § 2º do artigo 4º da nova lei determina que os "*(...) autos de infração tenham sido formalizados até a data de entrada em vigor desta Lei permanecerá regida pela legislação anterior*", em contrariedade à disposição textual do artigo 14 do Código de Processo Civil. Esquece-se o legislador que, como toda norma processual, ela "*(...) será aplicável imediatamente aos processos em curso*", devendo a lei processual atingir o processo no estágio em que ele se encontra.

Este o sentido consolidado, aliás, pelo Superior Tribunal de Justiça no Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.584.433, de 21/10/2016: "*(...) a nova lei processual se aplica imediatamente aos processos em curso*". E não poderia ser diferente, pois não se está diante de preservação de ato jurídico perfeito, direito adquirido ou coisa julgada (inciso XXXVI do artigo 5º da Constituição e artigo 6º da Lei de Introdução às normas do direito brasileiro).

A previsão, ademais, passa ao largo da aplicação em concreto do princípio da isonomia, pois, uma vez que o quadro material da penalidade não se alterou, mas apenas a sua estrutura recursal, o que há em concreto são dois importadores sujeitos à mesma norma de

caráter substantivo, mas a dois ritos completamente diversos, um sujeito a duplo grau recursal e outro não.

Cria-se toda uma "*segunda instância de julgamento*" **(i)** em uma estrutura sem autonomia, em violação à CQR/OMA, o que é feito **(ii)** a portas fechadas, sem consulta à iniciativa privada em violação ao AFC/OMC, e, na mesma medida, **(iii)** confere-se ao ocupante do cargo de Ministro da Fazenda a legitimidade para fixar "*as competências de julgamento da pena de perdimento de mercadoria, de veículo e de moeda*", em violação à Constituição, determinando-se que **(iv)** a segunda instância não será cabível a penas aplicadas antes da vigência da lei, em violação ao Código de Processo Civil e ao princípio da isonomia no tratamento entre importadores em situação de equivalência.

[1] Para um histórico da matéria: TREVISAN, Rosaldo. "*Processo de aplicação administrativa da pena de perdimento: here I go again!*", Coluna Território Aduaneiro, Revista Eletrônica Conjur, publicado em 22/08/2023, disponível neste [link](#). Para uma análise do Direito Aduaneiro Sancionador, recomenda-se: BRANCO, Leonardo e ANDRADE, Thális. "*Amanhã vai ser outro dia: o Direito Aduaneiro Sancionador*", Coluna Território Aduaneiro, Revista Eletrônica Conjur, publicado em 27/09/2023, disponível neste [link](#).

[2] BRANCO, Leonardo. "*O limite recursal, o Carf e as três formas de argumentação*", Coluna Território Aduaneiro, Revista Eletrônica Conjur, publicado em 07/02/2023, disponível neste [link](#).

[3] Conforme informação institucional publicada em 24/08/2023 neste [link](#).

[4] BRANCO, Leonardo. "*O limite recursal, o Carf e as três formas de argumentação*", Coluna Território Aduaneiro, Revista Eletrônica Conjur, publicado em 07/02/2023, disponível neste [link](#). Neste texto, argumentamos a respeito das possibilidades de se estabelecer uma instância autônoma de julgamento.

Leonardo Branco é sócio do Escritório Daniel & Diniz Advocacia Tributária e Aduaneira (DDTax), doutor, mestre e especialista pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), com estágio doutoral na Westfälische Wilhelms-Universität (WWU) de Münster pelo Deutscher Akademischer Austauschdienst (DAAD), é professor no Instituto Brasileiro de Direito Tributário (IBDT), onde coordena o curso "Direito Aduaneiro e Tributação do Comércio Internacional", e foi conselheiro titular no Carf entre 2015 e 2023.

Oswaldo Gonçalves de Castro Neto é conselheiro da 3ª Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais (CSRF) do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (Carf), delegado do Brasil da International Federation of Freight Forwarders (Fiata), pós-graduado em Direito Aduaneiro Europeu pela Universidade de Valência, pós-graduado em Comércio Exterior pelo IE da Unicamp, pós-graduado e mestrando em Ciências Jurídico Criminais pela Universidade de Lisboa. Advogado licenciado.

Revista **Consultor Jurídico**, 29 de agosto de 2023, 8h00