

LIBERAÇÃO DE MERCADORIAS PROVENIENTES DO EXTERIOR: ANÁLISE DOS REQUISITOS LEGAIS PARA CONCESSÃO DE TUTELA PROVISÓRIA

RELEASE OF MERCHANDISE FROM ABROAD: ANALYSIS OF THE LEGAL REQUIREMENTS FOR GRANTING OF PROVISIONAL DECISION

Aylton Bonomo Junior¹

RESUMO: O presente trabalho tem como escopo analisar quais seriam os critérios legais para concessão de tutela provisória para liberação de mercadorias provenientes do exterior. Primeiramente, examinar-se-á se há, ou não, vedação legal *in abstracto* para concessão de tutela provisória nessa matéria; em seguida, discorrer-se-á acerca dos requisitos do *fumus boni juris*, do *periculum in mora* e da irreversibilidade da medida, aplicados especificamente em matéria aduaneira; por fim, analisar-se-á a necessidade, ou não, de caução em caso de concessão da tutela provisória.

Palavras-chave: liberação; mercadoria; tutela provisória; requisitos.

ABSTRACT: The scope of this work is to analyze what would be the legal criteria for granting of provisional decision for the release of merchandise from abroad. First, it will examine whether or not there is a legal prohibition in abstract for granting provisional decision in this matter; then, the requirements of the *fumus boni juris*, the *periculum in mora* and the irreversibility of the measure, applied specifically in customs matters will be discussed; finally, the need, or not, of a guarantee in case of granting provisional decision will be analyzed.

Keywords: release; merchandise; provisional decision; requirements.

1 INTRODUÇÃO

Sempre foi polêmico o tema ligado à concessão de tutelas provisórias para liberação de mercadorias provenientes do exterior, tanto que há longa data normas jurídicas foram editadas para proibir, *in abstracto*, a concessão de tutela provisória nessa matéria.

De um lado, temos o interesse do importador, porquanto um dia de retenção/apreensão de sua mercadoria pode lhe causar danos financeiros de alta monta, bem como o impedimento da entrada e circulação da mercadoria em território brasileiro pode impactar toda a cadeia de

¹ Doutorando em Ciências Jurídico-Processuais pela Universidade de Coimbra (Portugal). Mestre em Direito Processual pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Professor de Pós-Graduação da ESMAGES, FUCAPE e IBET. Juiz Federal Substituto lotado na 2ª Vara Federal Cível de Vitória (ES) - TRF 2. Ex-Procurador do Estado do Espírito Santo. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Processual Civil e Direito Processual Tributário.



consumo, inclusive prejudicando o próprio consumidor final. De outro lado, temos o interesse da Administração Aduaneira em manter a retenção/apreensão da mercadoria, que abrange o interesse primário (*v.g.*, impedir a entrada de mercadoria proibida, que prejudique a saúde pública, ao meio ambiente) e o interesse secundário (*v.g.*, recolhimento integral dos tributos que entende devidos), pois, do contrário, a liberação da mercadoria pode redundar em danos irreversíveis à sociedade.

Isso tudo se agrava quando a questão é levada ao Poder Judiciário, haja vista que o importador pretende a liberação imediata da mercadoria, utilizando-se, para tanto, da técnica processual da tutela provisória, que possui um regime próprio e revela nuances em matéria aduaneira, principalmente quanto ao requisito de “irreversibilidade” da medida e da necessidade (ou não) de caução.

Em síntese, o presente trabalho examinará quais seriam os requisitos legais exigidos para concessão de tutela provisória nesse assunto, investigando o direito aduaneiro à luz do direito processual civil.

2 TUTELA PROVISÓRIA NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

A tutela provisória está disciplinada no Livro V do Código de Processo Civil (arts. 294 a 311). Estão agrupadas nesse gênero tanto as tutelas satisfativas como as tutelas cautelares, ambas prestadas mediante cognição sumária, isto é, lastreadas em juízo de probabilidade. Distingue-se da tutela definitiva, baseada em juízo de cognição exauriente.²

Em razão de característica a ela inerente (provisoriedade), a tutela provisória pode, a qualquer tempo, ser revogada ou modificada (art. 296, CPC), desde que o juiz motive seu

² Segundo conhecida lição de Kazuo Watanabe, a cognição no processo civil pode ser visualizada em dois planos distintos: o horizontal e o vertical. No plano horizontal (extensão ou amplitude), a cognição pode ser plena ou limitada (parcial). Será plena se o objeto da demanda for a integralidade do conflito (elementos objetivos do processo: pressupostos processuais, condição de ação e mérito – ex: ação sob o procedimento comum) e, limitada (parcial), se a demanda tiver por objeto apenas parte do conflito (ex: ação possessória – não se pode discutir propriedade). No plano vertical, a cognição pode ser exauriente ou sumária, dependendo do grau de profundidade com que é realizada a cognição é exauriente ou superficial. A cognição exauriente baseia-se em aprofundado exame das alegações e provas (ex.: ação sob o procedimento comum), o que cria um juízo de certeza. Na cognição sumária, o juiz decide com base em juízo de probabilidade da existência do direito (ex.: tutelas provisórias de urgência). (WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, p. 84).



convencimento de modo claro e preciso (art. 298, CPC). Dispõe o art. 294 do CPC que a tutela provisória pode fundamentar-se em urgência ou evidência.

A tutela provisória de *urgência* consiste na técnica processual que visa antecipar a tutela jurisdicional definitiva, fundamentando-se na urgência e na probabilidade do direito³.

A tutela de urgência pode ser cautelar ou satisfativa (art. 294, parágrafo único), podendo ambas ser concedida em caráter antecedente ou incidental.

A tutela de urgência satisfativa (tutela “antecipada”, segundo nomenclatura do CPC), consiste na técnica antecipatória que dá lugar a um provimento provisório, para viabilizar a realização e a fruição do direito pelo autor, diante de perigo de dano (v.g., liberação da mercadoria apreendida). Por sua vez, a tutela de urgência cautelar consiste na técnica antecipatória que dá lugar a um provimento provisório, para assegurar que a fruição do direito pelo autor tenha condições de eventual e futuramente ocorrer, diante de risco ao resultado útil do processo⁴ (v.g, suspensão de leilão da Receita Federal marcado para alienação de bem apreendido).

Portanto, mister se faz presentes a probabilidade de direito (*fumus boni juris*) e a urgência (*periculum in mora*), para configuração das tutelas de urgência cautelar (risco ao resultado útil do processo) e satisfativa (perigo de dano).⁵

De outro giro, como espécie do gênero tutela provisória (ao lado das tutelas provisórias de urgência), a tutela de *evidência* consiste na técnica processual que também visa antecipar a tutela jurisdicional definitiva, mas fundamentando-se na forte probabilidade do direito afirmado pelo autor, consoante hipóteses previstas no art. 311 do CPC, sobretudo com espeque em precedentes vinculantes do STF e STJ.

A importância da tutela da evidência resta nítida, sobressaindo em face da tutela de urgência, porquanto aquela dispensa a análise da urgência. A título de ilustração, veja-se um tema aduaneiro que já foi objeto de enunciado de precedente vinculante pelo STJ: “Na importação, é indevida a exigência de nova certidão negativa de débito no desembaraço

³ Art. 300. A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

⁴ ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 376.



aduaneiro, se já apresentada a comprovação da quitação de tributos federais quando da concessão do benefício relativo ao regime de drawback.” (Súmula 596, de 27/04/2016)

2.1 Tutela provisória em Mandado de Segurança (Lei n. 12.016/2009)

No procedimento do mandado de segurança⁶, afigura-se possível a concessão de liminar (tutela provisória de urgência), quando houver fundamento relevante (*fumus boni juris*) e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida (*periculum in mora*), caso seja finalmente deferida (art. 7º, III, da Lei Federal n. 12.016/2009).

A natureza da liminar, no mandado de segurança, tanto pode ter natureza *cautelar* (tutela provisória de urgência cautelar), como natureza *satisfativa* (tutela provisória de urgência antecipada), a depender do pedido formulado pelo impetrante⁷, além de natureza de tutela de *evidência*. Aplica-se, pois, assim, tudo aquilo que foi dito acima sobre a tutela provisória prevista no Código de Processo Civil, inclusive os requisitos legais para concessão.

3 A INEXISTÊNCIA DE VEDAÇÃO LEGAL, *IN ABSTRATO*, PARA CONCESSÃO DE TUTELA PROVISÓRIA PARA LIBERAÇÃO DE MERCADORIAS PROVENIENTES DO EXTERIOR

No ano de 2021, o STF julgou a ADI n. 4296 proposta pela OAB, e, por maioria de votos, declarou inconstitucional integralmente o art. 7º, § 2º, da Lei Federal n. 12.016/2009, segundo o qual

não será concedida medida liminar que tenha por objeto a compensação de créditos tributários, a entrega de mercadorias e bens provenientes do exterior, a reclassificação ou equiparação de servidores públicos e a concessão de aumento ou a extensão de vantagens ou pagamento de qualquer natureza.⁸

Em resumo, seguindo o voto condutor do Min. Alexandre de Moraes, entendeu-se que

⁵ Enunciado n. 143 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “A redação do art. 300, caput, superou a distinção entre os requisitos da concessão para a tutela cautelar e para a tutela satisfativa de urgência, erigindo a probabilidade e o perigo na demora a requisitos comuns para a prestação de ambas as tutelas de forma antecipada.”

⁶ Para aprofundamento acerca do Mandado de Segurança, conferir: BONOMO JUNIOR, Aylton; ZANETI JR, Hermes. *Mandado de Segurança Individual e Coletivo*. Salvador: Juspodivm, 2019.

⁷ MEIRELES, Hely Lopes; WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar Ferreira. *Mandado de Segurança e Ações Constitucionais*. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 95.

⁸ STF, ADI 4296, Relator p/ acórdão Min. Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, j. em 09/06/2021.



a cautelaridade do mandado de segurança é ínsita à proteção constitucional ao direito líquido e certo e encontra assento na própria Constituição Federal. Em vista disso, não será possível a edição de lei ou ato normativo que vede a concessão de medida liminar na via mandamental, sob pena de violação à garantia de pleno acesso à jurisdição e à própria defesa do direito líquido e certo protegida pela Constituição. Proibições legais que representam óbices absolutos ao poder geral de cautela.

Por via de consequência, caiu por terra, ainda que parcialmente, a redação do art. 1.059 do CPC, no sentido de que “à tutela provisória requerida contra a Fazenda Pública aplica-se o disposto nos arts. 1º a 4º da Lei nº 8.437, de 30 de junho de 1992, e no art. 7º, § 2º, da Lei nº 12.016, de 7 de agosto de 2009.”

Nessa medida, em sede de mandado de segurança, inexiste proibição, *in abstracto*, de concessão de tutela provisória para a entrega de mercadorias e bens provenientes do exterior.

Todavia, ainda continua válida e em vigor (pois não revogada ou declarada inconstitucional em controle concentrado) a Lei Federal n. 2.770/1956, que em seu art. 1º dispõe que

nas ações e procedimentos judiciais de qualquer natureza, que visem obter a liberação de mercadorias, bens ou coisas de qualquer espécie procedentes do estrangeiro, não se concederá, em caso algum, medida preventiva ou liminar que, direta ou indiretamente importe na entrega da mercadoria, bem ou coisa.

Pois bem. Em primeiro lugar, não se afigura possível aplicar essa lei para a ação de mandado de segurança, senão seria uma burla à decisão do STF em controle concentrado, sobretudo porque o *mandamus* se trata de um direito fundamental (art. 5º, CF), não se afigurando possível realizar uma interpretação que lhe dê menos efetividade (princípio da máxima efetividade dos direitos fundamentais⁹).

Em segundo lugar, seguindo a mesma *ractio decidendi* do STF na ADI nº 4296, esse dispositivo também é inconstitucional, por “violação à garantia de pleno acesso à jurisdição” e por representar “óbices absolutos ao poder geral de cautela.”

Ora, aplica-se aqui o vetusto brocardo jurídico: *Ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio* (onde existe a mesma razão fundamental, aplica-se a mesma regra jurídica). Por via

⁹ “É um princípio operativo em relação a todas e quaisquer normas constitucionais, e embora a sua origem esteja ligada à tese da atualidade das normas programáticas (THOMA), é hoje sobretudo invocado no âmbito dos direitos fundamentais (no caso de dúvidas deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais).” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 4. ed. Coimbra: Almedina, 1997, p. 227). De igual sorte, Jorge Miranda afirma que “a uma norma fundamental tem de ser atribuído o sentido que mais eficácia lhe dê”. (MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 2000, p. 260, tomo II)



reflexa, deverá o magistrado, incidentalmente, mediante provocação ou de ofício, declarar a inconstitucionalidade do aludido art. 1º da Lei Federal n. 2.770/1956, por violação ao art. 5º, inciso XXXV, da CF (princípio da inafastabilidade da jurisdição).

Firmadas tais premissas, depreende-se que não haveria, ao menos *abstratamente*, óbice legal para concessão de tutela provisória de urgência para liberação de mercadorias provenientes do exterior. Cabe, agora, analisar os requisitos legais para concessão de tutela provisória nessa matéria.

4 REQUISITOS LEGAIS PARA CONCESSÃO DE TUTELA PROVISÓRIA PARA LIBERAÇÃO DE MERCADORIAS PROVENIENTES DO EXTERIOR

4.1 O contraditório prévio como regra

As tutelas provisórias, de urgência e de evidência, podem ser concedidas liminarmente ou após justificação prévia (art. 300, § 2º, do CPC). A despeito da literalidade da lei (art. 9º, I e 311, parágrafo único, ambos do CPC), em regra, cabe ao juiz, justificadamente¹⁰, observar o princípio do contraditório prévio¹¹, intimando-se a parte ré para manifestar-se, especificamente e em prazo exíguo, apenas sobre o pedido liminar¹².

¹⁰ Enunciado n. 143 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “O juiz deve justificar a postergação da análise liminar da tutela provisória sempre que estabelecer a necessidade de contraditório prévio.”

¹¹ “Ou seja, a concessão de tutela urgente antes da ouvida do réu somente é legítima quando não se pode esperar a apresentação da resposta. Caso o juiz possa aguardar a defesa sem correr o risco de deixar o autor desamparado, não há racionalidade em aceitar a concessão da tutela antes da ouvida do demandado. Essa lógica tem sido acolhida pelo *Bundesverfassungsgericht* alemão mediante o argumento de que a negação do princípio da audiência prévia, pode significar ingerência na esfera jurídica de alguém, somente pode ser admitida quando resultar imprescindível à consecução da própria finalidade do provimento ou da tutela do direito.” (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil*. Teoria do Processo Civil. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 394, v. I). De igual sorte: “[...] 1. A tutela antecipada, via de regra, deve ser concedida após a oitiva da parte contrária. Contudo, a sua concessão inaudita altera parte não é vedada em nosso ordenamento jurídico e pode ser deferida nos casos em que o juiz verificar que o prazo de resposta possa implicar em risco de perecimento do direito invocado, como é a hipótese de deferimento de benefício previdenciário do qual a parte necessite para sobreviver. [...]” (TRF 2, Ag. 0006011-91.2016.4.02.0000, Rel. Helena Elias Pinto, 2ª Turma, DJ 24/10/2016)

¹² A liminar deve ser apreciada pelo juiz em prazo exíguo, seja para deferir, ou indeferir a medida, pelo que não se mostra razoável postergar a sua análise para após o prazo de contestação, notadamente no procedimento comum. Recomenda-se a intimação da parte ré para manifestação específica sobre o pleito liminar, em prazo curto, e não para contestar. A postergação desrazoável da análise da liminar configura, na verdade, indeferimento do pleito, passível de agravo de instrumento. Se o magistrado pretende analisar a liminar apenas quando da prolação da sentença, é porque entende não configurado o *periculum in mora* até esse momento



Isso se justifica por duas razões: *a uma*, porque o contraditório é uma garantia fundamental, de observância obrigatória, apenas devendo ceder, no caso concreto, se diante de outra garantia fundamental de igual envergadura; *a duas*, em razão da natureza da matéria discutida e do bem litigioso, já que envolve o Poder Público (presunção de legitimidade e veracidade do ato administrativo) e legislação criteriosa e específica (matéria aduaneira), sendo de suma relevância saber o motivo da retenção/apreensão da mercadoria (por exemplo, se decorreu de indícios de contrabando ou outros crimes, prejuízo à saúde pública e ao consumidor, etc).

A exceção à necessidade do contraditório prévio ocorre se estiver diante de caso de *perecimento imediato do direito*, quando, então, o juiz deverá apreciar liminarmente o pedido (*inaudita altera parte*), sob pena de sepultar a garantia fundamental da inafastabilidade da jurisdição.

Imagina-se a situação em que a mercadoria importada seja apreendida na Alfândega em uma quarta-feira, sendo que a validade do produto expira na sexta-feira seguinte; nesse caso, não haveria prazo suficiente para oitiva da União, razão pela qual o magistrado deve examinar o pedido liminar imediatamente (para deferir ou não o pedido), sob pena de perecimento imediato do direito do autor.

De todo modo, tratando-se de matéria exclusivamente de direito e repetitiva no juízo, onde o juiz já tenha tido conhecimento das informações prestadas pela Fazenda Pública em feitos anteriores semelhantes, dispensando-se maiores digressões fáticas e jurídicas a respeito da temática, torna-se despiciendo o contraditório prévio para análise do pleito liminar, mesmo em não se cuidando de perecimento imediato de direito, por nada acrescentar de novo ao processo, o que só viria a prejudicar a duração razoável do processo e a economia processual.

processual (sentença), o que deve resultar no indeferimento da medida, sem prejuízo de reapreciá-la quando da prolação da sentença. Nesse rumo de ideia é o Enunciado nº 70 da I Jornada de Direito Processo Civil do Conselho de Justiça Federal: “É agravável o pronunciamento judicial que postergar a análise de pedido de tutela provisória ou condicioná-la a qualquer exigência.” Em menor extensão: “[...]. 2. Descabe agravo de instrumento de despacho que posterga a apreciação do pedido de liminar para o momento posterior ao prazo para resposta, dada a ausência de conteúdo decisório de tal ato judicial. Apenas em situações excepcionais, quando a ausência de apreciação imediata da antecipação de tutela causar dano de difícil e incerta reparação, equivalendo ao indeferimento do pedido liminar, é que seria cabível o manejo do agravo de instrumento. [...]”.(TRF 1, AG 00558848720164010000, Rel. Des. Kassio Nunes Marques, Sexta Turma, DJ 07/08/2017)



4.2 Requisito “probabilidade do direito” (*fumus boni juris*)

Como é cediço, o pedido autoral deve firmar-se em *atos* e em *fundamentos jurídicos* (art. 319, III, CPC), o que constitui a causa de pedir da peça vestibular.

Se existe controvérsia fática a respeito da retenção/apreensão da mercadoria, aplica-se a regra geral de ônus da prova, segundo o qual incumbe ao autor a prova do fato constitutivo de seu direito, e ao réu a prova dos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor (art. 373, I, CPC). A par disso, o ato de retenção/apreensão da mercadoria tem natureza administrativa, gozando do atributo de presunção de veracidade, ou seja, até que se prove em contrário, considera-se verdadeiro o fato afirmado pela Administração Pública.

Isso redundará na dificuldade de se obter a concessão de tutela provisória no liminar do processo, pois, não raro, torna-se necessário a produção de prova pericial pelo juízo. Imagine-se a situação em que o importador classifique uma placa de vídeo importada como peça autônoma (propriamente um processador), e o Fisco a classifique como peça acessória de um processador, o que altera substancialmente o regime tributário e a alíquota aplicável. No caso, trata-se de discussão é fática.

A despeito disso, nada impede que o autor junte aos autos, como prova emprestada, prova pericial realizada em outra ação judicial, com as mesmas partes e produto semelhante, ou até pareceres técnicos, que, dependendo das circunstâncias, podem afastar a presunção de veracidade do ato administrativo, sobretudo quando este é desprendido de fundamentação analítica e concreta. Nesses casos, poder-se-ia conceder a tutela provisória mesmo antes da produção de prova pericial, a qual poderia até ser dispensada. Não custa rememorar que o ato administrativo goza apenas de “presunção” de veracidade, e não de “absoluta” veracidade.

De outra face, a praxe demonstra que a maioria das discussões aduaneiras se limita à controvérsia de direito.

Nesse campo, é amplo o reexame judicial do ato de retenção/apreensão da mercadoria, inclusive em sede de cognição não exauriente (tutela provisória), pelos seguintes motivos:

- (i) a atividade tributária e aduaneira consistem na prática de atos administrativos *vinculados*, em que a autoridade aduaneira está jungida à lei, cabendo ao Poder



Judiciário o controle de legalidade, o que não significa apenas obediência à lei em sentido formal (legalidade formal), mas, antes, obediência à Constituição como lei maior¹³, ou seja, legalidade *substantial*;

- (ii) cabe ao Poder Judiciário levar a cabo a interpretação jurídica da legislação aduaneira (extrair do texto legal a norma jurídica), que frequentemente não coincide com a interpretação procedida pela autoridade aduaneira, não se podendo confundir texto (enunciado normativo) com a norma (significado normativo)¹⁴, de modo que a norma é o resultado da interpretação do texto, e não o seu objeto¹⁵; esse aspecto é sobremodo relevante, porquanto, via de regra, a autoridade aduaneira vale-se da interpretação literal do texto, quando, na verdade, a letra da lei (interpretação gramatical) é sempre o ponto de partida do intérprete, mas nunca é o de chegada.¹⁶
- (iii) há normas legais aplicadas pelo Fisco que são formal e/ou materialmente inconstitucionais, cabendo ao Poder Judiciário declarar incidentalmente a sua inconstitucionalidade (controle difuso);
- (iv) há atos normativos infralegais em matérias aduaneira e tributária que exorbitam a sua função (inovam no ordenamento jurídico, quando deveriam apenas complementar as leis), cabendo ao Poder Judiciário proceder ao controle de legalidade.

¹³ Isso não significa estimular a declaração de inconstitucionalidade dos atos normativos. Segundo magistério de Luís Roberto Barroso, pelo princípio da presunção da constitucionalidade das leis e atos normativos, não devem os juízes e tribunais, como regra, declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo quando: (i) a inconstitucionalidade não for patente e inequívoca, existindo tese razoável para preservação da norma, militando a dúvida em favor da lei (STF, Rp n. 881/MG); (ii) seja possível decidir a questão por outro fundamento, evitando-se a invalidação; (iii) existir interpretação alternativa possível, que permita compatibilizar a norma com a CF. (*Comentários à Constituição do Brasil*. J.J. Gomes Canotilho (coord). São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 93)

¹⁴ “Texto e norma: o recurso ao ‘texto’ para averiguar o conteúdo semântico da norma constitucional não significa a identificação entre texto e norma. Isto é assim mesmo em termos linguísticos: o texto da norma é o ‘sinal linguístico’; a norma é o que se ‘revela’ ou ‘designa’.” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 4ª edição. Coimbra: Almedina, 1997, p. 1218)

¹⁵ TARELLO, Giovanni. *L’Interpretazione della Legge*. Milano: Giuffrè, 1980, p. 38; GUASTINI, Ricardo. *Dalle fonti alle norme*. Torino: Giappichelli, 1990, cap. I.

¹⁶ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 58.



Todas essas questões já podem ser examinadas em sede de tutela provisória, ainda no limiar do processo, por mais complexa que seja a questão de direito controvertida, até porque, para efeito de concessão de tutela provisória, não se requer a “certeza” do direito, mas tão-somente a “probabilidade” do direito.

Não obstante, há situações concretas que suscitam real dúvida se o ato administrado seria, ou não, ilegal (“zonas cinzentas”). Nesses casos, como o ato administrativo que reteve/apreendeu a mercadoria goza de presunção de legitimidade (até prova em contrário, são emitidos em conformidade com a lei), e como a norma jurídica também goza de presunção de constitucionalidade, entendemos que se deve prestigiar o entendimento da autoridade aduaneira¹⁷.

4.3 Requisito “urgência” (*periculum in mora*)

Em lides aduaneiras é bastante controvertida a questão atinente ao convencimento do magistrado a respeito da configuração do *periculum in mora*, um dos requisitos para concessão da tutela provisória de urgência. Tal cenário também é vivenciado em lides exclusivamente tributárias.¹⁸

¹⁷ Nesse diapasão, segundo o *case* norte-americano *Chvron USA Inc. vs. National Resources Defense Council Inc* (1967 U.S. 837 (1984), decidiu-se que o Judiciário apenas deva intervir em ato da Administração se esta atuar contra a lei ou de forma irrazoável, criando-se o precedente da “teoria da deferência administrativa” quando presente interpretação razoável do administrador. Por essa mesma razão, analisando o requisito de adequação do princípio da proporcionalidade, o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha refere-se ao controle de evidência (*Evidenzkontrolle*) e de justificabilidade (*Vertretbarkeitskontrolle*) dos atos administrativos, de modo que, para preservar a prerrogativa funcional dos Poderes Executivo e Legislativo, o Judiciário apenas anula as medidas adotadas pelos outros Poderes se sua inadequação for evidente e injustificável.

¹⁸ Em matéria tributária, entendendo pela presença do *periculum in mora*: “[...]. 3-O perigo inverso da demora evidencia-se pela onerosidade da contribuição previdenciária e na provável diminuição de investimentos nas atividades comerciais da empresa caso tenha de aguardar o provimento judicial final. Assim, antecipação da tutela é medida que se impõe. [...]” (TRF 1, Ag. 00043752520134010000, Rel. Des. Luciano Tolentino Amaral, DJ 26/04/2013). De outro lado, entendendo pela ausência de *periculum in mora* nesse mesmo contexto: “[...]. 3. *Periculum in mora* não comprovado. Não demonstração, no caso concreto, de que a suspensão da isenção que se busca reverter tem o potencial de sacrificar seriamente um direito não patrimonial ou um direito fundamental, especialmente atrelado ao princípio da dignidade humana (cf. TRF2, Terceira Turma Especializada, AI 2013.02.01.009598-8, Rel. Des. Fed. RICARDO PERLINGEIRO, E-DJF2R 13.12.2013). 4. Não aplicação do conceito de dano irreparável a lesão exclusivamente patrimonial, exceto se o devedor estiver na iminência de insolvência (v. PISANI, Andrea Proto. *Lezioni di diritto processuale civile*. 5 ed. Napoli: Jovene, 2010, p. 602, 633-635), o que não ocorre quando a Administração Pública atua na qualidade de demandada. [...]” (TRF 2, Autos n. 00152315520124020000, Rel. Des. Ricardo Perlingeiro, j. 06.05.2014)



De um lado, há aqueles que entendem que, em regra, não haveria urgência para concessão da tutela provisória, pois a espera da liberação da mercadoria até a sentença repercutiria apenas em prejuízo patrimonial, que poderia ser indenizado/ressarcido posteriormente pela Fazenda Pública.

Não comungamos desse entendimento. Julgamos que, em pedidos de tutela provisória para liberação de mercadoria proveniente do exterior, a própria retenção/apreensão da mercadoria já revela a urgência do caso, a ensejar a análise da tutela provisória antes da prolação da sentença.

A urgência se revela tendo em vista que, se não analisada a tutela provisória antes da prolação da sentença, além de trazer prejuízos financeiros ao importador em razão do pagamento de custos de armazenagem (valores significativos e que incidem por dia), a mercadoria não adentra no território nacional para ser comercializada, prejudicando o planejamento e a receita não só do importador, mas do real adquirente, do comerciante e até do próprio consumidor, pois todos, em regra, convencionam prazos de compra e venda. Ademais, traz insegurança jurídica ao importador, que por natureza exerce atividade contínua, não sabendo se a sua próxima importação será considerada legal ou não.¹⁹

¹⁹ Nesse mesmo diapasão: “[...]. 4 - Não há que se falar em possível prejuízo à União, já que as placas cimentícias importadas não são mercadorias proibidas de serem comercializadas no mercado interno e o procedimento especial de fiscalização a que estão sujeitas refere-se apenas aos indícios de ocultação do real adquirente em importação por conta e ordem de terceiro. 5 - Assim, caso seja aplicada a pena de perdimento no futuro, os bens teriam que ser levados a leilão para que fossem convertidos em renda da União, procedimento muito mais demorado e custoso, com alta probabilidade de não resultarem na apuração total do valor de avaliação em prol dos cofres públicos. 6 - Por outro lado, a liberação mediante depósito em dinheiro do valor total da avaliação realizada pelo Fisco garante que, em caso de aplicação definitiva da pena de perdimento, o valor será automaticamente revertido em renda da União, sem qualquer prejuízo, já que é inclusive atualizado monetariamente durante o período em que estiver depositado. 7 - Por sua vez, existe risco de perecimento e desvalorização das mercadorias apreendidas, que, ao término do procedimento especial de fiscalização, não terão a mesma utilidade, nem para o importador, nem para o Fisco, que apurará valor inferior ao da atual avaliação em eventual leilão. 8 - Ademais, a apelada demonstrou que as altas taxas de armazenagem aplicáveis, que já ultrapassam o valor de avaliação das mercadorias, podem chegar ao ponto de inviabilizar a importação no Brasil, pois causam instabilidade e insegurança nas relações comerciais, caso se mantenha o atual entendimento do Fisco. Assim, trata-se de risco muito maior à sociedade em geral do que o mero prejuízo financeiro de um importador.” (TRF 2, Apelação n. 0000421-06.2014.4.02.5109, Des. Luiz Antônio Soares, j. em 18/04/2017); “[...]. 3. Tenha-se em vista que a retenção de mercadorias acarreta diversos danos ao fabricante, que, além de ver inviabilizada a sua atividade e giro, é obrigado a arcar com os custos de custódia e armazenamento decorrentes da retenção pela autoridade administrativa.” (TRF 3, Apelação n. 5005598-91.2019.4.03.6100, Des. Antonio Carlos Cedenho, j. 20/05/2021)



A nosso ver, a tutela provisória de urgência apenas poderia ser analisada no bojo da sentença, se entre a distribuição da ação e a prolação da sentença perfizer lapso temporal reduzido, a ponto de, por celeridade, economia processual e efetividade (em prol do próprio autor), justificar esse comportamento processual.

De outra banda, relembra-se que, para concessão de tutela da *evidência*, dispensa-se a análise da urgência, de modo que é preferível lançar mão daquela em detrimento desta.

Por fim, sempre que cabível, também deve-se priorizar o manejo da ação de mandado de segurança, em face da ação sob o procedimento comum, já que, na forma do art. 14, § 3º, da LMS, a sentença mandamental produz *eficácia imediatamente* (o recurso de apelação não é dotado de efeito suspensivo, como previsto no CPC como regra geral), dispensando-se, dessa forma, a concessão de tutela provisória no bojo da sentença, a fim de conferir eficácia imediata à sentença.

Ressalta-se que, com a declaração de inconstitucionalidade do art. 7º, § 2º, da LMS (proibição de liminar para entrega de mercadoria importada), entendemos que cai por terra a vedação de cumprimento provisório preconizada no art. 14, § 3º, da LMS, *in verbis*: “a sentença que conceder o mandado de segurança pode ser executada provisoriamente, salvo nos casos em que for vedada a concessão da medida liminar”.

Ora, se inexistente óbice para a concessão de vantagem por meio de decisão interlocutória (tutela provisória), quanto mais para concessão através da sentença (tutela definitiva), que independe do *periculum* (eficácia imediata da sentença); logo, não há que se falar em efeito suspensivo da apelação nessa hipótese.

4.4 Risco de irreversibilidade da medida

A proibição legal de tutela provisória na matéria em testilha, historicamente, sempre esteve ligada à impossibilidade de restituição da mercadoria (risco de irreversibilidade da medida)²⁰, requisito este que ainda persiste para a tutela provisória de *urgência satisfativa*

²⁰ Segundo nos conta Celso Agrícola Barbi (*Do Mandado de Segurança*. 12. ed. Revista e Atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 162), essa proibição já continha na Lei Federal nº 2.770/1956, a qual foi criada, para impedir a perda (impossibilidade de restituição) das mercadorias liberadas judicialmente, já que, nos anos de 1946 a 1955, surgiram muitos mandados de segurança coletivos para liberação de automóveis apreendidos pelo Executivo, e, após obtida a liminar e retirados os carros da alfândegas, os impetrantes não se interessaram mais pelo andamento do feito, e, quando do julgamento final do *mandamus*, em caso de denegação, tornava-se



(“natureza antecipada”), em que pese a declaração de inconstitucionalidade pelo STF, em virtude da validade e vigência do teor do art. 300, § 3º, do CPC, a saber: “a tutela de urgência de natureza antecipada não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão.”

Analisemos os seguintes pontos.

Em primeiro lugar, conforme texto legal, o requisito da irreversibilidade apenas se aplica às tutelas provisórias de urgência satisfativas, não abrangendo, pois, assim, as tutelas de evidência, tampouco a sentença proferida em mandado de segurança (que tem eficácia imediata), visto que, nessas hipóteses, a lei já presume que o perigo de irreversibilidade da medida é reduzido, em razão da alta probabilidade do direito afirmado pelo autor.

Em segundo lugar, a regra processual do art. 300, § 3º, do CPC (irreversibilidade) não é absoluta, devendo ser sopesada diante dos bens e valores jurídicos em jogo, mediante o postulado da proporcionalidade, pois, não raro, o indeferimento da liminar pode revelar-se mais irreversível e gravoso do que o seu deferimento (irreversibilidade inversa)²¹.

Com efeito, não se pode levar a termo uma interpretação *extensiva* do conceito de “irreversibilidade”, sob pena de indevidamente limitar o acesso à jurisdição e a efetividade do processo.

Com efeito, a aplicação literal da expressão “irreversibilidade” para todo e qualquer caso de liberação de mercadoria proveniente do exterior, indistintamente, implicaria em cerceamento de mecanismos de desconstituição de ilegalidades ou abusos do poder público, ofendendo o princípio constitucional da separação dos Poderes (art. 2º), na medida em que limitaria a atuação do Poder Judiciário, abalando a inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV) e afrontando, inclusive, o princípio do não confisco (art. 150, IV), com a retenção das mercadorias como forma de coação do contribuinte para o pagamento do tributo.

inviável restituir os veículos, pois muitos já haviam sido alienados e dispersos no país. Em outras palavras: a proibição de liminar nessa hipótese está ligada à impossibilidade de restituição da mercadoria (risco de irreversibilidade da medida).

²¹ Enunciado nº 40 da I Jornada de Direito Processo Civil do Conselho de Justiça Federal: “A irreversibilidade dos efeitos da tutela de urgência não impede sua concessão, em se tratando de direito provável, cuja lesão seja irreversível.” De igual forma: Enunciado n. 419 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “Não é absoluta a regra que proíbe tutela provisória com efeitos irreversíveis.”



O mesmo raciocínio nos traz Leonardo Carneiro da Cunha²² ao afirmar:

A vedação para concessão de liminar destinada à liberação de bens e mercadorias justifica-se, em princípio, pelo risco de irreversibilidade da medida, pois o desembaraço antecipado das mercadorias pode impedir eventual cominação do perdimento. Se, em princípio, houver aparente conduta criminosa ou risco para população, para o meio ambiente, para a saúde, enfim, para o interesse público, sendo possivelmente irreversível o provimento, há de prevalecer a vedação legal. Diversamente, se não houver nada disso, se, na realidade, a apreensão da mercadoria consistir num meio coercitivo indireto de cobrança de tributo, deve, então, ser possível a concessão da medida liminar. É que, devido um tributo, cabe ao ente fazendário constituir o crédito mediante lançamento tributário e promover a cobrança judicial, servindo-se da execução fiscal, não lhe sendo legítimo impor medidas restritivas ao contribuinte como forma indireta de cobrança, nem apreender bens ou mercadorias. A jurisprudência está pejada de decisões que repelem a adoção de meios coercitivos indiretos de cobrança, bastando lembrar o teor das Súmulas nºs 70, 323 e 547, todas do Supremo Tribunal Federal.

Nesse mesmo rumo de ideia, escreveu Hely Lopes Meireles: “Tem-se entendido, entretanto, que essa vedação só se refere a produtos de contrabando, e não aos bens importados ou trazidos para o País como bagagem sobre os quais as autoridades passem a fazer exigências ilegais ou abusivas para seu desembaraço.”²³

Nessa medida, impõe-se, inicialmente, examinar o motivo pelo qual a mercadoria importada fora retida/apreendida pelo Fisco.

Em se tratando de discussão a respeito de suposta mercadoria de entrada proibida no Brasil (contrabando), suposta mercadoria em si criminosa no território brasileiro, ou presente suposto interesse público primário (da coletividade, e não do Estado) que justifique a retenção/apreensão da mercadoria (vg., proteção à saúde pública, ao meio ambiente, ao consumidor), é temerário a concessão de tutela provisória de urgência para liberação da mercadoria, visto que, se cassada ou revogada a tutela de urgência posteriormente, a circulação da mercadoria no território brasileiro já teria causado danos concretos irreversíveis à sociedade.

Deve-se examinar com vagar e cuidado essas situações, e apenas *excepcionalmente*, quando o magistrado se convencer de sua inexistência, por estar nítida e cabalmente demonstrado o ato ilegal praticado pela administração aduaneira (v.g, classificou por erro

²² *A Fazenda Pública em juízo*. 13. ed. São Paulo: Dialética, 2016, p. 304-305.

²³ *Mandado de Segurança e Ações Constitucionais*. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 100.



grosseiro um produto como de entrada proibida no brasileiro, quando não seria), poder-se-ia conceder a tutela provisória. De toda forma, a regra é o indeferimento da tutela provisória.

Fora desse cenário, não vislumbramos, em tese, óbice para liberação da mercadoria, pois mitigado o caráter irreversível da medida, tendo em vista que a discussão girará em torno sobretudo de questões *financeiras* (pagamento de tributo) ou *administrativas de cunho formal* (v.g., prova de regularidade de inscrição no REI ou Siscomex). Essa conclusão abrange, inclusive, a liberação de mercadoria com indícios de infração punível com a perda de *perdimento*, uma vez que, se há permissão normativa para liberação da mercadoria na *via administrativa* mediante caução²⁴, não haveria empecilho para liberação na via judicial, mesmo com risco de perdimento do bem²⁵.

Por conseguinte, o magistrado deverá avaliar concretamente esse requisito (irreversibilidade da medida), exigindo-se, se for o caso, a depender das circunstâncias fáticas, a prestação de caução, assegurando-se, assim, a reversibilidade da medida. Quanto maior a probabilidade de vitória do autor (aqui a importância do requisito da “probabilidade do direito”), menor será o risco de irreversibilidade da medida, o que dispensará, inclusive, a caução, o que será nosso próximo tópico.

4.5 Caução como medida facultativa

Quanto à necessidade de caução, prevista na lei do MS (art. 7º, III, declarada constitucional pelo STF na ADI n. 4296) e no CPC (art. 300, § 1º), consoante se extrai do próprio texto legal, essa exigência não é obrigatória, mas apenas *facultativa*. E nem poderia ser diferente: se fosse obrigatória, tolheria o juiz de seu poder geral de cautela, em afronta ao disposto no art. 5º, inciso XXXV, da Carta Magna.

²⁴ Instrução Normativa RFB nº 1986/2020: “Art. 12. As mercadorias retidas nos termos deste Capítulo poderão ser desembaraçadas ou entregues antes do término do Procedimento de Fiscalização de Combate às Fraudes Aduaneiras mediante prestação de garantia. [...]”

²⁵ “PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE INDÍCIOS DE INFRAÇÃO PUNÍVEL COM A PENA DE PERDIMENTO. SÚMULA 7/STJ. EXIGÊNCIA DE GARANTIA PARA A LIBERAÇÃO DA MERCADORIA APREENHIDA. IMPOSSIBILIDADE. APLICAÇÃO DA MP 2.158/2001 E DA IN/SRF 228/2002. 1. O STJ entende que, ‘a partir da análise dos artigos 68 e 80, inciso II, da Medida Provisória n.º 2.158/01 e do artigo 7º da IN/SRF n.º 228/02, extrai-se que a prestação de garantias (caução) para a liberação de mercadorias importadas está condicionada à existência de indícios de infração punível com a pena de perdimento a serem apurados mediante procedimento fiscal de investigação” (REsp 1240037/RS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 1/4/2013).[...]” (STJ, REsp n. 1.692.285, relator Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, j. em 10/10/2017)



A previsão legal de caução confere ao magistrado maior liberdade para analisar as tutelas provisórias, sobretudo para concessão, pois diante de significativas consequências financeiras da decisão judicial e do risco de irreversibilidade da medida, poderá conceder a tutela provisória, exigindo a contracautela.

Contudo, essa exigência deve funcionar tão-somente como uma medida de contracautela, e não como um requisito a mais para concessão da tutela provisória.²⁶ Dessa forma, não deve o juiz, sempre, condicionar a concessão da tutela provisória à prestação da caução.

Não desconheço que o art. 2º da Lei Federal n. 2.770/1956 estatuiu que

no curso da lide ou enquanto pender recurso, mesmo sem efeito suspensivo, da sentença ou acórdão, a execução de julgado que determinar a entrega ou a vinda do exterior de mercadorias, bens ou coisas de qualquer natureza, não será ordenada pelo juiz ou Tribunal antes que o autor ou requerente preste garantias de restituição do respectivo valor, para o caso de, afinal, decair da ação ou procedimento.

Entretanto, mister se faz proceder à técnica de interpretação conforme à Constituição²⁷, extraindo do texto a norma no sentido de que a caução é *facultativa*, e não obrigatória, sob pena de sepultar o poder geral de cautela que é ínsito a todo magistrado, em clara transgressão ao princípio da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV, CF).

A par disso, também se deve fazer uma interpretação sistemática da Lei Federal n. 2.770/1956, uma vez que, hodiernamente, na via administrativa, é exigida caução apenas para

²⁶ André R. C. Fontes preconiza que “a caução, fiança ou depósito não constituem requisitos para o deferimento de liminar, mas forma de prevenir danos ocasionais.” (MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; FONTES, André R. C.; LIMA, Arnaldo Esteves; ARAÚJO, Eugênio Rosa de; NASCIMENTO FILHO, Firly; NEIVA, José Antonio Lisboa; LOPES, Mauro Luís Rocha; AZULAY NETO, Messod ; DYRLUND, Poul Erik. *Mandado de segurança individual e coletivo*: Lei 12.016/2009 comentada. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 84). Com esse mesmo pensamento: BUENO, Cassio Scarpinella. *A nova lei do mandado de segurança*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 67.

²⁷ Na técnica da interpretação conforme da CF, o texto da lei permanecerá intacto; o que muda é o seu sentido, por meio da interpretação que o torne adequado à Constituição. Eis o escólio de Marinoni: “A técnica da ‘interpretação conforme’ não visa a permitir a escolha da interpretação que melhor se ajusta à Constituição, mas a excluir a interpretação inconstitucional e a definir a interpretação que confere constitucionalidade à norma. Trata-se de técnica de controle de constitucionalidade. [...] A interpretação de acordo coloca-se diante de um problema de interpretação, diante de várias interpretações possíveis a exigir uma interpretação que melhor se ajuste ao sentido da Constituição. Constitui, assim, uma regra de hermenêutica. De outra parte, a interpretação conforme se apresenta em face de uma norma a que se confere interpretação inconstitucional, e, portanto, diante de um problema de constitucionalidade que, por desafiar controle jurisdicional, requer o emprego de técnica de controle de constitucionalidade.” (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Ob. Cit., p. 106).



liberação de mercadorias retidas com indícios de infração punível com pena de *perdimento* (art. 68, da Medida Provisória nº 2.158-35/2001), ou seja, não é obrigatória em todos os casos.

Posto isso, torna-se imperioso averiguar se o desfecho do processo administrativo-fiscal de retenção/apreensão da mercadoria poderá, ou não, levar à *pena de perdimento*.²⁸

Isto porque é comum constatar que, nos procedimentos administrativos que culminam na retenção/apreensão de mercadorias importadas, não se discute a aplicação de penalidade de perdimento.

²⁸ As principais hipóteses de perdimento de mercadoria estão previstas no art. 689 do Regulamento Aduaneiro: “Aplica-se a pena de perdimento da mercadoria nas seguintes hipóteses, por configurarem dano ao Erário (Decreto-Lei nº 37, de 1966, art. 105; e Decreto-Lei nº 1.455, de 1976, art. 23, caput e § 1º, este com a redação dada pela Lei nº 10.637, de 2002, art. 59): 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 sem o cumprimento de outra formalidade essencial estabelecida em texto normativo; II - incluída em listas de sobressalentes e de provisões de bordo quando em desacordo, quantitativo ou qualitativo, com as necessidades do serviço, do custeio do veículo e da manutenção de sua tripulação e de seus 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 em 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 VI, 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 do pagamento dos tributos aduaneiros; 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 de outros gravames, quando desembaraçada com a isenção referida nos arts. 142, 143, 144, 162, 163 e 187; XIII - transferida a terceiro, sem o pagamento dos tributos aduaneiros e de outros gravames, quando desembaraçada com a isenção referida nos arts. 142, 143, 162, 163 e 187; XIV - encontrada em poder de pessoa física ou jurídica não habilitada, tratando-se de papel com linha ou marca d'água, inclusive aparas; XV - remessa de remessa postal internacional com falsa declaração de conteúdo; XVI - fracionada em duas ou mais remessas postais ou encomendas aéreas internacionais visando a iludir, 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 (Decreto-Lei nº 37, de 1966, art. 105, inciso XVI, com a redação dada pelo Decreto-Lei nº 1.804, de 1980, art. 3º); XVII - estrangeira, em trânsito no território aduaneiro, quando o veículo terrestre que a conduzir for desviado 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 à ordem públicas; XX - importada ao desamparo de licença de importação ou documento de efeito equivalente, quando a sua emissão estiver vedada ou suspensa, na forma da legislação específica; XXI - importada e que for considerada abandonada pelo decurso do prazo de permanência em recinto alfandegado, nas hipóteses referidas no art. 642; e XXII - estrangeira ou nacional, 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.”



Pelo contrário, é usual verificar que o único óbice ao desembaraço aduaneiro de mercadorias importadas reside na imposição de tributo a recolher a maior, oriundo, por exemplo, da reclassificação fiscal pretendida pela autoridade aduaneira. Assim, nessa hipótese, o único óbice ao desembaraço aduaneiro se encontra na diferença de tributo a recolher, oriunda da classificação fiscal apontada como correta pela autoridade coatora, diversa da que foi utilizada pela impetrante.

Nessa toada, sempre entendemos que da divergência quanto à classificação fiscal pode advir a lavratura de auto de infração para cobrança da exação e de eventual multa, mas não a retenção das mercadorias, por força da Súmula n.º 323 do STF: “É inadmissível a apreensão de mercadorias como meio coercitivo para pagamento de tributos”. Porém, em sentido contrário, o STF, em repercussão geral²⁹, entendeu que “é constitucional vincular o despacho aduaneiro ao recolhimento de diferença tributária apurada mediante arbitramento da autoridade fiscal.”³⁰

De todo modo, em temas referentes à retenção da mercadoria para recolhimento de diferença tributária, em regra, isso não enseja a pena de perdimento do bem, a exemplo de retenção de mercadoria por erro da classificação aduaneira sem má-fé do importador³¹.

Nessas hipóteses em que inexistia infração punível com perdimento da mercadoria, notadamente quando a discussão circunscreve-se apenas ao valor do tributo devido, julgamos que, em regra, não se deveria impor a necessidade de caução para liberação da mercadoria.³²

²⁹ STF, Tema de Repercussão Geral n. 1042, j. em 14/09/2020.

³⁰ No entanto, nada obsta que a parte autora formule pedido de tutela provisória em face da Fazenda Pública, sob o argumento de que é ilegal a própria classificação fiscal levada a cabo pelo Fisco (e, por conseguinte, seria ilegal a retenção da mercadoria), e, se demonstrada a plausibilidade dessa afirmação, e atendidos os demais requisitos legais, não haveria óbice para concessão de tutela provisória determinando a liberação das mercadorias apreendidas. Observa-se que o fundamento para a liberação da mercadoria seria a própria ilegalidade de classificação fiscal realizada pelo Fisco, e não a retenção da mercadoria como meio coercitivo indireto de cobrança de tributo. De igual sorte, poderia a parte autora alegar a nulidade do procedimento administrativo aduaneiro que reteve a mercadoria por diferença tributária não recolhida, ao argumento de descumprimento de alguma formalidade legal exigida.

³¹ “ADMINISTRATIVO. DESEMBARAÇO ADUANEIRO. ERRO DE CLASSIFICAÇÃO DAS MERCADORIAS IMPORTADAS. AUSÊNCIA DE MÁ-FÉ. PENA DE PERDIMENTO. INADEQUAÇÃO. 1. O erro culposos na classificação aduaneira de mercadorias importadas e devidamente declaradas ao fisco não se equipara à declaração falsa de conteúdo e, portanto, não legitima a imposição da pena de perdimento. 2. Hipótese em que se discute a possibilidade de aplicação da pena de perdimento no caso de haver erro na classificação aduaneira de produtos importados, sem a constatação de má-fé do importador. 3. Recurso especial não provido. (STJ, REsp n. 1.316.269/SP, relator Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, j. em 6/4/2017)



De outro lado, em se cuidando de liberação de mercadoria com indícios de infração punível com a perda de perdimento, como a legislação aduaneira requer a prestação de caução para liberação da mercadoria na via administrativa³³, por simetria, entendemos que, em regra, deve o juiz exigir a prestação de caução na via judicial³⁴.

Nunca é demais lembrar que inexistente obrigatoriedade legal que a caução seja efetivada sempre mediante depósito em dinheiro, pois o CPC aduz em “caução real ou fidejussória”, a Lei do Mandado de Segurança fala em “caução, fiança ou depósito”, a Instrução Normativa RFB nº 1986/2020 preconiza que “a garantia poderá ser prestada sob a forma de *depósito* em moeda corrente, *fiança bancária* ou *seguro* em favor da União” (art. 12, § 4º), e até a restritiva Lei Federal n. 2.770/1956 possibilita a caução mediante “fiança bancária” ou “títulos da dívida pública federal” (art. 2º, § 1).

Isso dependerá da análise do caso concreto. Quanto maior o risco de irreversibilidade da medida, mais efetiva e líquida deve ser a garantia a ser oferecida.

³² Nessa direção, colhe-se o seguinte precedente do STJ: “TRIBUTÁRIO. IMPORTAÇÃO. MERCADORIA APREENHIDA. RECLASSIFICAÇÃO TARIFÁRIA. LIBERAÇÃO. GARANTIA. INEXIGIBILIDADE. 1. Não se exige garantia para liberação de mercadoria importada, retida por conta de pretensão fiscal de reclassificação tarifária, com consequente cobrança de multa e diferença de tributo. Precedentes do STJ. 2. Debate-se simples cobrança de diferença de crédito tributário. Não é o caso de possível pena de perdimento, que admitiria a obrigatoriedade da garantia, como já decidiu a Segunda Turma (REsp 1.105.931/SC, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, DJe 10/2/2011). 3. Agravo Regimental não provido.” (STJ, AgRg no REsp n. 1.263.028/PR, rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, j. em 5/6/2012)

³³ Medida Provisória nº 2.158-35/2001: “Art. 68. Quando houver indícios de infração punível com a pena de perdimento, a mercadoria importada será retida pela Secretaria da Receita Federal, até que seja concluído o correspondente procedimento de fiscalização. Parágrafo único. O disposto neste artigo aplicar-se-á na forma a ser disciplinada pela Secretaria da Receita Federal, que disporá sobre o prazo máximo de retenção, bem assim as situações em que as mercadorias poderão ser entregues ao importador, antes da conclusão do procedimento de fiscalização, mediante a adoção das necessárias medidas de cautela fiscal.”

Instrução Normativa RFB nº 1986/2020: “Art. 12. As mercadorias retidas nos termos deste Capítulo poderão ser desembaraçadas ou entregues antes do término do Procedimento de Fiscalização de Combate às Fraudes Aduaneiras mediante prestação de garantia.”

³⁴ “PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE INDÍCIOS DE INFRAÇÃO PUNÍVEL COM A PENA DE PERDIMENTO. SÚMULA 7/STJ. EXIGÊNCIA DE GARANTIA PARA A LIBERAÇÃO DA MERCADORIA APREENHIDA. IMPOSSIBILIDADE. APLICAÇÃO DA MP 2.158/2001 E DA IN/SRF 228/2002. 1. O STJ entende que, ‘a partir da análise dos artigos 68 e 80, inciso II, da Medida Provisória n.º 2.158/01 e do artigo 7º da IN/SRF n.º 228/02, extrai-se que a prestação de garantias (caução) para a liberação de mercadorias importadas está condicionada à existência de indícios de infração punível com a pena de perdimento a serem apurados mediante procedimento fiscal de investigação” (REsp 1240037/RS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 1/4/2013).[...]” (STJ, REsp n. 1.692.285, relator Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, j. em 10/10/2017)



De todo modo, mesmo presente situação excepcional, a caução será dispensada se a parte economicamente hipossuficiente não puder oferecê-la, tal como prevê o art. 300, § 1º, do CPC.³⁵

Ademais, conforme já explanado, não se exige caução para concessão de tutela provisória de evidência (art. 300, § 1º, CPC), tampouco para a sentença mandamental que concede a segurança (a sentença tem eficácia imediata, dispensando a concessão de tutela de urgência).

De outra face, a caução não substitui a necessidade de estar presente os requisitos da tutela provisória de urgência (*fumus boni juris* ou *periculum in mora*); ou seja, apenas se analisa a necessidade ou não de caução, se presentes os requisitos legais para concessão da tutela provisória, já que, inexistente o *fumus boni juris*, a liminar deve ser indeferida de plano³⁶.

A exceção incide na hipótese em que a mercadoria for retida pela ausência do pagamento total do tributo, a exemplo da divergência de classificação fiscal da mercadoria. Nesse caso, como o único óbice para liberação da mercadoria consiste no pagamento do tributo, o depósito integral e em dinheiro³⁷ do valor do tributo cobrado pelo Fisco (e não o que o importador repute devido) tem o condão de suspender, automaticamente, a sua exigibilidade, ensejando, assim, a liberação da mercadoria³⁸. Aplica-se, ao caso, o art. 151, inciso II, do CTN³⁹, que é causa autônoma da suspensão de exigibilidade, não se confundindo

³⁵ Art. 300, § 1º, CPC: Para a concessão da tutela de urgência, o juiz pode, conforme o caso, exigir caução real ou fidejussória idônea para ressarcir os danos que a outra parte possa vir a sofrer, podendo a caução ser dispensada se a parte economicamente hipossuficiente não puder oferecê-la.

³⁶ PANDOLFO, Rafael. Mandado de segurança em matéria tributária: cabimento, utilização e reflexos das alterações promovidas pela lei 12.016/09, in *Congresso nacional dos estudos tributários*. São Paulo: Noeses, 2009, p. 839.

³⁷ Súmula 112 do STJ: “O depósito somente suspende a exigibilidade do crédito tributário se for integral e em dinheiro.”

³⁸ “AGRAVO DE INSTRUMENTO. MANDADO DE SEGURANÇA. EXTINÇÃO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO. DESISTÊNCIA. LEVANTAMENTO DE VALORES DEPOSITADOS. IMPOSSIBILIDADE. 1. Realizado, em mandado de segurança, depósito judicial para o fim de suspender a exigibilidade de crédito tributário e assegurar a liberação de mercadorias importadas, é cabível a conversão em renda do valor depositado, ainda quando o ‘mandamus’ seja extinto por desistência do impetrante. Precedentes do C. STJ e deste Tribunal. 2. Agravo de instrumento não provido.” (TRF 3, Agravo de instrumento n. 5018949-69.2017.4.03.0000, j. em 11/02/2020)

³⁹ Art. 151. Suspendem a exigibilidade do crédito tributário:
II - o depósito do seu montante integral;



com o fundamento da tutela provisória (art. 151, incisos IV e V, CTN), sendo direito subjetivo do contribuinte realizar o depósito, o que dispensa até autorização do juízo⁴⁰.

5 CONCLUSÃO

Esperamos que o presente artigo tenha lançado, ainda que parcialmente, luzes sobre essa questão que atormenta a muitos profissionais jurídicos, a saber, quais seriam os requisitos legais para concessão de tutela provisória para liberação de mercadoria proveniente do exterior.

O nosso objetivo foi apenas fincar os primeiros pilares sobre esse tema, apontando parâmetros objetivos que deve conter a decisão judicial que aprecia o pedido de tutela de urgência, de modo a proporcionar segurança jurídica para todos os atores processuais nessa matéria (importador, Administração Pública e o magistrado).

Em resumo de tudo o que foi dito: fiquemos com o meio-termo aristotélico (nem muito ao mar, nem muito à terra). Nem se proíba, abstratamente, qualquer concessão de tutela provisória nessa matéria, nem se permita a sua concessão sem atendimento dos requisitos legais e sem quaisquer parâmetros objetivos; nem se imponha a necessidade de caução para todos os casos, nem se dispense para todos eles.

6 REFERÊNCIAS

ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

BARBI, Celso Agrícola. *Do Mandado de Segurança*. 12. ed. Revista e Atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

BARROSO, Luis Roberto. *Comentários à Constituição do Brasil*. J.J. Gomes Canotilho (coord). São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013

⁴⁰ “[...]. 1. A jurisprudência desta Corte Superior é no sentido de que o depósito de que trata o art. 151, II, do CTN constitui direito subjetivo do contribuinte, que pode efetuar-lo tanto nos autos da ação principal quanto em Ação Cautelar, sendo desnecessária a autorização do Juízo. É facultado ao sujeito passivo da relação tributária efetivar o depósito do montante integral do valor da dívida, a fim de suspender a cobrança do tributo e evitar os efeitos decorrentes da mora, enquanto se discute na esfera administrativa ou judicial a exigibilidade da exação.” (STJ, REsp n. 1.691.774, rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, j. em 10/10/2017)



BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de Direito Constitucional. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

BONOMO JUNIOR, Aylton; ZANETI JR, Hermes. *Mandado de Segurança Individual e Coletivo*. Salvador: Juspodivm, 2019.

BUENO, Cassio Scarpinella. *A nova lei do mandado de segurança*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 4. ed. Coimbra: Almedina, 1997.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo*. 13. ed. São Paulo: Dialética, 2016.

DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil*. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, v. II.

GUASTINI, Ricardo. *Dalle fonti alle norme*. Torino: Giappichelli, 1990.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil*. Teoria do Processo Civil. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, v. I.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; FONTES, André R. C.; LIMA, Arnaldo Esteves; ARAÚJO, Eugênio Rosa de; NASCIMENTO FILHO, Firly; NEIVA, José Antonio Lisboa; LOPES, Mauro Luís Rocha; AZULAY NETO, Messod ; DYRLUND, Poul Erik. *Mandado de segurança individual e coletivo: Lei 12.016/2009 comentada*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MEIRELES, Hely Lopes; WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar Ferreira. *Mandado de Segurança e Ações Constitucionais*. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 2000, tomo II.

PANDOLFO, Rafael. Mandado de segurança em matéria tributária: cabimento, utilização e reflexos das alterações promovidas pela lei 12.016/09, in *Congresso nacional dos estudos tributários*. São Paulo: Noeses, 2009.

TARELLO, Giovanni. *L'Interpretazione della Legge*. Milano: Giuffrè, 1980.

WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

