

CAIO ROBERTO SOUTO DE MOURA

**O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E OS
PROCEDIMENTOS ESPECIAIS DE CONTROLE ADUANEIRO**

Dissertação apresentada como requisito para obtenção do grau de Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito do Curso de Bacharelado em Ciências Jurídicas e Sociais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

Orientador: Prof. Paulo Antônio Caliendo Velloso da Silveira

Porto Alegre
2008

CAIO ROBERTO SOUTO DE MOURA

**O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E OS
PROCEDIMENTOS ESPECIAIS DE CONTROLE ADUANEIRO**

Dissertação apresentada como requisito para obtenção do grau de Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito do Curso de Bacharelado em Ciências Jurídicas e Sociais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

Aprovada em: _____ de _____ de _____

BANCA EXAMINADORA

Prof. Paulo Antônio Caliendo Velloso da Silveira – PUCRS

RESUMO

O trabalho pretende analisar os procedimentos especiais de controle aduaneiro na perspectiva do princípio da proporcionalidade. Vistos como uma manifestação do poder de polícia administrativo, os *procedimentos especiais de controle aduaneiro*, previstos na Instrução Normativa da Secretaria da Receita Federal nº 206, de 25 de setembro de 2002, destinam-se a situações específicas, nos casos de introdução, no País, de mercadoria sob fundada suspeita de irregularidade punível com a pena de perdimento.

A validade material de normas jurídicas implica o seu contraste com os princípios constitucionais aplicáveis, incluindo-se o princípio da proporcionalidade, por impor à Administração Pública a eleição de medidas concretas que acarretem a menor restrição possível aos direitos individuais. Sob a ótica do princípio da proporcionalidade, podem-se vislumbrar hipóteses em que a sistemática retenção da mercadoria prevista nos procedimentos especiais de controle aduaneiro revela um juízo negativo de proporcionalidade.

O pressuposto material dos “indícios” de infração cominada com o perdimento, contido na Medida Provisória nº 2.158-35/2001, é normatizado de forma mais imprecisa na Instrução Normativa SRF nº 206/2002, que trata da “fundada suspeita” de infração cominada com o perdimento aduaneiro.

A deficiência normativa na eleição dos pressupostos cautelares também decorre do fato de que a MP nº 2.158-35/2001 não prevê o pressuposto temporal da medida cautelar da apreensão aduaneira, o *periculum in mora*. Ausente a urgência, não se justifica a cognição sumária, que termina por afastar a adequada consideração sobre o conflito de princípios jurídicos envolvidos.

Freqüentemente, o prazo de noventa dias, previsto para a apreensão cautelar aduaneira, ultrapassa o limite de viabilidade das relações econômicas, acarretando a perda do valor econômico da propriedade e a vedação à atividade econômica. Ainda há a possibilidade de renovação do prazo, por

outros noventa dias, sem que se fixem critérios muito definidos para sua utilização. Sempre que a apreensão cautelar aduaneira prevalecer por período maior que o da viabilidade comercial dos bens retidos, inexistindo ainda a constatação da infração aduaneira, autoriza-se o juízo negativo de proporcionalidade.

A incidência do princípio da proporcionalidade no regime excepcional de polícia aduaneira da Instrução Normativa SRF nº 206, de 25 de setembro de 2002, permite entrever diversas possibilidades de atuação desproporcional do Estado, seja em face da sistemática apreensão aduaneira cautelar, seja em face da imprecisão conceitual do seu pressuposto, seja em face da ausência do pressuposto cautelar temporal para a apreensão cautelar, ou do excessivo prazo de tal apreensão.

Palavras-Chave: Princípios Constitucionais. Proporcionalidade. Direito aduaneiro. Poder de polícia aduaneira. Procedimentos especiais de controle aduaneiro.

ABSTRACT

The study aims to examine the special procedures of customs control in light of the principle of proportionality. Regarded as a manifestation of the administrative police power, these special procedures are aimed at specific situations where goods are brought into the country under a justified suspicion of wrongdoing which is punishable by seizure and loss of the goods.

The validity of the legal rules needs to be contrasted with constitutional principles, including the principle of proportionality, which requires the State to apply concrete measures that cause the least possible restriction on individual rights. From the viewpoint of the principle of proportionality, it is possible to identify cases in which systematic seizure, as provided in the special procedures of customs control, reveals a failure to adhere to what is regarded as proportionate

The presumption of material "indicia" of wrongdoing being made punishable by loss of the goods, set out in Temporary Decree 2,158-35/2001 is regulated in more imprecise terms the Federal Tax Departments' Normative Instruction 206/2002 which deals with "founded suspicion" ("*fundada sospeita*").

The lack of clarity in setting out the elements for granting interim relief also stems from the law not providing the temporal criteria for the interim customs seizure relief (the *periculum in mora* limb). Absent urgency, it is inappropriate to render interim relief, has as a consequence the lack of proper analysis of the conflict of legal principles involved.

Often, the ninety day period provided for interim customs seizure exceeds the economically reasonable limits, resulting in the loss of market value of the goods and the hindrance of commercial activity. Still, the period may be renewed for another ninety days, without well-defined criteria for it. Whenever interim seizure measures remain in force for longer than market viability of the goods seized, where no wrongdoing is present, there is a disproportionate use of the police power.

The application of the principle of proportionality in the special procedures of customs control allows for many possible disproportionate uses of the State's police power, be it in the systematic interim customs seizure, in the vagueness of its standards, in the lack of a temporal criteria for the precautionary seizures, or in the excessive period of such seizure.

LISTA DE ABREVIATURAS

IN – Instrução Normativa

Siscomex - Sistema Integrado de Comércio Exterior

SRF – Secretaria da Receita Federal do Brasil

Coana - Coordenação-Geral de Administração Aduaneira

CPC – Código de Processo Civil

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE	17
2.1 NORMAS, SISTEMA E PRINCÍPIOS JURÍDICOS	17
2.1.1 Normas jurídicas	17
2.1.2 Sistema jurídico	21
2.1.3 Princípios jurídicos	24
2.2 EFICÁCIA NORMATIVA DOS PRINCÍPIOS	33
2.2.1 Eficácia interna dos princípios	33
2.2.2 Eficácia externa dos princípios	36
2.3 O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE	41
2.3.1 Natureza e fundamento jurídico do princípio da proporcionalidade	41
2.3.2 A proporcionalidade como decorrência lógica do caráter de princípio	44
2.3.3 A proporcionalidade na transformação do Estado Legal em Estado Constitucional	46
2.3.4 A proporcionalidade como princípio ou critério de interpretação	47
2.3.5 Os sujeitos ao princípio da proporcionalidade: Poder Legislativo, Executivo e Judiciário	50
2.3.6 Funções do princípio da proporcionalidade	54

2.3.7 Os pressupostos do princípio da proporcionalidade – adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.	56
2.3.7.1 Pressuposto da adequação	58
2.3.7.2 Pressuposto da necessidade	61
2.3.7.3 O pressuposto da proporcionalidade em sentido estrito	63
3 PODER DE POLÍCIA ADMINISTRATIVO E PODER DE POLÍCIA ADUANEIRA	68
3.1 PODER DE POLÍCIA ADMINISTRATIVO	68
3.1.1 Conceito	68
3.1.2 Fundamento e finalidade do poder de polícia administrativo	70
3.1.3 Poder de polícia e relações especiais de sujeição	73
3.1.4 Traços característicos do poder de polícia administrativo	75
3.1.5 Polícia administrativa e polícia judiciária	78
3.1.6 Atos de polícia administrativa - atos normativos e atos concretos	80
3.1.7 Requisitos e atributos dos atos de polícia administrativa	81
3.1.8 Controle da legalidade do ato de polícia administrativa. Processo administrativo.	85
3.1.9 Sanções decorrentes do poder de polícia administrativo	88
3.2 O PODER DE POLÍCIA ADUANEIRA	91
3.2.1 Direito Aduaneiro	91
3.2.2 O controle aduaneiro como ato de polícia administrativa. Características específicas da polícia aduaneira.	99
3.2.3 Poderes de polícia aduaneira. Requisitos de validade e atributos dos atos de polícia aduaneira	102
3.2.4 Desembaraço aduaneiro como ato administrativo. Despacho aduanheiro como procedimento administrativo	107

3.2.5 Sanções no exercício do poder de polícia aduaneira	111
4 O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E OS PROCEDIMENTOS ESPECIAIS DE CONTROLE ADUANEIRO	116
4.1 PODERES GERAIS E PODERES ESPECIAIS DE POLÍCIA ADUANEIRA	116
4.2 FONTE NORMATIVA DOS PROCEDIMENTOS ESPECIAIS DE CONTROLE ADUANEIRO	119
4.3 O PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DE CONTROLE ADUANEIRO DA IN SRF Nº 206/2002	121
4.3.1 Hipóteses de aplicação	121
4.3.2 Natureza jurídica	126
4.3.3 Procedimento administrativo	129
4.4 O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E OS PROCEDIMENTOS ESPECIAIS DE CONTROLE ADUANEIRO	133
4.4.1 A sistemática apreensão cautelar aduaneira	133
4.4.2 A imprecisão conceitual do pressuposto cautelar da apreensão aduaneira	139
4.4.3 A ausência do pressuposto cautelar temporal na apreensão aduaneira	148
4.4.4 O prazo da apreensão cautelar	153
5 CONCLUSÃO	163
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	174

1 INTRODUÇÃO

Após a Constituição Federal de 1988, verificou-se profunda alteração no tratamento jurídico dos atos do Estado. Os atos estatais tornaram-se suscetíveis de amplo questionamento, das mais diversas naturezas, autorizando-se um maior controle social. Neste cenário de ampliação democrática do controle da atuação do Estado, a crítica jurídica dos atos administrativos ganhou suporte no sistema constitucional.

Assim, dispôs a Constituição Federal brasileira um sistema jurídico no qual a conduta do Estado submete-se ao controle social, não somente sob o viés político da democracia representativa, mas também sob o viés jurídico, através da universal sindicabilidade dos atos do Estado, através do Poder Judiciário. O exame judicial da legitimidade dos atos do poder público, na nova ordem, incorporou instrumentos de avaliação mais profundos, permitindo superar o exame da adequação formal à legalidade, e impondo uma avaliação ética do funcionamento do Estado.

É nesse sentido que, entre as diretrizes fundamentais da Carta da República, encontram-se listados inúmeros direitos e garantias que têm como alvo a atuação estatal, firmando a posição do legislador constitucional no sentido de não legitimar a atuação irrefletida ou excessiva do poder político, preservando-se o núcleo dos direitos fundamentais dos cidadãos. Nesta concepção, a Constituição Federal brasileira impõe expressamente ao Estado uma atuação pautada na moralidade, mais do que na mera legalidade, como afirmação da democracia e de um sistema jurídico lastreado na simetria entre o público e o privado.

Se, por um lado, tais normas constitucionais tornam a ação do Estado menos dinâmica em diversos sentidos, por outro, emprestam-lhe legitimidade, ingrediente indispensável nas modernas democracias ocidentais. A opção política é clara. Não cabe ao Estado apenas a atuação eficaz, mas também a conduta razoável no exercício do poder político. O Estado, após a ordem jurídica de 1988, deve, em sua atuação, preservar o princípio democrático, que lhe impõe limites à atuação.

A legitimidade incorporada na nova democracia, assim, ultrapassa a preocupação apenas sistematizante, de adequação formal do ato estatal à legalidade. Através dos princípios constitucionais, o componente valorativo passou a ser elemento essencial na validação jurídica da atuação estatal, impondo-se o exame ético, sem o qual, não pode haver a aceitação jurídica.

É nesse sentido que as novas formas de questionamento jurídico dos atos do Estado passaram a incorporar critérios axiológicos, expressos ou implícitos na ordem constitucional. Os limites da discricionariedade administrativa foram sendo progressivamente reduzidos pela atividade interpretativa jurisprudencial, culminando na integralidade do controle dos atos administrativos.

Tal pressuposto de controle estende-se a todos os poderes políticos, passando-se a exigir, no exame da legalidade, uma abordagem mais ampla, na qual o intuito do administrador público possa ser adequadamente examinado em sua substância. Neste contexto de controle democrático, os atos de polícia administrativa tornam-se especialmente suscetíveis aos controles de legitimidade, pela sua maior repercussão no núcleo dos direitos fundamentais mais sensíveis, como a liberdade, a propriedade e a atuação econômica do cidadão.

Neste cenário de intenso questionamento de atos estatais, não é estranho que as condutas públicas que mais interfiram no campo dos direitos fundamentais gerem uma maior demanda de controle judicial. Quanto mais valioso o direito individual restringido, maior a intensidade e a complexidade do controle judicial suscitado. Como conseqüência, multiplicam-se as demandas judiciais questionando os atos do Estado sob os mais diversos aspectos, utilizando-se a sociedade dos diversos instrumentos processuais colocados à sua disposição, nos quais se amplia, inclusive, a legitimação ativa.

Nessa linha, as atuações de polícia administrativa adquirem relevo na atuação jurisdicional, intensificando-se as demandas que questionam o exercício do poder de polícia administrativo. A situação é justificada pela maior crítica da sociedade a toda a atuação estatal que interfira de modo particularmente intenso no núcleo dos direitos individuais, ao lado da maior sindicabilidade judicial determinada pela ordem constitucional democrática de 1988.

A atuação de polícia administrativa, assim, passa a compor o substrato de parcela substancial da jurisdição, principalmente da Justiça Federal, que vai incorporar na análise jurídica um componente que ultrapassa, por imposição constitucional, o aspecto da mera legalidade formal. Assentada a eficácia jurídica dos princípios constitucionais, chamados a dotar o exame jurídico de uma perspectiva axiológica, o âmbito do exame judicial da validade dos atos de polícia amplia-se e o torna mais complexo.

No campo da atuação de polícia estatal, o exame da validade jurídica se mostra particularmente importante naqueles setores onde os direitos fundamentais são especialmente valorados pela sociedade. Ao condicionarem de modo mais intenso atividades privadas que traduzem interesses mais valiosos, sob o ponto de vista social, determinados setores de polícia administrativa tornam-se particularmente suscetíveis ao questionamento e ao controle judicial.

Interesses privados de cunho econômico, assim, representam foco importante de questionamentos judiciais, sendo tanto mais intensas as demandas quanto maiores os aspectos patrimoniais envolvidos, e maior a restrição pública ao exercício dos direitos individuais.

É nesse sentido que se sobressaem, na jurisdição federal em regiões de fronteira ou onde se situam portos, aeroportos e pontos alfandegados, as demandas judiciais relativas aos limites do exercício do poder de polícia aduaneira. A dinâmica do comércio internacional, aliada ao volume crescente das trocas internacionais, torna a atuação aduaneira do Estado especialmente propícia ao questionamento judicial.

Do mesmo modo, pela evidente possibilidade de fraudes e por ser o campo, por excelência, das grandes economias ilícitas, o poder de polícia

administrativo, aqui, exige atuação enérgica e atenta, impondo-se o controle estatal em áreas onde, inevitavelmente, vão se mesclar o lícito e o ilícito.

O comércio internacional é, por definição, intensamente controlado, fenômeno que não se limita ao Brasil, mas é característico das grandes economias nacionais contemporâneas. Ao mesmo tempo, o cenário econômico global impõe a intensificação das trocas comerciais para a própria sustentabilidade econômica e política das nações, demandando dos agentes econômicos maior agilidade em tais trocas, pela premência da competitividade.

Tais fatores justificam o volume e a complexidade das demandas judiciais concernentes ao controle aduaneiro do Estado. Ao lado do interesse privado na transferência de grandes volumes, a baixo custo e a tempo compatível com o do mercado, atua o interesse público no controle efetivo das trocas mercantis internacionais, para o combate aos delitos aduaneiros e penais que têm como veículo as operações de comércio internacional. A incidência simultânea pode fazer ocorrer, no caso concreto, um conflito juridicamente qualificado entre estes conjuntos de interesses.

Sabe-se que o controle aduaneiro não pode ser resumido a um mero interesse na arrecadação de tributos alfandegários, mas materializa interesses públicos concernentes à proteção da economia nacional, saúde e moralidade públicas, higidez ambiental, etc. Assim, o controle aduaneiro, como manifestação do poder de polícia, é dotado de instrumentos dirigidos a esta ampla faixa de atuação, ao mesmo tempo em que deve ser aplicado a volumes crescentes, em tempo compatível com as trocas econômicas.

Ao mesmo tempo, o controle aduaneiro visa à efetiva repressão e prevenção dos ilícitos aduaneiros, que, muitas vezes, desbordam das simples infrações administrativas. Evidenciam, freqüentemente, delitos socialmente desagregadores, como a “lavagem” de capitais de origem ilícita, a estruturação de sociedades criminosas que auferem grandes lucros do descaminho, do contrabando, da evasão fiscal e mesmo do tráfico de drogas ilícitas.

A convivência entre estas duas esferas de interesses socialmente relevantes vai encontrar sua mediação no exercício de polícia aduaneira, que, por sua natureza, tem o potencial de gerar situações de conflitos juridicamente qualificados. Entretanto, se o poder de polícia aduaneiro ordinário, aquele voltado ao comum das operações de trocas mercantis internacionais, gera

tensão significativa entre os interesses público e privado, a possibilidade se amplia quando se trata dos procedimentos especiais de controle aduaneiro.

Tal regime jurídico excepcional de polícia aduaneira tem por fim o controle de operações de comércio exterior que denotam o cometimento de ilícitos que ultrapassam as simples infrações administrativas corriqueiras. Sempre, portanto, que houver a possibilidade da ocorrência de ilícitos aduaneiros mais socialmente danosos, autoriza-se um exercício de polícia com poderes ampliados, instrumentado com ferramentas mais incisivas, capazes de dotá-lo de efetividade na repressão de delitos de maior potencial ofensivo à ordem jurídica e social.

Assim é que a Instrução Normativa da Secretaria da Receita Federal do Brasil nº 206/2002 trata de instituir o regime dos procedimentos especiais de controle aduaneiro, destinados à investigação de possíveis ilícitos que possam culminar com a imposição da pena de perdimento das mercadorias, que representa forma das mais incisivas de penalização administrativa.

O procedimento especial de controle aduaneiro representa um regime jurídico novo, instituído somente no ano de 2002, e autorizado legalmente pela Medida Provisória nº 2.158-35, de 24 de agosto de 2001. A inovação amplia não somente as possibilidades investigatórias da aduana, mas também impõe o sistemático resguardo cautelar da eventual e futura imposição do perdimento aduaneiro.

Tal regime excepcional de polícia aduaneira constitui-se em um poderoso instrumento de controle de delitos aduaneiros. No entanto, por sua própria natureza e destinação, revela a possibilidade de restringir excessivamente o núcleo dos direitos fundamentais, o que suscita a questão dos limites a serem observados no exercício do poder de polícia do Estado, e o seu adequado tratamento jurídico.

Conjugam-se, aqui, alguns fatores decisivos para um exame mais aprofundado da matéria: a falta de um maior tratamento doutrinário do regime jurídico especial de controle aduaneiro, a complexidade do assunto e importância social no adequado deslinde das controvérsias suscitadas pelo seu exercício.

Das várias possibilidades de tratamento do tema, sobressaiu-se, desde logo, pelas possibilidades efetivas de impor a observância de um critério de

justiça na atuação estatal, o princípio da proporcionalidade. Destinado desde sempre a recolocar o exercício do poder político em um trilho de conformidade ética com os valores sociais, e de medida razoável na restrição do exercício dos direitos individuais, o reflexo do princípio da proporcionalidade, neste caso, pode gerar uma adequada compreensão do verdadeiro papel do poder de polícia aduaneira.

O tema é de crucial importância, não só na jurisdição federal como nas próprias relações entre Estado e agentes econômicos do comércio internacional. Não é demais ressaltar que, no tempo atual da economia global, a fluência de um sistema de trocas econômicas internacionais propicia mais do que ganhos econômicos, estando estes na base da estabilidade democrática, tendo reflexo mesmo na sustentabilidade política das nações.

Ao mesmo tempo, reconhece-se que tal efeito estabilizador do sistema de comércio exterior somente exerce seus efeitos benéficos, desde que pressuponha a atuação lícita dos seus operadores. Opera contra a democracia a admissão de um sistema de controle aduaneiro que não tenha a eficácia mínima a reprimir os delitos cometidos no seu âmbito de atuação. A existência de um tal sistema, em que o ilícito exerce papel substancial, opera no sentido contrário ao da estabilidade democrática. Tem efeito desagregador, aumentando progressivamente a influência do ilícito nas relações sociais, e distorce o sistema concorrencial, que se vê privado dos benefícios da competição econômica entre os agentes produtivos.

Assim, a precisa delimitação dos limites justos e razoáveis de atuação do controle aduaneiro pode propiciar a adequada diferenciação no tratamento da conduta lícita e da ilícita, e mesmo desta, de acordo com seus diversos graus de ilicitude. A estruturação de um regime de controle aduaneiro que permita a eficaz atuação do Estado na interdição de comportamentos ilícitos, mas que fixe os limites de atuação proporcional, conforme as circunstâncias do caso concreto, nesse ponto, é fundamental para o equilíbrio das relações jurídicas. O sistema de controle aduaneiro, assim, deve ser capaz, ao mesmo tempo, de reprimir o ilícito e de facilitar a intensificação das trocas lícitas.

É nesse sentido abordamos alguns aspectos sobre a influência do princípio da proporcionalidade nesta modalidade especial do poder de polícia, constituída pelo procedimento especial de controle aduaneiro de que trata a IN

SRF nº 206/2002. A idéia do estudo é tratar de alguns dos institutos mais importantes do regime de poder especial de polícia aduaneira, bem como a análise de algumas indagações surgidas de sua aplicação, relativas às imposições do princípio da proporcionalidade.

5 CONCLUSÃO

Dentre os princípios jurídicos que orientam os sistemas normativos dos Estados Democráticos contemporâneos, o princípio da proporcionalidade mostra-se de singular importância na definição dos limites de ação do Estado.

Princípio implícito ao sistema jurídico brasileiro, a proporcionalidade desempenha papel fundamental no sistema jurídico, estando radicada na idéia de justiça e de proporção. Muito embora não tenha a formulação normativa clássica das regras jurídicas, não representando uma expressão deôntica contendo uma determinada hipótese de incidência e uma consequência jurídica específica, o princípio da proporcionalidade possui eficácia normativa própria a determinar a sua incidência nas relações jurídicas.

Em sua eficácia interna ao sistema jurídico, constitui parâmetro hermenêutico na interpretação e na aplicação das demais normas, possibilitando a incorporação de elementos nelas não expressamente previstos, mas necessários à obtenção de um resultado interpretativo consentâneo com a proporção e a razoabilidade, valores éticos que legitimam o princípio da proporcionalidade.

Do mesmo modo, permite o afastamento de elementos normativos incompatíveis com o valor fundamental da justa medida, pela sua posição relativa superior no sistema jurídico. O princípio da proporcionalidade delimita, assim, o âmbito de eficácia das normas subordinadas, determinando a prevalência da possibilidade interpretativa que esteja mais conforme ao seu conteúdo, em detrimento daquela que apresente resultado incompatível.

Além, no entanto, de sua eficácia interpretativa, o princípio da proporcionalidade, a exemplo dos demais componentes do sistema jurídico, é

dotado de eficácia externa, devendo ser aplicado em todas as situações nas quais se verifique a necessidade de coibir medidas excessivas ou irrazoáveis. Sua eficácia direta pressupõe a sua incidência nas relações jurídicas, mesmo ante a ausência de lei ordinária a admiti-la, e ainda contra eventuais regras em sentido contrário ao conteúdo da proporcionalidade.

Compreendido como “proibição do excesso”, o princípio da proporcionalidade atua na busca de uma atuação estatal materialmente justa, impondo ao exercício do poder político a busca do equilíbrio entre os interesses público e privado. Meio normativo destinado a impedir o exercício arbitrário do poder estatal, a aferição sistemática da proporcionalidade representa um controle de medida e adequação entre meios e fins para os atos do Estado.

Através do critério valorativo da proporcionalidade permite-se o controle material dos atos estatais, para além da mera legalidade formal. A legalidade, em seu aspecto formal, assim, não exaure o exame da legitimidade da atuação estatal, impondo-se a verificação de sua validade substancial, à luz dos critérios do justo e do razoável.

O controle dos atos estatais pelo crivo da proporcionalidade submete o Estado em todas as suas formas de atuação, sujeitando o legislador, o juiz e o administrador público.

A atividade legislativa proporcional deve considerar a medida destinada a minimizar as restrições aos direitos individuais, impondo parâmetros de justiça já na própria elaboração da norma jurídica. Assim, no controle de constitucionalidade das leis, impõe-se ao Poder Judiciário fazer atuar o princípio da proporcionalidade, de modo a afastar a aplicação das normas que contenham restrições inadequadas, desnecessárias ou desproporcionais ao conjunto dos direitos fundamentais.

A atuação judicial do Estado também se encontra sujeita ao princípio da proporcionalidade, devendo a própria decisão judicial estar imbuída de um nexo de medida tal que considere a justa distribuição dos custos jurídicos do litígio. Deve ela própria, além de fazer incidir a proporcionalidade no ato sancionado, impor a menor restrição possível à esfera dos direitos fundamentais e a menor interferência possível no exercício da atividade legislativa, da administração pública ou mesmo da atividade privada.

A atividade administrativa do Estado, pelo seu potencial de lesão aos direitos fundamentais, é o objeto por excelência do princípio da proporcionalidade. A escolha das políticas públicas a serem executadas, bem como a sua forma de adoção, implica a consideração da proporcionalidade como parâmetro na eleição das medidas destinadas a alcançar as finalidades coletivas que legitimam a atuação estatal. Dentre as medidas elegíveis, deve o administrador público escolher a que menos restrinja a esfera dos direitos individuais.

O princípio da proporcionalidade, portanto, é diretriz estrutural da ordem jurídica, destinado ao controle do poder em todas as suas formas. Com a função de proteger a esfera de liberdade individual e de otimizar a efetividade dos direitos fundamentais, é manejável em todas as manifestações de poder estatal, seja no âmbito legislativo, administrativo ou judiciário.

Direcionado a todas as iniciativas estatais que acarretem a restrição de direitos, liberdades e garantias por atos do poder público, o princípio da proporcionalidade, em sua função negativa, constitui cláusula geral de bloqueio, direcionando-se à proteção da esfera de direitos individuais atingida pelas medidas públicas. Além de minimizar o impacto das medidas estatais na esfera dos direitos individuais, a proporcionalidade também se revela apta a equalizar o impacto das restrições impostas, distribuindo eqüitativamente o ônus da atuação estatal. Dirige-se, portanto, a evitar cargas coativas excessivas ou atos de ingerência desmedidos na esfera jurídica dos particulares.

Em sua função positiva, o princípio da proporcionalidade impõe a otimização das normas que veiculam direitos fundamentais, impedindo a exacerbada consideração de umas em detrimento de outras, igualmente incidentes. Dessa forma, atua direcionado a maximizar a eficácia dos direitos fundamentais, no seu conjunto. A proporcionalidade também se dirige aos *defeitos de proteção*, medidas insuficientes, materiais ou normativas, para garantir a proteção adequada a bens jurídicos constitucionalmente tutelados. A desproporção pela insuficiência também se encontra no âmbito de atuação do princípio da proporcionalidade.

A conjugação das dimensões positiva e negativa do princípio da proporcionalidade implica a fixação de um patamar mínimo de atuação estatal,

na concretização dos direitos fundamentais, e um patamar máximo, na restrição dos direitos individuais. Constitui, portanto, o limite e o fim da atuação estatal.

A proporcionalidade impõe a realização de três linhas principais de aferição. O pressuposto da *adequação* determina o questionamento sobre se o meio escolhido permite atingir o fim desejado e em que medida. O pressuposto da *necessidade* impõe saber se, dentre os meios disponíveis e aptos a atingir o fim, não há outro que restrinja menos o direito dos particulares envolvidos. Finalmente, o pressuposto da *proporcionalidade em sentido estrito* implica a consideração sobre se o benefício coletivo que se procura obter é proporcional às restrições no conjunto de direitos fundamentais dos particulares envolvidos, isto é, ao custo jurídico da medida estatal.

Os pressupostos da *adequação*, *necessidade* e *proporcionalidade estrita*, assim, representam etapas do processo de racionalização da decisão, permitindo a aferição da compatibilidade do ato estatal com o sistema jurídico. A não satisfação de qualquer destes quesitos essenciais permite a conclusão de que o ato examinado não é proporcional entre seus meios e fins.

Dentre as manifestações de poder estatal sujeitas ao controle de proporcionalidade, o exercício do poder de polícia lhe é especialmente suscetível. O poder de polícia compreende a atividade estatal que, a pretexto de conformar a atividade individual aos limites constitucionais e legais, trata de limitá-la ou condicioná-la através da atuação administrativa dos diversos órgãos que compõem a estrutura do Estado.

Fundamenta-se o poder de polícia na necessidade de propiciar, pela mediação estatal, a convivência social qualificada, de modo a evitar a materialização de conflitos potenciais advindos do exercício contraditório dos direitos individuais e destes com os direitos coletivos e difusos previstos constitucionalmente.

O poder de polícia impõe padrões mínimos à conduta privada, que devem refletir a necessária observância ao núcleo ético que embasa a ordem jurídica brasileira, fundamentada na cidadania, na dignidade humana, no valor social do trabalho, na livre iniciativa e no pluralismo político, fundamentos da República Federativa do Brasil.

A polícia administrativa manifesta-se de diversos modos. Em sua face normativa, a edição de normas gerais e abstratas destinadas tem a função de delimitar o âmbito de licitude no exercício de direitos por parte do cidadão. Por sua vez, através de atos individuais e concretos, o poder de polícia administrativo busca condicionar determinado comportamento individualmente considerado anti-social. Tais atos de polícia administrativa, normativos, fiscalizatórios ou sancionatórios, têm a *proporcionalidade* como requisito de validade, além da legalidade estrita a que devem observar. O condicionamento de atividades privadas deverá ser adequado, necessário e compatível com o caso concreto e com o sistema jurídico em sua integralidade.

A atuação administrativa, ao impor restrições ao conjunto dos direitos fundamentais, gera uma tensão potencial entre a finalidade pública e a liberdade individual, exigindo a observância de limites de proporcionalidade garantidores de um mínimo de justiça nas decisões administrativas.

Uma das manifestações mais expressivas do poder de polícia do Estado é o controle sobre a entrada e saída de bens e pessoas do território nacional. Para o cumprimento das normas do Direito Aduaneiro, o poder de polícia aduaneiro impõe o controle do tráfego de pessoas e bens pelo território aduaneiro, bem como fiscaliza o cumprimento das disposições pertinentes ao comércio exterior.

É próprio da moderna economia global que o tráfego internacional seja intensamente controlado, devendo-se tal controle, e as conseqüentes restrições, a fundamentos de diversas ordens e a um complexo corpo de regras aduaneiras. Os controles aduaneiros, assim, impõem procedimentos administrativos que condicionam o exercício dos direitos de liberdade e de propriedade, trazendo a possibilidade de imposição de sanções por infrações administrativas, caracterizando-se como autêntico poder de polícia.

O poder de polícia aduaneiro tem como finalidade, caso observados os requisitos legais, a liberação da mercadoria para deixar ou entrar no país, sendo direcionado a verificar a regularidade do embarque ou desembarque de bens do território nacional para, ao final, autorizar o tráfego internacional.

O regime jurídico ordinário de polícia aduaneira, próprio das atividades cotidianas de controle aduaneiro, prevê um procedimento de ciclo curto e objeto restrito, próprio dos grandes volumes decorrentes do comércio

internacional. Além dos poderes normais de polícia aduaneira, a legislação brasileira prevê, ainda, um regime administrativo de polícia aduaneira destinado a situações singulares, em que se requeiram medidas especiais de fiscalização e de investigação.

Tratam-se dos *procedimentos especiais de controle aduaneiro*, previstos na Instrução Normativa da Secretaria da Receita Federal nº 206, de 25 de setembro de 2002, aplicável aos casos de introdução, no País, de mercadoria sob fundada suspeita de irregularidade punível com a pena de perdimento, ou que impeça seu consumo ou comercialização no País.

A aplicação de tal regime jurídico de polícia aduaneira, no entanto, por acarretar ônus substancial aos interesses particulares, deve ser cercado de um juízo de proporcionalidade, de modo a evitar a demasiada restrição ao conjunto dos direitos individuais. Sendo assim, e pressupondo a possibilidade da aplicação da pena de perdimento de bens particulares, não se autoriza a aplicação do procedimento especial de controle aduaneiro baseado em uma avaliação superficial das contingências do caso concreto.

A aplicação da pena de perdimento, pela sua gravidade, não pode ser fruto de uma irrefletida subsunção de irregularidades formais às hipóteses legais, impondo-se um juízo de razoabilidade na sua aplicação. Tal juízo de proporcionalidade também deve ser efetuado já no próprio enquadramento da operação ao regime excepcional de polícia aduaneira, pelo fato de que o procedimento especial de controle aduaneiro acarreta, por si só, graves conseqüências patrimoniais.

Mesmo que possua natureza inquisitorial, o procedimento especial de controle aduaneiro não autoriza uma cognição limitada e meramente formalista por parte da autoridade aduaneira. Dados os pesados gravames que a própria investigação acarreta aos interessados, onerados, já de início, com a apreensão cautelar das mercadorias, o procedimento especial de controle aduaneiro deve ser objeto de avaliação sob a ótica do princípio da proporcionalidade.

Nessa linha, constata-se a efetiva possibilidade de atuação desproporcional de polícia administrativa no regime do procedimento especial de controle aduaneiro. A sistemática apreensão cautelar da mercadoria, diante de indícios de infrações que poderiam apenas dar ensejo a penalidades menos

gravosas que o perdimento da mercadoria, revela a atuação desproporcional do Estado. Sem a necessária atenção ao caso concreto, com suas peculiaridades e contingências, a apreensão cautelar aduaneira pode revelar um juízo de reprovabilidade pela desproporção do ato de polícia aduaneiro.

Assentada a natureza cautelar da apreensão das mercadorias no bojo do procedimento especial de controle aduaneiro, é necessária a ponderação entre os interesses em conflito: a efetividade da futura imposição da pena de perdimento aduaneiro *versus* a indisponibilidade de bens sobre os quais, ainda, não há juízo definitivo de irregularidades administrativas. Tal ponderação, em si mesma uma das muitas manifestações da proporcionalidade, deve ser central na atenção do legislador que, já na própria elaboração da norma, deve considerar a proporcionalidade como princípio necessariamente observado.

A eleição dos pressupostos autorizadores da medida cautelar aduaneira deve, portanto, considerar a necessidade de que a norma não autorize, de qualquer modo, a atuação desmedida do Estado em seu poder de polícia administrativo. No caso do procedimento especial de controle aduaneiro, entretanto, a norma administrativa reguladora adotou a expressão “fundada suspeita”, a qual carrega conteúdo semântico mais vago que o conceito de “indícios”, veiculado na lei ordinária (MP nº 2.158-35/2001, artigo 68).

Indícios requerem alguma evidência objetiva que permita supor a ocorrência da infração, ao passo que as suspeitas podem fundar-se em percepções meramente subjetivas. O conceito jurídico de “indícios” aproxima-se de um *standard* que pressupõe um mínimo de lastro material. Significa entender que, juridicamente, somente é aceitável a conclusão indiciária se esta encontrar suporte relevante na realidade material. Percepções subjetivas não se mostram, deste modo, suficientes ao *standard* jurídico de “indícios”. Podem sê-lo, no entanto, para a caracterização da “suspeita”.

Desse modo, a migração do conceito legal de “indícios” para a norma administrativa, que deveria detalhá-lo de modo a propiciar uma atuação administrativa mais criteriosa, assume um caráter elástico, que amplia as possibilidades de atuação desproporcional, no caso concreto, ao transformá-lo em “suspeitas”. A atividade interpretativa jurisprudencial, no entanto, direciona-se a um padrão de entendimento que não somente considera a necessidade do “indício” para a apreensão cautelar aduaneira, como exige que haja

“veementes indícios”. Qualifica, portanto, o pressuposto material da apreensão cautelar aduaneira, ao passo que a norma administrativa o esvazia de rigor conceitual.

O *déficit* de delimitação conceitual do pressuposto da apreensão cautelar aduaneira, como se vê, pode tornar a atuação do poder de polícia aduaneira desproporcional, ao impor restrição exacerbada ao conjunto dos direitos fundamentais. Autoriza a aplicação do regime do procedimento especial de controle aduaneiro a casos em que minimamente se pode considerar a probabilidade da ocorrência de infração administrativa sancionada com o perdimento. Em tais casos, a restrição jurídica causada pela apreensão cautelar revela-se excessiva, considerando-se a pouca plausibilidade da pretensão estatal na imposição de improvável sanção de perdimento.

A inexistência de previsão normativa do pressuposto temporal para a apreensão cautelar aduaneira é outro dos aspectos que permitem a aplicação desproporcional da norma. A excepcionalidade das medidas cautelares decorrem do fato de que antecipam provimentos que, normalmente, apenas após o juízo definitivo seriam legítimos. Furtam-se, portanto, à regra democrática de que a aplicação de sanções pressupõe uma cognição plena, formada ao longo de um procedimento instrumentado com os meios de defesa e o contraditório, como imposição decorrente de princípios constitucionais.

Tal excepcionalidade, como se intui, apenas se justifica ante determinados pressupostos que evidenciem a necessidade da antecipação da restrição de direitos, sendo um deles exatamente a premência do tempo. A urgência é essencial à possibilidade de edição medidas acautelatórias, principalmente as restritivas de direitos. A necessidade de fazer frente à pressão temporal é mesmo a causa legitimadora do tratamento excepcional dado à edição de medidas cautelares.

Sendo assim, tal excepcionalidade somente se justifica à vista de pressupostos que traduzam a necessidade da antecipação cautelar em dois aspectos: o material e o temporal. A plausibilidade, ou significativa possibilidade da ocorrência do delito – o *fumus boni juris*, é pressuposto material, que, no entanto, não é suficiente, devendo ser acompanhado do pressuposto cautelar temporal – o *periculum in mora*.

Ausente a urgência, no entanto, não se pode justificar a cognição sumária própria das medidas cautelares, que termina por limitar a adequada consideração sobre a procedência e a precedência dos direitos em conflito. A cognição sumária que autoriza a antecipada restrição de direitos encontra-se legitimada apenas ante a perspectiva do perecimento do próprio interesse acautelado. O aspecto temporal, portanto, é da essência das medidas cautelares, fazendo parte de sua estrutura conceitual.

No caso da apreensão cautelar prevista no procedimento especial de controle aduaneiro, no entanto, a consideração sobre o tempo não consta nos pressupostos autorizadores da medida. Assim, mesmo sem a urgência representada pelo dano iminente ao interesse público, que tornaria necessário resguardar o futuro sancionamento administrativo, opera-se a restrição antecipada e sumária dos bens objeto do tráfico internacional.

O instituto da apreensão cautelar aduaneira, desse modo, autoriza uma sistemática restrição no exercício dos direitos fundamentais, acautelando a Fazenda Pública mesmo quando tal medida acautelatória não se faria necessária. A desproporção em abstrato fica clara, abrindo espaço para a ocorrência da desproporção em concreto, quando o poder de polícia aduaneira impõe a apreensão em uma específica operação de comércio exterior.

Também o prazo máximo da apreensão cautelar aduaneira, regulamentado em norma administrativa, é fator que concorre para a possibilidade de atuação de polícia aduaneira violadora do princípio da proporcionalidade. Tratando-se de norma que restringe de maneira substancial o núcleo de direitos fundamentais, fortemente tutelado na ordem constitucional brasileira, a possibilidade jurídica da constrição de bens particulares deve ser objeto de lei ordinária.

A proteção constitucional do direito individual à propriedade privada, assegurado no artigo 5º, inciso XXII, da Constituição Federal, inclui a plena disponibilidade dos bens ao proprietário, enquanto o inciso II do mesmo artigo 5º, da Constituição Federal, garante que apenas a lei ordinária poderá obrigar o particular a tolerar a restrição ao exercício dos direitos fundamentais constitucionais.

A apreensão cautelar aduaneira, no entanto, não se limita a vulnerar o direito de propriedade, mas também atinge, significativamente, a liberdade de

exercício de atividade privada e profissional. Fundamentada a República Brasileira nos valores da livre iniciativa, o inciso XXIII do artigo 5º da Constituição Federal, expressa a garantia da liberdade de exercício de trabalho, ofício ou profissão. Os bens objeto de comércio exterior, na imensa maioria dos casos, não apresentam apenas um aspecto patrimonial, mas possuem valor de troca, e sua destinação preponderante é a incorporação no ciclo econômico. Assim, qualquer restrição à sua livre movimentação implica restrição ao exercício da atividade econômica.

A obrigação imposta ao particular, de tolerar a apreensão cautelar aduaneira por prazo normatizado administrativamente, destoa do regime constitucional da proteção aos direitos individuais. Mesmo que a Medida Provisória nº 2.158-35/2001, equivalente constitucional de lei ordinária, preveja a delegação da fixação do prazo máximo à norma administrativa (artigo 68, parágrafo único), tal delegação evidencia caráter antinômico com o sistema jurídico em sua integralidade.

A imposição constitucional de que determinado regime jurídico seja exclusivamente regrado por lei ordinária impõe que todos os aspectos fundamentais de tal regime sejam veiculados por este meio normativo. A indevida delegação de aspecto fundamental do regime à norma jurídica de inferior estatura caracteriza o esvaziamento da imposição constitucional. O prazo máximo da apreensão cautelar aduaneira, assim, pelo fato de acarretar limitação relevante no âmbito dos direitos fundamentais de propriedade e de liberdade de atuação econômica, e representando restrição antecipada de direitos, somente admite a normatização legislativa ordinária para que fiquem supridos os requisitos de validade formal.

Ainda, o período máximo de retenção, fixado administrativamente em noventa dias, prorrogáveis por outros noventa dias, pode acarretar, no caso concreto, a atuação de polícia administrativa desproporcional. Tal prazo pode ultrapassar o limite de viabilidade das relações econômicas envolvidas na operação de comércio exterior objeto do procedimento especial, o que caracteriza o esvaziamento do valor econômico da operação comercial.

Tratando-se de apreensão que visa a acautelar uma eventual e futura sanção administrativa, o comprometimento da operação de comércio exterior em níveis excedentes ao que seria razoável, isto é, proporcional, pode

acarretar um juízo negativo de proporcionalidade. A proporção, aqui, deve ter em vista as contingências do caso concreto, impondo à autoridade administrativa a consideração às especificidades da operação submetida ao procedimento especial de controle aduaneiro.

A restrição exacerbada aos direitos individuais, caracterizada pelo excesso de prazo na apreensão cautelar aduaneira, pode evidenciar a desproporcionalidade entre os interesses divergentes no caso concreto. A maior restrição imposta ao conjunto dos direitos fundamentais, em relação ao benefício público na garantia de eventual sanção de perdimento aduaneiro revela a assimetria na proteção dos interesses, isto é, a desproporcionalidade.

A relação entre a magnitude do interesse público garantido pela apreensão e o grau de restrição dos direitos fundamentais decorrente deve guardar uma certa medida, que permita caracterizar a justiça da cautela exigida pelo Estado. Havendo um desnível desmedido, impõe-se o juízo da desproporcionalidade, como no caso de ultrapassarem-se os cento e oitenta dias de apreensão cautelar, sem que tenha havido a constatação de infração aduaneira.

Deve a autoridade aduaneira, assim, manejar instrumentos de menor repercussão na esfera dos direitos fundamentais que podem, com maior ou menor eficácia, atingir a finalidade acautelatória. A eventual sanção de perdimento pode vir a ser executada mediante a apreensão posterior dos bens ou pela sua substituição pelo valor monetário equivalente, isto é, mesmo despida de garantia constituída no momento da investigação. Ademais, pode ser garantida pela prestação de caução, ou pela nomeação do responsável como fiel depositário. Tais medidas, por certo, representam alternativas de conduta administrativa que, ao lado de garantir a sanção administrativa, comprometem os direitos fundamentais em níveis menores. A apreensão cautelar aduaneira não é, nesse caso, portanto, medida *necessária*.

Assim, impõe-se a conclusão de que o prazo administrativo de noventa dias, prorrogável por outro igual período, pode caracterizar, no caso concreto, a violação ao princípio da proporcionalidade. Prevalecendo a apreensão cautelar aduaneira por período maior que o da viabilidade comercial dos bens retidos, e sendo lícita a utilização de meios alternativos a garantir a eventual e futura

sanção administrativa, fica clara a desproporcionalidade do ato de polícia administrativa.

Nesse caso, embora a medida de cautela aduaneira seja *adequada* ao fim a que se propõe – o controle das infrações aduaneiras, não se mostra *necessária*, por se autorizar sua substituição por outra menos gravosa, e nem *proporcional em sentido estrito*, por evidenciar um desmedido desnível entre o grau de afetação dos direitos fundamentais envolvidos e o grau de proteção ao interesse público na regularidade das operações aduaneiras.