

Da Seleção Indiscriminada das Importações ao Canal Cinza em Decorrência do Procedimento de Fiscalização de Combate às Fraudes Aduaneiras

KELLY GERBIANY MARTARELLO

Advogada (atuação desde 2001, com ênfase nas áreas de Direito Aduaneiro, Direito Empresarial e Tributário), Especialização em Direito Tributário pela Faculdade de Direito de Curitiba (Unicritiba) e Derecho Tributario pela Universidad de Buenos Aires (UBA), Direito Aduaneiro e Comércio Exterior pela Universidade do Vale do Itajaí/SC, Pós-Graduada pela Escola da Magistratura do Paraná (Curitiba/PR), Extensão em Processo Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários (IBET) – Florianópolis/SC, Pós-Graduada em LLM Direito Empresarial pela Fundação Getúlio Vargas (FGV), Membro da Comissão de Direito Aduaneiro de Santa Catarina e Associada da Associação Brasileira de Advocacia Tributária (ABAT), Associada da Associação Nacional de Direito Marítimo, Aduaneiro e Portuário (ANDMAP), Membro da Comissão de Direito Aduaneiro de Santa Catarina.

JOSIANE ZORDAN BATTISTON

Advogada (atuação desde 2008, com ênfase em Direito Empresarial e Direito Tributário), Graduação em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí/SC, Especialização Jurídica *Lato Sensu* pelo Instituto Luiz Flávio Gomes, Pós-Graduada em Direito Empresarial e dos Negócios pela Universidade do Vale do Itajaí/SC, Especialização em Contratos: Visão Negocial e Prática pela Fundação Getúlio Vargas, Pós-Graduada em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários, Extensão em Direito Aduaneiro e Tributação do Comércio Internacional pelo Instituto Brasileiro de Direito Tributário (IBDT), Associada da Associação Nacional de Direito Marítimo, Aduaneiro e Portuário (ANDMAP), Membro da Comissão de Direito Aduaneiro de Santa Catarina.

NADINE VIAUD GATTÁES

Advogada (atuação desde 2014, com ênfase em Direito Aduaneiro), Graduação em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí/SC, Especialização em Direito da Aduana e do Comércio Exterior pela Universidade do Vale do Itajaí (Univali), Extensão em Direito Aduaneiro e Tributação do Comércio Internacional pelo Instituto Brasileiro de Direito Tributário (IBDT), Extensão em Direito Aduaneiro: Compliance e Gestão de Risco Aduaneiro pelo Centro de Estudos em Direito e Negócios (Cedin), Associada da Associação Nacional de Direito Marítimo, Aduaneiro e Portuário (ANDMAP), Membro Consultivo da Comissão de Direito Aduaneiro – OAB/SC.

O advento da Instrução Normativa (IN) RFB nº 1.986/2020, publicada em 04.11.2020, revogou as Instruções Normativas SRF 228/2002 e RFB 1.169/2011, e estabeleceu o novo Procedimento de Fiscalização de Combate às Fraudes Aduaneiras (PFCFA), unificando as antigas regras, passando a Secretaria da Receita Federal do Brasil a investigar tanto a empresa quanto as mercadorias, em um único procedimento.

Nesse sentido, cumpre lembrar que na antiga Instrução Normativa SRF 228/2002, estando algum procedimento de fiscalização em andamento, a Receita Federal do Brasil incluía, automaticamente, todas as operações subsequentes no canal cinza de parametrização, o que já demonstrava a existência de excessos e ilegalidades por parte da fiscalização.

Já na IN RFB 1.169/2011, não houve qualquer menção quanto à parametrização indiscriminada das operações de importação, haja vista que seu escopo era o de analisar as mercadorias, e não a atividade empresarial em si.

Ocorre que, com o advento da IN RFB 1.986/2020 que revogou as Instruções Normativas acima citadas e estabeleceu o novo Procedimento de Fiscalização de Combate às Fraudes Aduaneiras, houve a unificação de regras, passando a RFB a analisar tanto a empresa quanto as mercadorias.

Da sua leitura, depreende-se que seu escopo foi modificado para o de “combater as fraudes aduaneiras”, sendo esta expressão demasiadamente abrangente, capaz de culminar em diversas consequências, como na pena de perdimento, na constituição de créditos tributários, na aplicação de sanções administrativas, na representação para fins de inaptidão de CNPJ, na revisão de habilitação no Radar, entre outras medidas.

De qualquer sorte, a novel Instrução Normativa RFB 1.986/2020 nada dispôs sobre a obrigatoriedade de inclusão de novas operações em canal cinza nas importações subsequentes, apresentando apenas que a RFB poderá reter mercadorias sempre que houver indícios de fraude.

Nota-se, nesse diapasão, que a norma infralegal menciona, em seu texto, que “poderá reter as mercadorias importadas” e “não impede a retenção ou a apreensão de novas mercadorias no curso desse procedimento”, ou seja, não se trata de uma obrigatoriedade, e, sim, de uma possibilidade a retenção das novas mercadorias no procedimento já em andamento. E mais, não há lei que autorize a RFB nesse sentido.

Portanto, na hipótese prevista na referida Instrução Normativa, não vê-se a necessidade de imposição de restrições ao contribuinte durante o curso do procedimento de fiscalização, como é o caso da parametrização de mercadorias de forma automática em canal cinza.

Assim, a parametrização automática das importações para o canal cinza enquanto está em trâmite procedimento de fiscalização configura arbitrariedade, já que não está apoiada em nenhum instrumento legal ou mesmo infralegal, o que, escancaradamente, exacerba sua competência, desbordando os limites da legalidade.

Para que uma declaração de importação seja parametrizada no canal cinza de conferência aduaneira e submetida a procedimento de fiscalizatório, é fundamental que em relação à operação de fiscalização existam fundados indícios de fraude, o que não é uma decorrência da simples existência de um outro procedimento já em curso.

Neste contexto, a inclusão de novas operações em procedimento de fiscalização que já esteja em curso, independente da verificação de indícios concretos de fraude a elas relacionados e sem a devida análise individualizada de cada operação de importação, partindo da premissa equivocada de que há irregularidades somente pelo fato de que o importador já está respondendo a um procedimento administrativo, afronta ao princípio da individualização da pena.

É porque a comprovação de eventuais irregularidades deve ser individualizada, nos termos do art. 5º, incisos XLV e XLVI, ambos da CR/1988, a fim de constatar se de fato a empresa cometeu alguma infração, para, então, ser responsabilizada na operação específica, não sendo crível incluir tudo em um mesmo procedimento de fiscalização, como se todas as operações fossem irregulares e supondo que só o que a empresa faz é participar de interposição fraudulentas.

O Fisco, quando estiver perante indícios de fraude ou de infração punível com a pena de perdimento, pode e deve parametrizar as declarações de importação para o canal cinza de conferência aduaneira e instaurar o competente procedimento de fiscalização. Contudo, tal conduta deve estar amparada por um conjunto de indícios inequívocos que implicam na suspeita de fraude.

Nesse sentido, a caracterização dos indícios de fraude é condição indispensável para a legalidade da parametrização para o canal cinza de conferência aduaneira, que implica na instauração do procedimento de fiscalização.

É indubitável que a parametrização da operação de importação para o canal cinza e a instauração do procedimento trazem de imediato efeitos concretos negativos ao importador, pois, por período considerável, não poderá dispor das mercadorias, e, acaso queira dispor de seus bens, deverá caucionar as mesmas para sua efetiva liberação, necessitando disponibilizar duplamente de recursos financeiros.

De se imaginar, então, os efeitos gravosos da seleção do canal cinza de conferência aduaneira para todas as importações, em verdadeira exorbitância ao poder de polícia atribuído à fiscalização aduaneira.

Desta forma, para que a operação, leia-se a Declaração de Importação, seja direcionada para o canal cinza de conferência aduaneira, deverá haver indícios de fraude que, com grande probabilidade, levarão à instauração de Procedimento de Fiscalização de Combate às Fraudes Aduaneiras, na forma da IN RFB 1.986/2020, sob a pena de o poder de polícia ser exercido com excesso, quando, ao revés, deve restringir direito alheio apenas naquilo que for indispensável para a salvaguarda dos interesses públicos que o legitimam¹.

Em se tratando 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 (art. 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 art. 5º da Constituição Federal). Assim, não há legitimidade para imposição de sanção cuja infração não está descrita em lei.

Impõe-se, ademais, a observância do princípio da razoabilidade, afinal, a restrição a direito individual tem como requisito a necessidade, a adequação e a proporcionalidade em sentido estrito da medida imposta. 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.

Desta forma, de acordo com o delineado, o poder de polícia se materializa em verdadeira prerrogativa conferida aos agentes da Administração; todavia, sua ação exige adequada motivação e precaução. O ato interventivo de direcionar para o canal cinza, de forma automática e indiscriminada, todas as importações realizadas por empresas que já possuem em andamento procedimento administrativos, é ilegal: primeiro, porque não há disposição legal que assim determine, o que, escancaradamente, exacerba sua competência, desbordando os limites da legalidade; segundo, que cada Declaração de Importação deve ser processada de forma individualizada, sendo fundamental a existência de fundados indícios de fraude, o que não é uma decorrência da simples existência de um outro procedimento em curso.

A ocorrência pontual de um procedimento fiscal de exceção, que se origina de uma suspeita específica em determinada operação, é algo razoável. O que não é razoável é a continuidade do procedimento com a seleção de todas as importações futuras que não guardem relação com os indícios originários da fiscalização, isto é, independente da análise individualizada do caso.

¹ Sobre o poder de polícia: TÔRRES, Heleno Taveira. Temas atuais de direito aduaneiro / Rosaldo Trevisan (organizador). Autonomia Privada nas Importações e Sanções Tributárias. São Paulo: Lex Editora, 2008, pág. 198.

Atento a isso, cabe ao importador que se encontra diante dessa situação, isto é, enquadrado na parametrização automática do canal cinza em decorrência de procedimento de fiscalização em andamento, buscar a devida tutela jurisdicional, a fim de fazer valer os princípios constitucionais garantidos e ter suas mercadorias liberadas.