

Augusto Fauvel: Retenção de mercadorias mediante caução ilegal

Prática comum no cotidiano aduaneiro, a retenção de mercadorias no procedimento especial de fiscalização prevista na Instrução Normativa 1.169/11 vem atrapalhando e causando muito prejuízo aos importadores.

Isso porque a Receita Federal do Brasil, com base no artigo 5º e parágrafo único da IN RFB 1.169, de 29 de junho de 2011, de forma sumária, efetua a retenção das mercadorias submetendo o importador ao procedimento especial de fiscalização que pode durar até seis meses. Isso é um verdadeiro atentado contra o comércio internacional, tendo em vista a necessidade da importadora de usar/vender os bens para sobreviver no mercado e cumprir seus compromissos, sem contar os casos em que as mercadorias são perecíveis.

Na maioria dos casos, a justificativa para retenção das mercadorias até o final do procedimento é que meras suspeitas de ocorrência e de suposta infração ensejariam aplicação de pena de perdimento.

É patente a desproporcionalidade da medida e do ato emanado de meras suspeitas, indícios e presunções. O ato administrativo que determina o início do procedimento especial de fiscalização, para ser válido e legal, deve ser devidamente motivado por uma justa causa e demonstração concreta da fraude que ensejaria aplicação de pena de perdimento, e não apenas um simples indício e/ou mera presunção.

Em um ato administrativo, a Administração Pública, no caso representada pela Receita Federal do Brasil, possui uma certa margem de liberdade para escolher os motivos ou a postura a ser adotada. No entanto onde houver a necessidade de motivação, como é o caso do início do procedimento especial de fiscalização da IN 1.169/11, não poderá a administração deixar de explicitar quais foram as razões que a conduziram a praticar o ato. A necessidade de motivação ocorre em benefício dos destinatários do ato administrativo, em respeito não apenas ao princípio da publicidade e ao direito à informação, mas também para possibilitar que os administrados verifiquem se tais motivos realmente existem. Não é outra a ratio essendi da teoria dos motivos determinantes, uma vez que a ausência de motivação, in casu, acarreta a nulidade do ato, ensejando a liberação das mercadorias retidas e indenização pelos prejuízos causados em decorrência da retenção (multas contratuais, armazenagem, demurrage, entre outros).

Além disso, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça afastou a pena de perdimento diante da deficiência probatória e baseada em presunções e indícios, conforme se vê no acórdão do RESP 15.569/DF, Relator ministro. Ari Pargendler, decidindo que “a pena de perdimento de mercadorias importadas, quando decretada à base de presunções e suposições, não pode subsistir; não basta a prova de que a empresa vendedora das mercadorias atuava habitualmente no comércio de mercadorias descaminhadas, sendo imprescindível a prova de que aquelas apreendidas estavam nesse rol” (DJU de 10/06/1996, pág. 20303).

Se não bastasse a ilegalidade do ato administrativo, desmotivado e baseado em simples presunções e indícios, que determina o início do procedimento, há outra ilegalidade que é a falta de previsão na IN



1.169/11 da liberação das mercadorias mediante caução no curso do procedimento, que pode durar até 180 dias ou mais, tendo em vista a suspensão dos prazos prevista no parágrafo 1º, do artigo 9 da mencionada IN 1.169/11.

Entendemos ainda ser ilegal e descabida a impossibilidade de liberação de mercadorias mediante caução, uma vez que o parágrafo único do artigo 68 da MP 2.158-35 determina à Receita Federal do Brasil que disponha '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'.

Em paralelo à IN 1.169/11, a própria Receita Federal do Brasil editou a IN SRF 228/2002, que tratou do procedimento para 'identificar e coibir a ação fraudulenta de interpostas pessoas em operações de comércio exterior, como meio de dificultar a verificação da origem dos recursos aplicados, ou dos responsáveis por infração à legislação em vigor (artigo 1º, parágrafo 1º); constando expressamente do artigo 7º, o trato das hipóteses de liberação da mercadoria mediante caução, conforme previsto no artigo 68, caput, e parágrafo único, da MP 2.158-35/2001:

Em total ilegalidade e de forma contrária às regras de comércio internacional, o artigo 5º, da IN 1.169/11, por sua vez, dispõe que 'a mercadoria submetida ao procedimento especial de controle de que trata esta Instrução Normativa ficará retida até a conclusão do correspondente procedimento de fiscalização', sem prever possibilidade de liberação mediante caução. A ausência de tal previsão de liberação é utilizada para justificar a retenção das mercadorias até o final do procedimento, no caso concreto que, como já informamos, pode durar mais de 6 seis meses.

Também já comentamos que o parágrafo único do artigo 68 da MP 2.158-35/2001 deixa claro que cabe à Receita Federal do Brasil dispor sobre 'o prazo máximo de retenção, assim como sobre 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'; a indicar que o legislador previu, sim, o direito à liberação mediante caução, cabendo apenas à autoridade fiscal tratar das situações, o que, não tendo sido feita pela IN RFB 1.169/2001, faz prevalecer, na omissão do texto superveniente, a disposição contida na IN SRF 228/2002.

É importante lembrar que a jurisprudência firmou-se no sentido da validade de tal disposição normativa à luz da legislação de regência, decidindo expressamente pela possibilidade de liberação das mercadorias, mediante caução, no curso do procedimento especial de fiscalização, verbis:

RESP 1.105.931, Rel. Min. MAURO CAMPBELL, DJU 10/02/2011: 'PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. MATÉRIA CONSTITUCIONAL. SÚMULA 7/STJ. IMPORTAÇÃO POR CONTA E ORDEM DE TERCEIRO COM INDÍCIOS DE INFRAÇÃO PUNÍVEL COM A PENA DE PERDIMENTO. EXIGÊNCIA DE GARANTIA PARA A LIBERAÇÃO DA MERCADORIA APREENDIDA. POSSIBILIDADE. ARTIGO 68, DA MEDIDA PROVISÓRIA 2.158/01. LEGALIDADE DA IN/SRF 228/02. 1. Refoge ao âmbito do recurso especial a análise de temas de ordem constitucional, sendo inviável o conhecimento do recurso pela suposta ofensa aos artigos. 5º, inciso II, e 37, da Constituição Federal de 1988. 2. A Súmula 7/STJ ("A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial") impede que esta corte revise o Mandado de Procedimento fiscal

a fim de verificar se o mesmo foi ou não excedido por parte da autoridade fiscal. 3. O artigo 23 do Decreto-Lei 1.455/76, com as alterações da Lei 10.637/2002, dispõe acerca da aplicação da pena de perdimento, no caso de ocultação do sujeito passivo, do real vendedor, comprador ou de responsável pela operação de importação ou exportação, mediante fraude ou simulação, inclusive a interposição fraudulenta de terceiros. 4. O artigo 68 da Medida Provisória 2.158/01 prevê que as mercadorias importadas com indícios de infração punível com a pena de perdimento podem ser retidas pela autoridade alfandegária durante o procedimento de fiscalização, com a liberação mediante a adoção de medidas de cautela fiscal, na forma a ser disciplinada pela Secretaria da Receita Federal. 5. O artigo 7º da IN/SRF 228/02, ao regulamentar a MP 2.158/01, afirma que não comprovada a condição de real adquirente ou vendedor, o desembaraço ou a entrega das mercadorias na importação fica condicionado à prestação de garantia, até a conclusão do procedimento especial. 6. Não há conflito entre o artigo 7º da IN/SRF 228/02, e o artigo 80, inciso II, da MP 2.158/01, que condiciona a prestação de garantias à verificação da incompatibilidade do valor das importações com o capital social ou o patrimônio líquido do importador ou do adquirente, pois tratam de situações diversas, já que o normativo tem seu fundamento de validade em outro artigo da mesma medida provisória. 7. Verifica-se, assim, que não há qualquer ilegalidade da exigência da prestação de garantia para a liberação das mercadorias importadas por conta e ordem de terceiro quando há procedimento fiscal de investigação onde são apontados indícios de infração punível com a pena de perdimento. 8. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido.’

AMS 2007.61.09.007332-7, Relator desembargador CARLOS MUTA, DJU 17/11/2009: ‘DIREITO PROCESSUAL CIVIL. CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. ADUANEIRO. IN/SRF 228/02. PROCEDIMENTO ESPECIAL DE CONTROLE DA ORIGEM DE RECURSOS APLICADOS EM OPERAÇÕES DE COMÉRCIO EXTERIOR. CONSTITUCIONALIDADE E VALIDADE FÁTICA DA AÇÃO FISCAL. DENEGAÇÃO DA ORDEM. A exigência de garantia para liberação de mercadorias importadas foi instituída, enquanto pendente o procedimento especial de controle, instaurado diante dos indícios de ocorrência de infração punível com pena de perdimento. Tal procedimento de fiscalização encontra respaldo no artigo 68 da MP 2.158-35/01, vigente na forma do artigo 2º da EC 32/01, sendo feito de acordo com as regras previstas na Instrução Normativa SRF 228/02 que não se revelam eivadas de vícios. A pena de perdimento tem sido reconhecida como constitucional, sem prejuízo do devido processo legal, não se revelando a apreensão de bens como forma de antecipação de pena, mas apenas instrumento de garantia do Poder Público, diante de "indícios de infração punível com a pena de perdimento" (artigo 68 da MP 2.158-35/01) que, por certo, não impedem e, pelo contrário, reclamam o exercício do direito de defesa administrativa do importador, mas igualmente não afasta, caracterizada a situação legal ensejadora, a adoção de medida de cautela do interesse público contra a situação de potencial dano ao Erário. Configuração, na espécie, dos requisitos materiais da instauração do procedimento especial de controle, conforme suficientemente demonstrado nas informações pela autoridade impetrada, em consonância com a documentação juntada aos autos, revelando a inexistência de ilegalidade ou abuso de poder em detrimento de direito líquido e certo.’

Ante o exposto, a negativa de caução para desembaraço aduaneiro de mercadorias que estejam sofrendo procedimento especial de fiscalização da IN 1.169/11 é ilegal e deve ser combatida no Judiciário em razão do disposto no artigo 68, caput, e parágrafo único, da MP 2.158-35/2001.