

APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA Nº 5045030-48.2015.4.04.7000/PR

RELATOR : JORGE ANTONIO MAURIQUE
APELANTE : SIENA TRADING COMERCIO IMPORTACAO E EXPORTACAO LTDA
ADVOGADO : ALEXANDRE MEDEIROS REGNIER
APELANTE : UNIÃO - FAZENDA NACIONAL
APELADO : OS MESMOS

EMENTA

TRIBUTÁRIO. DESEMBARAÇO ADUANEIRO. PARÂMETROS DE DIRECIONAMENTO PARA CANAIS DE PARAMETRIZAÇÃO. AUSÊNCIA DE LIMITAÇÃO TEMPORAL. NECESSIDADE DE INTERPRETAÇÃO DAS NORMAS ADUANEIRAS CONFORME A CONSTITUIÇÃO.

A ausência de limitação temporal dos parâmetros lançados pelo CERAD para fins de direcionamento para os canais de conferência aduaneira ofende os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade e, ainda, desrespeita os princípios constitucionais da presunção de inocência, do devido processo legal, da vedação à pena de caráter perpétuo e do livre exercício da atividade econômica. Adequada, portanto, a decisão monocrática que, interpretando as normas de regência de acordo com a Constituição Federal, estabeleceu, no caso concreto, limites para a parametrização para o canal cinza.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia 1a. Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por unanimidade, negar provimento às apelações, nos termos do relatório, votos e notas de julgamento que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Porto Alegre, 23 de novembro de 2016.

Des. Federal JORGE ANTONIO MAURIQUE
Relator

RELATÓRIO

O feito foi assim relatado na origem:

Trata-se de ação ordinária por meio da qual a autora pretende o desembaraço imediato das mercadorias relacionadas nas DI(s) 15/1372329-6 e 15/1373759-9, bem como, da DA nº 14/2380881-0. Pretende também que no momento de registro das DI(s) relativas às DA(s) 14/2380881-0, 14/2056092-3, 14/2385020-5 e 14/2384970-3 e às demais importações que vierem a ser efetivadas pela autora, sejam parametrizadas para o canal verde de conferência aduaneira.

Relata, em síntese, que é empresa constituída em 2001, cujo objeto social é o comércio, importação e exportação de mercadorias (artigos de vestuário, eletrônicos, papelaria, entre outros). O comércio internacional é realizado habitualmente com a China especialmente porque seu sócio administrador, Marcos Aurélio Cordeiro, residiu por cerca de 8 anos naquele país, motivo pelo qual se comunica fluentemente e conhece o mercado local. Desde a fundação, realizou 835 importações, das quais apenas 07 foram objeto de questionamento por parte da Receita Federal e decorreram de erros simples e involuntários, sem qualquer benefício para a autora ou prejuízo para terceiros. Entre o final de 2013 e o início de 2014 teve instaurado procedimentos especiais de controle aduaneiro em face de duas operações de importações, que culminaram com a aplicação da penalidade de perdimento (dois containeres completos), a qual foi cumprida. Além disso, houve a instauração de procedimento para a decretação de suspensão do CNPJ da empresa, contra o qual a autora ajuizou duas demandas: Ação Cautelar nº 5061775-40.2014.404.7000 e Ação Ordinária nº 5051679-63.2014.404.7000.

Segue narrando que, após esse episódio, não teve mais nenhuma mercadoria liberada regularmente pela autoridade aduaneira, pois todas as importações passaram a ser parametrizadas para o canal cinza de conferência aduaneira.

Alega que está há aproximadamente 16 (dezesesseis) meses sem a parametrização para o canal verde de conferência aduaneira e que conseguiu desembaraçar apenas sete operações de importação, mediante ordem judicial. Em razão disso, em junho de 2014, quando passou a sofrer procedimentos especiais de controle aduaneiro, a empresa paralisou suas atividades e está em vias de fechar definitivamente em razão das dificuldades impostas pela Receita Federal.

Tece considerações sobre os três procedimentos especiais de controle aduaneiro, esclarecendo que:

a) em relação ao PA nº 15165.722.749/2014-18 (instaurado em 24.07.2014 e encerrado em 27.10.2014), ingressou com a ação nº 5074997752.014.404.7000, em trâmite na 6ª Vara Federal, a qual foi julgada procedente, mas só teve acesso às mercadorias em 22.12.2014;

b) em relação ao PA nº 15165.722.750/2014-34 (instaurado em 27.08.2014 e encerrado em 27.10.2014), ingressou com a ação nº 5005506-44.2015.404.7000, em trâmite perante este Juízo, na qual obteve decisão liminar determinando a liberação das mercadorias;

c) o terceiro procedimento especial foi iniciado em 23.01.2015 e encerrado em 27.07.2015 e é objeto da ação nº 5023873.19.2015.404.7000, também perante este Juízo, na qual foi proferida decisão liminar determinando a liberação das mercadorias.

Argumenta que há um quarto procedimento especial não instaurado formalmente, fazendo menção à parametrização das operações de importação para o canal cinza de conferência aduaneira.

Afirma que tal procedimento vem prejudicando sobremaneira a autora, vez que desde junho de 2014 todas as mercadorias encontram-se retidas indefinidamente, em razão da parametrização para o canal cinza (DIs nº 15/1372329-6, 15/1373759-9, DA 14/2380881-0) e que outras DA(s) desembaraçadas aguardam o registros da DI.

A decisão de evento 06 postergou a apreciação do pedido de antecipação dos efeitos da tutela para a prestação de informações pela União, as quais foram juntadas em evento 10.

Nelas, foi informado que as mercadorias relacionadas nas DI(s) nº 15/1373759-9 foram desembaraçadas em 04.09.2015, assim como as DA(s) nº 14/2056092-3, 14/2385020-5 e 14/2384970-3, entre 21.08 e 01.09.2015. Informou-se também que as mercadorias objeto da DI nº 15/1372329-6 estão "em análise pela Seção de Procedimentos Especiais Aduaneiros" e que a DA nº 14/2380881-0 tem pendência não atendida pela autora desde 05.08.2015.

No mais, a autoridade fiscal informou que não detém competência para alterar os parâmetros de seleção fiscal aduaneira nos sistemas informatizados de controle de aduaneiro, salientando que o Siscomex é controlado pelo "Centro Nacional de Gestão de Riscos Aduaneiros - CERAD, órgão vinculado à Coordenação Geral de Administração Aduaneira (COANA), que tem competência para inserir, a partir de análise fundamentada, os parâmetros de seleção fiscal aduaneira nos sistemas informatizados do despacho aduaneiro, havendo, por outro lado, outras condições fixas e objetivas, bem como uma rotina aleatória, que podem provocar o direcionamento para um dos canais de conferência. Argumentou que a seleção para o canal de conferência aduaneira registra o desembaraço

automático da mercadoria, dispensando análise física e documental, o que significaria conceder salvo-conduto à autora para as importações futuras."

Acerca das informações prestadas, a autora manifestou-se em evento 14, esclarecendo que pretende que a regra de parametrização seja o canal verde mas que, caso haja necessidade de parametrização para os canais amarelo e vermelho, requer que o procedimento seja realizado de maneira isenta, célere, com igualdade e equidade. Caso haja necessidade de parametrização para o canal cinza, que seja apontada prova concreta e robusta de infração nova, relacionada diretamente com a mercadoria objeto de fiscalização.

A antecipação de tutela foi concedida em parte no evento 14, para determinar que a União dê seguimento ao despacho aduaneiro relativo à DI nº 15/1372329-6, seja mediante a instauração de Procedimento Especial de Controle, (desde que exista indício de irregularidade punível com a pena de perdimento nessa importação específica), seja com o desembaraço das mercadorias, no prazo máximo de 10 (dez) dias.

Em evento 21, a autora ingressou com embargos de declaração, alegando que houve omissão em relação aos pedidos formulados nos itens 4.1.1.3 e 4.1.2 da petição inicial, bem como, quanto à confirmação pela autoridade fiscal, de que há parametrização automática para o canal cinza (parágrafo 12 da petição de evento 10), e acerca do exercício do contraditório antes da prolação da decisão.

Em evento 25, foram rejeitados os embargos de declaração.

Contra a antecipação parcial dos efeitos da tutela, houve interposição de agravo de instrumento, cujo provimento foi negado.

Em evento 31, a autora requereu a reconsideração da decisão que apreciou o pedido de antecipação de tutela, bem como que a União retire seu nome do cadastro do Centro Nacional de Gestão de Riscos Aduaneiros (CERAD) para parametrização para o canal verde de conferência aduaneira.

A União contestou o feito em evento 34, alegando preliminar de perda parcial do objeto da ação, em relação ao desembaraço às DI(s) e DA(s) relacionadas na exordial, em razão do desembaraço/admissão no Regime Especial de Entrepósito Aduaneiro. Alega também litigância de má-fé nos seguintes termos: a) em relação à declaração de que a DA nº 14/2384970-3 demorou 8 meses e 21 dias para ser desembaraçada, alegando que os documentos necessários ao início do procedimento de fiscalização só foram entregues em 14.07.2015, com manifestação da Receita Federal seis dias depois; b) em relação à declaração relativa à DI nº 15/1845259-2, que até 11.11.2015 estaria sem nenhuma "solução, exigência ou acusação", omitindo que em

06.11.2015 a Receita Federal registrou exigência para a separação de mercadorias por adição, a realização de conferência física e a necessidade de retificação de dados cambiais incorretos da DI.

Quanto ao pedido para parametrização de todas as operações e declarações para o canal verde, defendeu o exercício do poder de polícia da União, a impossibilidade de substituição da União pelo Poder Judiciário no que concerne aos critérios de seleção para conferência aduaneira. Salienta tratar-se de pedido juridicamente impossível nos seguintes termos: "1) por afrontar a missão constitucional do Ministério da Fazenda na defesa dos interesses fazendários nacionais, em especial no que atine à fiscalização e controle sobre o comércio exterior, já que se trata de uma atividade de discricionariedade regrada que não pode ser substituída pelo Poder Judiciário; e 2) ao pretender tornar estática uma atividade que é eminentemente dinâmica, e muitas vezes apenas constatada a posteriori do registro das declarações de importação." Cita decisão monocrática no Agravo de Instrumento nº 5016770-43.2014.404.0000 sobre o tema. Discorre sobre o histórico de infrações anteriores e sobre a incompatibilidade financeira e cambial.

A decisão de evento 35 indeferiu o pedido de reconsideração de evento 31.

Em evento 38, a autora confirmou o desembaraço das DI(s) e DA(s) mencionadas nos itens 4.5.1.1 a 4.5.1.3 e reiterou o pedido para que a União retire o nome da autora do CERAD, salientando a urgência da medida.

A União manifestou desinteresse na produção de provas (evento 41).

Em evento 43, a autora noticiou que foi gerada a DI nº 16/0471461-3 a partir da DA nº 14/2380881-0 (que constou na petição inicial) e que apesar da DA já haver sido submetida ao canal cinza de conferência, com verificação documental e física da mercadoria, houve seleção da DI para o canal cinza de conferência. Salienta que situação idêntica ocorreu com a DI nº 15/1845259-2, originária da DA nº 14/2384970-3. Repisou os argumentos da petição inicial e a urgência na prolação de decisão.

Em evento 44, a autora noticiou o desembaraço da DI nº 16/0471461-3, após 27 dias de obstrução.

Não houve especificação de provas pela autora. Vieram os autos conclusos para sentença. É o breve relatório.

Sobreveio sentença, julgando extinto o processo sem resolução do mérito em relação ao item 4.5.1.1 da petição inicial (desembaraço das mercadorias referidas nas DIs nº 15/1372329-6 e 15/1373759-9) e, quanto aos

demais pedidos, julgando parcialmente procedente o pedido para determinar que a parametrização do CERAD (constatação ou suspeita de fraude) que desencadeia o canal cinza de conferência seja zerada após o quinto desembaraço aduaneiro sucessivo sem que seja verificada infração aduaneira punível com pena de perdimento. Cada uma das partes foi condenada ao pagamento de metade das custas e dos honorários advocatícios, fixados em 10% sobre o valor da causa. Sentença sujeita à reexame necessário (ev. 45).

Apela a autora. Alega que, diante da fiscalização abusiva que perdurou nos últimos dois anos, a empresa se encontra em situação de insolvência, não podendo mais suportar 5 operações de importação no regime de exceção aduaneira. Afirma que não postulou simplesmente a parametrização de todas as importações para o canal verde, mas apenas tratamento aduaneiro igual ao conferido para outras empresas em situação regular, conforme se depreende da expressa ressalva, feita no pedido, ao direito/dever de fiscalização da autoridade aduaneira (desde que feito sem excesso de poder ou desvio de finalidade). Aduz que, assim como seria equivocada tal pretensão, também parece errado impor à apelante que as suas próximas 5 operações de importações necessariamente sejam parametrizadas para o canal cinza, sob pena de desrespeito à isonomia constitucional, bem como ao direito ao livre exercício da atividade econômica (art. 170 da CF). Refere que a solução adotada na sentença não encontra amparo legal. Requer seja julgada totalmente procedente a ação para que cesse, desde já, a parametrização automática das operações de importação da apelante para o canal cinza de conferência aduaneira (ev. 58).

Apela a União - Fazenda Nacional. Alega que a decisão afronta o princípio da separação os poderes, uma vez que a parametrização das importações é ato que se insere no âmbito de discricionariedade da Administração Tributária. Argui que não houve abuso de poder de fiscalização, na medida em que a autora atua no mercado de forma precária e duvidosa, discorrendo sobre o histórico de autuações da empresa. Refere que a solução adotada pelo julgador pretende tornar estática uma atividade que é eminentemente dinâmica, padecendo, portanto, de inconstitucionalidade. Requer a reforma da sentença (ev. 60).

Com contrarrazões (ev. 67), vieram os autos para julgamento.

É o relatório.

VOTO

A julgadora singular examinou de maneira detida as questões trazidas aos autos, proferindo decisão acertada e bem fundamentada, razão pela qual transcrevo a sentença, adotando seus fundamentos como razões de decidir:

(...)Mérito

a) Do exercício do poder de polícia

O caso trazido nos autos enseja discussão quanto à limitação do poder de polícia exercido pela Administração Aduaneira.

Nos termos do artigo 178 do CTN, "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."

Considerando tratar-se de poder que delimita/disciplina direitos, impõe-se o respeito ao princípio da legalidade, já que, de um lado, a Administração só pode agir dentro dos parâmetros fixados em lei (artigo 37, caput, da Constituição Federal) e, de outro, ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei (inciso II do artigo 5º da Constituição Federal). Assim, não há legitimidade para imposição de sanção cuja infração não está descrita em lei.

Impõe-se também o observância do princípio da razoabilidade, afinal, a restrição a direito individual tem como requisito a necessidade, adequação e a proporcionalidade em sentido estrito da medida imposta. Vale dizer, é quase que unânime na doutrina que o princípio da razoabilidade, cujo conteúdo semântico é extremamente controvertido, se assimila ao princípio - ou postulado, como afirma o professor Humberto Ávila - da proporcionalidade.

Embora, para alguns, o princípio da proporcionalidade tenha como fonte primordial uma interpretação lógica extraída da Constituição da República, a norma atualmente está positivada no artigo 2º da Lei de Processo Administrativo. Em linhas gerais (apesar de ressalva pessoal), o postulado é concebido como um método para determinar a aplicação de um princípio que entra em conflito com outro de mesmo status na pirâmide normativa do

ordenamento jurídico, seguindo-se os ensinamentos de Robert Alexy. Assim, em regra, a restrição a um princípio deve ser: a) adequada para proteger outro; b) necessária para protegê-lo, isto é, sem a qual o princípio colidente poderá ser comprometido; c) proporcional em sentido estrito, ou seja, proteger um princípio que, à luz das circunstâncias do caso concreto, mereça maior proteção, levando em conta os fins traçados na Constituição. Sobre o tema discorre Daniel Sarmiento e Cláudio Pereira de Souza Neto:

"Há, na doutrina nacional, um debate relevante sobre a existência de possíveis diferenças entre os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Um expressivo segmento de juristas, em que se incluem autores como Gilmar Ferreira Mendes, Luís Roberto Barroso, Suzana de Toledo Barros e Fábio Corrêa Souza de Oliveira,⁵⁹ afirma que tais princípios seriam equivalentes, apesar da origem histórica diversa - a proporcionalidade originária do direito alemão, e a razoabilidade do anglo-saxão. Outros autores, como Willis Santiago Guerra Filho, Virgílio Afonso da Silva, Humberto Ávila, José Adércio Leite Sampaio e Wilson Steinmetz,⁶⁰ negam esta equivalência, atribuindo conteúdos diferentes à razoabilidade, que não se basearia nos três subprincípios em que se divide a proporcionalidade. A jurisprudência do STF vem tratando as expressões "princípio da proporcionalidade" e "princípio da razoabilidade" como sinônimas. A Corte alude em inúmeros julgados ao princípio da "razoabilidade/proporcionalidade", equiparando-o também ao devido processo legal substantivo.⁶¹ Contudo, em diversos julgados, o STF empregou o princípio da razoabilidade sem realizar qualquer cogitação acerca dos três subprincípios antes mencionados.1

[...]

Em que pese a existência destas divergências, há um razoável consenso sobre a aplicabilidade da proporcionalidade no ordenamento brasileiro, bem como sobre a sua estrutura, calcada nos subprincípios da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito, que serão adiante explicados. Um ato estatal qualquer só será considerado compatível com o princípio da proporcionalidade se satisfizer, simultaneamente, aos três subprincípios, que devem ser empregados seguindo um percurso preestabelecido: primeiro, verifica-se se a medida satisfaz o subprincípio da adequação; se a resposta for positiva, passa-se ao subprincípio da necessidade; se, mais uma vez, o resultado for favorável à validade do ato, recorre-se ao subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito. Essa sequência de aplicação dos subprincípios é de observância compulsória e a violação a qualquer deles já basta para que se conclua no sentido da inconstitucionalidade da medida, por afronta ao princípio da proporcionalidade.2

Portanto, o poder de polícia não pode ser exercido com excesso. Deve, ao revés, restringir direito alheio apenas naquilo que for indispensável para a salvaguarda dos interesses públicos que o legitimam.

Ainda, para a imposição de sanção que restringe o direito de propriedade, a Constituição Federal assegura o devido processo legal (inciso LIV do artigo 5º), pois a presunção do estado de inocência, muito além de garantia processual penal positivada da Constituição, é princípio-regra que se irradia para todos os subsistemas que compõem o que se concebe como "direito sancionador". A razão é simples: se a Constituição da República prescreve que ninguém será privado de sua liberdade, nem tampouco de seus bens, sem o devido processo legal, qualquer restrição a interesse juridicamente qualificado do cidadão deve provir, em regra, de um procedimento no qual a parte que pretende restringi-lo comprove motivo legítimo. Assim, na dúvida, o acusado - também no processo administrativo - não pode ser sancionado.

b) Da parametrização da conferência aduaneira

O despacho aduaneiro tipifica o exercício de poder de polícia necessário para o controle do ingresso de mercadorias em território nacional, com vistas a coibir práticas desleais de mercado, salvaguardar os interesses tributários da União, os direitos dos consumidores nacionais, além da proteção sanitária/agropecuária do país.

Contudo, como ressaltou a Receita Federal nas informações trazidas em evento 34 (OUT8, página 07), inexistem recursos humanos e logísticos para a conferência de todo o volume de importações realizadas.

Por esse motivo, foi desenvolvido sistema de fiscalização por amostragem das mercadorias importadas, cujos contornos são definidos pela Instrução Normativa nº 680/2006 da Secretaria da Receita Federal, que disciplina o despacho aduaneiro da seguinte forma:

Art. 1º A mercadoria que ingresse no País, importada a título definitivo ou não, sujeita-se a despacho aduaneiro de importação, que será processado com base em declaração formulada no Sistema Integrado de Comércio Exterior (Siscomex), salvo exceções previstas nesta Instrução Normativa ou em normas específicas.

Art. 2º O despacho aduaneiro de importação compreende:

I - despacho para consumo, inclusive da mercadoria:

a) ingressada no País com o benefício de drawback;

b) destinada à ZFM, à Amazônia Ocidental ou a ALC;

c) contida em remessa postal internacional ou expressa ou, ainda, conduzida por viajante, se aplicado o regime de importação comum; e

d) admitida em regime aduaneiro especial ou aplicado em áreas especiais, na forma do disposto no inciso II, que venha a ser submetida ao regime comum de importação; e

II - despacho para admissão em regime aduaneiro especial ou aplicado em áreas especiais, de mercadoria que ingresse no País nessa condição.

(...)

Art. 21. Após o registro, a DI será submetida a análise fiscal e selecionada para um dos seguintes canais de conferência aduaneira:

I - verde, pelo qual o sistema registrará o desembaraço automático da mercadoria, dispensados o exame documental e a verificação da mercadoria;

II - amarelo, pelo qual será realizado o exame documental, e, não sendo constatada irregularidade, efetuado o desembaraço aduaneiro, dispensada a verificação da mercadoria;

III - vermelho, pelo qual a mercadoria somente será desembaraçada após a realização do exame documental e da verificação da mercadoria; e

IV - cinza, pelo qual será realizado o exame documental, a verificação da mercadoria e a aplicação de procedimento especial de controle aduaneiro, para verificar elementos indiciários de fraude, inclusive no que se refere ao preço declarado da mercadoria, conforme estabelecido em norma específica.

§ 1º A seleção de que trata este artigo será efetuada por intermédio do Siscomex, com base em análise fiscal que levará em consideração, entre outros, os seguintes elementos:

I - regularidade fiscal do importador;

II - habitualidade do importador;

III - natureza, volume ou valor da importação;

IV - valor dos impostos incidentes ou que incidiriam na importação;

V - origem, procedência e destinação da mercadoria;

VI - tratamento tributário;

VII - características da mercadoria;

VIII - capacidade operacional e econômico-financeira do importador; e

IX - ocorrências verificadas em outras operações realizadas pelo importador.

Ou seja, há fatores cuja sinalização direciona a parametrização para determinado canal de conferência. Como informou a União em sua contestação, o órgão responsável pela inserção desses dados no Siscomex é o Centro Nacional de Gestão de Riscos Aduaneiros (CERAD).

O CERAD foi criado pela Portaria nº 203/2012 do Ministério da Fazenda, como órgão pertencente à Coordenação-Geral de Administração Aduaneira (COANA), conforme prevê o item 2.4.4.1.3 de seu artigo 2º. Dentre suas atribuições, o inciso V do artigo 133 confirma a competência para inserção de dados para parametrização da conferência aduaneira. Transcrevo:

Art. 133. Ao Centro Nacional de Gestão de Riscos Aduaneiros - Cerad compete:

I - coordenar orientar e executar estudos e pesquisas com vistas à seleção fiscal aduaneira de zona primária e à determinação de áreas de risco aduaneiro;

II - realizar estudos e pesquisas sobre fraudes no comércio exterior;

III - propor rotinas e procedimentos relativos à seleção fiscal aduaneira;

IV - gerenciar e avaliar sistemas de seleção fiscal para as atividades executadas em locais e recintos alfandegados;

V - inserir os parâmetros de seleção fiscal aduaneira nos sistemas informatizados de controle de carga; trânsito e despacho aduaneiro;

VI - avaliar a efetividade dos parâmetros de seleção fiscal aduaneira inseridos nos sistemas informatizados de controle de carga, trânsito e despacho aduaneiro;

VII - prestar assessoramento nas participações da RFB em fóruns nacionais e internacionais relacionados ao gerenciamento de risco no âmbito da administração aduaneira; e

VIII - administrar e supervisionar as atividades pertinentes à Seção de Estatísticas de Comércio Exterior e de Aplicação de Regimes Tributários - Sarex, à Seção de Pesquisa e Seleção - Sapes e à Seção de Análise Merceológica - Saama.

Segundo a informação trazida nas páginas 51/52 de OUT8 de evento 34, conforme o canal de conferência que se julgue necessário para determinada importação, são lançados parâmetros específicos pelo CERAD3. É possível também que a importação seja parametrizada para determinado canal sem que tenham sido lançados qualquer parâmetro, por aleatoriedade.

O canal verde almejado pela autora desencadeia o desembaraço automático da mercadoria, sem que haja conferência física ou documental.

c) Dos efeitos da parametrização para o canal cinza

Pelo que se extrai das informações prestadas pela União, o que distingue o canal vermelho e o canal cinza de conferência aduaneira é que neste há presunção de existência de fraude que, com grande probabilidade, levará a instauração de Procedimento Especial de Controle Aduaneiro. Ambos os canais preveem a análise documental e física da mercadoria, mas o canal cinza é específico para a hipótese em que se vislumbra a abertura do Procedimento Especial.

De se observar que nem sempre será instaurado Procedimento Especial em razão da parametrização para o canal cinza, vez que é possível que o exame documental e a conferência física da mercadoria revelem inexistir qualquer elemento indiciário de fraude na importação em exame. A própria autora

menciona na página 06 da exordial que nem todas as DI(s) parametrizadas para o canal cinza desencadearam Procedimento Especial. É o caso, por exemplo, da DI nº 16/0471461-3 (evento 44).

De todo modo, o que se percebe é que na maioria dos casos de parametrização para o canal cinza, segue-se a instauração do Procedimento Especial.

O Procedimento Especial de Controle Aduaneiro a que se refere o inciso IV do artigo 21 é aquele previsto na Instrução Normativa RFB nº 1.169/2011. Nos termos de seu artigo 1º "o procedimento especial de controle aduaneiro estabelecido nesta Instrução Normativa aplica-se a toda operação de importação ou de exportação de bens ou de mercadorias sobre a qual recaia suspeita de irregularidade punível com a pena de perdimento, independentemente de ter sido iniciado o despacho aduaneiro ou de que o mesmo tenha sido concluído."

De acordo com a Instrução Normativa, o Procedimento Especial de Controle Aduaneiro deve ser concluído no prazo máximo de 90 (noventa) dias, admitida uma prorrogação por igual período, bem como a suspensão desse prazo nas hipóteses previstas no §1º de seu artigo 9º. Ou seja, é possível que o Procedimento perdure por mais de 180 (cento e oitenta) dias.

Nesse período, desde a instauração do Procedimento, as mercadorias objeto da Declaração de Importação em exame permanecem retidas nos termos do artigo 5º da Instrução Normativa.

Assim, cabe reconhecer que a parametrização do despacho aduaneiro para o canal cinza e a instauração do Procedimento Especial trazem de imediato efeitos concretos negativos ao importador, pois, por período considerável, não poderá dispor das mercadorias. De se imaginar, então, os efeitos gravosos da seleção reiterada do canal cinza de conferência aduaneira para todas importações.

d) Da parametrização das importações da autora

Em sua contestação, a União não impugna a afirmação da autora de que todas as suas importações estão sendo parametrizadas para o canal cinza de conferência aduaneira, desde 10.06.2014 (página 06 da petição inicial). De consequência, considerando o ônus da impugnação específica, previsto no artigo 341 do NCPC, entendo incontroverso tal fato.

A União refere-se à autora como "pessoa jurídica que apresenta comportamento de risco e que, por consequência, não faria jus à

parametrização indiscriminada de suas operações para o canal verde de conferência aduaneira." (página 10 da contestação).

Para tanto, menciona o histórico de autuações anteriores dentre os anos de 2013 e 2014, apontando a existência de cinco Processos Administrativos Fiscais⁴, nos quais a autora não teria informado a origem dos recursos empregados nas operações, nem prestado informações relativas a tratativas negociais. Também faz referência às importações realizadas no período compreendido entre janeiro de 2012 a agosto de 2015, fazendo menção às informações prestadas no Mandado de Segurança nº 5005506-44.2015.404.7000, em trâmite neste Juízo (INF6 de evento 34).

De acordo com tais informações, o valor total que deveria ser pago ao exportador estrangeiro pelas mercadorias importadas nas 256 DI(s) registradas no período de junho de 2011 (contratos de câmbio de janeiro de 2012) a agosto de 2015 somam US\$ 7.135.098,67. Contudo, só foram informados pela autora contratos de câmbio vinculados e não vinculados que totalizam US\$ 4.976.759,13, de modo que restaria pendente de pagamento a fornecedores estrangeiros, a quantia de US\$ 2.158.339,54. A autoridade fiscal observa que "considerando que as operações de importação da Siena concentram-se em poucos fornecedores estrangeiros, tais fatos apontam também para situação incomum no comércio exterior, de manutenção de fornecimento mesmo com a reiterada falta de pagamento em operações comerciais anteriores."

Pois bem.

Como visto, de acordo com o art. 133, V, da Portaria MF n.º 203/2012, ao CERAD compete "inserir os parâmetros de seleção fiscal aduaneira nos sistemas informatizados de controle de carga; trânsito e despacho aduaneiro."

O primeiro ponto a observar é que o conteúdo dos parâmetros lançados pelo CERAD não possuem normatização específica. Vale dizer, é juízo discricionário do órgão a indicação de parâmetros que direcionem as importações para o canal cinza de conferência aduaneira.

De igual forma, não há norma que defina por quanto tempo podem perdurar os parâmetros lançados pelo CERAD para determinada empresa. Por esse motivo, em tese, é possível que, ao diagnosticar infração cometida em 2005, por exemplo, sejam lançados parâmetros de cautela que permaneçam direcionando o despacho aduaneiro para o canal cinza por tempo indeterminado.

O segundo ponto é que, em muitos casos, o Procedimento Especial instaurado a partir de então registra como infração a não comprovação da origem dos recursos empregados na importação, fazendo remissão não aos valores pagos na operação em análise, mas sim, a ingressos financeiros questionados em outras ocasiões.

Por exemplo, nos autos de Mandado de Segurança nº 5005506-44.2015.404.7000, que discutia Procedimento Especial instaurado para DI registrada em 07.07.2014, a autoridade fiscal fez remissão a aumento de capital da Siena Trading que teria ocorrido em 20075 (muito embora não tenha sido esse o fator fundamental para a aplicação da pena de perdimento, naquele caso).

Há ainda outra questão a ponderar: a parametrização de Declaração de Importação para Admissão em Regime de Entrepósito Aduaneiro (DA) para o canal cinza não isentou as DI(s) correspondentes, geradas para as mercadorias já fiscalizadas, de nova conferência pelo canal cinza.

Assim, o que se verifica é que tanto para fixação de parâmetros de seleção do canal de conferência aduaneira, como para a caracterização de infração em Procedimento de Controle Aduaneiro, usualmente inexistente limitação temporal quanto aos fatos que serão considerados pela autoridade fiscal. Tal proceder pode levar a distorções relevantes no que concerne aos princípios da presunção de inocência, do devido processo legal, bem como, ao desrespeito à vedação da pena de caráter perpétuo, que inclusive constitui cláusula pétrea da Constituição Federal.⁶

Muito embora o cometimento de infrações anteriores e mesmo suspeita de irregularidades justifiquem a parametrização do despacho aduaneiro para o canal cinza, para maior rigor na fiscalização, entendo que a estagnação dos parâmetros lançados pelo CERAD sem qualquer limitação temporal enseja danos desproporcionais à autora, pois o resultado obtido (a inviabilidade da atividade comercial da autora) é deveras gravoso se comparado ao bem jurídico que se pretende proteger (a prevenção/repressão de fraudes). Ou se cancela o CNPJ da empresa, mediante o procedimento contraditório específico, ou deve haver limites para a parametrização irrestrita. Essa omissão é, portanto, inconstitucional.

Afinal, a autora relata situação bastante difícil em razão das parametrizações sucessivas para o canal cinza, pois desde 2014 há sempre retenção de suas mercadorias por prazo considerável. Há, portanto, evidente embaraço ao direito ao livre exercício da atividade econômica, garantido no parágrafo único do artigo 170 da Constituição Federal.

Essas circunstâncias justificam, a meu ver, a modulação do poder discricionário da fiscalização tributária. Marçal Justen Filho, aliás, bem explana a respeito do contemporâneo conceito de discricionariedade:

"A autonomia decisória da autoridade estatal não se desenvolve fora ou acima das normas jurídicas. É criada pelo ordenamento jurídico, que determina as suas balizas. Em alguns casos, os limites à autonomia consistem nos princípios mais gerais, nos valores fundamentais." (FILHO, Marçal Justen. Curso de Direito Administrativo. 9.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p.243, grifei).

Contudo, a fixação da parametrização de todas as importações da autora para o canal verde é medida que desrespeita a essência do poder de fiscalização, pois a autora saberia de antemão que não haveria qualquer ingerência das autoridades fiscais sobre as mercadorias que chegassem ao país. Vale dizer, a eliminação do padrão aleatório que compõe a parametrização retiraria da Fiscalização Aduaneira a possibilidade do despacho aduaneiro sujeitar-se à análise documental e/ou física da importação.

Haveria também desrespeito ao princípio da isonomia, pois ao registrar Declaração de Importação, todos os importadores nacionais estão sujeitos a quaisquer dos canais de conferência aduaneira e têm ciência de que podem sofrer fiscalização física e/ou documental.

Nesse passo, entendo que a melhor solução é limitar temporalmente a incidência dos parâmetros que hoje justificam a parametrização da autora para o canal cinza (PAF(s) 15165.723960/2013-69, 15165.720573/2014-51, 15165.721365/2014-70, 15165.722749/2014-18 e 15165.722750/2014-34 e diferença de U\$S 2.158.339,54 decorrentes de ausência de comprovação de pagamento a fornecedores), para que essas suspeitas/constatações de irregularidades possam ser desconsideradas após a comprovação do cumprimento da legislação aduaneira pela autora nas operações subsequentes por determinado período.

A limitação temporal dos parâmetros lançados pelo CERAD após a comprovação de importações regulares é medida que corrige a distorção verificada no caso presente, garantindo o respeito a direitos constitucionais com a menor interferência possível no poder de polícia aduaneiro.

Para fins de comprovação do cumprimento à legislação aduaneira, entendo suficiente o desembaraço aduaneiro de cinco declarações de importação, registradas em período não inferior a seis meses a partir da ciência desta decisão, pelo canal cinza de conferência, sem que tenha sido verificada qualquer infração punível com a penalidade de perdimento.

Após o desembaraço da quinta declaração de importação, o CERAD não mais poderá parametrizar as novas importações da autora para o canal cinza, com base das informações prestadas nestes autos (PAF(s) 15165.723960/2013-69, 15165.720573/2014-51, 15165.721365/2014-70, 15165.722749/2014-18 e 15165.722750/2014-34 e diferença de U\$S 2.158.339,54 decorrentes de ausência de comprovação de pagamento a fornecedores).

Além disso, caso sejam lançados novos parâmetros para o canal cinza no futuro, estes deverão ser igualmente desconsiderados após o desembaraço sucessivo da quinta declaração de importação que passe pelo canal cinza, sem verificação de qualquer infração punível com perdimento.

Embora pareça uma solução que impõe um critério arbitrário, trata-se de uma solução que se insere na possibilidade de modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade da omissão normativa quanto a limites temporais para a parametrização para o canal cinza. Se não pode a Administração deixar de fiscalizar, não pode o contribuinte manter-se indefinidamente refém da fiscalização.

A autora, por sua vez, deve observar o ônus que lhe compete, mantendo regulares todos os documentos gerados na operação comercial, inclusive os que comprovam o pagamento aos fornecedores.

(...)

d) Da sucumbência

Em relação à sucumbência recíproca, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça consolidou que a distribuição dos ônus sucumbenciais deve ser pautada pelo exame do número de pedidos formulados e da proporcionalidade do decaimento das partes em relação a esses pleitos" (REsp 1.255.315/SP, Terceira Turma, Rel.Min. Nancy Andrighi, DJe de 27/9/2011).

5. A jurisprudência do STJ é pacífica no sentido de que a distribuição dos ônus sucumbenciais, quando verificada a existência de sucumbência recíproca, deve ser pautada pelo exame do número de pedidos formulados e da proporcionalidade do decaimento de cada uma das partes em relação a cada um desses pleitos.

6. Recurso especial parcialmente provido.

(REsp 1166877/DF, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 16/10/2012, DJe 22/10/2012)

No caso dos autos, a autora formulou pedido de imediato desembaraço das mercadorias relacionadas nas DI(s) 15/1372329-6 e 15/1373759-9, bem como, de parametrização para o canal verde de conferência aduaneira para as DI(s) que fossem registradas no futuro, inclusive as relativas às DA(s) 14/2380881-0, 14/2056092-3, 14/2385020-5 e 14/2384970-3.

Em relação às DI(s) 15/1372329-6 e 15/1373759-9 houve perda superveniente do interesse de agir, o que não afasta o ônus sucumbencial da União em razão do §10 do artigo 85 do NCPC.

No que concerne aos demais pedidos, entendo que houve sucumbência parcial, pois a autora obteve apenas o afastamento dos parâmetros lançados pelo CERAD para vinculação ao canal cinza, nos termos da fundamentação. Assim, cada uma das partes dever arcar com a metade da sucumbência.

Portanto, caberá a cada uma das partes o pagamento de metade das custas processuais (art.4º, parágrafo único da Lei 9.289/96 e art.82, §2º do Código de Processo Civil).

Fixo honorários de sucumbência em 10% sobre o valor da causa. Com fulcro nos §§2º e 16º do artigo 85 do NCPC, os honorários deverão ser atualizados desde a propositura da ação (Súmula 14 do STJ) pelo IPCA-e7. Os juros incidirão a partir do trânsito em julgado da presente decisão (§16 do art.85 do CPC) e serão fixados à taxa aplicada à caderneta de poupança (art.1-F da Lei 9.494/97).

Os argumentos trazidos pela Fazenda Pública em sede de apelo não têm o condão de alterar a decisão monocrática.

Inicialmente, não há se falar em ofensa ao princípio da separação de poderes. Isso porque, embora a parametrização das importações se insira no âmbito de discricionariedade da administração, verifica-se que não houve, no caso, interferência indevida no mérito administrativo (ou seja, nos elementos de conveniência e oportunidade do ato). O que o magistrado *a quo* ponderou foi apenas que, no caso, concreto, a forma de fiscalização adotada para a empresa transborda os limites de razoabilidade e proporcionalidade, mostrando-se, portanto, inconstitucional.

Em outras palavras, o exame dos postulados de razoabilidade e proporcionalidade se insere no controle de legalidade e legitimidade, controle atribuído ao Judiciário em relação a qualquer ato administrativo (inclusive os discricionários), por força do princípio da inafastabilidade de jurisdição. Assim, não há qualquer mácula na decisão.

Tampouco se mostram relevantes os argumentos repisando as antigas autuações da empresa. Primeiro, porque a União enfatiza supostas irregularidades que, muitas vezes, sequer foram as que fundamentaram os procedimentos especiais instaurados. Segundo, porque o histórico da empresa não altera o fato de que a ausência de limitação temporal para fixação dos parâmetros de direcionamento das importações para o canal cinza é ato que extrapola os limites de razoabilidade e proporcionalidade no poder de polícia administrativa, impedindo o livre exercício da atividade econômica.

Por fim, também não assiste razão à alegação de que o julgador pretende tornar estática uma atividade que é eminentemente dinâmica. Com efeito, não foi estabelecida especificamente a forma de direcionamento que deveria ser usada pela autoridade aduaneira, mas apenas se determinou uma limitação temporal para os parâmetros de seleção do canal de conferência aduaneira. Ou seja, verifica-se que a solução adotada pelo magistrado busca justamente não manter eternamente imobilizado o perfil da empresa para fins de direcionamento para cada canal de parametrização, o que valoriza o dinamismo inerente à atividade, ao contrário do que argumenta a União.

Assim, seus pedidos não merecem prosperar.

Tampouco comportam procedência as pretensões veiculadas pela parte autora nas razões de apelo.

Inicialmente, o argumento de que a solução adotada na sentença não encontra amparo legal se contradiz com o próprio pedido da inicial, já que, se a autora entende não haver justificativa para que se estabeleça limitação temporal dos parâmetros lançados pelo CERAD, igualmente não haveria fundamentos para que fosse cessada imediatamente a parametrização automática das importações para o canal cinza de conferência aduaneira.

Em verdade, não se verifica qualquer vício na decisão, já que a solução empregada na primeira instância apenas interpreta as normas relativas ao sistema de parametrização de acordo com os princípios constitucionais da presunção de inocência, do devido processo legal, da vedação à pena de caráter perpétuo, da razoabilidade e da proporcionalidade.

Por fim, ao contrário do que afirma a apelante, não houve imposição de que as próximas 5 operações devam, necessariamente, ser parametrizadas para o canal cinza, e sim a estipulação de que as mesmas informações só podem fundamentar um número máximo de direcionamento ao canal cinza, devendo ser desconsiderados os parâmetros após o desembaraço sucessivo da quinta declaração que passe por esse canal sem qualquer infração punível com perdimento.

Dessa feita, a sentença não comporta modificações.

Ante o exposto, voto por negar provimento às apelações.

Des. Federal JORGE ANTONIO MAURIQUE
Relator

Documento eletrônico assinado por **Des. Federal JORGE ANTONIO MAURIQUE, Relator**, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006 e Resolução TRF 4ª Região nº 17, de 26 de março de 2010. A conferência da **autenticidade do documento** está disponível no endereço eletrônico <http://www.trf4.jus.br/trf4/processos/verifica.php>, mediante o preenchimento do código verificador **8686007v5** e, se solicitado, do código CRC **C3E14132**.

Informações adicionais da assinatura:

Signatário (a): Jorge Antonio Maurique

Data e Hora: 24/11/2016 12:00

EXTRATO DE ATA DA SESSÃO DE 23/11/2016
APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA Nº 5045030-48.2015.4.04.7000/PR
ORIGEM: PR 50450304820154047000

RELATOR : Des. Federal JORGE ANTONIO MAURIQUE
PRESIDENTE : JORGE ANTONIO MAURIQUE
PROCURADOR : Dra ANTONIA LÉLIA NEVES SANCHES
APELANTE : SIENA TRADING COMERCIO IMPORTACAO E EXPORTACAO LTDA
ADVOGADO : ALEXANDRE MEDEIROS REGNIER
APELANTE : UNIÃO - FAZENDA NACIONAL
APELADO : OS MESMOS

Certifico que este processo foi incluído na Pauta do dia 23/11/2016, na seqüência 82, disponibilizada no DE de 07/11/2016, da qual foi intimado(a) UNIÃO - FAZENDA NACIONAL, o MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL e as demais PROCURADORIAS FEDERAIS.

Certifico que o(a) 1ª TURMA, ao apreciar os autos do processo em epígrafe, em sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A TURMA, POR UNANIMIDADE, DECIDIU NEGAR PROVIMENTO ÀS APELAÇÕES.

RELATOR : Des. Federal JORGE ANTONIO MAURIQUE
ACÓRDÃO : Des. Federal JORGE ANTONIO MAURIQUE
VOTANTE(S) : Des. Federal JORGE ANTONIO MAURIQUE
: Des. Federal MARIA DE FÁTIMA FREITAS LABARRÈRE
: Des. Federal AMAURY CHAVES DE ATHAYDE

LEANDRO BRATKOWSKI ALVES
Secretário de Turma

Documento eletrônico assinado por **LEANDRO BRATKOWSKI ALVES, Secretário de Turma**, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006 e Resolução TRF 4ª Região nº 17, de 26 de março de 2010. A conferência da **autenticidade do documento** está disponível no endereço eletrônico <http://www.trf4.jus.br/trf4/processos/verifica.php>, mediante o preenchimento do código verificador **8722672v1** e, se solicitado, do código CRC **6B9B70F2**.

Informações adicionais da assinatura:

Signatário (a): Leandro Bratkowski Alves
Data e Hora: 23/11/2016 15:19
