

DIÁLOGOS QUANTO À (IN) CONSTITUCIONALIDADE DA PENA DE PERDIMENTO E O DIREITO FUNDAMENTAL DE PROPRIEDADE.

DIALOGUES CONCERNING (IN) CONSTITUTIONALITY OF THE FORFEITURE SENTENCES AND THE PROPERTY RIGHTES.

Eduardo Silva Luz^{*}
Gabriele Sapio^{**}

RESUMO:- O presente trabalho tem como precípua missão analisar à (in) constitucionalidade da pena de perdimento aplicada em matéria aduaneira, ponderando os argumentos favoráveis e contrários à sua aplicação pela administração pública nos casos de importação irregular por parte de particular. Para consecução dos objetivos pretendidos com esse artigo será estudado o pressuposto material da referida pena, bem como seus efeitos frente ao direito fundamental de propriedade, tendo como referencial teórico diversos doutrinadores e mesmo jurisprudência aplicadas a essa matéria.

PALAVRAS-CHAVES: (in)Constitucionalidade, Aduaneiro, Pena de Perdimento e Pressuposto Material.

ABSTRACT :- The main purpose of this paper is to analyze the (in) constitutionality of forfeiture sentences applied in customs matters, considering the arguments favorable and contrary to its application by the public administration in cases of irregular importation by private parties. In order to achieve the intended objectives of this article, the material precondition of this sentence will be studied, as well as its effects on the fundamental right of property, having as theoretical reference several doctrinators and even jurisprudence applied to this matter.

KEYWORDS: (In) Constitutionality, Customs Matters, Forfeiture Sentences and Material Precondition.

Submetido em 31/03/2018

Aprovado em 30/07/2018

INTRODUÇÃO

Em linhas gerais a pena de perdimento em matéria aduaneira trata-se de uma das sanções mais utilizadas pelo fisco, quando do descumprimento de alguma norma referente a importações de bens para o território nacional (aduaneiro). Dessa forma esse artigo busca analisar sem a pretensão de esgotar o tema, alguns aspectos referentes à aplicação desta sanção ao contribuinte/importador,

^{*} Universidade Catolica de Brasilia, eduardoluz.silva@hotmail.com

^{**} Universidade Estadual do Piaui, leiordem1@gmail.com

principalmente quanto a questões de sua natureza jurídica e sua (in)constitucionalidade, para isso será analisado as teses adotadas pelos tribunais superiores, quando se defrontam com a matéria em questão.

Analisar a pena de perdimento como penalidade em matéria aduaneira é um caminho tortuoso e nebuloso, em razão de que embora os debates sejam bastante profícuos nessa matéria e ter a característica de ser uma das punições mais severas nesta seara, pouco se escreveu em termos de doutrina específica quanto a essa questão, assim teremos um caminho bastante complicado a trilhar.

Entretanto em um primeiro momento faz-se necessário enquadrar essa sanção em uma das searas do direito, que seja o ramo do Direito Aduaneiro. Para realizar esse exercício de enquadramento é necessário entender e conceituar essa área, mesmo que consideremos o direito como uma ciência social aplicada uma, algumas divisões mesmo que didáticas se fazem de grande valia para um aperfeiçoamento do estudo.

Dessa forma admitindo o direito aduaneiro, como um ramo autônomo, com princípios e normas próprias, sendo responsável por regular as relações jurídicas que tratam da matéria aduaneira, tem como função regular as relações de comércio e o fluxo contínuo de pessoas que perpassam pela a aduana de um determinado país adentrando em seu território, devendo para isso cumprir os requisitos legais previstos nos ordenamentos internos e em tratados internacionais.

Contudo sendo o Direito uma ciência transdisciplinar e una, mesmo que se reconheça a autonomia do direito aduaneiro, não é possível analisa-lo de forma dissociada de outras searas, como constitucional, administrativo e tributário, sendo que com essas áreas encontra-se bastante correlacionado, principalmente com o último, em decorrência da tributação incidente sobre a importação, que sem fechar os olhos é uma das grandes razões de ser para uma atuação imperativa por parte do Estado nessas relações jurídicas, embora não seja única a motivação.

Podemos perceber dessa forma a inter-relação que o direito aduaneiro possui com os demais ramos do direito, e analisando de forma específica a pena de perdimento, reconhece-se na doutrina o seu caráter de sanção administrativa-tributária, logo devendo obedecer tanto a princípios constitucionais, administrativos e tributários, encontrando sua razão de ser no Poder de Polícia do Estado.

A pena de perdimento em matéria tributária vale ressaltar não vigora apenas no Brasil, mas em todos os países integrantes da Organização Mundial do Comércio, e em tese seria o meio que visaria eliminar ou expulsar do comércio bens que podem causar danos à saúde dos consumidores, e mesmo os que não sejam próprias ao consumo, e até mesmo seja decorrente de atividades ilícitas, no Brasil ainda acrescentamos as possibilidades de aplicação desta sanção, no caso em que não são recolhidos de forma correta os impostos incidentes no processo de importação.

Quanto a última possibilidade abordada no parágrafo antecedente, poder-se-ia achar que a pena de perdimento aplicada aos casos de não cumprimento das obrigações tributárias incidentes no comércio exterior, seria uma forma velada de permissão ao confisco pela Administração Pública, contrariando diretamente a proibição a essa modalidade de sanção, contida no texto da constituição.

O entendimento jurisprudencial que trabalharemos no decorrer do artigo que justifica a constitucionalidade da pena de perdimento, trata-se de que embora essas sanções não possam ser aplicadas a qualquer pretexto em razão de seu caráter extremamente severa, poderiam no caso ser aplicadas com a finalidade proteger um bem jurídico denominado como “erário público”. Assim a constitucionalidade da pena

de perdimento decorre do dano que a ação ou nesse caso que o bem importado irregularmente, pode vir à causar ao erário público.

Entretanto a conceituação do que vem a ser erário público, não se trata de algo consolidado dentro da doutrina e mesmo nas decisões jurisprudenciais, analisaremos no artigo, as principais correntes doutrinárias que tentam definir este conceito.

Após tratar da pena perdimento em matéria aduaneira, sua natureza jurídica dentro do ordenamento, bem como a (in)constitucionalidade e o entendimento jurisprudencial na matéria, trataremos especificamente da aplicação dessa sanção frente ao direito fundamental de propriedade, apresentando os argumentos favoráveis e contrários.

1 PENA DE PERDIMENTO E O DANO AO ERÁRIO PÚBLICO

A Pena de Perdimento trata-se de uma sanção aduaneira que visa à declaração de perda de bens de particulares para o Estado, em decorrência de uma ação comissiva dolosa, que termine por causar dano ao erário público seja pela inobservância de obrigações tributárias, que deviam ter sido observadas no controle aduaneiro ou mesmo pela inserção de bem proibido no território nacional por meio da importação. (ZANELATO, 2016, p. 35)

De maneira inicial antes do estudo mais aprofundado de qualquer instituto jurídico, faz-se necessário entender sua natureza jurídica, dessa forma compreender em que seara do direito, o instituto encontra sua gênese ou os princípios que o regulamentam.

No caso de estudar a natureza jurídica da pena de perdimento não se trata de uma tarefa fácil, em razão da característica híbrida que tal pena possui, Paulo de Barros Carvalho ao analisar a pena de perdimento assevera:

As mercadorias estrangeiras encontradas em situação irregular serão apreendidas e seu proprietário, independentemente do processo penal a ser instaurado, perde-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, 2008, p.534)

Através das palavras do autor acima, percebe-se claramente a dificuldade em entender a natureza jurídica da pena de perdimento, em decorrência principalmente dos efeitos administrativos, tributários e penais decorrentes da sanção.

Apesar de toda essa problemática tem-se mantido constante dentro da doutrina aduaneira, classificar a pena de perdimento como sanção de natureza administrativo-tributária, tendo seu respaldo e fundamentação no poder de império e polícia do Estado, podendo dessa forma aplicar tal pena sempre que indivíduos pratiquem um ato ilícito que exponha o erário público a perigo ou mesmo efetivamente cause um dano.

A pena de perdimento vem regulamentada pelos Decretos-Leis n. 37, de 18 de novembro de 1966 e 1.455 de 7 de abril de 1977, com regulação pelo Decreto 6759, de 5 de fevereiro de 2009, em todas essas legislações tem-se a ideia comum

de que para a aplicação desta sanção aduaneira, faz-se necessário a ocorrência do dano ao erário, sendo esse o bem jurídico tutelado.

Contudo, tem-se outro problema de conceituação quanto ao que seria dano ao erário, e esta problemática reside em dois fatos que desenvolveremos. Primeiro trata-se de um conceito bastante aberto e subjetivo, já que pode abarcar diversas ações, sendo difícil definir o que não causa dano ao erário, terminando por autorizar a pena de perdimento para qualquer ato que venha a lesar o erário público.

A segunda questão é que a atual Constituição, não previu expressamente a pena de perdimento para o caso de dano ao erário, e principalmente no de matéria aduaneira, o que nos coloca à questionar quanto a constitucionalidade dessa sanção.

Vale ressaltar que a Constituição de 1967 previa a possibilidade da pena de perdimento de bens no seu artigo 150 parágrafo 7º em caso de dano ao erário, disposição essa que foi mantida após a Emenda Constitucional n. 1 de 1969. Ao contrário nossa atual Constituição foi bastante restritiva quanto a possibilidade de perdimento de bens, fazendo prevalecer o direito fundamental à propriedade, estabelecendo assim poucas exceções:

Art. 5º. XLV- nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido;

XLVI- a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: privação ou restrição de liberdade; perda de bens [...](BRASIL, 1988)

Ademais ainda a respeito da previsão da pena de perdimento com fulcro no dano ao erário, a Constituição de 1988, manteve a clássica determinação de perda de bens em caso de improbidade administrativa no artigo 37, parágrafo 4º, mas no caso como justificativa de ressarcimento ao erário, assim não se caracterizando propriamente como pena, mas como forma de compensação ou reparação do dano causado.

Apresentados os problemas principais quanto à definição da palavra dano ao erário, seja por seu aspecto amplo ou mesmo por sua falta de previsão constitucional, quanto à matéria aduaneira, podemos entender esse como toda ação ilícita às quais a legislação condiciona a pena de perdimento de bens, com o fundamento que tenha ocorrido prejuízo principalmente financeiro ao patrimônio público do Estado.

Faz-se necessário, explicar o porquê nos detivemos em tentar analisar o que seria a expressão “dano ao erário”, que teria o condão de justificar a aplicação da pena de perdimento em matéria aduaneira. O motivo primordial, é que a definição do bem jurídico protegido possui relevância para a delimitação do poder punitivo do Estado, bem como para a interpretação da sanção (pena de perdimento), definindo dessa forma o seu alcance. (AFONSO, 2012, p.99)

A Conceituação de Dano ao Erário, não se trata única e exclusivamente de uma construção doutrinária utilizada para o entendimento da Pena de Perdimento, mas mesmo a jurisprudência utiliza esse conceito, como podemos perceber, analisando os seguintes julgados TRF-4 - APELREEX: 7000 PR 0004829-

12.2009.404.7000, Rel. Vânia Hack De Almeida¹. A utilização dessa expressão vai se repetir em diversos outros julgados.

Vale ressaltar, que não poderia ser de outra forma por parte dos julgados, em razão de que a partir da leitura dos Decretos-Leis n.37, de 18 de novembro de 1966 e 1.455 de 7 de abril de 1977, com regulação pelo Decreto 6.759, de 5 de fevereiro de 2009, todos colocam o dano ao erário como pressuposto material para a aplicação da pena de perdimento.

Entretanto para entender o que seria o erário público e como ele seria lesado de forma a justificar a aplicação da pena de perdimento, aparecem três teses que se incumbirão dessa função de conceituação: tese patrimonialista, funcionalista e a teoria dos bens jurídicos imediatos e mediatos.

1.1. TESE PATRIMONIALISTA

Nesse tópico apresentaremos em linhas gerais, o que seria tese patrimonialista quanto ao bem jurídico protegido pela pena de perdimento, sem nos determos a críticas mais profundas, em razão de que não é esse o intuito do presente artigo.

A Tese Patrimonialista como o próprio nome assevera está intrinsecamente conectada com o patrimônio do Estado, sendo esse o bem jurídico tutelado, ou seja, ocorre o dano ao erário público quando o ato ilícito lesa ou põe em perigo a obtenção de receitas pela Fazenda Pública, sendo que estas seriam necessárias para o desenvolvimento das atividades Estatais.

Visualizamos dessa forma o dano ao erário, em caso de importações que não se cumpre o pagamento dos tributos incidentes na importação, causando assim um dano às pretensões da Fazenda Pública, logo um dano ao erário público, sujeitando-se dessa forma à Pena de Perdimento. Trata-se da teoria dominante tanto na doutrina quanto na jurisprudência.

1.2. TESE FUNCIONALISTA

Ao analisar a tese funcionalista, percebe-se uma total contraposição com a patrimonialista na qual essa última privilegia as questões patrimoniais do Estado como bem jurídico a ser protegido, enquanto a primeira percebe que o bem jurídico lesado no caso que justifica a aplicação da pena de perdimento trata-se da função de tributar do Estado que não foi realizada, sendo assim o poder de tributar ou mesmo o sistema tributário.

Para continuarmos no mesmo exemplo que demos acima no caso de importação, para a tese patrimonialista, ocorre o dano, quando o Estado deixa de cooptar as receitas que deveriam advir dessa importação, no caso da tese

¹ TRIBUTÁRIO. PENA DE PERDIMENTO. CONSTITUCIONALIDADE. CABIMENTO EM PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. INCOMUNICABILIDADE ENTRE AS ESFERAS CRIMINAL E ADMINISTRATIVA. MERCADORIAS OCULTADAS. PERDIMENTO. 1. O Egrégio Supremo Tribunal Federal já declarou a constitucionalidade da pena de perdimento por danos causados ao erário, por haver previsão expressa na CF de 1967 (RE n.º 95.693/RS, Rel. Min. Alfredo Buzaid). A falta de previsão expressa na CF/88 não importa concluir por sua inconstitucionalidade ou não-recepção. Através do devido processo legal, o direito de propriedade pode ser restringido, porque não-absoluto. A validade do perdimento é nossa própria tradição histórica de proteção do erário. A aplicação do perdimento obedece à razoabilidade, pois a sua não-aplicação implica aceitar que alguns se beneficiem às custas de toda a sociedade. 2. A pena de perdimento, após a CF/88, é plenamente aplicável também no processo administrativo fiscal.

funcionalista, o bem jurídico é lesado a partir do momento em que é impossibilitado de exercer sua função tributária, no exemplo em tela de aplicar os tributos incidentes na importação.

No caso do funcionalismo, o bem jurídico lesado trata-se da violação dos deveres inerentes a função de tributar do Estado, entretanto percebe-se que a pena de perdimento não tem uma natureza unicamente tributária, sendo assim não poderia ser aplicada com o único e exclusivo condão de proteger a função tributária do Estado, pois se não teríamos um verdadeiro “confisco regularizado”, além do que os parâmetros adotados no modelo funcionalista não demonstram a extensão do dano que justificaria a aplicação de uma sanção tão extrema. (AIRES, 2010, p.164)

1.3 TESE DOS BENS JURÍDICOS MEDIATOS E IMEDIATOS.

No caso da tese dos bens jurídicos mediatos e imediatos, trata-se de um ponto intermediário entre as duas teorias antecedentes, na qual é possível perceber que os bens jurídicos que culminam na pena de perdimento aduaneiro teria dois viés, sendo um mediato e um imediato.

Mais uma vez, socorrendo-nos de nosso exemplo do caso de importação, mesmo que simplistas que melhor elucida o caso que tratamos, o bem jurídico mediato seria a função de tributar, enquanto que o imediato seria constituído pelo patrimônio do Estado à ser lesado pelo não recolhimento dos tributos.

Esta teoria compreende os delitos tributários com pluriofensivos ou nas palavras de Cernicchiaro bifronte:

De um lado, compreende o interesse público de o Estado obter meios para a realização de suas atividades; de outro avulta o interesse do Tesouro, patrimonial, relacionado com a receita do Estado. Assim, o bem jurídico não traduz apenas interesse patrimonial. Alcança também os limites da política econômica, o que faz aumentar o significado do delito tributário.(CERNICCHIARO, 1995, 181)

Nesta acepção o dano ao erário que é o pressuposto material da pena de perdimento, ocorreria com a lesão ao patrimônio público e à arrecadação tributária, e pela falta de exercício do dever existente para com a administração pública, caracterizado principalmente pelo não cumprimento da função social do tributo que se restou prejudicada em razão da ação cometida por autor que não observou um dever de agir imposto legalmente.

2. A CONSTITUCIONALIDADE DA PENA DE PERDIMENTO EM MATÉRIA ADUANEIRA.

Embora permeie dentro da doutrina algumas dúvidas quanto a constitucionalidade da Pena de Perdimento, se a Constituição Federal de 1988, teria recepcionado tal possibilidade de sanção, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e sua orientação para os demais órgãos do judiciário é que tal pena é constitucional desde que se justifique pela tese de dano ao erário público, embora essa expressão não esteja contida no texto da constituição.

Dessa forma o Supremo tribunal federal tem se orientado, pelo decidido RE nº 95.693/RS, Rel. Min. Alfredo Buzaid, que fundamenta a constitucionalidade da

pena de perdimento em matéria aduaneira, orientação esta que é seguida pelos Tribunais Regionais Federais, e quando há algum recurso extraordinário nessa matéria no Supremo Tribunal Federal, a questão da constitucionalidade já não passa mais a ser analisada por questões do entendimento ser praticamente pacífico, e o Recurso Extraordinário² é de plano negado, principalmente em razão da Súmula 279³ do STF.

Entretanto, muito embora o STF não aparente mais tratar dessa matéria, e tenha ela como pacífica, vale apontar algumas questões polêmicas da aplicação da pena de perdimento, analisando os argumentos favoráveis que colocam essa pena como recepcionada pela constituição de 1988, e o posicionamento contrário que difunde a ideia de inconstitucionalidade dessa sanção.

Os defensores da inconstitucionalidade da pena de perdimento em matéria aduaneira, inicialmente argumentam que a Constituição, apenas prevê esta sanção para os casos de improbidade administrativa, e nos casos de utilização de terras para a prática de atos ilícitos, como o cultivo de plantas com finalidade de produção de substâncias psicotrópicas como disposto nos artigos 37, Par. 4º e 243 da Carta Magna.

Dessa forma, pela própria Constituição ter sido silente quanto a possibilidade da pena de perdimento ser aplicado em casos de dano ao erário, pressuposto material da aplicação desta sanção, ao contrário da Carta de 1967 em que previa essa possibilidade, sendo assim por uma conveniência do legislador originário decidiu não permanecer com essa disposição no atual texto constitucional. Nesse entendimento vale citar:

O vigente ordenamento (CF/1988) não contém preceito específico sobre o “perdimento de bens por danos causados ao Erário”, a exemplo do que dispunha a Constituição anterior (artigo 153 par. 11). A atual CF (artigo 5º) contém o elenco de direitos e garantias individuais, estabelecendo que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal (inciso LIV), em face do que sua aplicação somente poderia ser promovido pelo Judiciário em caso de condenação criminal (inciso XLV, b). Ademais o DL 1.455/1976 teria perdido eficácia porque não fora objeto de ratificação pelo Congresso Nacional (artigo 25, par. 1º, do Ato das Disposições Transitórias). Apenas se encontra prevista a decretação de perdimento de bens, nos termos da lei, em situações concernentes à pena criminal, que constitui matéria distinta da alfandegária, de cunho administrativo. (MELO, 2010, p. 120)

Ora pelo exposto, é possível visualizar ao menos dois problemas, o primeiro da possibilidade de aplicação de pena de perdimento sem o devido

² Vide RE 705199 RS, RE 946847 RN, AI 861141 PR.

³ Súmula 279: Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário. Com a aplicação dessa súmula o STF tem recusado diversos recursos extraordinários que teriam como fulcro a pena de perdimento, em razão de que já que não se questiona a questão de constitucionalidade da pena, o tribunal não poderia analisar questões fáticas já analisadas na instância inferior, até mesmo por questões de competência do STF. A esse respeito passagem do voto do Relator Celso de Mello em sua decisão Monocrática no RE 946847/RN: “Vê-se, portanto, que a pretensão deduzida, em sede recursal extraordinária, pela parte ora recorrente revela-se processualmente inviável, pois o recurso extraordinário não permite que se reexaminem, nele, em face de seu estrito âmbito temático, questões de fato ou aspectos de índole probatória (RTJ 161/992 – RTJ 186/703), ainda mais quando tais circunstâncias, como sucede na espécie, se mostram condicionantes da própria resolução da controvérsia jurídica, tal como enfatizado no acórdão recorrido, cujo pronunciamento sobre matéria de fato reveste-se de inteira soberania (RTJ 152/612 – RTJ 153/1019 – RTJ 158/693, v.g.)”

processo legal, outro fato se refere ao emprego de tal sanção por autoridade administrativa o que após a promulgação da Constituição de 1988, não seria mais possível, pois esta entendeu que este tipo de sanção em razão de seu caráter extremo estaria reservado às sentenças condenatórias proferidas por juízes criminais. (CARLUCI, 1997, p. 366-367).

Logo, segundo os referidos autores e com pensamento na mesma direção Eduardo Rocha Dias e Natércia Sampaio (2004), entendem que embora a pena de perdimento tenha um caráter administrativo-tributário não poderia ser aplicado pela receita federal. Sendo permitida essa pena pelo ordenamento apenas nos casos previstos pela constituição (artigos que já nos referimos), e na esfera penal quando da prática de crimes como o de contrabando e descaminho, em razão do fulcro diferenciado para a aplicação da sanção.

Após apresentarem-se alguns dos argumentos contrários a constitucionalidade da pena de perdimento em matéria aduaneira, faz-se necessário analisarmos os argumentos daqueles que em sentido oposto argumentam pela constitucionalidade de tal sanção principalmente para coibir o dano ao erário público.

Heleno Taveiro Torres afirma que mesmo que à atual constituição de 1988, não disponha expressamente a respeito do dano ao erário, nada impediria de aplicar-se a pena de perdimento em questões aduaneiras em razão de que a sanção permanece presente no espírito da constituição bem como seu pressuposto material de forma implícita.

Dessa forma, a constituição teria unificado os campos penais e administrativos unificando essas duas searas da pena de perdimento, sendo que a única mudança visível quanto a esta sanção seria que essa deveria a partir desse momento obedecer ao *due process of law*, fato que não seria necessário antes da constituição de 1988 de acordo com o próprio entendimento do Supremo Tribunal Federal no RE 965693-RS, Rel. Min. Alfredo Buzaid.

Vale ressaltar que embora não esteja previsto a possibilidade de aplicação dessa sanção de forma expressa na Constituição, isso não levaria ao pensamento de sua inconstitucionalidade, este é o entendimento de Rony Ferreira que assevera quanto a desnecessidade de tudo “estar expressamente previsto na Constituição para que exista”.

O próprio Supremo Tribunal Federal já asseverou no RE 223075 – DF; 1º Turma; Rel. Min. Ilmar Galvão, que a falta de previsão expressa de um instituto ou expressão na constituição, não gera necessariamente, a inconstitucionalidade ou a não recepção. O Entendimento do Tribunal Regional da Terceira Região, também vai nesse mesmo sentido, que abaixo transcreve-se:

I-O Egrégio Supremo Tribunal Federal declarou a constitucionalidade da pena de perdimento por danos causados ao erário, por haver expressa na Constituição Federal de 1967, artigo 153, parágrafo 11, com a redação dada pela Emenda Constitucional n. 11 de 13 de outubro de 1978 (REx n. 85.693 –RS, Rel. Min. Alfredo Buzaid). Mas da falta de previsão expressa na vigente Constituição não se conclui a sua inconstitucionalidade ou não-recepção, sendo necessário, para além do argumento meramente verbal, analisar se o conteúdo das normas constitucionais em vigor admitem ou não tal penalidade.

IX- O controle quanto ao ingresso de coisas no País diz respeito à sua própria soberania. Nessa atividade, não é razoável exigir do Poder Executivo o esgotamento da via jurisdicional, consequência necessária se acolhida a alegação de inconstitucionalidade da pena

de perdimento. A autoridade administrativa não poderia dar qualquer destino às mercadorias apreendidas e sob sua guarda, pois a destinação implica expropriação. O ônus do processo, em casos dessa natureza, cabe ao particular, não ao Poder Executivo. (TRF- 3º Região; 5º Turma; Apelação em Mandado de Segurança n. 49943; processo n. 91030300269/MS; Rel. Des. Fed. André Nekatschalow)

Vera Lúcia Feil Ponciano seguindo essa mesma linha de pensamento, afirma não ser relevante a expressa autorização da Constituição vigente, em razão de que o próprio direito a propriedade como direito fundamental, não trata-se de algo absoluto, podendo ser relativizado nesse caso pelo interesse público, que se sobrepõe ao particular. Ainda argumenta a autora pela validade da pena de perdimento estar intimamente ligada a construção histórica brasileira, estando presente nas constituições anteriores. (TREVISAN, 2008, p, 281)

Quanto ao direito à propriedade como direito e fundamentação para a defesa do particular em face da aplicação da pena de perdimento, será exposto mais acentuadamente no próximo capítulo desse artigo, mas vale asseverar que os direitos fundamentais não se sobrepõem aos deveres do cidadão estando assim em uma relação de horizontalidade, não podendo alegar o primeiro, para uma escusa não-razoável do segundo nesse sentido vale citar o entendimento de José Carlos Vieira de Andrade:

A concepção dos direitos fundamentais como poderes individuais contra o Estado não seria, de fato, suficiente nem adequada para exprimir juridicamente as relações entre os cidadãos e os poderes públicos; àqueles não caberiam apenas direitos nem a estes meros deveres. (ANDRADE, 2004, p. 159).

E é importante asseverar, que a constitucionalidade da pena de perdimento já não é mais questionada pelo Supremo Tribunal Federal, frente a atual Constituição vigente. O argumento utilizado pela corte para afastar a apreciação desta sanção nos casos em matéria aduaneira, seria que a pena está prevista na legislação infraconstitucional, e a violação ao sistema constitucional somente poderia ocorrer por meio de questões reflexivas, não cabendo nesse caso o controle de constitucionalidade, sendo nesse caso a maioria das situações resolvidas com base na súmula 279⁴ da corte.

Importante entender que não se trata de uma questão pacífica, mesmo que nossa Corte Suprema entenda o contrário, em razão de que os argumentos apresentados por ambos os lados são razoáveis e encontram um ambiente profícuo para desenvolver suas teses principalmente por ser uma seara bastante polêmica e controvertida. Assim ressalta-se que se trata de um debate posto e necessário por envolver diversas áreas do direito.

3. PENA DE PERDIMENTO E O DIREITO FUNDAMENTAL DE PROPRIEDADE.

Nesse tópico será tratado um pouco sobre o ponto de inflexão existente entre a pena de perdimento e o direito de propriedade, em razão de que ao analisarmos essa sanção, estaríamos analisando a questão do interesse público e a proteção ao erário público em face do direito fundamental do particular.

⁴ Agl n. 861.141; Rel. Min. Carmen Lúcia ; RE 404.781- Agr ; Rel. Min. Gilmar Mendes ; DJ 13/3/2012.

Assim vamos abstrair a um exemplo hipotético, suponha-se que um determinado particular, voltando de uma viagem a Ciudad del Este, ao entrar em Foz do Iguaçu, importando determinados objetos seja autuado pelo fiscal da Receita Federal, e este ao constatar as possíveis irregularidades na importação, determina o perdimento dos bens importados, e do veículo que realizou o transporte dos bens irregulares, sendo no nosso caso um carro médio. A pergunta que se faz é, se a atuação do fiscal estaria restringindo ou lesando um direito de propriedade do particular?

Para entender a atuação do fiscal da Receita Federal no caso em tela, temos que levar em conta os direitos fundamentais do particular, entre eles o seu direito a liberdade e ao da propriedade bem como a vedação ao confisco. Ainda sobre o exemplo acima, vale ressaltar que se for uma pessoa jurídica que estiver realizando a importação, o mesmo questionamento também é válido em razão de que a constituição estendeu o direito fundamental de propriedade também as Pessoas Jurídicas de Direito Privado no momento que garante a livre iniciativa.

Já se adianta que assim como o argumento da (in) constitucionalidade quanto a pena de perdimento, quando analisamos se ocorreria uma violação ao direito de propriedade no momento da aplicação dessa sanção, também teremos teses contrárias ou favoráveis, que agora se passa a explicar.

Aos que defendem que a aplicação da pena de perdimento não violaria o direito à propriedade argumentam que, mesmo que a constituição reconheça e garanta os direitos e garantias fundamentais isso não afastaria a existência de deveres básicos que o próprio particular deve ter para com a sociedade e o Estado, como nos aponta Gregorio Robles (2005, P.45), que argumenta “que não faz sentido pretender, como é comum, fundamentar os direitos humanos sem fazê-los corresponder aos deveres e valores morais”.

Dessa forma os Direitos Fundamentais, não poderiam servir como argumento ou escusa para prática de atos que lesem o patrimônio Estatal e por uma interpretação reflexiva, atitudes que causem um dano para toda sociedade.

Faz-se de bom alvitre ressaltar que, a doutrina constitucionalista é uníssona em afirmar que mesmo que a constituição dê uma força normativa imperativa aos direitos fundamentais, esses não seriam absolutos, podendo ser relativizados em situações de interesse público para o bem de toda a sociedade.

O Interesse público em um Estado Democrático de Direito não trata-se de um afirmação de uma vontade discricionária do Estado, nem se confunde ainda com a vontade de seus governantes ou mesmo de pequenos grupos dominantes, mas se trata de proteger toda a comunidade nacional.

Ademais, a própria constituição vai estabelecer que o direito à propriedade não fosse absoluto, em razão de estar condicionado pelo artigo 5º XXIII da Constituição ao cumprimento de sua função social. Sendo que o não cumprimento dessa função pode levar o Estado a agir, podendo termos até o caso de desapropriação.

Nos casos do uso da propriedade, para a plantação de psicotrópicos, tem-se outra possibilidade de relativização do direito à propriedade, que pode gerar até mesmo o seu perdimento. Dessa forma os defensores da aplicação da pena de perdimento em matéria aduaneira, argumentam que não há direitos absolutos e que o Estado deve agir quando houver abusos de direitos, para impedir os riscos iminentes à vida em sociedade, ademais a fiscalização aduaneira não tem apenas uma função tributária, mas principalmente uma função administrativa de proteção social.

Para os autores que argumentam que a pena de perdimento seria uma violação ao direito de propriedade, defendem que os Decretos-leis nº37/66 e 1.455/67, não obedeceriam à legalidade. Em razão de que qualquer limitação a um direito fundamental deveria estar expresso na constituição e mesmo obedecer ao princípio da legalidade.

Nessa linha de raciocínio os Decretos por terem sido expedidos pelo Poder Executivo e não pelo Legislativo que teria atualmente competência outorgada pela constituição para legislar nessa matéria quanto à relativização direitos fundamentais.

Ainda pode-se citar que embora o direito à propriedade se encontre em processo de relativização por parte da legislação ordinária, impõe-se ainda ao legislador a necessidade de preservar o conteúdo ou o núcleo essencial desse direito fundamental que estaria sendo lesado no momento da aplicação da pena de perdimento nas questões de direito aduaneiro.

Uma coisa que deve ficar evidente, durante todo o debate, é que o direito de propriedade deve ser observado, bem como respeitado os princípios da proporcionalidade por parte do Estado quando da aplicação de limitações ou restrições à propriedade, bem como deve ser afirmativa a resposta que o erário público também deve receber proteção semelhante, obedecendo os princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

CONCLUSÃO

Após apresentação dos argumentos contrários e favoráveis que embasam os debates quanto a (in)constitucionalidade da pena de perdimento em matéria aduaneira, e sua correlação com o direito de propriedade, é possível inferir algumas ideias a esse respeito que abaixo começamos a tratar.

O primeiro ponto, é que embora seja uma sanção relativamente antiga no ordenamento, e seja aplicada por diversos países, têm-se poucos estudos na doutrina nacional que busquem especificar e aprofundar o estudo da pena de perdimento e isso se deve principalmente, pois se formou um tabu quanto a essa questão, tornando-se quase que um ponto de inflexão.

Outro fato problemático é que a própria legislação que vem a regulamentar a aplicação da pena de perdimento em matéria aduaneira, mais especificamente os Decretos-Lei n. 37/1966 e 1.455/1976, necessitam de uma atualização que passa justamente por uma atuação legislativa, com o afã de dar mais legitimidade até mesmo para a administração da aduana, em razão de que hoje quase toda a legislação nessa matéria é composta por atos de hierarquia bastante inferiores sendo portarias, instruções normativas ou atos declaratórios.

Quanto à constitucionalidade o STF atualmente tem usado uma jurisprudência defensiva como apresentamos para afastar a análise da constitucionalidade da pena de perdimento, quando na verdade se faz totalmente necessário que os Tribunais superiores, voltem a analisar essa questão e a enfrentem não como algo resolvido e pacífico, mas como um debate posto e primordial para o Estado Democrático de Direito. E como nos referimos no parágrafo anterior, é essencial que o Congresso Nacional atue pela edição de novas normas para regulamentar a administração das aduanas embasado por princípios e direitos previstos na Constituição.

REFERÊNCIAS

- AFONSO, Thadeu José Piragibe. **O Direito Penal Tributário e os Instrumentos de Política Criminal Fiscal**. Porto Alegre: Núria Fabris Editora. 2012.
- AIRES, Leandro Antonio. **Aspectos do bem jurídico ofendido nos crimes tributários**. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal do Paraná – UFPR. 2010
- AMARAL, Antônio Carlos Rodrigues do. (Coord.) **Direito do Comércio internacional – aspectos fundamentais**. São Paulo: Aduaneiras, 2004.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 2004.
- BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo Administrativo Disciplinar**. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva. 2013
- BALEEIRO, Aliomar. **Direito Tributário Brasileiro**. 10. Ed. Forense: Rio de Janeiro.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª Ed. Coimbra: Almedina. 2000
- CARLUCI, José Lence. **Uma Introdução ao Direito Aduaneiro**. São Paulo: Aduaneiras, 1997.
- CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito Tributário – linguagem e método**. 5. Ed. São Paulo: Noeses, 2013.
- _____, Paulo de Barros. **Direito Tributário: Fundamentos Jurídicos da Incidência**. 6º Ed., São Paulo: Saraiva, 2008.
- CERNICCHIARO, Luiz Vicente. Direito Penal Tributário – Observações de Aspectos da Teoria Geral do Direito Penal. *In: Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo. Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 2010.
- DIAS, Eduardo Rocha; SIQUEIRA, Natércia Sampaio. Sanções Administrativas Tributárias: Uma Tentativa de Enquadramento Constitucional. *In: (Coord.) MACHADO, Hugo de Brito. Sanções Administrativas Tributárias*. São Paulo: Dialética, 2004.
- GALKOWCZ, Henrique. A propriedade, o tributo e o confisco – o significado do inc. IV do art. 150 da Constituição e o limite quantitativo ao poder de tributar. *In: Revista Tributária e de Finanças Públicas*, São Paulo, ano 21, v. 108, RT, jan-fev. 2013.
- MACHADO, Hugo de Brito, **Crimes contra a ordem tributária**, 2ª Ed. – São Paulo: Atlas, 2009.
- MACHADO, Hugo de Brito. A pena de perdimento de bens e a insubsistência do fato gerador da obrigação tributária. *In: Revista de Estudos Tributários*, nº57, São Paulo, Síntese, set-out, 2007.
- MEIRA, Liziane Angelotti. **Regimes Aduaneiros Especiais**. São Paulo: IOB, 2002.
- MELO, José Eduardo Soares. **Curso de Direito Tributário**. 9ª. Ed. São Paulo: Dialética. 2010
- MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª Ed. Ver. e atual.. São Paulo: Editora Saraiva, 2009

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. **Os princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade no Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros. 2006

PAULSEN, Leandro. **Direito Tributário – Constituição e Código Tributário à luz da doutrina e da jurisprudência**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

PARISI, Fernanda Drummond; TORRES, Heleno Taveira; SOARES DE MELO, Jose Eduardo. (Org.). **Estudos de Direito Tributário em Homenagem ao Professor Roque Antonio Carrazza**, v. 1. 1ed.São Paulo: Malheiros, 2014.

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

ROBLES, Gregorio. **Os Direitos Fundamentais e a ética na Sociedade Atual**. São Paulo: Editora Manole, 2005.

TORRES, Heleno Taveira. **Tratados internacionais na ordem jurídica brasileira**. (Coord.) AMARAL, Antônio Carlos Rodrigues. São Paulo: Aduaneiras, 2005.

TÔRRES, Heleno Taveira. Pena de Perdimento de Bens e Sanções Interventivas em Matéria Tributária. *In: Revista de Estudos Tributários RET*, n. 49, maio-jun. 2006

TREVISAN, Rolsado. (coord.). **Temas Atuais de Direito Aduaneiro**. São Paulo: Lex Editora. 2008.