

RECEBIDO EM: 13/03/2022

APROVADO EM: 24/05/2022

DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR ADUANEIRO: A PENA DE PERDIMENTO DE MERCADORIAS EM IMPORTAÇÃO E A CONSENSUALIDADE

*ADMINISTRATIVE LAW CUSTOMS SANCTIONS:
THE PENALTY OF LOST GOODS IN IMPORT AND
CONSENSUALITY*

Alessandro Del Col

Especialista em Direito Público pela Escola Paulista de Direito (EPD). Especialista em Direito Privado pela Universidade Cândido Mendes (UCAM). Especialista em Administração Pública pela Fundação Getúlio Vargas (FGV). Procurador da Fazenda Nacional.

SUMÁRIO: Introdução. 1. Direito administrativo sancionador e a sanção de perdimento de mercadorias. 2. A consensualidade no direito administrativo sancionador e seus reflexos no Direito Aduaneiro. 2.1 Fundamentos constitucionais da consensualidade no Direito Administrativo Sancionador. 2.1.1 Princípio

constitucional republicano e democrático como fundamento a consensualidade na Administração Pública. 2.1.2 Conceito e evolução do interesse público e sua supremacia sobre o interesse privado. 2.1.3 Princípio constitucional da eficiência e da duração razoável do processo como vetor à consensualidade. 3. Os reflexos da consensualidade no Direito Aduaneiro: pena de perdimento de mercadorias, possibilidades e sua evolução normativa. Conclusões. Referências bibliográficas.

RESUMO: O presente estudo tem por objeto analisar a evolução do Direito Administrativo Sancionador Aduaneiro sobre a pena de perdimento de mercadorias em importação, numa perspectiva consensual, com apreciação de possível mutação deste ramo do Direito a partir de influências do Direito Constitucional e do Direito Administrativo numa compreensão dogmática. Esta pesquisa científica pretende elucidar a problemática se no regime jurídico aduaneiro existe fundamentos constitucionais e legais para que o Estado adote atos concertados em substituição a imposição unilateral da prerrogativa sancionatória da pena de perdimento de mercadorias. Para tanto, buscará identificar os modelos, mecanismos de atos concertados nesta área, a sua evolução e marcos legislativos. O método utilizado é o hipotético-dedutivo, por meio de pesquisa legal, doutrinária e jurisprudencial.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Administrativo Sancionador. Direito Aduaneiro. Perdimento de Mercadorias. Interesse Público. Consensualidade.

ABSTRACT: The present study has as its object the evolution of Sanctioned Customs Administrative Law on the penalty of forfeiture of goods in Administrative Law, with an appreciation of a possible perspective of this analyzer branch from the influences of the Constitution in an Administrative Law dogmatic understanding. This objective scientific research for the problem of customs legal investigation has constitutional and legal grounds for the State not to adopt concerted acts to replace a regime of unilateral replacement of the penalty of forfeiture of goods. To this end, it will seek to identify the models, mechanisms of concerted acts in this area, its evolution and legislative frameworks. The method used is the hypothetical-deductive, through legal, doctrinal and jurisprudential research.

KEYWORDS: Sanctioning Administrative Law. Customs Law. Lost Goods. Public Interest. Consensuality.

INTRODUÇÃO

O Direito Administrativo Sancionador se desenvolveu nos últimos anos de forma exponencial, com significativa influência do Direito Constitucional, resultado da expansão do Direito Administrativo, caracterizado pelo surgimento de diversas normas jurídicas num movimento de absorção de tutelas de bens jurídicos relevantes que eram objeto de normas penais.

Se traduz no poder punitivo estatal, com a finalidade de proteção dos bens jurídicos de relevância para o Estado e para a sociedade, como forma indutora do comportamento dos administrados, por meio de sistema de responsabilização composto de infrações administrativas, sanções administrativas e processo formal para garantia do direito à ampla defesa e ao contraditório.

A pena de perdimento de mercadorias em importações é uma sanção administrativa não pecuniária, decorrente do Direito Administrativo Sancionador Aduaneiro, que incide em função de infrações cometidas na internalização de mercadorias com impacto no controle aduaneiro, afetando diversos bens jurídicos de interesse da Fazenda Nacional, como a saúde, à economia nacional, ao meio ambiente, dentre outros. Esta sanção administrativa aduaneira é a que possui a maior divergência na doutrina e na jurisprudência, estando no centro do debate a deflagração do dano ao erário como pressuposto e princípios constitucionais eventualmente violados.

A mutação do Direito Administrativo, com a sua processualização, com o alargamento da área de aplicação da legalidade administrativa formal e material, a necessidade de proteção dos direitos e garantias fundamentais e o atendimento aos objetivos da República Federativa do Brasil, impulsionaram novas técnicas de consensualidade nos atos administrativos, sempre com a finalidade de alcançar o bem comum, com eficiência nos resultados a serem alcançados.

A relevância desta pesquisa busca elucidar se existem elementos teóricos e normativos que impulsionem a consensualidade no Direito Administrativo Sancionador Aduaneiro, notadamente sobre a pena de perdimento de mercadorias que possui natureza de sanção não pecuniária, com as características inerentes à área de proteção do comércio exterior.

Este artigo possui como objetivo geral apresentar a consolidação de reflexões teóricas sobre a aplicação de instrumentos que permitam a consensualização dos atos administrativos pela Administração Pública Aduaneira, em ambiente marcado pela cultura do litígio e ausência de uma relação dialógica com o administrado.

O método de investigação científica será hipotético-dedutiva buscado a identificar a consensualidade no Direito Administrativo Aduaneiro como aumento alocativo de eficiência da ação administrativa. Em relação aos meios propõe-se a investigação pesquisa bibliográfica em material publicados em livros, periódicos, redes eletrônicas, dissertações e legislações. E o referencial de análise será a evolução dogmática do Direito Constitucional e Direito Administrativo.

Com esse objetivo, na seção 1 serão apresentadas as discussões doutrinárias sobre o sistema de responsabilização na pena de perdimento de mercadorias, com abordagem das infrações como antecedentes normativos. Trataremos na seção 2 sobre a evolução da consensualidade, seus fundamentos constitucionais, reflexos no Direito Aduaneiro e sua evolução normativa. E, faremos uma reflexão sobre a consensualidade na aplicação da sanção de perdimento de mercadores e sua evolução normativa na seção 3. Ao final, encontram-se as conclusões e as referências bibliográficas desta pesquisa científica.

1. DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR ADUANEIRO E A SANÇÃO DE PERDIMENTO DE MERCADORIAS

O Direito Administrativo Sancionador, em linhas gerais, corresponde ao conjunto sistematizado de princípios e normas jurídicas, incluindo as regulamentares, que disciplinam a atividade punitiva do Estado, atribuindo organicidade ao sistema de responsabilização, por meio de instituição de infrações administrativas, das respectivas sanções apuradas mediante processo administrativo, assegurando a ampla defesa e contraditório (FERREIRA, 2012).

Para a exata caracterização do raio de incidência do Direito Administrativo, são necessários (i) a presença formal da Administração Pública lato sensu na relação jurídico, (ii) ser relacionada com uma atividade administrativa permeada pela presença do interesse coletivo, e (iii) a previsão de um regime jurídico publicista conferindo à administração pública poderes públicos para a tutela do interesse público, como a potestade sancionadora (OSÓRIO, 2020, p. RB-2.1).

Este sistema de responsabilização advém da ordem jurídica que possui como finalidade precípua a proteção ao interesse público da coletividade ou da administração pública, que é exercido pela autoexecutoriedade e restrição dos direitos, e provém de uma estrutura lógica da regra sancionadora, pressupondo um antecedente normativo e um conseqüente sancionador, instituídos por norma administrativa anterior, para que se repute válida.

Infração administrativa corresponde ao descumprimento voluntário pelo agente de uma obrigação ou dever previsto em norma jurídica, e constitui uma causa lógica-jurídica para imposição de uma sanção por uma autoridade no exercício de uma função administrativa. Celso Antônio Bandeira de Melo (2014, p. 865) explica que a natureza administrativa da infração decorre da natureza da sanção que lhe corresponde pela autoridade competente para impô-la, não havendo qualquer distinção substancial entre infração administrativa e infração penal.

O conceito analítico de infração administrativa resulta da violação de um dever decorrente de um comportamento, típico, antijurídico e administrativamente reprovável, constatado através de um processo administrativo (FERREIRA, 2012), a ensejar uma sanção, no desempenho de uma atividade administrativa.

Uma das facetas do poder de polícia, que corresponde ao dever de repressão no que toca a imposição de correções e penalidades, justifica a existência das sanções na atividade administrativa. Este meio repressivo, de sanções aplicadas pela Administração Pública, visa o controle da atividade do particular, tem por objeto a prevenção e a segurança frente aos perigos dos bens jurídicos tutelados.

Fabio Medina Osório (2020, p. RB-2.1) ao conceituar a sanção administrativa propõe a existência de quatro elementos fundamentais: i) a presença da autoridade administrativa (elemento subjetivo), ii) o efeito aflitivo (elemento objetivo), iii) a finalidade punitiva (elemento teleológico), iv) natureza administrativa do procedimento (elemento formal). E destaca que a sanção administrativa deve corresponder ao campo de incidência do Direito Administrativo formal e material, permitindo uma ampliação da abrangência das sanções na perspectiva dos mais variados bens jurídicos.

A sanção administrativa deve possuir efeitos aflitivos, no sentido que representa um sofrimento, um castigo imposto ao infrator, conseqüentemente implicando um regime de privação de direitos, imposição

de deveres e condicionamentos à prática de um ilícito administrativo. A natureza deste elemento é de ordem objetiva, não sendo necessário estar presente a sensação do efeito aflitivo pelo infrator em determinado caso em concreto ou que tenha cumprido voluntariamente e pessoalmente com a consequência de seu ato.

O requisito do elemento teleológico da teoria da sanção administrativa, é a finalidade punitiva estatal, elevado ao elemento central da sanção. Fabio Medina Osório (2020, p. RB-2.1) destaca que o Supremo Tribunal Federal adota a teoria retributiva e preventiva geral da sanção penal, que influencia a teoria a ser adotada pelo Direito Administrativo Sancionador. Porém, para o Direito Administrativo, diferente da sanção penal, a finalidade punitiva da administração pode ser variada e multifacetada, mas que não objetiva a recuperação do infrator.

Alice Voronoff (2018, p. 82) ao realizar uma abordagem sobre a justificação da sanção, destaca a teoria dissuasória da sanção administrativa, com base na análise econômica do direito ("*Law and Economics*"), com influência da Escola de Chicago. Esta teoria trabalha com uma lógica de incentivos, e os indivíduos são orientados pela razão, realizam escolhas mediante prognoses com o objetivo de alcançar os maiores ganhos ou benefícios.

Segundo referida autora, prevalecem nos modelos sancionatórios administrativos uma complexa e específica lógica de incentivos para dissuadir o não cometimento da infração, e assim, proporcionar os resultados esperados na atividade administrativa que objetiva a proteção do interesse público. O Direito Administrativo Sancionador possui uma faceta como ferramenta institucional e meio ou medida de gestão, pois a teoria dissuasória permite conduzir o comportamento dos agentes em atendimento aos objetivos escolhidos pela norma administrativa.

A teoria retributiva visualiza a pena como um ato de punição, que causa um mal ou um castigo ao infrator por merecimento, na medida de sua culpabilidade, fundada numa intensa carga de reprovação moral. É um modelo que apura a violação da infração e a imposição de uma sanção numa perspectiva retroativa, e não visa coibir comportamentos futuros.

Já pela teoria dissuasória o sistema de responsabilização busca a conformação da conduta dos administrados aos objetivos tutelados pelo ordenamento jurídico, possuindo um caráter indutor do comportamento com a apreciação dos custos com uma análise pelo destinatário da norma.

Sua instrumentalização é mensurada numa perspectiva prospectiva e conformativa, não possuindo um juízo de reprovação moral.

A princípio cada setor que o Direito Administrativo intervém possui suas próprias características e peculiaridades, nos quais, a finalidade da sanção administrativa criará uma otimização para atingir o interesse público preconizado pela atividade administrativa, de modo que uma teoria não prevalece prioristicamente sobre a outra. Deveras, é no campo normativo que se delineará com maior precisão o modelo sancionatório adequado.

Verdadeiramente notável, que os instrumentos jurídicos do Direito Administrativo, como as infrações e as sanções administrativas, possuem o objetivo de tutelar, densificar e concretizar os mais variados interesses públicos, conectados com as garantias individuais, e direitos sociais, difusos e coletivos contemplados na Constituição Federal (OLIVEIRA; GROTTI, 2020, p. 84). E, as normas jurídicas-administrativas tem especial função de garantir efetividade destes interesses públicos, protegendo os anseios da coletividade, instituindo regras sobre as condutas dos administrados.

O Direito Administrativo Sancionador constitui em relevante ferramenta para assegurar o cumprimento dos valores e princípios constitucionais orientadores da atividade estatal, sofrendo influências de circunstâncias sociais, econômicas e políticas em constante processo de mutação, reformulando o conceito do interesse público.

Esta área da ciência do Direito atua em vários setores ou campos materiais com o sistema de responsabilização que possui papel fundamental para a compreensão dos fundamentos, abrangência e limites, e outrossim, delimitar os interesses públicos que deve tutelar.

Com a abordagem sobre os aspectos gerais e teóricos do Direito Administrativo Sancionador, cabe investigar neste momento, o conceito e conteúdo da infração e respectiva sanção tributária *lato sensu* e penalidade de perdimento de mercadorias no sistema de responsabilização.

Paulo de Barros Carvalho (2007, p. 549) aduz que a sanção como um consequente normativo se desenvolve através da relação jurídica tributária, por força de um ato ilícito cometido pelo infrator, desrespeitando um dever jurídico de origem obrigacional, com características de penalidade ou de indenização quando se tratar de sanções pecuniárias, ou veiculadora de deveres de fazer ou se abster, se não possuírem conteúdo patrimonial.

Regina Helena da Costa (2020, p. 163), na mesma linha visualiza a atividade sancionatória tributária pelo descumprimento da prestação, objeto da obrigação principal ou acessória. As sanções punitivas tributárias traduzem a prática de um ilícito tributário, a falta de pagamento de um tributo ou da inobservância de uma obrigação acessória.

O ilícito tributário decorre da violação, por parte do administrado ou do contribuinte, das obrigações tributárias principais ou acessórias, previstas em lei.

O Direito Tributário por envolver uma relação jurídica obrigacional que tutela as imposições tributárias decorrentes do poder de tributar, que se relaciona com a instituição, arrecadação e fiscalização do cumprimento da obrigação tributária e não constitui em sanção. O ilícito tributário possui como consequente normativo, em sua grande maioria sanções pecuniárias. Adepto deste conceito, Luís Eduardo Schoueri (2019, p. 856) adverte que por incidência do artigo 157 do Código Tributário Nacional evidencia-se a natureza punitiva.

As sanções administrativas tributárias podem ser divididas em pecuniárias como as imposições de multas punitivas em sentido amplo (de ofício, qualificadas, agravadas e isoladas), e em não pecuniárias como a apreensão de bens e mercadorias, a cassação ou suspensão de regime especial de tributação e outras restritivas de direitos (ABRAHAM, 2020, p. 283; PAULSEN, 2020, p. 259).

As normas tributárias *stricto sensu* visam resguardar a relação jurídica obrigação de incidência para a instituição, a arrecadação e a fiscalização no cumprimento do dever de pagar tributos e contribuir com o Tesouro Nacional para garantir a implementação das mais variadas políticas públicas e serviços públicos destinado ao bem comum da sociedade. Possuindo uma alta carga valorativa de solidariedade.

As sanções administrativas tributárias pecuniárias possuem como objetivo a proteção do interesse da arrecadação, correspondendo ao bem jurídico tutelado a relação obrigacional, procurando estimular o cumprimento voluntário por meio do pagamento tempestivo (caráter dissuasório). No entanto, as demais sanções administrativas tributárias não pecuniárias, a exemplo suspensão de regime especial de tributação, visa a proteção de deveres instrumentais que denotam o cumprimento da legislação tributária e relação jurídica especial no interesse da fiscalização (caráter retributivo).

O Direito Administrativo Sancionador Aduaneiro, por integrar um dos modelos de proteção aos bens jurídicos e interesse públicos proclamados pela Constituição Federal e legislação correlata, compõe uma das vertentes do poder punitivo administrativo do Estado, mas se distinguindo do sistema de responsabilização administrativa tributária, por possuir outros objetivos, funcionalidades e finalidades, em especial, no tocante a sanção de perdimentos de mercadorias em operações de importações.

O Direito Aduaneiro tem por objetivo a regulamentação, o controle e fiscalização da entrada e saída de mercadorias, veículos e pessoas do território nacional, ainda que secundariamente, exerça a fiscalização no pagamento de tributos incidentes sobre o comércio exterior.

Laercio Cruz Uliana Junior e Amanda Caroline Goularte Vieira (2019, p. 314) informam que o bem jurídico tutelado corresponde a proteção à saúde, a segurança, a economia, o meio ambiente, no controle de entrada e saída de bens no comércio exterior, no que se distanciam dos objetivos meramente arrecadatórios de impostos sobre importações, por exemplo.

A Constituição Federal, ao estabelecer o regime de competência institucional da União¹ indica que o bem jurídico tutelado corresponde ao controle e à fiscalização sobre o comércio exterior, com imprescindibilidade à defesa dos interesses fazendários, atribuindo esta atividade administrativa ao extinto Ministério da Fazenda, hodiernamente estabelecida ao Ministério da Economia.

Ilação que indica um caráter multifacetado dos bens jurídicos tutelados no controle sobre atividades decorrente da internalização de mercadorias no território nacional ou remessa destes a outros territórios alienígenas, que pode envolver desde as relações comerciais, os combate à ilícitos criminais e de bens jurídicos elevados à categoria de direitos fundamentais como a saúde, ao desenvolvimento tecnológico e industrial, à soberania e segurança nacional, dentre outros. Cabendo a legislação ordinária indicar qual interesse público a ser tutelado, possuirá primazia na atividade administrativa e resguardado pelo Direito Administrativo Sancionador Aduaneiro.

A pena de perdimento de mercadoria em operações de importações é uma modalidade de sanção administrativa aduaneira, objeto deste

1 Cf. art. 22, inciso VIII e art. 237.

artigo científico, no qual passaremos a incursionar sobre seu sistema de responsabilização.

As infrações aduaneiras sujeitas à pena de perdimento de mercadorias caracterizadas como ilícitos relacionam-se à diversas posturas no regime de importação como mercadorias importadas ocultadas, clandestinas, com falsa declaração de conteúdo ou com ocultação do sujeito passivo mediante fraude ou dissimulação, dentre outros. E tem como pressuposto danos ao erário, possuindo fundamento de validade no conceito de defesa dos interesses fazendários previsto no artigo 237 da Constituição Federal.

Essencialmente, as infrações administrativas aduaneiras como antecedentes normativos deste sistema de responsabilização estão tipificadas em normas especiais, constantes do Decreto-lei nº 37, de 18 de novembro de 1966 e no Decreto-Lei nº 1.455, de 7 de abril de 1976.

O artigo 105 do Decreto-lei nº 37, de 18 de novembro de 1966, prescreve que se sujeitam as seguintes infrações à pena de perdimento de mercadorias, *in verbis*:

Art.105 - Aplica-se a pena de perda da mercadoria:

I - em operação de carga ou já carregada, em qualquer veículo ou dele descarregada ou em descarga, sem ordem, despacho ou licença, por escrito da autoridade aduaneira ou não cumprimento de outra formalidade especial estabelecida em texto normativo;

II - incluída em listas de sobressalentes e provisões de bordo quando em desacordo, quantitativo ou qualificativo, com as necessidades do serviço e do custeio do veículo e da manutenção de sua tripulação e passageiros;

III - oculta, a bordo do veículo ou na zona primária, qualquer que seja o processo utilizado;

IV - existente a bordo do veículo, sem registro um manifesto, em documento de efeito equivalente ou em outras declarações;

V - nacional ou nacionalizada em grande quantidade ou de vultoso valor, encontrada na zona de vigilância aduaneira, em circunstâncias que tornem evidente destinar-se a exportação clandestina;

VI - estrangeira ou nacional, na importação ou na exportação, se qualquer documento necessário ao seu embarque ou desembarque tiver sido falsificado ou adulterado;

VII - nas condições do inciso anterior possuída a qualquer título ou para qualquer fim;

VIII - estrangeira que apresente característica essencial falsificada ou adulterada, que impeça ou dificulte sua identificação, ainda que a falsificação ou a adulteração não influa no seu tratamento tributário ou cambial;

IX - estrangeira, encontrada ao abandono, desacompanhada de prova de pagamento dos tributos aduaneiros, salvo as do art.58;

X- estrangeira, exposta à venda, depositada ou em circulação comercial no país, se não for feita prova de sua importação regular;

XI - estrangeira, já desembaraçada e cujos tributos aduaneiros tenham sido pagos apenas em parte, mediante artifício doloso;

XII - estrangeira, chegada ao país com falsa declaração de conteúdo;

XIII - transferida a terceiro, sem o pagamento dos tributos aduaneiros e outros gravames, quando desembaraçada nos termos do inciso III do art.13;

XIV - encontrada em poder de pessoa natural ou jurídica não habilitada, tratando-se de papel com linha ou marca d'água, inclusive aparas;

XV - constante de remessa postal internacional com falsa declaração de conteúdo;

XVI - fracionada em duas ou mais remessas postais ou encomendas aéreas internacionais visando a elidir, no todo ou em parte, o pagamento dos tributos aduaneiros ou quaisquer normas estabelecidas para o controle das importações ou, ainda, a beneficiar-se de regime de tributação simplificada;

XVII - estrangeira, em trânsito no território aduaneiro, quando o veículo terrestre que a conduzir, desviar-se de sua rota legal, sem motivo justificado;

XVIII - estrangeira, acondicionada sob fundo falso, ou de qualquer modo oculta;

XIX - estrangeira, atentatória à moral, aos bons costumes, à saúde ou ordem públicas.

Consoante depreende das diversas infrações tipificadas pelo Decreto-lei, com força de lei ordinária, envolve desde a ocultação de operações no comércio exterior à fiscalização tarifária, à fraude fiscal, ao crime de contrabando, a internalização de mercadorias que atentem contra os bons costumes e à saúde ou a ordem pública.

E o artigo 23 do Decreto-Lei nº 1.455, de 7 de abril de 1976, define quais infrações administrativas aduaneiras que acarretam danos ao erário, recaindo em todas as disposições do artigo 105 do Decreto-lei nº 37, de 18 de novembro de 1966, e as seguintes hipóteses:

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

I - importadas, ao desamparo de guia de importação ou documento de efeito equivalente, quando a sua emissão estiver vedada ou suspensa na forma da legislação específica em vigor;

II - importadas e que forem consideradas abandonadas pelo decurso do prazo de permanência em recintos alfandegados nas seguintes condições:

a) 90 (noventa) dias após a descarga, sem que tenha sido iniciado o seu despacho; ou

b) 60 (sessenta) dias da data da interrupção do despacho por ação ou omissão do importador ou seu representante; ou

c) 60 (sessenta) dias da data da notificação a que se refere o artigo 56 do Decreto-lei número 37, de 18 de novembro de 1966, nos casos previstos no artigo 55 do mesmo Decreto-lei; ou

d) 45 (quarenta e cinco) dias após esgotar-se o prazo fixado para permanência em entreposto aduaneiro ou recinto alfandegado situado na zona secundária.

III - trazidas do exterior como bagagem, acompanhada ou desacompanhada e que permanecerem nos recintos alfandegados por prazo superior a 45 (quarenta e cinco) dias, sem que o passageiro inicie a promoção, do seu desembarço;

IV - enquadradas nas hipóteses previstas nas alíneas “ a “ e “ b “ do parágrafo único do artigo 104 e nos incisos I a XIX do artigo 105, do Decreto-lei número 37, de 18 de novembro de 1966.

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.(Incluído pela Lei nº 10.637, de 30.12.2002)

§ 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.

§ 3o As infrações previstas no *caput* serão punidas com multa equivalente ao valor aduaneiro da mercadoria, na importação, ou ao preço constante da respectiva nota fiscal ou documento equivalente, na exportação, quando a mercadoria não for localizada, ou tiver sido consumida ou revendida, observados o rito e as competências estabelecidos no Decreto no 70.235, de 6 de março de 1972.

§ 4o O disposto no § 3o não impede a apreensão da mercadoria nos casos previstos no inciso I ou quando for proibida sua importação, consumo ou circulação no território nacional.

Parte da doutrina tem asseverado que a pena de perdimento de mercadorias é uma sanção não pecuniária de caráter interventivo, decorrente do exercício do poder de polícia (TORRES, 2006, p. 1), com função repressiva (SEIXAS FILHO, 2006, p. 1), retributiva e preventiva (BRUYN JÚNIOR, 2016, p. 220).

No entanto, pela necessidade de configuração de danos ao erário para aplicação da pena de perdimento de mercadorias, autores como Jean

Marcos Ferreira (2000, p. 205), Vera Lúcia Feil Ponciano (2008, p. 275) e Antônio Airton Ferreira (2015, p. 3) aduzem que a pena de perdimento de mercadorias possui uma natureza dúplice ou mista, com finalidade repressiva e compensatória.

Associa-se do entendimento dos autores, na medida que o pressuposto da existência de danos ao erário destaca uma função compensatória, mas, contudo, não retira a natureza sancionatória pela violação às infrações aduaneiras.

Danos ao erário não se restringe ao aspecto financeiro-fiscal de ausência de recolhimento de tributos, incluindo-se a transgressão das normas aduaneiras, ao serviço de fiscalização aduaneira, ao prejuízo à indústria nacional, e aos demais bens jurídicos tutelados.

A competência para apuração de infração administrativa para a aplicação da pena de perdimento de mercadorias em operações de importação é da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil através de suas Alfândegas em portos, aeroportos e pontos de fronteira, sempre supervisionada e executadas por Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil.

O procedimento administrativo deve seguir o rito estabelecido pelo Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972, que dispõe sobre o processo administrativo fiscal, conforme prevê o § 3º do artigo 23 do Decreto-lei nº 1.455, de 7 de abril de 1976.

Assim, o início do procedimento administrativo fiscal ocorre com a apreensão da mercadoria, como medida acautelatória, com a emissão de auto de infração, termo de apreensão ou termo de guarda fiscal e expedição de notificação de lançamento e imposição de penalidade ao infrator para o exercício da defesa administrativa², com efeito meramente devolutivo. E, a decisão sobre o auto de infração compete ao Delegado da Alfândega da Receita Federal do Brasil, com possibilidade de aplicação concomitante à pena de multa.

Em seguida, a legislação oportuniza a possibilidade de apresentação de recurso administrativo às Delegacias de Julgamento da Receita Federal do Brasil, subordinadas à Subsecretaria de Tributação e Contencioso. E ainda, de recurso administrativo em segunda instância ao Conselho

2 Cf. artigos 7º e 8º do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972.

Administrativo de Recursos Fiscal, órgão paritário, integrante da estrutura do Ministério da Economia.

As mercadorias sujeitas a penalidade de perdimento podem ser destinadas à alienação mediante licitação ou doação, incorporadas ao patrimônio de órgão da Administração Pública, destruídas ou inutilizadas. E, regra geral somente é exequível após decisão administrativa definitiva ou imediatamente após a formalização do procedimento administrativo fiscal quando se tratar de semoventes, perecíveis, inflamáveis, explosivos, mercadorias deterioradas, danificadas ou estragadas, cigarros ou derivados do tabaco.

Destarte, a sanção administrativa aduaneira de pena de perdimento de mercadorias é uma consequência jurídica prevista em norma secundária de violação a determinada regra de conduta ou obrigacional, constituindo num ilícito, que se caracteriza pelos seguintes elementos, a presença de uma autoridade administrativa (Auditor-Fiscal da Receita Federal) no exercício de funções típicas do Estado, o efeito aflitivo da medida com a privação de direitos existentes ou imposição de novos deveres (impossibilidade ou restrição de internalização de mercadorias com restrição cadastral, conforme o caso³), a finalidade repressora (perdimento de mercadorias) com o restabelecimento da ordem jurídica, e natureza administrativa do procedimento (processo administrativo fiscal). Penalidade que possui características, finalidades e objetivos próprios, distanciando das sanções tributárias, aos quais não se confundem.

2. A CONSENSUALIDADE NO DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR E SEUS REFLEXOS NO DIREITO ADUANEIRO

No Direito Administrativo Sancionador, como destacado no item anterior, os elementos constitutivos do sistema de responsabilização são compostos pela tipificação das infrações administrativas, sanções administrativas e processo administrativo. E acompanha a construção instrumental deste sistema, o qual se incorpora, mas não se confundem, a inserção de medidas administrativas acautelatórias, medidas preventivas e atos consensuais com natureza substitutiva ou integrativos de uma sanção administrativa (OLIVEIRA; GROTTI, 2020, p. 122).

3 Cf. art. 81, Parágrafo 1º da Lei nº 9.430/96.

2.1 Fundamentos constitucionais da consensualidade no Direito Administrativo Sancionador

Princípios são normas jurídicas ou vetores que possuem uma forte contação axiológica, inserindo no ápice da estrutura hierárquica normativa, introduzindo valores relevantes para a sociedade que orientam todo o sistema jurídico, ou impondo limites objetivos na interpretação das demais regras jurídicas. Consubstanciam, ainda, juízos condutores de alto grau de generalidade e baixa densidade normativa que proporcionam uma estruturação lógica no sistema jurídico, fazendo parte, que sustentam e projetam luzes na construção interpretativa do Direito.

O Direito Administrativo como instrumento jurídico de concretização dos valores do Estado Democrático de Direito deve otimizar a construção de suas ações administrativas num regime de ponderação de interesses e valores que são obtidos dos princípios constitucionais, impondo ao administrador, especialmente em processos decisórios, exercer em sua prerrogativa pública um juízo de valor com máxima efetividade dos princípios constitucionais.

Nesta toada, ingressa-se na investigação dos princípios constitucionais informadores e dos elementos ou condicionantes que permitem aplicar métodos de consensualidade no Direito Administrativo Sancionador e possíveis reflexos no Direito Aduaneiro, objeto deste trabalho.

2.1.1 Princípio constitucional republicano e democrático como fundamento a consensualidade na Administração Pública

Com a ruptura do sistema constitucional anterior, foi promulgada a Constituição Federal de 1988, em 5 de outubro de 1988, que adotou como princípio fundamental o pluralismo⁴, possuindo como objetivos fundamentais a constituição de “uma sociedade livre, justa e solidária⁵”, no plano internacional a “solução pacífica dos conflitos⁶”, o fortalecimento dos direitos e garantias fundamentais⁷, erigindo-se em cláusulas pétreas, não podendo ser suprimidas por eventual reforma constitucional, revelando a vedação de retrocesso no âmbito dos direitos e garantias fundamentais.

4 Cf. inciso V do art. 1º da CF.

5 Cf. inciso I do art. 3º da CF.

6 Cf. inciso VII do art. 4º da CF.

7 Cf. *caput* do art. 5º da CF

A Magna Carta, ainda, trouxe diversos instrumentos de participação popular, de fiscalização e controle dos atos da Administração Pública, como o acesso à informação⁸, à publicidade dos atos da administração e orçamentária⁹, o direito de petição¹⁰, a ação popular¹¹, o plebiscito, o referendo¹², denúncias contra atos ou omissões de autoridades públicas¹³, exame e apreciação das contas Municipais¹⁴, processo participativo¹⁵, que surgem como modelos embrionários da aproximação entre a Administração Pública e o particular.

O Estado Democrático de Direito foi edificado com estatura fundamental da República Federativa do Brasil, de destaque à democracia e a participação popular nos atos da administração. E a sua consagração conferindo o pleno exercício da democracia e estruturando a República Federativa, exige da Administração Pública uma mudança de paradigmas na sua atuação e relação jurídica com o indivíduo, não se compatibilizando mais, com um modelo burocrático e de segregação na busca do interesse público, autoritário e unilateral, com relação de sujeição, sendo transformado em um sistema de complementaridade entre o público e o privado, de paridade com o indivíduo, criando ambiente propício ao movimento dialógico e participativo da gestão pública (PIERONI, 2018, p. 95).

Nesse contexto, evidencia-se que a Constituição Federal robusteceu a função garantidora do Estado e obrigacional de efetividade e concretude dos mais variados direitos fundamentais do cidadão, geradores de custos financeiros elevados e sempre crescentes de acordo com o desenvolvimento econômico e social, reclamando a expansão e melhoria qualificativa dos serviços públicos, com a alteração de modelo de gestão administrativa em rede e de Governança Pública.

Segundo Gustavo Justino de Oliveira e Cristiane Schwanka (2009, p. 305) fundado no ideal democrático e alargamento da legitimação do poder estatal, a figura do Estado mediador sofre uma mutação de garantia dos

8 Cf. inciso XXXIII, do art. 5º da CF.

9 Cf. parágrafo 1º do art. 37 e art. 163-A, ambos da CF.

10 Cf. inciso XXXIV, do art. 5º da CF.

11 Cf. inciso LXXIII, art. 5º da CF.

12 Cf. incisos I e II, art. 14 da CF

13 Cf. inciso IV, Parágrafo 2º, art. 58 e parágrafo 2º art. 74, ambos da CF.

14 Cf. parágrafo 3º, art. 31 da CF.

15 Cf. art. 10; parágrafo 3º do art. 37; inciso III do art. 198; inciso II, do art. 204; art. 216-A e art. 82 do ADCT, todos da CF.

canais e modelos participativos para um sistema de constante integração entre o indivíduo e a Administração Pública, como indispensável à eficácia e efetividade das ações estatais, passando a compor conflitos dos interesses estatais e interesses privados em um processo de determinação e densificação do interesse público, que não figura mais como monopólio do Estado.

2.1.2 Conceito e evolução do interesse público e sua supremacia sobre o interesse privado

O Direito Administrativo brasileiro foi estruturado sob influência do sistema francês e inspirado pelas construções teóricas no início do século XX, baseado na indisponibilidade do interesse público e a supremacia do interesse público sobre o interesse privado, de modo que as soluções consensuais não seriam compatíveis com o regime jurídico-administrativo, na medida em que importaria em renúncia pela Administração Pública da tutela do interesse público. Nessa linha de inteligência, a solução consensual implicaria a prevalência do interesse privado que não terminaria com o processo administrativo por um ato unilateral e imperativo, vulnerando o sistema de prerrogativas públicas da relação jurídica-administrativa (PALMA, 2010, p. 149).

Deveras, é indispensável uma releitura dos pilares estruturantes do regime jurídico-administrativo da indisponibilidade do interesse público e a supremacia do interesse público sobre o interesse particular, sob a vertente da mutação administrativa em face da crescente utilização da consensualidade em um novo paradigma de atuação da Administração Pública.

Interesse público é um conceito jurídico indeterminado, dotado de interpretação jurídica e efêmero, sujeitando-se a novas exegeses resultantes de processos de transformações sociais, econômicas e políticas, que caracterizam a sociedade contemporânea.

Conceitualmente, segundo lições de Celso Antônio Bandeira de Mello (2014, p. 60), o interesse público não destoa completamente do privado, vez que corresponde a dimensão pública dos interesses individuais, enquanto partes integrantes da coletividade em que estão inseridas, isto é, deve-se buscar atender os anseios da sociedade direcionadas a alcançar o bem comum. Pondera que interesse público não se encontra relacionado com a pessoa, mas com a finalidade buscada por meio de seus atos jurídicos, pois nem todos os interesses do Estado, ipso facto, constitui em interesse público propriamente dito.

A concepção jurídica de interesse público corresponde a finalidade ou alcance dos valores adotados pela Constituição Federal (MELLO, 2014, p. 68), do qual sofre influências dos direitos, liberdades e às prerrogativas quanto à nacionalidade, à soberania e à cidadania, e a Constituição Federal delegou ao legislador ordinário a tarefa de especificar concretamente os referentes interesses públicos (“clausula de reserva de legal de eficácia”), sem que exista alguma primazia subjacente (MOREIRA NETO, 2003, p. 140).

Parte da doutrina não efetua a distinção entre o interesse público, se primário ou secundário, afirmando que a Administração Pública não possui a discricionariedade ou a livre disposição dos bens ou interesses públicos que somente se admite diante de expressa previsão legal (CARVALHO FILHO, 2015, p. 34). Para outros a indisponibilidade do interesse público dever ser avaliada com a finalidade administrativa e a subsunção de vontade traçada pela Constituição Federal e a lei (MARINELA, 2017, p. 75).

O interesse público pode ser classificado em interesse primário e secundário (MOREIRA NETO, 2003, p. 139). O primeiro corresponde em essência na busca do bem comum da sociedade, que objetiva a realização da dimensão pública do interesse de seus membros. Já o secundário é a realização de interesse meramente individual do Estado, de cunho particular, concebido em sua individualidade, como uma pessoa dotada de direitos, no qual os atos consensuais não sofrem a influência da indisponibilidade (MELLO, 2014, p. 73), sem considerar as peculiaridades no Direito Administrativo atual.

Deveras, o administrador não detém a liberdade ou autonomia de dispor livremente dos bens ou do interesse público, mas isso não significa que os atos concertados pela Administração Pública são vedados pelo ordenamento jurídico, em regra. A ação administrativa deve ser direcionada a satisfação do interesse público, que se insere na esfera do mérito do ato administrativo, devendo ser demonstrado pelo administrador que a escolha de sua atuação, no exercício da discricionariedade permitida pela norma, com esforço argumentativo, os atos consensuais atingem o interesse público, sempre pautado pelo princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade que se revestem de limites intransponíveis a motivação do ato administrativo.

Com o advento dos direitos fundamentais pela Magna Carta e pela crescente constitucionalização do Direito Administrativo (BARROSO, 2005

apud BINENBOJM, 2014, p. 65), houve a necessidade de reformulação do interesse público, que se encontra marcado pela multiplicidade de interesses relevantes tutelados pelo Estado, admitindo a proliferação e adoção de novos mecanismos consensuais entre a Administração e o particular, em direção ao alcance do interesse público.

A supremacia do interesse público sobre o interesse privado correlaciona-se à relação de superioridade ou primazia que possui a atividade administrativa de tutela do interesse público que é desenvolvido em benefício da coletividade e da sociedade, em detrimento de interesse individual e pessoal dos indivíduos que nem sempre se conciliam com a dimensão pública dos direitos em conflito. Constitui em fundamento da existência do sistema de prerrogativas da Administração e sujeições dos interesses particulares aos interesses públicos.

A investigação de preponderância de interesses ou a execução da atividade administrativa deve ser realizada, por meio de um juízo de ponderação entre os interesses supostamente conflitantes, recorrendo ao princípio da proporcionalidade (MONTEIRO, 2012, p. 1), realizando um juízo de adequação da medida para alcance do resultado pretendido, a necessidade da medida quando outros meios menos gravosos não estejam dispostos, e a proporcionalidade em sentido estrito, no qual se investigam se os valores justificam o ônus imposto e o benefício trazido, para saber se a medida é legítima (BARROSO, 2010, p. 347).

A supremacia do interesse público sobre o interesse privado, deve ser investigado sob um novo olhar, concluindo que não pode ex ante caracterizar um impedimento absoluto à celebração de atos consensuais entre a Administração Pública e o particular, que no caso em concreto pode vislumbrar o alcance do próprio interesse público (PALMA, 2010, p. 154).

2.1.3 Princípio constitucional da eficiência e da duração razoável do processo como vetor à consensualidade

A reforma constitucional promovida pela Emenda Constitucional nº 19, de 4 de junho de 1998, alterou o *caput* do artigo 37 da Constituição Federal e objetivou a reforma administrativa do Estado, elevando a eficiência administrativa como um princípio constitucional a ser alcançado pela Administração Pública em sua atividade administrativa, a ser desempenhada em busca do bem comum da sociedade.

O princípio da eficiência possui dois aspectos nucleares (PIERONI, 2018, p. 105), relacionado ao modo de atuação do agente público, que no exercício de suas atribuições alcance o melhor desempenho para lograr os melhores resultados; e de outro, relativo ao modo de organização administrativa que detém o mesmo objetivo na prestação dos serviços públicos.

O núcleo deste princípio é a perseguição do binômio produtividade e economicidade impondo a execução dos serviços públicos com presteza, qualidade, celeridade, desburocratização e flexibilização (RODRIGUES, 2012 apud CARVALHO FILHO, 2015, p. 31). E o âmbito de aplicação não se restringe aos serviços diretos à coletividade, mas incluindo os serviços administrativos internos, devendo recorrer à moderna tecnologia e aos métodos de administração gerencial que se revelam compatíveis com as necessidades comuns da Administração sem prejuízo para o interesse público que norteia toda a atividade administrativa.

A ação administrativa deve possuir orientação pelo resultado, conduzir ao aumento da eficiência, eficácia e efetividade do gasto público. A eficiência, eficácia e efetividade, no sentido semântico do texto, relacionado ao modo pelo qual se processa o desempenho, com os meios e instrumentos, e voltado aos resultados obtidos, são três aspectos que se buscam através dos programas e ações realizadas pela Administração Pública, não dotados de primazia (CARVALHO FILHO, 2015, p. 33). Esses aspectos se relacionam não apenas com os gastos públicos, mas também com as ações, ou seja, a norma não estabelece de forma isolada quais objetivos devem ser priorizados, incumbência a ser pautada pelo princípio da razoabilidade para alcançar a finalidade pública, que é o alcance primordial da atividade do Estado.

A adoção pela Administração Pública da consensualidade em sua ação administrativa em busca da proteção do interesse público importa em maior eficiência alocativa da atuação estatal, permitindo uma maior proteção aos bens jurídicos tutelados, com menor oneração do particular, que diante da concertação dos atos, geram efeitos persuasivos na correção das condutas em direção ao cumprimento das normas jurídicas, evitando-se as práticas ilícitas.

Juliana Bonacorsi de Palma (2010, p. 94) informa que na interpretação do princípio da eficiência a Administração Pública deve promover a escolha do meio mais adequado para determinar decisões eficientes no caso em concreto, em busca de uma “decisão ótima”, através dos critérios utilitaristas

e da proporcionalidade. E a consensualidade se transformaria num terceiro critério para uma decisão administrativa eficiente, com primazia da escolha dos meios pelos efeitos.

A Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004, inseriu o inciso LXXVIII no artigo 5º da Constituição Federal, assegurando como garantia fundamental, que no âmbito administrativo é assegurado a razoável duração do processo e meios que assegurem a celeridade do processo, que busca a resolução do litígio no menor espaço de tempo possível. Este preceito constitucional possui ligação direta com o princípio da eficiência, na medida em que a Administração Pública possui o dever de realizar suas atribuições em busca do menor custo e maior benefício social, voltado ao melhor desempenho para o alcance dos resultados esperados.

A princípio da duração razoável do processo projeta luzes interpretativas sobre todo o sistema processual brasileiro, servindo de norte para reformulação de instituições e instrumentos processuais mais eficientes na relação jurídica administrativa. Esta proteção constitucional não se destina exclusivamente a inserção de celeridade na prolação de uma decisão final, no sentido de compulsoriedade, pelo contrário, é um preceito valorativo que se adequa perfeitamente aos atos e condutas consertadas entre o particular e a Administração Pública, que possibilita a abreviação do curso do processo administrativo, alcançando a pacificação social, através de métodos de solução de conflitos consensuais (PIERONI, 2018, p. 39).

Em tema relacionado à consensualidade na Administração Pública, revela-se que ao lado da função administrativa de proteção dos interesses coletivos existe a atribuição de composição de interesses, que pode ser considerado como o próprio interesse público, de forma que qualquer atuação consensual estatal não significa que estaria prevalecendo o interesse privado em detrimento do interesse coletivo. Não é somente o ato administrativo que corporifica o interesse privado, no entanto, a negociação da prerrogativa pública de natureza imperativa, mediante decisão bilateral pode ser mais eficiente, e atinge o escopo dos interesses tutelados (PALMA, 2010, p. 153).

3. OS REFLEXOS DA CONSENSUALIDADE NO DIREITO ADUANEIRO: PENA DE PERDIMENTO DE MERCADORIAS, POSSIBILIDADES E SUA EVOLUÇÃO NORMATIVA

A mutação do Direito Administrativo em uma nova concepção, decorrente de alterações resultantes de processos de transformação sociais,

econômicas e política e da noção de interesse público multifacetado, desembocou num movimento de expansão do diálogo entre a Administração e o administrado, com a participação nas decisões administrativas em busca do consenso na solução das lides, prestigiando o agir comunicativo (PALMA, 2010, p. 100), em busca do interesse comum, reduzindo o poder extroverso decorrente da imperatividade do ato administrativo (MONTEIRO, 2012, p. 1), no qual promoveu influências significativas em diversas áreas da ciência do direito, incluindo o Direito Aduaneiro.

O regime jurídico da sanção administrativa da pena de perdimento de mercadorias em importações não se submete ao princípio da legalidade estrita¹⁶, no qual impõe o delineamento através de norma aprovada pelo Poder Legislativo (aspecto formal) e define em abstrato todos os aspectos relevantes ao crédito (aspecto material), sendo aplicável o princípio da legalidade ao poder sancionatório, que orienta toda a atividade administrativa como regra geral¹⁷.

A Constituição Federal de 1988 enquanto norma fundamental vincula todos os poderes e estabelece uma primazia dentro do sistema normativo nacional, no aspecto formal e material, servindo como norma parâmetro para o controle de constitucionalidade. A Magna Carta consagrou a República Federativa do Brasil como fundamento o Estado Democrático de Direito, outorgando uma garantia aos direitos fundamentais das pessoas e estabelecendo limites aos poderes do Estado, cabendo a lei fundamental a definição de sujeição ou densidade normativa mínima na relação jurídica administrativa.

Neste cenário, a Magna Carta pode estabelecer uma reserva legal de natureza absoluta ou relativa. A reserva legal é absoluta quando a Constituição Federal exige que a matéria somente possa ser disciplinada por ato normativo emanado de lei em sentido restrito, criada pelo Poder Legislativo, excluindo a competência de outros Poderes. A reserva legal relativa, ocorre quando as normas constitucionais exigem a edição de lei formal, fixando parâmetros de atuação de um órgão administrativo, mas que permitirá a completação de diversos aspectos por atos infralegais pelo Poder Executivo, respeitando sempre os limites estabelecidos pelo legislador (NOHARA, 2019, p. 67).

16 Cf. inciso I do Art. 150 e art. 9, ambos da CF c/c art. 97 do CTN.

17 Cf. inciso II, do art. 5 c/c art. 37, ambos da CF.

A Constituição Federal, com exceção das sanções administrativas tributárias e penais¹⁸, não estabelece de forma direta que todas as sanções administrativas são reservas legais absolutas¹⁹ ou sujeita a determinada densidade normativa.

Alice Voronoff (2018, p. 232) aduz que em matéria de sanção administrativa se submete à reserva legal relativa, encontrando fundamento de validade no artigo 170 da Constituição Federal, na medida em que o livre exercício da atividade econômica pode ser restringida nos casos previstos em lei, no qual se incluem os tipos e sanções administrativas, conformando a atividade econômica que deve se coadunar os ditames da justiça social e na valorização da pessoa humana.

Em matéria de Direito Administrativo Sancionador, por envolver a disciplina de infrações e consequências jurídicas mais gravosas, que outros temas administrativos, a reserva legal relativa exige que a Administração desenvolva a sua atividade sancionadora *sucundum legem*, por meio de uma lei aprovada pelo Poder Legislativo (critério formal) e a densidade normativa pelo menos contemple o regime de competência e a criação das sanções administrativas (critério orgânico e material), permitindo ao poder regulamentar a disciplina das infrações, a dosimetria e outros assuntos adequados ao regime administrativo, como a consensualidade (VORONOFF, 2018, p. 232; PALMA, 2010, p. 279).

Seguindo esta diretriz, o Decreto-Lei nº 37, de 18 de novembro de 1966, que dispõe sobre o imposto de importação e os serviços aduaneiros estabelece em tema de infrações e penalidades a reserva legal relativa para definição de infrações, como a pena de perdimento de mercadorias.

Sob a influência do regime constitucional e administrativo antecedente, no qual prevalecia a concepção de uma Administração Pública burocrática, em que o administrador caberia apenas aplicar a legislação, com restrição ao exercício da discricionariedade e a busca da eficiência, como demonstramos no tópico anterior, criou impedimentos de repartições públicas, autarquias, empresa pública e sociedades de economia mista em transacionar a qualquer título com o devedor ou fiador declarado remisso.

18 Cf. inciso XXXIX do art. 5º e inciso II e III do art. 146, ambos da CF.

19 Cf. art. 220, parágrafo § 4º da CF.

Entretanto, a melhor leitura do dispositivo, considerando o contexto normativo da época, refere-se a outros órgãos da Administração Pública, especialmente as empresas públicas e sociedade de economia mista que atuam no setor econômico ou prestam os mais variados serviços públicos, não correspondo a administração aduaneira.

Nesse diapasão, todos argumentos favoráveis aos atos concertados nos itens anteriores se aplicam a Administração Pública Aduaneira, entretanto, torna-se indispensável enveredar sobre as peculiaridades desta área e verificar se existe fundamento à consensualidade, e a densidade do princípio da legalidade.

Com as profundas alterações da Administração Pública burocrática para uma Administração Pública gerencial que passa a buscar a eficiência como uma forma de se atender ao interesse público, aliada as mutações sociais, inserindo o Estado Democrático de Direito e os direitos fundamentais, de natureza prestacional, consoante advertência da doutrina deflagrou uma “crise do princípio da legalidade”, culminando numa mitigação ou temperamento do princípio da legalidade (OLIVEIRA, 2013, p. 120), permitindo uma maior flexibilidade da noção tradicional do princípio da legalidade, notadamente em matéria de consensualidade.

A complexidade das normas no que se refere ao direito aduaneiro, muitas vezes influenciado por regras de Direito Internacional insertas em tratados e convenções internacionais, exige do legislador uma maior tecnicidade, o que não se mostra suficientemente adequado e eficaz uma disciplina através de lei ordinária, acabando por resultar uma maior proliferação de normas regulamentares (BRASIL, 2009).

Outro fator relevante no Direito Aduaneiro é a característica sempre presente da extrafiscalidade (COELHO, 2015, p. 396) que se utiliza de instrumentos ou mecanismos com a finalidade indutora da atividade econômica, ora incentivando-a ou restringindo-a, o que transfere ao Poder Executivo a utilização de poder regulamentar para o alcance desta finalidade, amparando-se na tecnicidade das áreas administrativas e a exigências de respostas céleres.

Segundo Heleno Taveira Torres (2013, p. 12), o princípio da praticabilidade ou praticidade que se constitui em método de simplificação com a economia de procedimentos e potencialidade para conferir uma maior participação dos administrados na gestão tributária, ampliou as possibilidades de solução extrajudicial de conflitos entre a Administração

e os contribuintes, possuindo uma relação de pertinência com o princípio da eficiência e estabelecendo uma maior isonomia na sujeição passiva.

A praticabilidade permite que o legislador utilize o emprego de cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, dotados de baixa densidade e precisão, permitindo uma maior maleabilidade e conformação das normas jurídicas às situações concretas, evitando-se que a todo o momento seja alterada ou promulgada novas legislações, possuindo grande relevância em movimentos à solução pacífica de conflitos, por meio da discricionariedade administrativa.

A atividade discricionária justifica a ponderação de conflitos e permite uma efetiva participação do administrado em processo dialógico e equitativo fiscal (OLIVEIRA, 2013, p. 122), em suas diversas facetas e mecanismos de resolução pacífica de lides administrativas fiscais.

Entretanto diversos doutrinadores afirmam ser necessário a promulgação de lei que permita a consensualidade (BUÍSSA e BEVILACQUA, 2015, p. 4; GUEDES, 2009, p. 260), , ainda que na perspectiva tributária (TORRES, 2003, p. 12).

Existe corrente doutrinária (BINENBOJM, 2014, p. 170), que defende a valorização da infralegalidade na consensualidade em atos administrativos, encontrando fundamento de validade na incidência direta de princípios constitucionais, no conceito de juridicidade ou bloco de legalidade²⁰. E, autores como a professora Juliana Bonacorsi de Palma (2010, p. 282-283), defende a prevalência da vinculação negativa à lei formal e a determinação de regra de competência para transacionar as prerrogativas públicas.

Entretanto, percebe-se que na área do Direito Aduaneiro o legislador não conferiu uma discricionariedade ou uma regra de competência para resolução alternativa e pacífica de lides, preferindo a adoção de normas especiais que reconhecem fundamento para a alteração de efeitos jurídicos mais tênues, convertendo a pena de perdimentos de bens em multa administrativa fiscal, isto é, tornando o ato administrativo vinculando.

A Lei nº 10.833, de 29 de dezembro de 2003, com enfoque no combate ao contrabando e descaminho, oriundos especialmente dos países com a fronteira do sul do Brasil, criou uma sanção administrativa (multa de R\$

20 Art. 2º, parágrafo único, inciso I da Lei nº 9.784/99

15.000,00) ao proprietário do bem com caráter subsidiário, na hipótese de não ser o caso de aplicar a perda de perdimento (PINTO, 2015, p. 12). Entretanto, o § 7º do artigo 74 especifica que enquanto não destinado o veículo apreendido na hipótese à pena de perdimento poderá ser relevada caso haja o pagamento correspondente ao dobro da multa aplicada.

Em outra proposição, o artigo 23 do Decreto-Lei nº 1.455, de 7 de abril de 1976, instituiu as infrações administrativas, especialmente nas importações em que se oculte o real vendedor, comprador pela operação, mediante fraude ou simulação, que acarrete danos ao erário, com aplicação de multa equivalente ao valor da operação aduaneira aos participantes, no caso de não localização da mercadoria consumida ou revendida (o que inviabiliza a pena de perdimento).

Dentro deste contexto, o artigo 33 da Lei nº 11.488, de 15 de junho de 2007, autoriza a pessoa jurídica que comprovar a real sujeição passiva, terá a conversão da multa à 10% da imposta, como benefício à manifestação e esclarecimento da fraude ou simulação desvendando os beneficiários.

Efetivamente, estes exemplos de alterações de posturas administrativas, por lei, relativas à aplicação de sanção administrativa aduaneira, com o perdão de pena de perdimento de veículo e redução da multa no esclarecimento de fraude ou simulação na ocultação do real sujeito passivo, revelam que o Estado vem promovendo iniciativas de dialógicas com o particular, em hipóteses específicas, sem conceder a discricionariedade à autoridade administrativa, conferindo alguns benefícios como ato vinculado.

Necessário ainda destacar que em regime de atos concertados com a Administração Pública não se constitui em ato de benevolência, mas que ocorram a transferência de incentivos e benefícios, que atendam ao interesse público.

Na atual conformação do sistema jurídico brasileiro, o Direito Aduaneiro e as sanções administrativas em tema de consensualidade sofreram as influências do Direito Constitucional, do qual possui relações de subordinação e adequação, submetendo a vinculação à juridicidade, e incidência dos critérios da extrafiscalidade, possibilitando a atuação consensual por atos normativos secundários, estabelecendo incentivos e benefícios mútuos que atendam ao interesse público identificável em cada caso em concreto, sendo um marco em direção aos atos concertados, que extrapolem a contratualização, a Lei nº 10.833, de 29 de dezembro de

2003 e a Lei nº 11.488, de 15 de junho de 2007, que versam sobre a pena de perdimento de veículos e de mercadorias, com substituição da multa aduaneira.

CONCLUSÃO

O Direito Administrativo Sancionador é um conjunto de normas que sistematiza o sistema de responsabilização, com a finalidade primordial de proteção dos bens jurídicos conferidos pela Constituição Federal e as leis administrativas, que objetiva a indução de comportamentos dos administrados ao interesse público. Este sistema jurídico é composto do estabelecimento de regime de competências, a tipificação de infrações como antecedente normativo necessário e criação de sanções administrativas como consequente, e previsão de um procedimento formal.

Na seara aduaneira, a pena de perdimento de bens em regime de importações é uma sanção administrativa decorrente do poder de polícia sujeitando a disciplina do Decreto-Lei nº 37, de 18 de novembro de 1966 e Decreto-Lei nº 1.455, de 7 de abril de 1976, possuindo como pressuposto a existência de danos ao erário. No entanto, esse dano não se restringe ao aspecto financeiro-fiscal de ausência de recolhimento de tributos, incluindo-se a transgressão das normas aduaneiras, ao serviço de fiscalização aduaneira, ao prejuízo à indústria nacional, e aos demais bens jurídicos tutelados.

A pena de perdimento de mercadoria possui todos os elementos essenciais ventilados pela doutrina para caracterizar como sanção administrativa, pela presença de uma autoridade administrativa (Auditor-Fiscal da Receita Federal) no exercício de funções típicas do Estado, o efeito aflitivo da medida com a privação de direitos existentes ou imposição de novos deveres (impossibilidade ou restrição de internalização de mercadorias), a finalidade repressora (perdimento de mercadorias) e natureza administrativa do procedimento (processo administrativo fiscal).

A sanção administrativa aduaneira não pecuniária, como a pena de perdimento de mercadorias, objeto do presente estudo, possui como objetivo a intervenção da atividade econômica e proteção de diversos bens jurídicos como destacados acima, se distanciando do aspecto arrecadatório, protegendo indiretamente a economia nacional e a soberania estatal.

A Administração Pública, após a Constituição Federal de 1988, especialmente com Emenda Constitucional nº 19, de 1998, com a inclusão do princípio da eficiência como norma principiológica a ser alcançada na atividade administrativa e criação de mecanismo de gestão, voltada a profissionalização da administração, com estabelecimento de cumprimento de metas e direcionadas ao resultado, com a demonstração a passagem da atuação burocrática para a gerencial, assim, sofrendo a influência de novos paradigmas para enfrentamentos dos desafios da pós-modernidade corrobora uma nova relação dialógica com a sociedade no trato das coisas públicas.

Neste contexto, com a constitucionalização do Direito Administrativo e a primazia que se insere o Estado Democrático de Direito, o princípio da dignidade da pessoa humana, a valorização da solução pacífica dos conflitos e os direitos e garantias fundamentais, condicionaram a democratização da gestão dos atos administrativos com a processualização da atividade administrativa justifica a implementação da consensualidade na formação dialógica na tomada de decisão concertada.

A atividade administrativa deve ser direcionada ao alcance do interesse público, que corresponde aos valores adotados pela Constituição Federal e legislações regulamentadoras dos direitos, liberdades e às prerrogativas quanto à nacionalidade, à soberania e à cidadania, sempre pautada pelo princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade que se revestem de limites intransponíveis a motivação do ato administrativo.

E numa sociedade fragmentada, com uma multiplicidade de interesses, a ponderação entre o interesse público e o interesse privado deve ser sopesado, para verificar qual valor preponderará, não podendo ser refutado que a realização de atos concertados pode atingir o interesse público, demonstrando a existência de um novo paradigma na Administração Pública.

Entretanto, na conformação do sistema jurídico brasileiro, em tema de consensualidade na sanção administrativa aduaneira, que é caracterizado por uma rigidez maior que outros temas, é indispensável que o Poder Legislativo outorgue o regime de competência para celebrar atos concertados, com adoção de *standarts* mínimos com o estabelecimento de incentivos e benefícios mútuos que atendam ao interesse público identificável em cada caso em concreto, sem prejuízo da atividade regulamentar que caracteriza a atividade extrafiscal e consensual, relativizando o princípio da estrita legalidade, com a incidência direta de princípios constitucionais, no conceito de juridicidade ou bloco de legalidade.

Deveras, relevante destacar que nos últimos anos, algumas legislações como a Lei nº 10.833, de 29 de dezembro de 2003 e a Lei nº 11.488, de 15 de junho de 2007, que versam sobre a pena de perdimento de veículos e de mercadorias, com substituição da multa aduaneira, iniciaram um movimento nesta área, de forma embrionária na relação dialógica entre a Administração Pública Aduaneira e o administrado.

REFERÊNCIAS

ABRAHAM, Marcus. *Curso de direito tributário brasileiro*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2014.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil: de 5 de outubro de 1988. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, Ano CXXVI, n. 191-A, 05 out. 1988. Seção 1, p. 1

BRASIL. Decreto-lei nº 37, de 18 de novembro de 1966. Dispõe sobre o imposto de importação, reorganiza os serviços aduaneiros e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 21 nov 1966. Seção 1, p. 13.403.

BRASIL. Decreto-Lei nº 1.455, de 7 de abril de 1976. Dispõe sobre bagagem de passageiro procedente do exterior, disciplina o regime de entreposto aduaneiro, estabelece normas sobre mercadorias estrangeiras apreendidas e dá outras providências. *Diário Oficial*, Brasília, DF, 08 abr 1976 Seção 1, p. 4.543

BRASIL. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. *Diário Oficial*, Brasília, DF, 1966, 27 out 1966. Seção 1, p. 12.452.

BRASIL. Lei nº 10.833, de 29 de dezembro de 2003. Altera a Legislação Tributária Federal e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, Ano CXL, n. 253-A, 30 dez. 2003. Seção 1, p. 1.

BRASIL. Lei nº 11.488, de 15 de junho de 2007. Que altera a Lei nº 10.833, de 29 de dezembro de 2003. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, Ano CXLIV, n. 114-A, 15 jun. 2007. Seção 1, p. 2.

BRASIL. Decreto nº 6.759, de 5 de fevereiro de 2009. Regulamenta a administração das atividades aduaneiras, e a fiscalização, o controle e a tributação das operações de comércio exterior. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, Ano CXLVI, n. 26, 6 fev. 2009. Seção 1, p. 1.

BRUYN JÚNIOR, Herbet Cornélio Pieter de. *A pena de perdimento no direito aduaneiro brasileiro*. 2016. 430 f. Dissertação (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016.

BUÍSSA, Leonardo; BEVILACQUA, Lucas. *Consensualidade na Administração Pública e transação tributária*. Fórum Administrativo – FA, Belo Horizonte, ano 15, n. 174, p. 46-54, ago. 2015.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 28. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2015.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de direito tributário brasileiro*. 14 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

COSTA, Regina Helena. *Curso de direito tributário – constituição e código tributário nacional*. 10. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2020.

FERREIRA, Daniel. *Sanções administrativas: entre direitos fundamentais e democratização da ação estatal*. Revista de Direitos Fundamentais e Democracia. Curitiba, v. 12, n. 12, p. 167-185, jul/dez de 2012.

GUEDES, Jefferson Carús. *Transigibilidade de interesses públicos: prevenção e abreviação de demandas da Fazenda Pública*.

GUEDES, Jefferson Carús; SOUZA, Luciane Moessa de (Coord.). *Advocacia de estado – questões institucionais para a construção de um Estado de justiça: estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto e José Antônio Dias Toffoli*. Belo Horizonte: Fórum, 2009

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 31. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2014.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Novos institutos consensuais da ação administrativa*. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 231, p. 129-56, jan./mar. 2003.

MONTEIRO, Alexandre Luiz Moraes do Rego. *A Administração Pública consensual e a arbitragem*. *Revista de Arbitragem e Mediação*. Vol. 35, out 2012, p. 1. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/301811/mod_resource/content/0/ADMINISTRACOPCABLICA20CONSENSUAL20E20A20ARBITRAGEM20-20Alexandre20Luiz20Moraes20do20Rego20Monteiro.pdf. Acesso em 09 nov 2020.

NOHARA, Patrícia Irene. *Direito Administrativo*. 9ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2019.

OLIVERIA, Gustavo Justino de. SCHWANKA, Cristiane. *A Administração Pública consensual como a nova face da Administração Pública do séc. XXI: fundamentos dogmáticos, formas de expressão, instrumentos de ação*. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*. São Paulo, v. 104, p. 303-322, jan./dez. 2009.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti Grotti. *Direito administrativo sancionador brasileiro: breve evolução, identidade, abrangência e funcionalidades*. *Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, ano 22, n. 120, p. 83-126, mar./abr. 2020.

OLIVEIRA, Phelippe Toledo Pires de. *A transação em matéria tributária*. 2013. 245 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação do Departamento de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2013.

OSÓRIO, Fabio Medina. *Direito administrativo sancionador*. 7.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2020. E-book. Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/107536121/v7/page/RB-2.1>. Acesso em 25 nov 2020.

PALMA, Juliana Bonacorsi de. *A atuação administrativa consensual: estudo dos acordos substitutivos no processo administrativo sancionador*. 2010. 332 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação do Departamento de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2010.

PAULSEN, Leandro. *Curso de direito tributário completo*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

PIERONI, Fabrizio de Lima. *A consensualidade e a Administração Pública: a auto composição como método adequado para a solução dos conflitos concernentes aos entes públicos*. 2018. 191 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Núcleo de Pesquisa em Direito Processual Civil da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2018.

SCHOUERI, Luís Eduardo. *Direito tributário*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

SEIXAS FILHO, Aurélio Pitanga. *Sanções administrativas tributárias*. *Revista Fórum de Direito Tributário*, ano 4, n. 21, mai./jun 2006. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

TORRES, Heleno Taveira. *Transação, arbitragem e conciliação judicial como Medidas alternativas para resolução de conflitos entre administração e contribuintes: simplificação e eficiência administrativa*. *Revista Fórum de Direito Tributário – RFDT*. Belo Horizonte, ano 1, n. 2, mar./abr. 2003. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=12926>>. Acesso em: 21 nov. 2020.

ULIANA JUNIOR, Laércio Cruz; VIEIRA, Amanda Caroline Goularte. *Da Aplicação da Pena de Perdimento de Bens na Ocultação do Real Adquirente ou Aplicação da Multa de 10% (Dez por Cento) do Art. 33 da Lei n. 11.488/2007*. *Revista Direito Tributário Atual*, ano 37, n.42. São Paulo: IBDT, 2º semestre 2019.

VORONOFF, Alice. *Direito administrativo sancionador no Brasil – justificação, interpretação e aplicação*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

