

# CONVERSÃO DA PENA DE PERDIMENTO EM MULTA E O PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA

Tiago Severini

## 1. Introdução

Dentre inúmeras outras facetas, pode-se associar à chamada globalização o fenômeno econômico manifestado pela criação de um mercado mundial, com crescente circulação de bens, capitais e tecnologia através das fronteiras nacionais.

O extraordinário avanço tecnológico nos campos da comunicação e da informática tem possibilitado a descentralização da produção em escala global, podendo ser uma mesma linha de produção distribuída por diversos países e regiões.

Não demanda grandes esforços, nesse contexto, a conclusão de que a movimentação das “peças no tabuleiro” pelos agentes econômicos proporciona, como efeito colateral dos inegáveis avanços, resultados perniciosos sob o ponto de vista político-social, que acometem sobretudo os denominados países subdesenvolvidos e em desenvolvimento.

Nessa esteira, importa observar que a globalização, embora, por um lado, constitua um fenômeno de aproximação em escala planetária, tem levado, por outro lado, à paradoxal formação de blocos regionais ou sub-regionais de Estados, que buscam proteger-se de seus efeitos negativos ou maximizar o proveito de suas conseqüências benéficas.<sup>1</sup>

Isso porque, enquanto a globalização encerra uma dinâmica própria, sobre a qual não possuem domínio os países individualmente, o agrupamento desses em blocos lhes permite um certo controle sobre as variáveis do processo, tornando-os aptos a exercer certa influência sobre o mesmo, na tentativa

---

1. AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do. (Coord.) *Direito do Comércio Internacional*, aspectos fundamentais. São Paulo: Lex, 2006.

de orientá-lo aos seus interesses, em vez de figurarem como meros sujeitos passivos a arcar com suas conseqüências.

Evidenciadas tais considerações, pode-se concluir que a interdependência dos países é inafastável e irresistível, sendo facilmente constatável, pela mera observação do cotidiano que nenhum país pode, no mundo atual, viver isolado, sem influenciar ou ser influenciado pelos acontecimentos que ocorrem ao redor do mundo.

Nessa linha, a internacionalização das economias permite acesso a capital, novas tecnologias, técnicas empresariais e gerenciais, progresso educacional e científico, qualificação de mão-de-obra, sistemas modernos de preservação e controle ambiental, desenvolvimento de economias de escala, estímulo competitivo, aprofundamento na inteligência de mercado, bem como um crescimento quantitativo e, em termos de complexidade, nas operações de comércio internacional.

Mostra-se, pois, nesse contexto, a relevância crescente dos estudos relativos aos aspectos jurídicos do comércio exterior, a fim de que possam orientar a atuação estatal de modo a não torná-la de tal modo frívola que acarrete a sobreposição dos efeitos nocivos aos favoráveis à nossa economia e interesses político-sociais, nem tão intervencionista que acarrete o engessamento das mudanças necessárias à otimização do proveito passível de ser extraído do comércio internacional.

Inserese, enfim, o presente trabalho nessa seara de esforço científico para a aproximação entre os interesses evidenciados pela política brasileira de comércio exterior e o tratamento normativo das operações aduaneiras, com destaque para o combate às ilicitudes aduaneiras.

## 2. O poder de polícia e seus limites

O incremento das operações de comércio exterior, que se pode associar indubitavelmente ao acima tratado fenômeno da globalização, tem tornado cada vez mais importante a atuação do legislador pátrio no sentido de munir a Administração Aduaneira de instrumentos tais que lhe permitam defender os interesses nacionais – seja prevenindo<sup>2</sup> ou reprimindo infrações – dentre

---

2. A análise etimológica da terminologia “administração” costuma apontar em duas direções principais, sendo fruto, para uns, da construção *ad + ministrare*, que significaria “servir”, “executar para outrem”; e, para outros, da expressão latina *ad manus trahere*, cuja semântica (“trazer na mão”) se associaria à idéia de gestão (MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios Gerais de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense,

os quais destacamos, para fins de delimitação<sup>3</sup> da abordagem que se pretende adotar no presente estudo, aqueles que se encontram revestidos pelo chamado poder de polícia.

Pelo conceito moderno, adotado no direito brasileiro, o poder de polícia é a atividade do Estado consistente em limitar o exercício dos direitos individuais em benefício do interesse público. A Administração Pública, no exercício da parcela que lhe é outorgada do mesmo poder, regulamenta as leis e controla a sua aplicação, preventivamente (por meio de ordens, notificações, licenças ou autorizações) ou repressivamente (mediante a imposição de medidas coercitivas).<sup>4</sup>

Em outras palavras, designa-se poder de polícia a atividade estatal orientada ao condicionamento da liberdade e da propriedade, de modo a ajustá-la aos interesses coletivos.

Cumprе suscitar, nesse contexto, os ensinamentos de Celso Antônio Bandeira de Mello, segundo o qual, a terminologia poder de polícia, tomada

1979; apud PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2003. p. 53). Trazendo tal noção semântica para o âmbito da ciência do direito público, José Afonso da Silva. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2004) aponta que a Administração Pública é o conjunto de meios institucionais, materiais, financeiros e humanos preordenados à execução das decisões políticas.

Expostas tais considerações, importa suscitar as palavras de Maria Sylvia Zanella Di Pietro. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2003) acerca das acepções ampla e estrita da terminologia Administração Pública: "a) em sentido amplo, a Administração Pública, subjetivamente considerada compreende tanto os órgãos governamentais, supremos, constitucionais (governo), aos quais incumbe traçar os planos de ação, dirigir, comandar, como também os órgãos administrativos, subordinados, dependentes (Administração Pública, em sentido estrito), aos quais incumbe executar planos governamentais; ainda em sentido amplo, porém objetivamente considerada, a Administração Pública compreende a função política, que traça as diretrizes governamentais e a função administrativa, que as executa; b) em sentido estrito, a Administração Pública compreende, sob o aspecto subjetivo, apenas os órgãos administrativos e, sob o aspecto objetivo, apenas a função administrativa, excluídos, no primeiro caso, os órgãos governamentais e, no segundo, a função política."

Adotando a distinção acima como referencial, manifestamos ser a terminologia Administração Pública por nós empregada, daqui em diante, em seu sentido estrito e sob o aspecto subjetivo.

Portanto, a Administração Pública, para fins do presente trabalho, há de ser entendida enquanto conjunto de órgãos administrativos orientados à execução das decisões políticas com vistas ao alcance do interesse público.

O direito aduaneiro positivo, por sua vez, pode ser compreendido, a nosso ver, como "o conjunto de normas e princípios que disciplinam juridicamente a política aduaneira, entendida esta como a intervenção pública no intercâmbio internacional de mercadorias e que constitui um sistema de controle e de limitações com fins públicos" (GONZÁLEZ, Ildefonso Sánchez. Conferência na Real Academia de Jurisprudência e Legislação. Madrid; apud CARLUCI, José Lence. *Uma Introdução ao Direito Aduaneiro*. São Paulo: Aduaneiras, 2001. p. 25).

Contextualizando a exposta conceituação de Administração Pública aos esclarecimentos acerca da definição de Direito Aduaneiro positivo, pode-se concluir ser a Administração Aduaneira a parcela da Administração Pública orientada à regulamentação e fiscalização da entrada e saída de produtos do território nacional, bem como ao lançamento e arrecadação dos tributos eventualmente incidentes nessas atividades.

3. O termo "instrumento" foi e será empregado, no presente trabalho, com acepção ampla, querendo significar, em consonância com o léxico, todo o meio (ato, procedimento ou processo) destinado ao alcance de certa finalidade.

4. PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. Op. cit. São Paulo: Atlas, 2003.

nesse sentido amplo, abrange tanto atos do Legislativo quanto do Executivo. Refere-se, pois, ao complexo de medidas do Estado que delinea a esfera juridicamente tutelada da liberdade e da propriedade dos cidadãos.

Quando tomada em sentido estrito, por outro lado, relaciona-se unicamente com as intervenções, quer gerais e abstratas, como os regulamentos, quer concretas e específicas (tais as autorizações, as licenças, as injunções), do Poder Executivo destinadas a alcançar o mesmo fim de prevenir e obstar o desenvolvimento de atividades particulares contrastantes com os interesses sociais.<sup>5</sup>

Explicitada tal distinção, importa manifestar haver sido a aceção estrita do poder de polícia a utilizada no presente trabalho. Dito de outro modo, consideramos poder de polícia, para os fins a que se propõe este estudo, a atuação da Administração Pública, e em particular, da Administração Aduaneira, no sentido de restringir a atuação dos particulares, a fim de que possa adaptá-la ao interesse público.

No âmbito do comércio exterior, em particular, é característica uma representativa intervenção estatal, na medida em que tal atividade possui considerável influência sobre os interesses estatais, com destaque para as searas econômica, política e social.

Por tal razão, revela-se típica a ingerência do Estado na atuação dos particulares, de modo a impor à sua liberdade de iniciativa as limitações necessárias para que as relações negociais, em seu conjunto, possam se prestar ao atendimento dos interesses estatais.

Nessa linha, argumenta Heleno Taveira Tôrres:<sup>6</sup>

Em presença de descumprimento pelos particulares de leis ou determinações regulamentares no exercício da atividade privada de natureza econômica, justifica-se a possibilidade de a Administração intervir com medidas adequadas e úteis à finalidade do exercício do poder de polícia, visando a garantir os interesses públicos pertinentes à espécie.

Ocorre que, embora seja indispensável o emprego de medidas repressivas com vistas à prevenção de ilícitos, elas devem, inevitavelmente, subsumir-

5. MELLO, Celso Antônio da Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2007.

6. TÔRRES, Heleno Taveira. As sanções de perdimento de bens e inaptação do CNPJ de empresas importadora – limites e valores constitucionais aplicáveis. In: TÔRRES, Heleno Taveira (Coord.). *Direito Tributário Internacional Aplicado* – v. 4. São Paulo: Quartier Latin, 2004, p. 551.

se aos preceitos da Magna Carta, enquanto seu fundamento de validade, razão pela qual têm sua instituição e aplicação limitadas pelos princípios constitucionais e pelos direitos e garantias individuais.

É incontestável sua importância e cabimento, mormente a título de prevenção de condutas ilícitas ou incompatíveis com o interesse público, porém [...] o recurso a medidas repressivas, para adequado atendimento aos princípios da individualidade das sanções, quanto aos efeitos sobre o administrado, de eficiência, quanto à sua utilidade para a Administração, e sempre nos limites da legalidade, deve ser acompanhado de cautelas essenciais, usando de ponderação e adequação a cada situação, para que não se incorra em atividades odiosas e contrárias aos princípios constitucionais mais caros ao bom andamento de uma Administração própria de Estados Democráticos e comprometidos com o curso da ordem econômica e do exercício de direitos fundamentais.<sup>7</sup>

Demonstra-se, pois, estar a atuação da Administração Aduaneira limitada tanto pelas paredes de suas competências, quanto pelos muros, igualmente rijos, dos direitos fundamentais dos administrados, de modo que a possibilidade de impor restrições ao fluxo de mercadorias, pessoas e capitais nas operações de comércio exterior, e a imposição de sanções, devem manter sempre uma razoável e proporcional correspondência com a finalidade a que se prestam.

Nessa esteira, destaca Clélio Chiesa<sup>8</sup> que:

Compete aos entes tributantes, no âmbito de suas respectivas atribuições, instituir e adotar medidas necessárias à fiscalização da atuação dos contribuintes. Tudo com vistas a controlar a ocorrência dos fatos submetidos à tributação. Por outro lado, tais medidas não podem implicar uma redução ou supressão de direitos. Sabe-se que de um lado temos o direito do Fisco de fiscalizar e do outro os direitos e garantias dos contribuintes.

Assim, há que se ponderar, relativamente a cada ato realizado sob a investidura do poder de polícia, de um lado, o grau de utilidade que é apto a prover

---

7. TÓRRES, Heleno Taveira. Pena de Perdimento de Bens nas Importações e seus Limites Constitucionais. In: ROCHA, Valdir de Oliveira. (Coord.). *Grandes Questões Atuais do Direito Tributário*. São Paulo: Dialética, 2006, v. 10, p. 162-163.

8. CHIESA, Clélio. Fiscalização Tributária – Limites à Instituição de Deveres Tributários e à Imposição de Sanções pelo Não-Pagamento de Tributo e Não-cumprimento de Deveres Instrumentais. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (Coord.). *Grandes Questões Atuais do Direito Tributário*. Dialética: São Paulo, 2006, v. 10, p. 39.

ao interesse público e, de outro, a intensidade das restrições que impõem aos administrados.

Nesse contexto, exsurge a relevância de uma delimitação precisa da fronteira entre a salutar utilização de medidas restritivas para instrumentalização do exercício do poder de polícia e a, de desnecessária adjetivação, violação aos princípios que a devem orientar, que desvirtua a adoção daquelas.

Importante ressaltar que não se pretende promover uma defesa da impossibilidade de restrição de direitos do administrado pela Administração, mas pregar a adoção da sanção mais apropriada à sua finalidade, de modo a evitar a produção de “efeitos colaterais”<sup>9</sup> ou, ao menos, garantir a minimização dos mesmos.

Ora, é inegável que a vida em sociedade impõe restrições às liberdades individuais em prol do interesse coletivo, sendo esse o mesmo fundamento para que a Administração Pública, na medida em que orientada à consecução do interesse público, possa imputar obrigações aos administrados mediante atos unilaterais de caráter imperativo.

Não obstante, a defesa da adoção de medidas restritivas não pode se alicerçar apenas na imponente “fachada” da supremacia do interesse público, como se tal princípio fosse apto a justificar qualquer ato administrativo em detrimento dos interesses privados. Há que se ressaltar que um confronto, em abstrato, entre o interesse público tutelado pela atuação administrativa e os interesses privados envolvidos, é uma falácia não revestida pelo referido princípio.

O princípio cogitado, evidentemente, tem, de direito, apenas a extensão e compostura que a ordem jurídica lhe houver atribuído na Constituição e nas leis com ela consonantes. Donde, *jamaís caberia invocá-lo abstratamente*, com prescindência do perfil constitucional que lhe haja sido irrogado e, como é óbvio, muito menos caberia recorrer a ele contra a Constituição ou as leis<sup>10</sup> (grifos nossos).

Isso porque, uma vez aceito tal argumento, seria apto a legitimar qualquer atuação administrativa, ainda que violadora de direitos e garantias individuais, na medida em que, sendo a Administração legítima representante do

---

9. Os “efeitos colaterais” acima referidos consistem na violação - não intrínseca à finalidade da sanção - ao princípio da livre iniciativa e aos demais princípios atinentes à liberdade de atuação dos atores na ordem econômica.

10. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 88.

interesse público, seus atos, em termos gerais e abstratos, sempre seriam, obviamente, sobrepostos aos interesses e direitos privados. Admitir-se-ia, assim, situações absurdas em que um ato administrativo cuja motivação atendessem a um interesse público não muito relevante pudesse afrontar de modo grave um direito ou garantia particular.

Portanto, a supremacia do interesse público não há de ser entendida abstratamente, de modo a dispensar qualquer balanceamento entre interesses públicos e privados, mas como critério de desempate da ponderação realizada *in concreto*, entre o interesse público tutelado por certo ato e o grau de violação aos direitos e garantias individuais.

Somente de tal maneira, poder-se-á considerar, ou melhor, mensurar, o grau de satisfação do interesse público, de um lado, e, de outro, o percentual de afronta aos direitos e garantias individuais, a fim de que, quando aquele se revelar maior que esse, para uma atuação específica, esteja a mesma validada face aos preceitos constitucionais.

Na mesma linha, quando o grau de satisfação ao interesse público proporcionado por certo ato administrativo for inferior ao teor de privação dos direitos e garantias individuais que ele acarreta, impõe-se a sua não efetivação (rejeição pelo sistema).

Desse modo, atuaria precisamente o princípio da supremacia do interesse público na resolução das situações em que a ponderação descrita resultar e “empate técnico”, hipótese em que a corda deverá pender para a tutela do interesse coletivo, validando, conseqüentemente, o ato administrativo sob questão.

### 3. O princípio da eficiência

A partir da Emenda Constitucional n. 19, de 04 de junho de 1998, o princípio da eficiência passou a ser expressamente previsto no texto constitucional através de menção do *caput* do artigo 37, embora, segundo entendimento maciço da doutrina administrativa pátria, já pudesse ser depreendido anteriormente.

Segundo Ives Gandra da Silva Martins, “o princípio da eficiência pode ser definido como a obrigação da Administração Pública de utilizar os recursos do Estado com a maior pertinência e adequação possível em prol da sociedade”.<sup>11</sup>

11. MARTINS, Ives Gandra da Silva. Princípio da Eficiência em Matéria Tributária. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.) *Princípio da Eficiência em Matéria Tributária*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 31.

Assim, princípio da eficiência é o que impõe à Administração Pública direta e indireta e a seus agentes a persecução do bem comum, por meio do exercício de suas competências de forma imparcial, neutra, transparente, participativa e eficaz, sem burocracia e sempre em busca da qualidade, primando pela adoção dos critérios legais e morais necessários para a melhor utilização possível dos recursos públicos, de maneira a evitar desperdícios e garantir uma maior rentabilidade social.<sup>12</sup>

Nesse sentido, corrobora Ricardo Lobo Torres, segundo o qual “a economicidade aparece também em íntimo relacionamento com a eficiência, pois significa sobretudo eficiente alocação de recursos, que possa levar ao maior proveito do Fisco com menor gasto operacional”.<sup>13</sup>

Partindo da íntima relação entre a eficiência e a economicidade, acima referida, nos parece salutar suscitar o conceito econômico de eficiência, sedimentado a partir do esforço teórico de Pareto.<sup>14</sup> Segundo o referido autor, certo resultado é eficiente se não for possível encontrar uma forma de melhorar a situação de uma pessoa sem piorar a de qualquer outra.

A *contrario sensu*, se, em certa situação, for possível melhorar a condição de uma ou mais pessoas, sem piorar a de nenhuma outra, diz-se estar diante de uma situação ineficiente, conforme leciona Hal R. Varian:<sup>15</sup> “Uma alocação ineficiente no sentido de Pareto tem a característica indesejável de que há alguma forma de melhorar a situação de alguém sem prejudicar ninguém mais”.

Partindo da noção econômica de eficiência, John Rawls<sup>16</sup> afirma que:

um sistema de direitos e deveres na estrutura básica é eficiente se e apenas se é impossível mudar as regras, para redefinir o esquema de direitos e deveres, de forma a que cresçam as expectativas das pessoas representativas (pelo menos uma) sem que ao mesmo tempo diminuam as expectativas de algumas (pelo menos uma) outras pessoas representativas.

Nesse sentido, acreditamos que uma atuação da administração pública possa ser qualificada como ineficiente, estando, pois, em desconformidade

12. MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil Interpretada*. São Paulo: Atlas, 2002. p. 787.

13. TORRES, Ricardo Lobo. Princípio da Eficiência em Matéria Tributária. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.) *Princípio da Eficiência em Matéria Tributária*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 83.

14. PARETO, Vilfredo. *Cours d'économie politique*. Lausana: Rouge, 1896.

15. VARIAN, Hal R. *Microeconomia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2003. p. 15.

16. RAWLS, John. *A theory of justice*. Oxford: Oxford University Press, 1980, p. 70; *apud* TORRES, Ricardo Lobo. Op. cit., p. 71.

com o princípio constitucional da eficiência, quando se mostra possível aumentar o grau de satisfação do interesse público, sem que isso represente maior afronta aos interesses privados dos administrados ou quando for possível aumentar o atendimento aos interesses dos administrados (ou reduzir a afronta a esses) sem que isso implique redução do grau de proveito da coletividade (interesse público).

Em suma, “a eficiência da administração representa a aplicação de procedimentos a partir da lei, que possam ter o máximo de resultados e encontra íntima relação com o princípio da proporcionalidade, representando um instrumento de controle e adequação de meios aos fins. A eficiência, assim, revela-se pela razoabilidade do método, pela proibição do excesso e pela proporcionalidade no agir da administração”.<sup>17</sup>

Como bem leciona José Afonso da Silva,<sup>18</sup> a eficiência:

não qualifica normas, qualifica atividades. Numa idéia muito geral, eficiência significa fazer acontecer com racionalidade o que implica medir os custos que a satisfação das necessidades públicas importam em relação ao grau de utilidade alcançado. [...] Rege-se, pois, pela regra da consecução do maior benefício com menor custo possível.

Perceba-se, portanto, que o princípio da eficiência impõe uma contínua busca pelo aperfeiçoamento da atuação administrativa, de modo a afastar do sistema os atos que, ainda que fielmente voltados ao alcance do interesse público, acabem por violá-lo, na medida em que não sejam instrumentalizados da forma mais adequada, leia-se, com o melhor custo-benefício.

Trata-se, de fato, de louvável esforço do constituinte no sentido de evitar a contradição interna de atos administrativos que, apesar de devidamente motivados, não assumam a forma mais eficiente, isto é, não sejam operacionalizados mediante a mais precisa interação entre meios e fins.

Insera-se exatamente nessa esteira, o consagrado exemplo da cobrança da dívida ativa de valores reputados irrisórios, quando o gasto é maior do que a colocação em prática da função da máquina, eis que o custo-benefício nada

---

17. RODRIGUES, Marilene Talarico Martins. Princípio da Eficiência em Matéria Tributária. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.) *Princípio da Eficiência em Matéria Tributária*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 105.

18. SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 685.

representa, quando então as Fazendas Públicas, nos âmbitos de suas competências, resolveram estabelecer um teto mínimo para ensejar a execução fiscal.<sup>19</sup>

Portanto, no caso de existir um instrumento alternativo mais eficiente (com menor custo-benefício) para o alcance de uma finalidade estatal, o princípio da eficiência torna inafastável a opção por ele em detrimento do instrumento ineficiente.

Analisando tal questão, propõe Onofre Batista Junior.<sup>20</sup> uma síntese equilibrada de interesses públicos, ao destacar que uma atuação ineficiente não pode ser fundamentada na defesa do interesse público pois é a ele contrária, na medida em que os recursos desnecessariamente despendidos em certa atividade deixarão de ser empregados em outras, em prol do interesse coletivo:

Na situação concreta, existe uma variedade de interesses públicos intervenientes e cabe à Administração Pública proceder a uma valoração comparativa a fim de orientar sua atuação no sentido de melhor atender ao bem comum, isto é, adotar a solução mais oportuna para o caso concreto. Este é o cerne do princípio da eficiência, que expressa o mandamento constitucional de se maximizar a prossecução do bem comum e, para tanto, exige a síntese equilibrada de interesses públicos.

Ressalte-se, contudo, que não se está aqui a sustentar a supremacia do princípio da eficiência administrativa sobre os demais, de modo que se possa, sob tal argumento, autorizar uma atuação administrativa eficiente mesmo que desconforme a princípios outros – como o da legalidade, por exemplo – mas a necessidade de que sejam eles ponderados,<sup>21</sup> a fim de que se possa atenuar a rigidez de certos princípios tidos, por vezes, como intangíveis, “quando sua inadequação às necessidades presentes constitua um obstáculo para a gestão eficaz dos interesses gerais”.<sup>22</sup>

Em outras palavras, “não se trata de estabelecimento livre e desembaraçado de objetivos a partir de critérios de economia e eficiência, mas da

19. ABRÃO, Carlos Henrique. Princípio da Eficiência em Matéria Tributária. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.) *Princípio da Eficiência em Matéria Tributária*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 74.

20. BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. Transação no Direito Tributário, Discricionariedade e Interesse Público. *Revista Dialética de Direito Tributário*. São Paulo: Dialética, n. 83, 2002.

21. “Quando se trabalha com a Constituição, no entanto, não é possível simplesmente escolher uma norma em detrimento das demais: o princípio da unidade, pelo qual todas as disposições constitucionais têm a mesma hierarquia e devem ser interpretadas de forma harmônica não admite essa solução.” (BARCELLOS, Ana Paula de. *Alguns Parâmetros Normativos para a Ponderação Constitucional*. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.)

22. PIETRO, Maria Sylvania Zanella Di. Op. cit., 2003.

conformação de uma finalidade imediata apta a possibilitar o atendimento do interesse público”.<sup>23</sup>

Isso posto, passemos a dispor, por força do escopo delimitado para o presente trabalho, sobre a aplicabilidade das considerações acima ao instituto da pena de perdimento.

#### 4. A conversão da pena de perdimento em multa

Dentre as medidas restritivas previstas no Direito pátrio, encontra-se desde a mera imposição de obrigações instrumentais até a aplicação de sanções expropriatórias, como a pena de perdimento dos bens objeto de operações que, sob certas circunstâncias, acarretem dano ao Erário.

No Direito Aduaneiro Comparado, também se pode observar a atribuição de competência às autoridades aduaneiras para a adoção de medidas restritivas de direito, tais como apreensão, comisso e perdimento de mercadorias.

Quanto ao Direito Argentino, Giuliani Fonrouge aponta que:

A penalidade de maior importância é o “comisso” das mercadorias ou efeitos do objeto da infração fiscal, que em nossa legislação – como na maioria das estrangeiras – limita-se aos impostos aduaneiros e aos gravames ao consumo. Alguns autores italianos consideram esta sanção como uma medida patrimonial de segurança, especialmente com o propósito de coordenação com o Código Penal desse país, porém este conceito não é correto; em direito fiscal, o comisso (comiso) constitui uma verdadeira sanção de ordem patrimonial, em geral conexa ou acessória às penalidades aplicadas ao autor ou participante da infração e nada tem que ver com o “decomiso” dos instrumentos e efeitos do delito, a que se refere o art. 23 do Código Penal argentino, onde tem caráter de medida de segurança.<sup>24</sup>

Já no que se refere ao Direito Italiano, Achille Cutrera<sup>25</sup> destaca o poder da administração de apreender (*potere di sequestro*) mercadorias oriundas de

23. BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. Transação no Direito Tributário, Discricionariedade e Interesse Público. *Revista Dialética de Direito Tributário*. São Paulo: Dialética, n. 83, 2002.

24. FONROUGE, Giuliani. *Derecho Financiero*, Volume II. Buenos Aires: Depalma, 1970; *apud* PITANGA FILHO, Aurélio Seixas. Pena de Perdimento de Bens na Importação e seus Limites Constitucionais. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (Coord.). *Grandes Questões Atuais do Direito Tributário*. São Paulo: Dialética, v. 10, 2006.

25. CUTRERA, Achille. *Principii di Diritto e Politica Doganale*. Pádua Cedam, 1941; *apud* PITANGA FILHO, Aurélio Seixas. Op. cit.

operações realizadas mediante sonegação do imposto, independentemente da responsabilidade criminal do proprietário.

E, ainda, na França, o confisco (*confiscation*) é uma medida relativamente excepcional no Direito Penal, sendo, entretanto, de uma importância considerável no Direito Aduaneiro, abrangendo todos os objetos materiais que permitiriam a prática da infração.<sup>26</sup>

Focando-nos, enfim, conforme delimitação do presente estudo, no instituto do Direito Brasileiro denominado pena de perdimento, cujas raízes históricas remontam à da sanção confiscatória, aplicada como penalidade contra danos ao Erário, há que se destacar sua natureza jurídica mista, na medida em que atua como sanção para o autor do ilícito (caráter repressivo) e cumpre também a função de ressarcir o Estado pelo dano causado ao erário (caráter compensatório).<sup>27</sup>

Relevante, nessa esteira, são as palavras de Heleno Taveira Tôrres<sup>28</sup> sobre a natureza dúplce da pena de perdimento:

O controle e a fiscalização das atividades dos particulares, por parte da Administração, e, eventualmente, a aplicação de sanções, são atividades que se desenvolvem sob a égide do chamado “poder de polícia”, o que aqui merece considerações. E isto porque a sanção de perdimento de bens tem tanto caráter de intervenção típica de poder de polícia quanto de modalidade própria de sanção tributária.

No Direito Brasileiro, a pena de perdimento encontra previsão nos arts. 104 e 105 do Decreto-Lei n. 37/66 e nos arts. 23 e 24 do Decreto-Lei n. 1.455/76, sendo ambos regulamentados pelos arts. 617 e seguintes do Regulamento Aduaneiro (Decreto n. 4.543, de 26 de dezembro de 2002).

No presente trabalho, optamos pela análise, a título exemplificativo, da hipótese de aplicação da pena de perdimento por interposição fraudulenta de terceiros, em virtude do fato de que, nesse caso, a ilicitude que enseja a apli-

26. PITANGA FILHO, Aurélio Seixas. Op. cit.

27. FERREIRA, Jean Marcos. *Confisco e perda de bens no direito brasileiro*. Campo Grande: Ed. Campo Grande, 2000.

28. TÔRRES, Heleno Taveira. Pena de Perdimento de Bens nas Importações e seus Limites Constitucionais. In: ROCHA, Valdir de Oliveira. (Coord.). *Grandes Questões Atuais do Direito Tributário*. São Paulo: Dialética, v. 10, p. 162, 2006.

cação de tal sanção se refere à operação de comércio exterior de que foi objeto a mercadoria a que se pretende dar perdimento, e não à mercadoria em si.

A motivação de tal escolha baseia-se em uma divisão das hipóteses de aplicação da pena de perdimento, que propomos para auxílio na análise pretendida, entre (a) aquelas em que a entrada da mercadoria em território nacional, por si só, não é vedada pelo ordenamento, de maneira que, uma vez observados todos os requisitos normativos previstos e inexistindo qualquer ilicitude/irregularidade na operação de comércio exterior mediante a qual ingressou a mercadoria em território nacional, poderia ser normalmente internalizada a mercadoria; e (b) aquelas em que a mácula acomete a própria mercadoria, cuja entrada no país é vedada em virtude da política de comércio exterior adotada no país.

Essa distinção é importante porque os interesses tutelados em tais situações são distintos: na primeira situação (quando a operação é ilícita), o interesse da Administração, além de punir o sujeito passivo por haver descumprido certos requisitos destinados a facilitar/viabilizar a fiscalização ou por haver deixado de recolher os tributos devidos, é ressarcir o erário pelo dano causado. Já na segunda situação (quando a mácula recai sobre a mercadoria em si), o interesse da Administração, além de punir o sujeito passivo pelo descumprimento dos requisitos destinados a facilitar/viabilizar a fiscalização e ressarcir o Erário em caso de dano, é apreender a mercadoria que, de acordo com a política de comércio exterior do país, não pode ser internalizada.

Com base em tais esclarecimentos, há que se deixar claro que as considerações a serem tecidas no presente trabalho, com relação à pena de perdimento por interposição fraudulenta de terceiros, poderão ser aplicáveis, ressalvadas adaptações necessárias, às hipóteses de aplicação da pena de perdimento em que a ilicitude a ser punida diz respeito à operação de comércio exterior e não à mercadoria em si.

Isso posto, cabe apontar que, a partir da Lei n. 10.637, de 30 de dezembro de 2002, o art. 618 do Regulamento Aduaneiro passou a constar da seguinte redação:

Art. 618. Aplica-se a pena de perdimento da mercadoria nas seguintes hipóteses, por configurarem dano ao Erário:

[...]

XXII – estrangeiras ou nacionais, na importação ou na exportação, na hipótese de ocultação do sujeito passivo, do real vendedor, comprador ou de responsável pela operação, mediante fraude ou simulação, inclusive a interposição fraudulenta de terceiros.

[...]

§5º Para os efeitos do inciso XXII, presume-se interposição fraudulenta na operação de comércio exterior a não-comprovação da origem, disponibilidade e transferência dos recursos empregados.

O Decreto-Lei n. 1.455, de 07 de abril de 1976, por sua vez, após também sofrer modificações pela Lei n. 10.637, de 30 de dezembro de 2002, passou a dispor que:

Art. 23 Consideram-se dano ao Erário as infrações relativas às mercadorias:

[...]

V – estrangeiras ou nacionais, na importação ou na exportação, na hipótese de ocultação do sujeito passivo, do real vendedor, comprador ou de responsável pela operação, mediante fraude ou simulação, inclusive a interposição fraudulenta de terceiros.

[...]

§1º O dano ao erário decorrente das infrações previstas no caput deste artigo será punido com a pena de perdimento das mercadorias.

§2º Presume-se interposição fraudulenta na operação de comércio exterior a não-comprovação da origem, disponibilidade e transferência dos recursos empregados.

Analisando-se os dispositivos acima, há que se perceber, como hipóteses de aplicação da pena de perdimento, dentre outras, a ocultação (i) do sujeito passivo, (ii) do real vendedor, ou (iii) do comprador ou de responsável pela operação.

Ressalte-se, contudo, não ser suficiente, ainda, a configuração de um dos casos acima, sendo ainda necessário que a ocultação seja promovida mediante fraude ou simulação, inclusive a interposição fraudulenta de terceiros.

Além disso, cabe aqui nossa consideração acerca da redação do *caput*, que parece apontar no sentido de que a ocultação do sujeito passivo, vendedor, comprador etc. consubstanciarium, por si só, dano ao Erário, o que não nos parece a melhor inteligência dos dispositivos supra.

Com tal assertiva, pretendemos esclarecer que o dano ao Erário não se revela de modo indissociável e necessário a partir do cometimento das infrações descritas nos incisos, sendo, diferentemente, um requisito adicional para que a pena de perdimento seja aplicada.

Nesse sentido, parece ser nosso aliado, na interpretação do teor do *caput*, o § 1º do mesmo dispositivo, na medida em que, com maior precisão, refere-se ao “dano erário decorrente das infrações previstas no *caput*”.

Assim, podemos sistematizar os requisitos para aplicação da pena de perdimento, em consonância com os dispositivos acima transcritos, da seguinte forma: poderá ser aplicada a pena de perdimento quando, na importação ou exportação, sejam ocultados, mediante fraude ou simulação, inclusive interposição fraudulenta, o sujeito passivo, o comprador, o vendedor ou o responsável pela operação, desde que tais atos acarretem dano ao erário.

Perceba-se, com base nos esclarecimentos acima, que a aplicação da pena de perdimento, na hipótese descrita, destina-se a punir a tentativa do sujeito passivo de realizar uma operação simulada/fraudulenta com vistas a obter uma redução da carga tributária incidente sobre a operação de comércio exterior, ressarcindo, ao mesmo tempo, o Erário pelo dano sofrido em decorrência da arrecadação a menor.

O interesse da Administração, nesse caso, portanto, não é na mercadoria objeto das operações, per se, mas no valor econômico das mesmas. Ressalte-se que é exatamente este o parâmetro para se definir se cada uma das hipóteses de aplicação da pena de perdimento se sujeita ou não às conclusões a serem alcançadas no presente estudo.

Em outras palavras, constatado que o interesse da administração, ao sancionar o sujeito passivo, não reside na apreensão das mercadorias, em si, mas na sanção pecuniária do sujeito passivo e na recomposição do erário, sendo o perdimento das mercadorias apenas um meio de impedir que o sujeito passivo tire proveito econômico da operação ilícita e de satisfazer o crédito tributário de que foram privados os cofres públicos, resta aplicável a nossa proposta.

Superadas as considerações delimitativas do âmbito de aplicação do presente estudo, há que se apontar haverem hipóteses previstas no Regulamento Aduaneiro em que se autoriza a conversão da pena de perdimento em multa.

Veja-se, por exemplo, o teor dos arts. 618, § 1º, 624 e 625:

Art. 618. Aplica-se a pena de perdimento da mercadoria nas seguintes hipóteses, por configurarem dano ao Erário:

[...]

§1º A pena de que trata este artigo converte-se em multa equivalente ao valor aduaneiro da mercadoria que não seja localizada ou que tenha sido transferida a terceiro ou consumida.

[...]

Art. 624. O importador, depois de aplicado o perdimento da mercadoria considerada abandonada na hipótese a que se refere o inciso XXI do art. 618, mas antes de efetuada a sua destinação, poderá requerer a conversão dessa penalidade em multa equivalente ao valor aduaneiro da mercadoria.

Parágrafo único. A entrega da mercadoria ao importador, na hipótese do caput, está condicionada à comprovação do pagamento da multa e ao cumprimento das formalidades exigidas para o respectivo despacho de importação, sem prejuízo do atendimento das normas de controle administrativo.

Art. 625. Nos casos de dano ao Erário, se ficar provada a responsabilidade do operador de transporte multimodal, sem prejuízo da responsabilidade que possa ser imputável ao transportador, as penas de perdimento regulamentadas neste Decreto serão convertidas em multas, aplicáveis ao operador de transporte multimodal, de valor equivalente ao do bem passível de aplicação da pena de perdimento.

Com base em tais dispositivos, adota a administração uma interpretação restritiva, no sentido de que o direito do sujeito passivo de obter a conversão da pena de perdimento em multa se aplica somente às hipóteses expressamente previstas.

Aliás, a jurisprudência, embora ainda longe de ser pacificada sobre o tema, já encampou, por vezes, tal entendimento:

Quanto à pretendida conversão da pena de perdimento em pena pecuniária, é necessário observar que a autoridade administrativa somente pode agir nos estritos limites permitidos pela lei, a menos que esteja em situação que lhe permita atuação discricionária, o que não é o caso. É de comum sabença a diferença entre o cidadão comum e o investido de *munus* público. O primeiro pode fazer tudo o que a lei não proíbe; o servidor só

pode fazer o que a lei permitir.

Considerando que o indeferimento em tela tem como fundamento inexistir previsão legal para dar sustentação à pretensão, impõe-se reconhecer o acerto da decisão administrativa atacada pelo *mandamus*.

[...]

Na mesma linha perfilhada pela autoridade impetrada, entendo que onde o legislador distingue e especializa descabe ao aplicador do direito estender a aplicabilidade da norma legal, devendo em tais circunstâncias ser literal a interpretação.<sup>29</sup>

Entretanto, acreditamos que a conversão da pena de perdimento em multa, interpretada sob a ótica do princípio da eficiência, não deve ser autorizada apenas nas hipóteses expressamente previstas, mas sempre que o recebimento do valor correspondente à multa, em lugar da apreensão da mercadoria, não acarretar prejuízo à Administração.

Nesse sentido é que, nos casos em que a pena de perdimento pune uma mácula na operação de comércio exterior e não uma ilicitude que acometa a própria mercadoria, é um poder-dever da Administração autorizar a conversão da pena em multa.

Isso porque, ao aplicar o perdimento a certo bem, expropriando-lhe do patrimônio do administrado, a Administração, para converter-lhe em pecúnia precisa despender recursos, seja para manutenção do mesmo até o momento de sua alienação, seja para realização dos leilões públicos ou para identificação de possíveis afetações dos bens apreendidos.

Dessa maneira, resta evidente que a mera aplicação de multa em valor correspondente ao do bem, além de satisfazer plenamente os interesses da Administração – na medida em que se presta tanto a punir o sujeito passivo (que lhe pagará um montante correspondente ao valor da mercadoria objeto da operação de comércio exterior considerada ilícita) quanto a ressarcir o Erário pelo dano sofrido - revela-se como alternativa mais econômica e eficiente.

Ademais, se pelo lado da Administração, o recebimento do valor dos bens objeto da pena de perdimento em pecúnia já é mais eficiente, em virtu-

---

29. Excertos do voto do Relator Desembargador Ney da Fonseca, na Apelação em Mandado de Segurança n. 2001.02.01.025.272-1, apreciada pela Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 2ª Região.

de de sua liquidez; pelo lado do sujeito passivo – cabe ressaltar, embora não seja o escopo do presente trabalho – a multa no valor do bem guarda devida proporcionalidade com a ilicitude cometida, parâmetro que é desrespeitado quando há perda da mercadoria, visto que, nesse caso, a sanção não se limita ao valor da mercadoria, abrangendo também o valor do frete e seguro, dentre outros custos em que inevitavelmente incorrerá para trazer novas mercadorias que substituam as apreendidas e lhes permitam cumprir seus compromissos comerciais, além do inevitável e incalculável desgaste com seus clientes.

## **5. Conclusão**

Expostas as considerações acima, concluímos que a melhor inteligência do instituto da conversão da pena de perdimento em multa nos parece ser a de que, uma vez requerida pelo administrado, encontra-se a Administração obrigada a efetuar-la, sob pena de nulidade do ato administrativo, por violação ao princípio da eficiência e afronta ao interesse público, na medida em que, dentre duas medidas passíveis de serem adotadas para alcance do mesmo fim, estar-se-á optando pela mais custosa para o Estado e mais danosa aos interesses privados envolvidos.