

ANÁLISE ECONÔMICA DAS LIMINARES PARA LIBERAÇÃO DE MERCADORIA IMPORTADA SUJEITA A PENA DE PERDIMENTO

ECONOMIC ANALYSIS OF INJUNCTIONS RELEASE OF IMPORTED GOODS SUBJECT TO PENALTY OF LOSS

Paulo José Zanellato Filho¹

SUMÁRIO: Introdução; 1. O bem jurídico tutelado e o conceito da pena de perdimento; 2. Posição dos Tribunais Regionais Federais quanto a possibilidade de liberação de mercadorias importadas, sujeitas à aplicação da penda de perdimento; 3. A inconstitucionalidade do art. 7º, §2º e §5º, da Lei nº. 12.016/2009; 4. A ilegalidade da Instrução Normativa SRF nº. 228/2002; 5. A Análise Econômica do Direito; 6. Conclusões; Bibliografia

RESUMO

Este artigo pretende investigar a possibilidade quanto à concessão de liminares para a liberação de mercadorias importadas sob suspeita de prática punível com pena de perdimento, mediante prestação de caução idônea com bem imóvel. Nesse *iter*, busca primeiro conceituar o instituto para, em seguida, apresentar a posição dos Tribunais Regionais Federais pátrios a respeito do tema. Através da análise da legislação de regência, almeja demonstrar a inconstitucionalidade do art. 7º, §2º e §5º, da Lei nº. 12.016/2009, que proíbe a concessão de liminares para liberação de mercadorias e bens importados, bem como a ilegalidade da Instrução Normativa SRF nº. 228/02, que extrapolou o comando contido na Medida Provisória nº. 2.158-35/200, evidenciado ser possível a concessão da liminar para liberação de mercadorias importadas, nos demais casos, mediante caução idônea com bem imóvel. Adiante, por meio da Análise Econômica do Direito comprovar-se-á que a concessão de medida liminar nesse sentido não apenas é possível, como é preferível economicamente.

Palavras-Chave: Pena de Perdimento; Medida Liminar; Liberação de Mercadoria; Caução; Análise Econômica do Direito.

¹ Advogado, Mestrando em Direito Tributário pela Universidade Federal do Paraná - UFPR. Pós-Graduado em Direito e Processo Tributário pela Academia Brasileira de Direito Constitucional - ABDConst. Formado em Direito pela Faculdade de Direito de Curitiba. Professor nas cadeiras de Direito Constitucional e Tributário na Universidade Tuiuti do Paraná. Ex-Procurador do Município de Matinhos. Membro da Comissão de Direito Marítimo, Portuário e Aduaneiro da Ordem dos Advogados do Brasil/PR; Membro do Instituto Paranaense de Direito e Economia. E-mail: paulo@zanellatoadvogados.com.br

ABSTRACT

This article intends investigate the possibility for the granting of injunctions for the release imported goods suspected of practice punishable by forfeiture, by providing a bond with reputable property. In this iter, first looks for conceptualizing the institute, then present the position of Federal Regional Courts on the subject. Through the analysis of the current law, aims to demonstrate the unconstitutionality of article 7, § 2 and § 5 of the Law nº. 12.016/2009, which prohibits granting injunctions for the release of imported goods, and also, the illegality of SRF Normative Instruction nº. 228/02, which extrapolated the command contained in Provisional Measure nº. 2.158-35/200, evidencing it's possible granting it by means of real guarantee. Forward, the Economic Analysis of Law will allow us to prove that the granting of an injunction in this sense is not only possible, but is economically preferred.

Keywords: Penalty Forfeiture - Injunction Measure - Release of Goods - Guarantee deposit - Economic Analysis of Law.

INTRODUÇÃO

Dentre as sanções previstas na legislação tributária e aduaneira, a pena de perdimento, sem embargos, é hoje uma das penalidades mais severa e, talvez, a que mais questionamentos suscitem junto aos tribunais pátrios².

Entretanto, o tema pena de perdimento, apesar de complexo, com desdobramentos tanto na esfera tributária e aduaneira, ainda hoje comporta poucos estudos a seu respeito. Com relação à sua aplicação no âmbito aduaneiro, ainda mais obscuro é o seu deslinde tanto para a doutrina quanto para a jurisprudência pátria.

Contudo, não pretendemos através deste artigo debater amplamente o tema, mas apenas fornecer condições para uma mudança no paradigma da jurisprudência, especialmente no que concerne à hipótese de liberação de mercadoria apreendida em razão de suspeita de conduta punível com a pena de perdimento.

² Cf. FERREIRA, Rony, Perdimento de Bens, in: FREITAS, Vladimir Passos (Coord.), **Importação e Exportação no Direito Brasileiro**, São Paulo: Revista dos Tribunais. 2004. p. 160-161.

No que tange à penalidade em questão, pretendemos investigar neste artigo especificamente a possibilidade quanto à concessão de liminares para a liberação de mercadorias importadas sob suspeita de prática punível com pena de perdimento, mediante prestação de caução idônea com bem imóvel.

Atualmente, nota-se uma posição dominante da jurisprudência em não deferir pedidos liminares para liberação dessas mercadorias ao importador, mesmo mediante caução de bem imóvel livre de ônus, determinando que a liberação das mercadorias seja deferida somente nos casos em que o importador venha a efetuar o depósito em dinheiro, em montante integral correspondente ao valor aduaneiro da mercadoria apreendida.

Neste artigo, almejamos demonstrar a fragilidade que esta posição jurisprudencial deixa o importador, culminando com uma ineficiência econômica nas decisões judiciais e, inclusive, com a mácula da Constituição Federal.

Nesta trilha, iniciamos nossa investigação com a conceituação do instituto. Um cotejo das teses patrimonialista, funcionalistas e da teoria dos bens jurídicos imediatos e mediatos, nos permite conceituar a pena de perdimento como uma sanção administrativo-tributária que visa a declaração da perda de bens do particular em favor do Estado, sempre que caracterizada a ocorrência dano ao erário, em suma, pela inobservância de deveres tributários acessórios que resultem na evasão ao controle aduaneiro e/ou tributário, ou pela prática de atos comissivos ou omissivos que dolosamente impliquem em redução indevida do gravame tributário.

Em seguida, uma análise mais detalhada da legislação de regência, demonstrará a inconstitucionalidade do art. 7º, §2º e §5º, da Lei nº. 12.016/2009, que proíbe a concessão de liminares para liberação de mercadorias e bens importados.

Ao tratar dos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos, a Constituição Federal vigente assegura que a Lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. Neste viés, demonstraremos, com supedâneo da doutrina abalizada, que não assegurar os provimentos de urgência, quando

sejam necessários para evitar o perecimento do direito, é também negar a jurisdição, razão pela qual o dispositivo em questão é inconstitucional.

Asseveraremos ainda a inconstitucionalidade do dispositivo, visto que negar o direito à jurisdição destinada a garantir a propriedade da mercadoria ou qualquer outro bem importado equivale a negar o direito de propriedade, pondo-se desta forma a lei que o fizer em conflito com a Constituição³.

Abordaremos ainda a ilegalidade da Instrução Normativa SRF nº. 228/02, que extrapolou os limites da Medida Provisória acima referida, ao estabelecer que enquanto não for comprovada a origem, disponibilidade e efetiva transferência dos recursos empregados na operação de importação, a autoridade Fazendária fica autorizada a exigir garantia para liberação dos bens importados.

Neste ponto, já teremos demonstrada a possibilidade de concessão de liminares para liberação de mercadorias importadas sob suspeita de prática punível com a pena de perdimento, mediante caução de bem imóvel. No entanto, com auxílio da análise econômica do direito, cujo tema é relativamente novo no Brasil, mas que tem amplo debate perante a doutrina e jurisprudência internacional, demonstraremos que a concessão de liminar neste sentido não apenas é possível, como também é economicamente preferível.

Através da Teoria da Escolha Racional, tal como proposta por Richard Posner, demonstraremos a ineficiência dos julgados que serão comentados neste artigo, que negam a liberação liminar das mercadorias importadas mediante caução de bem imóvel (garantia real), em detrimento da liberação apenas quando prestada garantia em dinheiro, fiança bancária ou seguro prestado em Favor da União Federal, especialmente face aos frequentes casos que as empresas importadoras vêm à falência, diante da falta de matéria prima e/ou produtos para o exercício do seu desiderato, em evidente afronta ao princípio da preservação das empresas.

³ MACHADO, Hugo de Brito. A Nova Lei do Mandado de Segurança e as Restrições à Garantia de Jurisdição em Matéria Tributária. **Revista Dialética de Direito Tributário – RDDT**. São Paulo. nº. 171. p.61-70. Dez. 2009.. p. 69

Comprovaremos, indubitavelmente, que do ponto de vista econômico, é preferencial uma decisão que permita a liberação das mercadorias importadas mediante caução idônea de bem imóvel, especialmente porque a recomposição do patrimônio público (recomposição do dano sofrido pelo erário) se dará de forma mais eficiente.

1. O BEM JURÍDICO TUTELADO E O CONCEITO DA PENA DE PERDIMENTO

A pena de perdimento é uma penalidade administrativo-tributária⁴ com previsão nos Decretos-Leis nº. 37, de 18 de novembro de 1966 e 1.455, de 7 abril de 1977, com regulação pelo Decreto 6.759, de 5 de fevereiro de 2009 (Regulamento Aduaneiro).

A respeito das penalidades tributárias, observa Edmar Oliveira Andrade Filho que,

(...) a imposição de uma sanção negativa (penalidade) depende, para que possa ser tutelada pelo ordenamento jurídico, da existência de norma jurídica anterior que defina a sua natureza, intensidade e pressupostos da sua aplicação. Todavia, tal definição só pode recair sobre situações em que há antijuridicidade, ou seja, quando há uma ofensa a um bem jurídico protegido por outras normas (regras e princípios) ou há violação de um dever-ser representado pela conduta contrária (se outra não for exigível) ao estabelecido em norma que impõe uma obrigação ou uma proibição. A ofensa ao bem jurídico, em qualquer caso, deve ser traduzida em dano ilícito⁵

⁴ Ao tratar sobre as penalidades tributárias, Paulo de Barros Carvalho esclarece que a pena de perdimento deve ser entendida como uma penalidade administrativo-tributária: "São variadas as modalidades de sanções que o legislador brasileiro costuma associar aos ilícitos tributários que elege. [...] e) As mercadorias estrangeiras encontradas em situação irregular serão apreendidas e seu proprietário, independentemente do processo penal a ser instaurado, perdê-las-á em favor da Fazenda Pública. Tais bens, posteriormente, serão levados a leilão e o produto arrecadado passará a constituir receita tributária. O infrator sofrerá duas sanções: a de caráter administrativo-tributário, em virtude da perda de mercadoria, e a de índole criminal, mediante a pena que lhe será infligida" (CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. p. 532-534.)

⁵ ANDRADE FILHO, Edmar Oliveira, **Infrações e Sanções Tributárias**, São Paulo: Dialética, 2003, p. 20

No que toca as teorias existentes para determinar o bem jurídico tutelado pelas normas penais tributárias, três se destacam. A tese patrimonialista, a funcionalista e a teoria dos bens jurídicos imediatos e mediatos.

Pela tese patrimonialista, o bem jurídico tutelado está ligado à pretensão do fisco em obter integralmente as receitas fiscais⁶. Os ilícitos tributários lesam ou põe em perigo o erário público, quer dizer, a obtenção de receitas necessárias à realização das funções ao que o Estado está incumbido.

Segundo Leandro Antonio Aires, o erário ou o patrimônio público deve ser entendido em uma concepção mais ampla, coincidente com o conjunto de bens patrimoniais necessários ou úteis à realização dos fins públicos. Deste modo, as violações às obrigações fiscais também atentariam contra o patrimônio público. Nessa linha, conclui o autor que *"a infração fiscal é concebida como crime de dano cuja consumação exige a existência de um prejuízo patrimonial ao fisco."*⁷

Porém, demonstra sabiamente o autor que a tese patrimonialista, consubstanciada na arrecadação tributária como bem jurídico protegido, não traduz toda a proteção que se almeja num estado Social e Democrático. *"Sozinha ela funcionaliza o Direito Penal, serve a interesses que não só de toda a sociedade, reduz o verdadeiro alcance da proteção penal da imposição tributária"*⁸.

Noutro vértice, as teses funcionalistas são conceituadas como aquelas que veem uma forte ligação do bem jurídico às funções que se reconhece ao tributo, bem como recusam uma configuração patrimonial ao objeto de tutela nos crimes tributários.⁹ Para esta tese, o bem jurídico a ser tutelado não é o erário público, mas sim a própria função tributária, o poder tributário, ou mesmo o sistema econômico e fiscal. Entretanto, como adverte Leandro Antonio Aires, os bens

⁶ SOUZA, Suzana Maria Aires de, **Os Crimes Fiscais**, Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 279

⁷ AIRES, Leandro Antonio. **Aspectos do bem jurídico ofendido nos crimes tributários**. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal do Paraná - UFPR. p. 145.

⁸ AIRES, Leandro Antonio. **Aspectos do bem jurídico ofendido nos crimes tributários**. p. 163

⁹ SOUSA, Suzana Maria Aires de, **Os Crimes Fiscais**, Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 279

jurídicos indicados no modelo funcionalista pouco oferecem como parâmetro da extensão do dano.¹⁰

Nesse esteio, assevera Hugo de Brito Machado¹¹, que para a correta compreensão de conceito de "ordem jurídica tributária" tutelada na nossa legislação, é necessário integrar essas duas concepções teóricas, a tese patrimonialista e a funcionalista. No mesmo sentido, Rodrigo Sanchez Rios afirma que nos crimes fiscais existe "um bem jurídico imaterial mediato que estaria ligado pela função tributária e um bem jurídico específico imediato com função representativa que estaria constituído pelo patrimônio do Estado"¹²

A adoção da teoria dos bens jurídicos imediatos e mediatos nos parece a mais adequada¹³. Tal teoria caracteriza-se pela incorporação à concepção patrimonialista de características ligadas a tese funcionalista, considerando, neste viés, o delito tributário como pluriofensivo.

Acatando a tese dos bens jurídicos imediatos e mediatos, José Roberto Vieira e Leandro Antonio Aires¹⁴ entendem que o bem jurídico imediato a ser protegido é a arrecadação tributária, enquanto o bem jurídico mediato é a solidariedade social. De acordo com José Roberto Vieira:

Quando os contribuintes decentes são chamados a um maior aporte tributário, para compensar o montante das exações não pagas pelos desonestos que evadem tributos, desequilibrasse a balança da solidariedade social e viola-se o comando superior da Igualdade, pela exigência tributária

¹⁰ AIRES, Leandro Antonio. **Aspectos do bem jurídico ofendido nos crimes tributários**. p. 164.

¹¹ MACHADO, Hugo de Brito. **Crimes contra a ordem tributária**, 2ª Ed. – São Paulo: Atlas, 2009, p. 22

¹² RIOS, Rodrigo Sanchez, O crime fiscal: reflexões sobre o crime fiscal no direito brasileiro, Lei 8.137 de 27 de dezembro de 1990 e no direito estrangeiro, 1998. *in*: MACHADO, Hugo de Brito, **Crimes Contra a Ordem Tributária**. 2ª Ed. – São Paulo: Atlas, 2009, p. 22.

¹³ Adotam a tese do bem jurídico imediato e mediato: VIEIRA, José Roberto, Apropriação Indébita Tributária no IPI e no ICMS: Vislumbres de um Estado Shylock. In: BARRETO, Aires F. et al. (Org.). **Direito Tributário, Linguagem e Método: As Grandes Disputas entre Jurisprudência e Dogmática na Experiência Brasileira Atual**. 1ª ed. São Paulo: Noeses, 2008, v. , p. 487-549; RÍOS, Rodrigo Sanchez, O crime fiscal: reflexões sobre o crime fiscal no direito brasileiro, Lei 8.137 de 27 de dezembro de 1990 e no direito estrangeiro, *apud*:MACHADO, Hugo de Brito, **Crimes Contra a Ordem Tributária**. 2ª Ed. – São Paulo: Atlas, 2009, p. 22.

¹⁴ A respeito vide: AIRES, Leandro Antonio. **Aspectos do bem jurídico ofendido nos crimes tributários**. Dissertação de Mestrado, p. 140-167.

apartada de um critério de discriminação que resida nos fatos ou nas pessoas desigualladas, e pelo abandono do critério da capacidade contributiva, que preside, soberano, as distinções tributárias. Haverá um valor constitucional de maior dignidade a ser protegido, como bem jurídico mediato dos crimes tributários, do que essa solidariedade social, profunda e entranhadamente vinculada à igualdade, por intermédio da capacidade contributiva?¹⁵

Seguindo a concepção patrimonialista, a doutrina que trata da pena de perdimento a conceitua como uma penalidade que tem por traço característico a decretação da perda da propriedade privada em favor do Estado, em razão de práticas lesivas ao erário público.

Nesse contexto, resta claro que o bem jurídico a ser tutelado, segundo aqueles que adotam a tese patrimonialista, é o erário público. "*O pressuposto principal para aplicação da pena de perdimento é a existência de dano ao erário*"¹⁶.

Nas palavras de Jean Marcos Ferreira:

erário é o conjunto de todos os bens e direitos do Estado. Não se trata apenas das receitas tributárias, mas de todas as rendas e bens pertencentes ao Estado. O dano ao erário, portanto, é toda lesão ou prejuízo causando a quaisquer bens ou direitos pertencentes ao Estado.¹⁷

Tratando do conceito de dano ao erário, leciona Roosevelt Baldomir Sosa:

no Dano ao Erário, o que se tem em mente é o grau do dano social causado pelo autor – servidor público ou particular – de forma que o Estado os prive dos bens que adquiriram de forma ilícita. A ótica punitiva, como se depreende, visa suprimir do patrimônio dos fraudadores a coisa obtida por meios ilícitos, não sendo aceitável possam os delinquentes

¹⁵ VIEIRA, José Roberto, Apropriação Indébita Tributária no IPI e no ICMS: Vislumbres de um Estado Shylock. In: BARRETO, Aires F. et al. (Org.). **Direito Tributário, Linguagem e Método: As Grandes Disputas entre Jurisprudência e Dogmática na Experiência Brasileira Atual**. p. 510-511

¹⁶ PONCIANO, Vera Lúcia Feil, Sanção Aplicável ao Subfaturamento na Importação: Pena de Perdimento ou Pena de Multa?, in: TREVISAN, Rosaldo, **Temas Atuais de Direito Aduaneiro**, São Paulo: Lex Editora, 2008. p. 282.

¹⁷ FERREIRA, Jean Marcos, **Confisco e perda de bens no direito brasileiro**. Ed. Campo Grande: J.M. Ferreira - 1 ed. , 2000, p. 206

simplesmente pagar impostos como forma de obter o legítimo domínio pela propriedade.¹⁸

A princípio, sempre que ocorrer uma lesão ao erário público, o Estado tem o poder-dever de evitar o enriquecimento ilícito, privando o particular dos bens que foram adquiridos de forma ilícita, ou em desrespeito a sua função social, ou ainda quando caracterizada a evasão ao controle aduaneiro e/ou tributário.

Contudo, não apenas quando configurado dano ao erário é possível a aplicação da pena de perdimento. Como já mencionamos acima, compartilhamos a tese que o bem jurídico tutelado é não apenas o erário público (bem jurídico imediato), mas também a solidariedade tributária (bem jurídico mediato).

Disso decorre que haverá lesão ao bem jurídico tutelado também quando o contribuinte faltar com seus deveres conforme prescrito na legislação tributária, visto que, em não prestando tais deveres, dificulta-se o controle tributário, condição esta que pode resultar na evasão de divisas em detrimento do erário público.

Em vista do exposto, no nosso entender a pena de perdimento deve ser definida como uma sanção administrativo-tributária que visa a declaração da perda de bens do particular em favor do Estado, sempre que caracterizada a ocorrência dano ao erário, em suma, pela inobservância de deveres tributários acessórios que resultem na evasão ao controle aduaneiro e/ou tributário, ou pela prática de atos comissivos ou omissivos que dolosamente impliquem em redução indevida do gravame tributário.

2. POSIÇÃO DOS TRIBUNAIS REGIONAIS FEDERAIS QUANTO A POSSIBILIDADE DE LIBERAÇÃO DE MERCADORIAS IMPORTADAS, SUJEITAS À APLICAÇÃO DA PENA DE PERDIMENTO.

¹⁸ SOSA, Roosevelt Baldomir. **A aduana e o comércio exterior**. São Paulo: Aduaneiras, 1996, p. 197.

Atualmente, os Tribunais Regionais Federais têm apresentado uma forte tendência em permitir a liberação de mercadorias sujeitas à aplicação de pena de perdimento somente mediante caução em dinheiro, fiança bancária ou seguro prestado em Favor da União Federal, *ex vi* do art. 80 da Medida Provisória nº. 2158-35/2001 e *artigo 7º*, da Instrução Normativa nº. 228/2002¹⁹.

É o que se depreende do trecho do voto proferido pela Eminente Relatora Desembargadora do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, Dra. Vivian Josete Pantaleão Caminha, no Processo de Agravo de Instrumento nº, 5000808-48.2012.404.0000, em trâmite perante a Segunda Turma daquele Tribunal:

Com efeito, este juízo tem admitido a possibilidade de liberação das mercadorias sujeitas à pena de perdimento mediante a apresentação de garantia, com base no que dispõe a MP 2158-35/2001:

Art. 68. Quando houver indícios de infração punível com a pena de perdimento, a mercadoria importada será retida pela Secretaria da Receita Federal, até que seja concluído o correspondente procedimento de fiscalização.

Parágrafo único. O disposto neste artigo aplicar-se-á na forma a ser disciplinada pela Secretaria da Receita Federal, que disporá sobre o prazo máximo de retenção, bem assim as situações em que as mercadorias poderão ser entregues ao importador, antes da conclusão do procedimento de fiscalização, mediante a adoção das necessárias medidas de cautela fiscal.

Art. 80. A Secretaria da Receita Federal poderá: (...)

II - exigir prestação de garantia como condição para a entrega de mercadorias, quando o valor das importações for incompatível com o capital social ou o patrimônio líquido do importador ou do adquirente.

¹⁹ Nesse sentido: TRF1, AG 0037617-77.2010.4.01.0000/DF, Desembargador Federal Luciano Tolentino Amaral, Sétima Turma, e-DJF1 de 08/10/2010; TRF-1 - AG: 43185 AM 0043185-06.2012.4.01.0000, Relator: Desembargador Federal Luciano Tolentino Amaral, Data de Julgamento: 25/09/2012, SÉTIMA TURMA, Data de Publicação: e-DJF1 p.1720 de 05/10/2012; TRF-2 - AMS: 58224 RJ 2003.51.01.003235-5, Relator: Desembargador Federal PAULO ESPIRITO SANTO, Data de Julgamento: 01/04/2009, QUINTA TURMA ESPECIALIZADA, Data de Publicação: DJU - Data::24/06/2009 - Página::81; TRF-3 - AI: 8444 SP 0008444-80.2012.4.03.0000, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MUTA, Data de Julgamento: 16/08/2012, TERCEIRA TURMA; TRF-5 - AC: 112395220124058100 , Relator: Desembargadora Federal Margarida Cantarelli, Data de Julgamento: 23/07/2013, Quarta Turma, Data de Publicação: 26/07/2013.

Apesar de o art. 68, parágrafo único, acima referido, delegar à disciplina da Receita Federal o estabelecimento das hipóteses de liberação da mercadoria antes da conclusão do procedimento de fiscalização, resta evidente que não pode o órgão fiscal simplesmente deixar de prever tal hipótese nos atos normativos que lhe compete expedir, anulando, dessa forma, a previsão legal.

Destarte, impende reconhecer a possibilidade de liberação das mercadorias no caso dos autos, mediante caução. Contudo, somente são consideradas idôneas as modalidades de garantia previstas no art. 7º da IN 228/2002 (depósito em moeda corrente, fiança bancária ou seguro em favor da União). Há julgados enfatizando, inclusive, que a garantia deve ser preferencialmente em dinheiro (depósito).

Corroborando o exposto, colhe-se da jurisprudência mais abalizada, mutatis mutandis:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. TRIBUTÁRIO. IMPORTAÇÃO. INTERPOSTA PESSOA. RETENÇÃO DE MERCADORIA. LIBERAÇÃO PROVISÓRIA. CAUÇÃO INTEGRAL E EM DINHEIRO. Esta Turma consolidou entendimento no sentido de ser possível a liberação provisória de mercadoria em casos de investigação de interposta pessoa apenas na modalidade de caução integral e em dinheiro. Não é possível na modalidade de garantia real. (TRF4, AG 5008984-84.2010.404.0000, Segunda Turma, Relatora p/ Acórdão Vânia Hack de Almeida, D.E. 06/04/2011) [...]

Esse posicionamento ganhou reforço a partir da entrada em vigor da Lei 12.016/2009, que no seu artigo 7º, §2º, previu a impossibilidade de concessão de medida liminar visando a liberação de mercadoria proveniente do exterior, estendendo o §5º, deste artigo, a vedação para os casos de antecipação dos efeitos da tutela pleiteados com supedâneo nos artigos 273 e 461, ambos do CPC.²⁰

Com a edição da nova Lei do *mandamus*, os Tribunais passaram a admitir a liberação de mercadorias provenientes do exterior apenas nos mesmos moldes

²⁰ AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO ORDINÁRIA. ANTECIPAÇÃO DA TUTELA. LIBERAÇÃO DE MERCADORIAS ESTRANGEIRAS. IMPOSSIBILIDADE. LEI Nº 12.016, DE 2009. É indevido o deferimento de medida liminar de liberação de mercadorias estrangeiras, por força da regra contida no §2º do art. 7º da Lei nº 12.016, de 2009 (Lei do Mandado de Segurança), estendida aos casos de antecipação dos efeitos da tutela nas ações ordinárias por força do §5º do mesmo artigo. (TRF4, AG 5019223-79.2012.404.0000, Segunda Turma, Relator p/ Acórdão Rômulo Pizzolatti, D.E. 17/01/2013)

ZANELATO FILHO, Paulo José. Análise das liminares para liberação de mercadoria importada sujeita a pena de perdimento. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.8, n.3, 3º quadrimestre de 2013. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

em que a legislação permite à própria autoridade aduaneira a liberação da mercadoria importada, desde que seja prestada caução idônea, assim entendidas àquelas modalidades previstas no art. 7º, da IN 228/2002, supramencionadas.

Com este posicionamento, os tribunais pátrios, em especial o Tribunal Regional Federal da 4ª Região tem negado pedidos liminares para liberação de mercadorias importadas mediante garantia real prestada em juízo.

Entretanto, ao nosso ver o posicionamento atual dos Tribunais carece de fundamentação jurídica e merece ser revisto, haja vista ter base em premissas inadequadas e contrárias aos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos.

3. A INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 7º, §2º E §5º, DA LEI Nº. 12.016/2009

A doutrina brasileira é clara e enfática no sentido de entender inconstitucional o art. 7º, §2º e §5º, da Lei 12.016/2009.²¹

No que diz respeito à concessão de liminar para liberação de mercadoria, Hugo de Brito Machado afirma veementemente que a novel Lei do mandado de segurança inovou e, ao inovar, incorreu em flagrante inconstitucionalidade porque violou a garantia de jurisdição.²²

Ao tratar dos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos, a Constituição Federal vigente assegura que a Lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

²¹ Nesse sentido vide: MACHADO, Hugo de Brito. A Nova Lei do Mandado de Segurança e as Restrições à Garantia de Jurisdição em Matéria Tributária. **Revista Dialética de Direito Tributário – RDDT**. São Paulo. nº. 171. p.61-70. Dez. 2009; TAVARES, Alexandre Macedo. A Lei nº. 12.016/09 e a Flagrante Inconstitucionalidade da Vedação da Concessão de Medida Liminar que tenha por Objeto a Compensação de Créditos Tributários. **Revista Dialética de Direito Tributário – RDDT**. São Paulo. nº. 170. p. 7-15. Nov. 2009; MARINS, James. **Direito Processual Tributário Brasileiro (Administrativo e Processual)**. 6ª Ed. São Paulo: Dialética. 2012. P. 581

²² MACHADO, Hugo de Brito. A Nova Lei do Mandado de Segurança e as Restrições à Garantia de Jurisdição em Matéria Tributária. **Revista Dialética de Direito Tributário – RDDT**. São Paulo. nº. 171. p.61-70. Dez. 2009. p. 62

Em matéria tributária, o mandado de segurança afigura-se como um mecanismo de preservação do direito *in natura* do impetrante. Serve para assegurar o direito líquido e certo do contribuinte. Já a liminar tem por função precípua justamente assegurar a eficácia desse direito, impedindo que a lesão persista e/ou venha a produzir seus maléficos efeitos.²³

Com grande propriedade, James Marins leciona que a configuração histórica e a raiz constitucional do mandado de segurança impõe ao legislador, ao intérprete e ao aplicador que elimine os empecilhos que estorvem a plenitude de eficácia do remédio constitucional, sob pena inconstitucionalidade.²⁴

A inconstitucionalidade do art. 7º, §2º e §5º, da Lei 12.016/2009 se dá, portanto, a nosso ver, por manifesta quebra ao princípio da garantia de jurisdição. Este princípio deve ser entendido, de acordo com Hugo de Brito Machado:

como garantia a uma prestação jurisdicional efetiva, isto é, uma prestação jurisdicional capaz de garantir os direitos, evitando o perecimento ou a deterioração destes pelo decurso do tempo, com os provimentos de urgência, quantos sejam necessários, como a efetividade dos direitos, com a execução do julgado.²⁵

Prossegue o autor enfaticamente: "*e não assegurar os provimentos de urgência, quando sejam necessários para evitar o perecimento do direito, é também, indiscutivelmente, negar a jurisdição.*"²⁶

Presentes os pressupostos legais previstos no artigo 7º da Lei 12.016/2009, isto é, o relevante fundamento (*fumus bonis iuris*) e o fundado receio ou risco de

²³ Cf. TAVARES, Alexandro Macedo. A Lei nº. 12.016/09 e a Flagrante Inconstitucionalidade da Vedação da Concessão de Medida Liminar que tenha por Objeto a Compensação de Créditos Tributários. **Revista Dialética de Direito Tributário – RDDT**. São Paulo. nº. 170. p.7-15. Nov. 2009. p. 8-9.

²⁴ Cf. MARINS, James. **Direito Processual Tributário Brasileiro (Administrativo e Processual)**. p. 581-583.

²⁵ MACHADO, Hugo de Brito. A Nova Lei do Mandado de Segurança e as Restrições à Garantia de Jurisdição em Matéria Tributária. **Revista Dialética de Direito Tributário – RDDT**. São Paulo. nº. 171. p.61-70. Dez. 2009. p. 63

²⁶ MACHADO, Hugo de Brito. A Nova Lei do Mandado de Segurança e as Restrições à Garantia de Jurisdição em Matéria Tributária. **Revista Dialética de Direito Tributário – RDDT**. São Paulo. nº. 171. p.61-70. Dez. 2009.. p. 63.

ZANELATO FILHO, Paulo José. Análise das liminares para liberação de mercadoria importada sujeita a pena de perdimento. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.8, n.3, 3º quadrimestre de 2013. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

ineficácia da medida (*periculum in mora*), a medida liminar é medida que se impõe, por se constituir por verdadeiro direito subjetivo da parte.²⁷

Impedir ou condicionar à contracautela o pedido liminar deflagra-se inconstitucional. Nesse sentido, James Marins assevera que

ofende o regime constitucional facultar contracautelaridade em sede de ação constitucional quando presentes os pressupostos para a impetração e para a medida liminar (que no mandado de segurança é claramente antecipatória), sobretudo quando estiverem em jogo direitos fundamentais, inclusive aqueles de natureza econômica, como ocorre amiúde em matéria fiscal.²⁸

A inconstitucionalidade do dispositivo que coloca óbices à liberação de mercadorias provenientes do exterior se dá ainda pela clara ofensa ao direito de propriedade. Segundo Hugo de Brito Machado, “negar o direito à jurisdição destinada a garantir a propriedade da mercadoria ou qualquer outro bem importado equivale a negar o direito de propriedade, pondo-se desta forma a lei que o fizer em conflito com a Constituição”²⁹

Contrariamente a este posicionamento, alguns afirmam que o direito de propriedade no Brasil não é absoluto e que, por isso, pode ser restringido, desde que respeitado o devido processo legal. Não discordamos desta tese, porém, temos por certo que o processo administrativo que culmina na aplicação da pena de perdimento não respeita ao princípio do devido processo legal, haja vista o julgamento em instância única.

Prevê o artigo 5º, LV, da Constituição Federal que 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. A respeito

²⁷ Nesse sentido: EDROMS 5.026/DF, Relator Ministro Ari Pargendler. Segunda Turma, unânime, DJ de 06/05/96. página 14.398

²⁸ MARINS, James. **Direito Processual Tributário Brasileiro (Administrativo e Processual)**. p. 583

²⁹ MACHADO, Hugo de Brito. A Nova Lei do Mandado de Segurança e as Restrições à Garantia de Jurisdição em Matéria Tributária. **Revista Dialética de Direito Tributário – RDDT**. São Paulo. nº. 171. p.61-70. Dez. 2009.. p. 69

do princípio do duplo grau de jurisdição, muito se discutiu quanto a sua elevação à princípio fundamental constitucional.

Luiz Guilherme Marinoni, negando o status de princípio constitucional ao duplo grau de jurisdição, argumenta que os “recursos” aos quais se refere são apenas instrumentos de exercício da ampla defesa, tendo em vista que a legislação infraconstitucional pode deixar de prever a revisão do julgado por um órgão superior.³⁰

No mesmo sentido, Teixeira Filho sustenta que

o vocábulo recursos não foi utilizado pelo constituinte no seu sentido técnico e estrito, como meio de impugnação aos provimentos jurisdicionais e sim como significante, genérico, do complexo de medidas e meios necessários para a garantia da ampla defesa, da qual o contraditório constitui espécie.³¹

Não concordamos, porém, com esta tese. A expressão ‘recursos’ constante do artigo 5º, LV, da Constituição Federal deve ser interpretado de maneira ampla, inserindo o duplo grau de jurisdição no conceito de devido processo legal.

Além de vislumbrar o duplo grau de jurisdição na interpretação sistemática da Constituição (art. 5º, incisos XXXV, LIV e LV), Ingo Sarlet, acrescenta que esse direito fundamental material foi incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro com a ratificação do Pacto de San José da Costa Rica, que prevê expressamente, no art. 8º, “h”, “o direito de recorrer da sentença para Tribunal Superior”. Defende que, através do art. 5º, §2º, da CF/88 o duplo grau de jurisdição deve ser considerado verdadeiro direito fundamental.³²

No âmbito jurisprudencial a matéria ainda não foi pacificada pelo Supremo Tribunal Federal. No clássico acórdão RHC nº 79.785/RJ, o Ministro Sepúlveda

³⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença**, 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais. 1997. p. 217-218

³¹ TEIXEIRA FILHO. Sistema dos Recursos Trabalhistas, p. 59, *apud* LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito Processual do Trabalho**, 6. ed. São Paulo: LTR, 2008. p. 665

³² SARLET, Ingo. Valor de alçada e limitação ao duplo grau de jurisdição: problematização em nível constitucional, à luz de um conceito material de direitos fundamentais. **Revista Jurídica**, n. 66, p. 85-129

Pertence defendeu que o duplo grau não poderia ser erigido a princípio ou garantia na Constituição de 1988, visto que:

não só a Carta Política mesma subtraiu do âmbito material de incidência do princípio do duplo grau as numerosas hipóteses de competência originária dos Tribunais para julgar como instância ordinária única, mas também, em linha de princípio, não vedou à Lei ordinária estabelecer as exceções que entender cabíveis, conforme a ponderação em cada caso, acerca do dilema permanente do processo entre a segurança e a presteza da jurisdição.³³

Contudo, em que pese tal posicionamento, recentemente o STF proferiu julgamento com entendimento diverso. Ficou assentado nos acórdãos proferidos no AI nº 845.223 AGR-ED/SP e HC nº 88.420/PR que “o acesso à instância recursal superior consubstancia direito que se encontra incorporado ao sistema pátrio de direitos e garantias fundamentais”. A garantia constitucional do duplo grau de jurisdição (art. 5º, LV) insere-se no âmbito de proteção do princípio constitucional da ampla defesa. Portanto, de acordo com o posicionamento hodierno do Supremo Tribunal Federal, o princípio do duplo grau de jurisdição deve ser entendido como princípio fundamental constitucional, tese à qual nos filiamos.

Destarte, vislumbra-se claramente que a pena de perdimento aplicado em instância única importa em mácula ao princípio fundamental da ampla defesa e contraditório, à guisa da inobservância ao duplo grau de jurisdição. Não respeitada a ampla defesa e contraditório, a subtração do patrimônio do importador mediante aplicação da pena de perdimento em instância única ofende ao direito fundamental da propriedade.

Impedir a concessão do pedido liminar para liberação de mercadoria importada revela-se, portanto, inconstitucional, por ofensa ao princípio da garantia à jurisdição e ao direito fundamental à propriedade.

³³ Acórdão STF. RHC nº 79.785/RJ. Tribunal Pleno. Relator Ministro Sepúlveda Pertence. Julgado em 29.03.2000. Publicado em 22.11.2002

4. A ILEGALIDADE DA INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº. 228/2002

De acordo com o artigo 68 da Medida Provisória nº. 2.158-35/2001, quando houver indícios de infração punível com a pena de perdimento, a mercadoria importada será retida pela Secretaria da Receita Federal, até que seja concluído o correspondente procedimento de fiscalização.

Concomitantemente, o artigo 80, inciso II, da referida Medida Provisória restringiu as hipóteses em que poderia ser exigida prestação de garantia como condição para a entrega de mercadorias, estabelecendo que tal exigência será possível apenas quando o valor das importações for incompatível com o capital social ou o patrimônio líquido do importador ou do adquirente.

No esteio da Medida Provisória foi editada a Instrução Normativa nº. 228/2002, a qual tem por objetivo justamente regular o procedimento especial de verificação da origem dos recursos aplicados em operações de comércio exterior e combate à interposição fraudulenta de pessoas.

Ocorre que, ao tratar das hipóteses de retenção das mercadorias importadas, bem como da exigência de prestação de garantias como condição para sua liberação, o artigo 7º da Instrução Normativa nº. 228/2002 extrapolou os limites da Medida Provisória acima referida, ao estabelecer que enquanto não for comprovada a origem, disponibilidade e efetiva transferência dos recursos empregados na operação de importação, a autoridade Fazendária fica autorizada a exigir garantia para liberação dos bens importados.³⁴

³⁴ Art. 7º Enquanto não comprovada a origem lícita, a disponibilidade e a efetiva transferência, se for o caso, dos recursos necessários à prática das operações, bem assim a condição de real adquirente ou vendedor, o desembaraço ou a entrega das mercadorias na importação fica condicionado à prestação de garantia, até a conclusão do procedimento especial.

§ 1º A garantia será equivalente ao preço da mercadoria apurado com base nos procedimentos previstos no art. 88 da Medida Provisória nº 2.158-35, de 24 de agosto de 2001, acrescido do frete e seguro internacional, e será fixada pela unidade de despacho no prazo de dez dias úteis contado da data da instauração do procedimento especial.

§ 2º No caso de despacho aduaneiro de mercadoria iniciado após a instauração do procedimento especial, o prazo para fixação de garantia será contado da data de registro da declaração aduaneira.

§ 3º A garantia a que se refere este artigo poderá ser prestada sob a forma de depósito em moeda corrente, fiança bancária ou seguro em favor da União.

ZANELATO FILHO, Paulo José. Análise das liminares para liberação de mercadoria importada sujeita a pena de perdimento. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.8, n.3, 3º quadrimestre de 2013. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

Da exegese dos dispositivos acima, resta claro que a Instrução Normativa nº. 228/2002, ao extrapolar os limites da Medida Provisória nº. 2.158-35/2001, feriu aos Princípios da Legalidade e Reserva Legal.

O Princípio da Legalidade, há muito conhecido dos acadêmicos e estudiosos do direito, significa a submissão e o respeito à lei, ou a atuação dentro da esfera estabelecida pelo legislador, não podendo a Administração Pública dela se afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido.

Corolário do Princípio da Legalidade é o Princípio da Reserva Legal. Roque Antonio Carrazza, com supedâneo em Ceretti e Lavagna, explica que a reserva absoluta:

não só exige que certas matérias sejam disciplinadas por meio de lei, como também que os atos da Administração Pública e do Judiciário nela venham expressamente previstos, consentidos e regulados. Cuida-se, pois, de uma reserva que inibe a ação de fontes diversas da lei e que torna impossível ou ilícito o exercício de qualquer atividade pública (em especial a administrativa) que nela não encontre total respaldo.³⁵

A retenção de mercadorias, por ser penalidade acautelatória, é tema que se submete ao princípio da reserva absoluta de lei, não sendo possível à Administração Pública exigir a prestação de garantias como condão para entrega dos bens retidos em casos outros que não os previstos na lei, isto é, na Medida Provisória 2.158-35/2001.

A respeito do tema, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região já se manifestou no sentido de que a Instrução Normativa nº. 228/02 extrapolou o comando contido na Medida Provisória nº 2.158-35/2001, que apenas autoriza a exigência de garantia como condição para entrega das mercadorias quando o valor das

§ 4º A Coana poderá fixar, mediante Ato Declaratório Executivo, valores mínimos de garantia para tipos específicos de mercadorias. (BRASIL, Instrução Normativa SRF nº. 228/2002, de 21 de outubro de 2002)

³⁵ CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. p. 279

ZANELATO FILHO, Paulo José. Análise das liminares para liberação de mercadoria importada sujeita a pena de perdimento. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.8, n.3, 3º quadrimestre de 2013. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

importações for incompatível com o capital social ou o patrimônio líquido do importador ou do adquirente.³⁶

5. A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

A Análise Econômica do Direito (AED) ou *Economic Analysis of Law* surge no século XX com os textos publicados por Ronald Coase em 1937 - "*The Nature of The Firm*" e *The problem of social costs* (1960)³⁷; e, por Guido Calabresi, em 1961, "*Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts*"³⁸.

De lá para cá muito se desenvolveu na seara da Análise Econômica do Direito³⁹. Do mesmo modo, porém, várias críticas surgiram⁴⁰. O escopo deste trabalho, entretanto, não é tratar a respeito das correntes da AED, tampouco de tecer críticas a seu respeito. Pretendemos, por ora, apenas sinalizar nosso entendimento, arrimado nas lições de Fernando Araujo, para quem uma teoria jurídica que queira lançar um combate contra tal estado de coisas, sem ao menos fazer as concessões que lhe são sugeridas por uma tal atitude pragmática, corre sério risco de cair muito rapidamente na pura irrelevância do mais remoto e ebúrneo dos doutrinanismos.⁴¹

³⁶ Vide Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA. LIBERAÇÃO DE MERCADORIA. IN/SRF Nº 228/02. EXIGÊNCIA DE GARANTIA. 1. A Instrução Normativa nº 228/02 extrapolou o comando contido na Medida Provisória nº 2158, que apenas autoriza a exigência de garantia como condição para entrega das mercadorias quando o valor das importações for incompatível com o capital social ou o patrimônio líquido do importador ou do adquirente. 2. Caso em que, sendo a exigência de garantia superior ao valor das mercadorias, assemelha-se ao confisco (TRF4, Apelação em MS nº. 2003.71.03.000851-1/RS, Relator: Des. Federal Dirceu de Almeida Soares, DJU 04/03/2004)

³⁷ COASE, Ronald. **The Nature of the Firm**. *Economica*, New Series, Vol. 4, No. 16. (Nov., 1937), pp. 386-405

³⁸ CALABRESI, Guido, **Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts**, 70 *Yale Law Journal* 499, 1961.

³⁹ A respeito vide: ARAUJO, Fernando. **Análise Econômica do Direito: Programa e Guia de Estudo**. Coimbra: Almedina. 2008.

⁴⁰ Sobre as críticas suscitadas contra as correntes da Análise Econômica do Direito, vide: FARIA, Guiomar T. Estrella. **Interpretação Econômica do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 1994

⁴¹ Cf. ARAÚJO, Fernando. **Análise Econômica do Direito: programa e guia de estudo**. Coimbra: Almedina. 2008. p. 12

Nesse sentido, a Análise Econômica do Direito surge como importante instrumento de conformação, na medida em que a aplicação da Teoria Econômica e dos métodos econômicos no exame da formação, estrutura, processos e impacto das leis e instituições legais refletem como o ordenamento jurídico influencia as relações interpessoais.

Para compreensão do que propomos neste artigo, vamos lançar mão da Teoria da Escolha Racional, tal como proposta por Richard Posner, para quem o homem é um ser maximizador racional dos seus objetivos na vida, da sua satisfação.⁴²

Como os recursos econômicos são escassos, os cidadãos se veem diante da necessidade de realizar escolhas entre os bens, produtos e serviços disponíveis, de modo obter a maior eficiência econômica possível a partir das escolhas que faz, isto é, busca maximizar sua satisfação pessoal.

Ocorre que, para obter o máximo de utilidade total, o consumidor deve chegar a uma condição marginal fundamental para o equilíbrio econômico: “um consumidor não terá maximizado o seu bem-estar enquanto não tiver conseguido tornar iguais as respectivas utilidades marginais por dólar gasto em todo e qualquer produto.”⁴³

Utilidade marginal pode ser entendida como o comportamento racional que um consumidor tem de maximizar a utilidade que ele obtém com o consumo de sucessivas unidades de um mesmo produto disponível no mercado, a um determinado preço, em um determinado espaço de tempo, enquanto o consumo de todos os outros produtos se mantém constante.⁴⁴

Ao fixar a utilidade marginal, podemos definir o comportamento racional do consumidor na compra deste produto. Se a utilidade marginal for expressa em dinheiro, então o consumidor continuará a consumir “X” unidades deste produto enquanto a utilidade marginal for maior ou igual ao preço deste produto no

⁴² POSNER, Richard. **Economic Analysis of Law**. 7ª Ed. New York: Aspen Publishers. 2007. P. 3

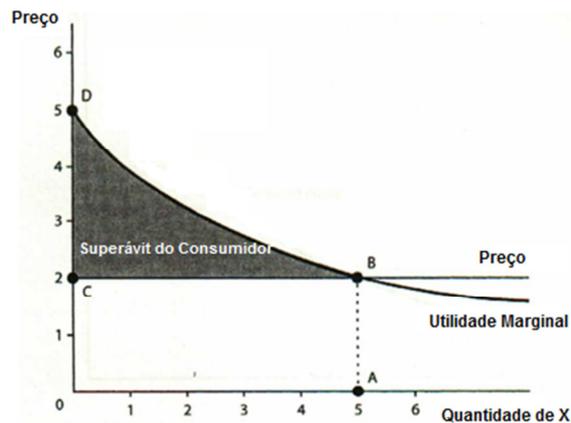
⁴³ SAMUELSON, Paul. A. **Introdução à Análise Econômica**, 7ª Ed., Tradução de Luiz Carlos do Nascimento Silva. Rio de Janeiro: Editora AGIR. 1971, p. 652

⁴⁴ Cf. SCHÄFER, Hans-Bernard; OTT, Claus. **The Economic Analysis of Civil Law**. 6ª Ed., Aspen Publishers, 2003, p. 66.

mercado. A partir do momento que a utilidade marginal for inferior ao preço deste produto, então o consumidor deixará de consumi-lo.⁴⁵

Para melhor entender o conceito, observe o gráfico a seguir:

Gráfico 1



Fonte: Adaptado de SCHÄFER, Hans-Bernard; OTT, Claus. *The Economic Analysis of Civil Law*. 6ª Ed., Aspen Publishers, 2003. p. 67

No gráfico acima, o consumidor continuará a adquirir sucessivas quantidades do produto 'X' enquanto a utilidade marginal for maior que o preço. Apenas no momento em que a utilidade marginal for igual ou menor que o preço, é que o consumidor deixará de consumir este produto.

Visto esse conceito inicial do que se entende por utilidade total e marginal, resta ainda verificarmos as demais facetas da utilidade marginal. De acordo com Richard Posner, a economia trata a utilidade sob dois aspectos diversos. O primeiro é o sentido de utilitarismo utilizado pelos filósofos, no significado grosseiro de felicidade (satisfação), acima ilustrado. No segundo aspecto, a utilidade é utilizada para distinguir algum custo ou benefício incerto de outro

⁴⁵ Cf. SCHÄFER, Hans-Bernard; OTT, Claus. **The Economic Analysis of Civil Law**. p. 67-68.

certo. Utilidade, ou mais precisamente 'expectativa de utilidade' (*expected utility*) é imbricada ao conceito de risco.⁴⁶

Para ilustrar esta primeira ponderação, o autor utiliza-se do seguinte exemplo: suponha que você tenha sido indagado se preferiria receber um milhão de dólares ou a chance de receber 10% sobre dez milhões de dólares. Provavelmente, você responderia que preferiria a primeira opção, mesmo que o valor esperado nestas duas situações fosse o mesmo: um milhão de dólares ($=0,10 * \$10$ milhões). Se esta foi a sua opção, você é uma pessoa avessa a riscos. A aversão a riscos é corolário do princípio da diminuição da utilidade marginal (*diminishing marginal utility*) do dinheiro, o que apenas quer dizer que quanto mais dinheiro você tem, menos felicidade adicional você poderia obter com um dólar adicional.⁴⁷

Deve ser aparente nesta reflexão que o ganho com outro dólar deverá significar menos para esta pessoa à medida que sua riqueza aumenta. Imagine que você tenha um patrimônio líquido de \$1 milhão de dólares: será que você estaria disposto a realizar uma aposta com riscos estabelecidos em 50-50 para ganhar \$2 milhões de dólares? Se não, isso significa que seu primeiro milhão vale mais para você do que o segundo milhão valeria.⁴⁸

A primeira vista, os conceitos econômicos acima tratados não teriam qualquer relação com o tema tratada, haja vista que a utilidade marginal é utilizada pela economia clássica para atribuir valor aos produtos disponibilizados no mercado.

Na economia, a palavra 'valor' significa o poder que um objeto tem de comandar outros objetos em troca por ele mesmo. Esse poder de troca aumenta na medida em que esta coisa é desejada por alguém. Se este produto não é desejado, ele não terá nenhum valor econômico. Daí porque a importância destes conceitos.⁴⁹

⁴⁶ Cf. POSNER, Richard. **Economic Analysis of Law**. 7ª Ed. New York: Aspen Publishers. 2007. P. 11

⁴⁷ Cf. POSNER, Richard. **Economic Analysis of Law**. p. 11

⁴⁸ POSNER, Richard. **Economic Analysis of Law**. p. 11

⁴⁹ POSNER, Richard. **Economic Analysis of Law**. p. 156

Entretanto, o que visamos neste trabalho não é estabelecer a valoração de um determinado bem ou produto, mas antes é a de utilizar do conceito de utilidade, tal como entendido na ciência econômica, para demonstrar a ineficiência dos julgados acima comentados, que negam a liberação liminar das mercadorias importadas mediante caução de bem imóvel (garantia real), em detrimento da liberação apenas quando prestada garantia em dinheiro, fiança bancária ou seguro prestado em Favor da União Federal, especialmente face aos frequentes casos que as empresas importadoras vêm à falência, diante da falta de matéria prima e/ou produtos para o exercício do seu desiderato, em evidente afronta ao princípio da preservação das empresas.

De acordo com os dados apresentados pela Divisão de Repressão ao Contrabando e Descaminho da Receita Federal na 9ª Região Fiscal, o valor obtido com os leilões de bens apreendidos pela Receita Federal, quase que em sua totalidade constituídos de bens móveis, apresentam um deságio de 64% em relação aos valores iniciais de avaliação desses bens.⁵⁰

Por outro lado, o deságio obtido com o leilão de bens imóveis varia de caso a caso, mas admite-se um deságio de até 50% em relação ao preço de avaliação inicial dos bens.⁵¹ Acrescente-se a isso ainda o fato de que os imóveis no Brasil, nos últimos 12 (doze) meses tiveram um aumento médio de 3% no seu valor de mercado.

Do ponto de vista econômico, as mercadorias importadas, apreendidas pela União Federal, tem maior valor para o importador - que é quem detém os meios e condições para a distribuição dos produtos no mercado brasileiro e, com isso, efetivamente obtém um ganho, enquanto que, para o Estado, estas mercadorias apenas funcionam como um meio a garantir o recebimento dos tributos que seriam devidos caso a importação se desse de forma regular.

⁵⁰ Dados disponíveis em: <http://direp-09.blogspot.com.br/2013/04/leilao-eletronico-de-veiculos-pesados.html>. Acesso em 17/05/2013

⁵¹ Dados disponíveis no Jornal Estadão. Disponível em: <http://www.estadao.com.br/arquivo/economia/2002/not20021107p13923.htm>. Acesso em 17/05/2013

As considerações acima aportadas demonstram claramente não apenas que é possível a concessão de liminar para liberação de mercadoria importada sob suspeita de prática punível com a pena de perdimento, mediante garantia real, mas também que é preferível sob o ponto de vista econômico.

Com efeito, a análise econômica do direito oferece um novo caminho para mudança no paradigma da jurisprudência pátria. Através dos conceitos acima trabalhados, resta claro que os bens jurídicos tutelados pela pena de perdimento são o erário público (bem jurídico imediato) e a solidariedade tributária (bem jurídico mediato), assim entendido como o dever que todos os cidadãos tem para contribuir com os gastos públicos⁵². Nessa medida, a pena de perdimento tem caráter retributivo, na medida que se pretende ressarcir o Erário Público com sua culminação.

Destarte, se a pena de perdimento tem tal caráter retributivo, não restam dúvidas que do ponto de vista econômica, é preferencial que se permita a liberação das mercadorias importadas, sob suspeita de prática punível com a pena de perdimento, desde que o importador preste caução com garantia real, haja vista que o deságio com o leilão do bem imóvel, em comparação com o leilão das mercadorias importadas, representam um ganho econômico de algo em torno de 14%, isso sem considerar o ganho pela valorização anual do bem imóvel.

Portanto, além das considerações à luz da Ciência do Direito, que permitem a conclusão de que a liberação das mercadorias importadas sob suspeita de prática punível com a pena de perdimento, mediante caução de bem real, é perfeitamente possível; a Análise Econômica do Direito demonstra indubitavelmente que do ponto de vista econômico, é preferencial uma decisão

⁵² A respeito, Betina Treiger Grupenmacher menciona que "Só há sociedade livre, justa e solidária quando o sistema tributário é composto por leis tributárias materialmente justas. A política tributária há de ser, nessa medida, a política da justiça, aquela que reflita um comportamento revestido de moralidade no exercício do poder de tributar. É também chamada ética fiscal, pressuposto inafastável para que os cidadãos igualmente ajam moralmente, suportando e cumprindo, o que Casalta Nabais, com irrefutável propriedade, chamou de 'dever fundamental de pagar impostos'." (GRUPENMACHER, Betina Treiger. Das Exonerações Tributárias, Incentivos e Benefícios Fiscais, *in*: GRUPENMACHER, Betina Treiger *et al.* **Novos Horizontes da Tributação: Um diálogo Luso-Brasileiro**. Coimbra: Almedina. 2012, p. 45)

nesse sentido, especialmente porque a recomposição do patrimônio público se dará de forma mais eficiente.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Apesar da relevância do tema, dada sua ampla aplicação pelo Fisco Federal, a pena de perdimento ainda é pouco debatida perante a doutrina nacional, sendo escassos os estudos a respeito do tema. Diante dessa obscuridade, muito foge aos olhos dos operadores do direito e dos julgadores, que, por não entenderem profundamente o tema, acabam por julgar com base em premissas inadequadas.

A nosso ver, a pena de perdimento visa a tutela tanto do bem jurídico imediato, qual seja: o erário público; quanto do bem jurídico mediato: a solidariedade tributária. Deste modo, a pena de perdimento deve ser definida como uma sanção administrativo-tributária que visa a declaração da perda de bens do particular em favor do Estado, sempre que caracterizada a ocorrência de dano ao erário, em suma, pela inobservância de deveres tributários acessórios que resultem na evasão ao controle aduaneiro e/ou tributário, ou pela prática de atos comissivos ou omissivos que dolosamente impliquem em redução indevida do gravame tributário.

Atualmente, os Tribunais brasileiros têm apresentado uma forte tendência em permitir a liberação de mercadorias sujeitas à aplicação de pena de perdimento somente mediante caução em dinheiro, fiança bancária ou seguro prestado em Favor da União Federal. Este posicionamento, entretanto, carece de fundamentação jurídica e merece ser revisto, especialmente em face da inconstitucionalidade do art. 7º, §2º e §5º, da Lei 12.016/2009 e ilegalidade da Instrução Normativa SRF nº 228/2009.

Com suporte na Análise Econômica do direito, mais detidamente na Teoria da Escolha Racional, demonstramos que a concessão de liminar para liberação de mercadorias importadas sob suspeita de prática punível com a pena de

ZANELATO FILHO, Paulo José. Análise das liminares para liberação de mercadoria importada sujeita a pena de perdimento. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.8, n.3, 3º quadrimestre de 2013. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

perdimento não apenas é possível na ótica da ciência do direito, como é economicamente preferencial.

Dado o caráter retributivo da pena de perdimento, visto que tal penalidade tem por finalidade a recomposição dos valores que o erário publicou deixou de arrecadar com a importação irregular do bem, a destinação econômica de um eventual bem real dado em garantia (em montante suficiente para garantir o valor das mercadorias importadas), assim entendido como bem imóvel livre e desembaraçado, apresenta maior eficiência econômica em relação ao leilão dos próprios produtos importados.

O homem como ser racional maximizador dos seus objetivos na vida, da sua satisfação, procura uma maior eficiência econômica quanto às decisões que toma na vida. O mesmo não deve ser diferente para a administração pública, que em observância ao princípio da eficiência insculpido no artigo 37 da Constituição Federal, deve buscar nestes casos, o meio economicamente mais eficiente para recompor o erário público.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ADRADE FILHO, Edmar Oliveira, **Infrações e Sanções Tributárias**, São Paulo: Dialética, 2003.

AIRES, Leandro Antonio. **Aspectos do bem jurídico ofendido nos crimes tributários**. Dissertação de Mestrado, p. 145.

ARAUJO, Fernando. **Análise Econômica do Direito: Programa e Guia de Estudo**. Coimbra: Almedina. 2008.

BALEEIRO, Aliomar. **Uma Introdução à Ciência das Finanças**, 16. ed. Atualiz. Dejalma de Campos. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

BARRETO, Aires F. *et al.* (Org.). **Direito Tributário, Linguagem e Método: As Grandes Disputas entre Jurisprudência e Dogmática na Experiência Brasileira Atual**. 1ed. São Paulo: Noeses, 2008.

ZANELATO FILHO, Paulo José. Análise das liminares para liberação de mercadoria importada sujeita a pena de perdimento. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.8, n.3, 3º quadrimestre de 2013. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

CALABRESI, Guido, **Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts**, 70 Yale Law Journal 499, 1961.

CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 28ª Ed., São Paulo: Malheiros, 2012.

CARVALHO, Paulo de Barros, **Curso de Direito Tributário**, 18ª Ed, rev. e atualiz., São Paulo: Saraiva, 2007,

COASE, Ronald. **The Nature of the Firm**. *Economica*, New Series, Vol. 4, No. 16. (Nov., 1937).

FARIA, Guiomar T. Estrella. **Interpretação Econômica do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 1994

FERREIRA, Jean Marcos, **Confisco e perda de bens no direito brasileiro**. Ed. Campo Grande: J.M. Ferreira - 1 ed. , 2000.

FREITAS, Vladimir Passos (Coord.), **Importação e Exportação no Direito Brasileiro**, São Paulo: Revista dos Tribunais. 2004.

GOLDSCHMIDT, Fabio Brun. **O Princípio do Não-Confisco no Direito Tributário**. São Paulo: RT, 2004.

GRUPENMACHER, Betina Treiger *et al.* **Novos Horizontes da Tributação: Um diálogo Luso-Brasileiro**. Coimbra: Almedina. 2012.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito Processual do Trabalho**, 6. ed. São Paulo: LTR, 2008.

MARINS, James. **Direito Processual Tributário Brasileiro (Administrativo e Processual)** 6ª Ed. São Paulo: Dialética. 2012.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença**, 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais. 1997

ZANELATO FILHO, Paulo José. Análise das liminares para liberação de mercadoria importada sujeita a pena de perdimento. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.8, n.3, 3º quadrimestre de 2013. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

MACHADO, Hugo de Brito, **Crimes contra a ordem tributária**, 2ª Ed. – São Paulo: Atlas, 2009.

_____, Hugo de Brito. A Nova Lei do Mandado de Segurança e as Restrições à Garantia de Jurisdição em Matéria Tributária. **Revista Dialética de Direito Tributário – RDDT**. São Paulo. nº. 171. p.61-70. Dez. 2009

POSNER, Richard. **Economic Analysis of Law**. 7ª Ed. New York: Aspen Publishers. 2007.

RÍOS, Rodrigo Sanchez, **O crime fiscal**: reflexões sobre o crime fiscal no direito brasileiro, Lei 8.137 de 27 de dezembro de 1990 e no direito estrangeiro. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1998.

SAMUELSON, Paul. A. Introdução à Análise Econômica, 7ª Ed., Tradução de Luiz Carlos do Nascimento Silva. Rio de Janeiro: Editora AGIR. 1971.

SARLET, Ingo. Valor de alçada e limitação ao duplo grau de jurisdição: problematização em nível constitucional, à luz de um conceito material de direito fundamentais. Revista Jurídica, n. 66.

SCHÄFER, Hans-Bernard; OTT, Claus. **The Economic Analysis of Civil Law**. 6ª Ed., Aspen Publishers, 2003.

SOUZA, Suzana Maria Aires de, **Os Crimes Fiscais**, Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

SOSA, Roosevelt Baldomir. **A aduana e o comércio exterior**. São Paulo: Aduaneiras, 1996.

TAVARES, Alexandre Macedo. *A Lei nº. 12.016/09 e a Flagrante Inconstitucionalidade da Vedação da Concessão de Medida Liminar que tenha por Objeto a Compensação de Créditos Tributários*. **Revista Dialética de Direito Tributário – RDDT**. São Paulo. nº. 170. p.7-15. Nov. 2009.

TREVISAN, Rosaldo, **Temas Atuais de Direito Aduaneiro**, São Paulo: Lex Editora, 2008.