



FDUC FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

GUSTAVO RIBAS DA SILVEIRA FLORES

**O CRIME TRIBUTÁRIO DE DESCAMINHO
NA EXPERIÊNCIA JURÍDICA BRASILEIRA:
Reflexões histórico-comparatísticas
com o Sistema Português**

*Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da
Universidade de Coimbra no âmbito do 2.º Ciclo de
Estudos em Direito (conducente ao grau de Mestre),
na Área de Especialização em Direito. Menção em
Ciências Jurídico-Criminais.*

*Orientador: Professor Doutor Manuel da Costa
Andrade*

Coimbra, 2015

Aos Meus Amados Pais,
Sr. Francisco e Sra. Marly.

*Se um dia, já homem feito e realizado,
sentires que a terra cede a teus pés,
que tuas obras desmoronam,
que não há ninguém à tua volta para te estender a mão,
esquece a tua maturidade, passa pela tua mocidade,
volta à tua infância e balbúcia,
entre lágrimas e esperanças,
as últimas palavras que sempre te restarão na alma:
‘Minha mãe, Meu pai’.*

Ruy Barbosa

SUMÁRIO

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS	7
INTRODUÇÃO.....	9
CAPÍTULO I. O CRIME DE DESCAMINHO E SEU ROL PROBLEMATIZANTE	15
1. ASPECTOS PROBLEMATIZADORES	15
1.1. O problema através da jurisprudência	17
CAPÍTULO II. NA TRILHA DO DESCAMINHO: UM VIÉS HISTÓRICO E ATUAL DO DELITO	23
1. A HISTÓRIA DO DIREITO COMO CIÊNCIA E O DELITO ADUANEIRO	23
3. O ILÍCITO ADUANEIRO E AS ORDENAÇÕES.....	28
4. A LEGISLAÇÃO POMBALINA E O DELITO ADUANEIRO.....	31
5. (EVOLUÇÃO) LEGISLATIVA DO CRIME ADUANEIRO NO BRASIL	34
6. A SOCIEDADE BRASILEIRA E O DESCAMINHO – OS SUJEITOS DO DELITO.	41
7. OS NÚMEROS DO DESCAMINHO NOS TRIBUNAIS.....	48
8. EVOLUÇÃO LEGISLATIVA DO ILÍCITO ADUANEIRO EM PORTUGAL.....	50
CAPÍTULO III. O CRIME DE DESCAMINHO E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988	57
1. PERSPECTIVA CONSTITUCIONALISTA: UM NOVO ESTADO, UM NOVO TEMPO.....	57
2. A ESTRUTURA DO ESTADO: DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS FACE À ATIVIDADE ECONÔMICA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988	60
3. EXPOSIÇÃO CONSTITUCIONAL DO CONTEÚDO DO DESCAMINHO: OS IMPOSTOS TUTELADOS E OUTRAS FEIÇÕES	64
4. LEI FUNDAMENTAL E DIGNIDADE PENAL.....	66

5. OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA LEGALIDADE, MATERIALIDADE E OFENSIVIDADE.....	68
CAPÍTULO IV. EXPLICITAÇÃO CRÍTICA DA CONCRETUDE DO BEM JURÍDICO DO DESCAMINHO	72
1. A ETICIZAÇÃO E O DESCAMINHO	72
2. APONTAMENTOS SOBRE O BEM JURÍDICO ÀS LUZES DO DIREITO PENAL ATUAL.....	75
3. O CRIME DE DESCAMINHO E O(S) SEU(S) BEM(NS) JURÍDICO(S)	79
4. MODELOS TEÓRICOS SOBRE A CRIMINALIDADE FISCAL	83
4.1. Modelo Funcionalista	83
4.1.1. O crime fiscal como ofensa à função tributária.....	84
4.1.2. O crime fiscal como ofensa ao poder tributário	87
4.1.3. O crime fiscal como ofensa ao sistema econômico.....	87
4.1.4. Crime fiscal como ofensa ao sistema fiscal.....	89
4.2. Teoria patrimonialista.....	90
4.3. Outros modelos teóricos	92
4.3.1 O crime fiscal como violação aos deveres de colaboração de verdade e transparência	92
4.3.2. O crime fiscal como violação à função social dos impostos	93
4.3.3. O crime fiscal como crime de desobediência	94
4.4. O crime fiscal de natureza mista	95
5. A NATUREZA DO CRIME DE DESCAMINHO: UM ENIGMA FISCAL OU TRIBUTÁRIO?	96
5.1. Critério jurídico-penal	96
5.1.2. A pluriofensividade é do contrabando e não do descaminho!.....	98
5.1.3. A extrafiscalidade	100
5.2. Critério jurídico-legislativo	102

6. DESCAMINHO: CRIME MATERIAL TRIBUTÁRIO DE DANO.....	108
7. A ADEQUADA LOCALIZAÇÃO DO ILÍCITO DE DESCAMINHO NO ORDENAMENTO JURÍDICO	112
8. O DESCAMINHO COMO CRIME PRATICADO POR PARTICULARES CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	116
9. “ILUDIR”: UM CONTRIBUTO À IMCOMPREENSÃO	121
CONCLUSÃO.....	126

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

ACR – Apelação Criminal;

AgRg – Agravo Regimental;

AREsp – Agravo em Recurso Especial;

Art. – Artigo;

Arts. – Artigos;

Cap. – Capítulo;

CF – Constituição Federal;

CP – Código Penal;

CPI – Comissão Parlamentar de Inquérito;

CPP – Código de Processo Penal;

Ed. – edição;

HC – Habeas corpus;

IE – Imposto de Exportação;

I.I. – Imposto de Importação;

IPI – Imposto Sobre Produtos Industrializados;

j. – julgamento;

Min. – Ministro(a);

MS – Mandado de Segurança;

p. – Página;

Rel. – Relatoria;

REsp – Recurso Especial;

RGIT – Regime Geral das Infrações Tributárias;

RHC – Recurso em Habeas Corpus;

RJIFA – Regime Jurídico das Infrações Fiscais Aduaneiras;

RJIFNA – Regime Jurídico das Infrações Fiscais Não Aduaneiras;

RT. – Revista dos Tribunais;

Segs. – Seguintes;

STF – Superior Tribunal Federal;

STJ – Superior Tribunal de Justiça;

TRF3 – Tribunal Regional Federal da 3ª Região;

TRF4 – Tribunal Regional Federal da 4ª Região;
Vol. – Volume.

INTRODUÇÃO

Comparado ao período do Brasil-colônia, pode-se afirmar que, hoje a criminalidade aduaneira nas relações luso-brasileiras é algo que pertence basicamente ao ramo da História Geral¹. Conquanto Portugal mantenha em seu ordenamento jurídico as figuras do descaminho e do contrabando, é diminuta a ocorrência destes ilícitos no território português. Ao contrário do Brasil, em que o descaminho e o contrabando são considerados crimes, sendo uma das condutas penais mais recorrentes na atualidade, sobrecarregando as varas federais e tribunais do Brasil.

O presente estudo dissertativo tem por objeto o crime de descaminho no Brasil que em sua descrição típica consiste em “Iludir, no todo ou em parte, o pagamento de direito ou imposto devido pela entrada, pela saída ou pelo consumo de mercadoria” conforme *caput* do artigo 334 do Código Penal.

Em Portugal, a conduta de importar ou exportar mercadorias sem o devido pagamento do tributo aduaneiro pode configurar crime ou ilícito de contra-ordenação dependendo do valor da prestação que se deixou de pagar. Os ilícitos aduaneiros ficam a cargo da legislação extravagante, estando compaginados no Regime Geral das Infracções Tributárias. A conduta do contrabando e suas figuras estão previstas como crime nos artigos 92.º, 93.º e 95.º, sendo o ilícito de descaminho reconhecido como contra-ordenação tributária no artigo 108.º do aludido diploma.

Assim, em termos comparatísticos, tanto no Brasil como em Portugal, os ditos ilícitos que compõe a mesma natureza criminal, com similar conduta, semelhante elemento anímico² e apenas com *nomen juris* distintos. Para melhor compreensão desta abordagem, é imperioso reforçar a diferença básica entre contrabando e descaminho no Brasil:

¹ O contrabando em Portugal, em linhas gerais, faz parte da memória cultural do país. Em 2009, em Santana de Cambas, foi criado o “Museu do Contrabando”. Mais informações, *vide* FREIRE, Dulce; ROVISCO, Eduarda; FONCECA, Inês. *Contrabando na fronteira luso-espanhola: práticas, memórias e patrimônios*. 1ª ed. Lisboa: Nelson de Matos, 2009.

² Embora o presente estudo não tenha por intento uma análise mais aprofundada sobre o elemento subjetivo dos ilícitos criminais, giza-se que em Portugal “só se conhece a forma dolosa” para o contrabando, em caso de negligência, pode haver configuração de contra-ordenação (art. 108.º). TEIXEIRA, Carlos; GASPAR, Sofia. *Comentários das leis penais extravagantes*. In: ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. Lisboa: Universidade Católica, 2011, p. 425. No Brasil não há a forma culposa para o crime de descaminho.

- Crime de descaminho: tem por objeto o pagamento dos impostos de importação e exportação de mercadorias, protege-se, assim, o erário público³.

- Crime de contrabando no Brasil: não é de natureza tributária, versa sobre a importação e exportação de mercadoria proibida⁴.

Desta forma, em sede comparativa, o crime de descaminho, no Brasil, corresponde ao contrabando em Portugal. No entanto, nada impede que se utilize como ponto de referência o próprio artigo 108.º que trata o descaminho como contra-ordenação, embora neste não resida o caráter criminal, tampouco, há contra-ordenação no sistema jurídico brasileiro. Outra distinção entre as legislações de Portugal e Brasil reside na moldura penal estabelecida. No Brasil, há previsão legal estabelecendo prisão entre 01 e 04 anos, a qual pode alcançar 08 anos, no caso do uso de aeronave para prática do descaminho. Já em Portugal, a pena cominada para os delitos de contrabando alcança, em regra, até 03 anos. Além disso, caso seja reconhecida como contra-ordenação, nos termos do artigo 108.º, não há privação de liberdade, sendo aplicada apenas uma coima, que até mesmo pode ser substituída por uma advertência.

Contudo, a cardinal diferença entre as legislações está no fato do legislador português optar por um critério objetivo no qual o valor da prestação tributária faltante é expressamente fixado no texto de lei, constituindo um importante divisor d'águas entre o ilícito de contra-ordenação de descaminho e o crime de contrabando. Este critério legal – elemento do tipo – relacionado ao valor da prestação inexistente na exposição legal do descaminho no Brasil, ampliado demasiadamente o âmbito de alcance da incriminação, deixando à tarefa interpretativa de configuração do delito ao encargo do julgador. Trata-se de tipo penal aberto e de norma penal em branco. Daí um dos porquês do imenso número de ações penais de crime de descaminho.

Ademais, a descrição típica do descaminho é de péssimo rigor técnico, prejudicando que se visualize com exatidão o conteúdo do bem jurídico penalmente tutelado. Nesta via, nem a doutrina muito menos a jurisprudência brasileira são pacíficas em relação aos temas que envolvem o crime de descaminho, tais como: em que consiste o bem

³ Ou a “higidez do erário”. DOTTI, René Ariel; SCANDELARI, Gustavo Britta. *A exigência do exaurimento da via administrativa nos crimes de descaminho*. Revista dos Tribunais, São Paulo, Vol. 97, n.º 877, p. 406.

⁴ Para maior compreensão *vide* a diferenciação trazida por Márcia Dometila de Carvalho ao diferenciar as figuras do contrabando e do descaminho quando ainda eram tratados misturados na mesma descrição típica do *caput* do art. 334 do CP. CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. *Crimes de contrabando e descaminho*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 4; *vide nota 94*.

jurídico protegido; se sua natureza seria fiscal ou tributária; se é crime material de dano ou formal; aplicação do princípio da insignificância⁵; reconhecimento do princípio da adequação social⁶; habitualidade delitiva; necessidade do final do processo administrativo-fiscal; extinção da punibilidade pelo pagamento do imposto; etc. Porém, como linha prévia deste trabalho, apura-se que boa parte daqueles problemas tem como pano de fundo e decisiva questão, a indefinição tanto da natureza jurídica do descaminho quanto sobre quais seriam o(s) bem(s) jurídico(s) protegidos pela incriminação. Tal problemática franqueia-nos a percorrer espaços que envolvem disposições de política-criminal e de dogmática-penal buscando ponderar a legitimidade ética, jurídica e constitucional do delito, bem como qual a ressonância axiológica que estas questões trazem aos elementos da incriminação. A pesquisa se justifica em razão de sua contribuição para compreensão das controvérsias que habitam na natureza jurídica do descaminho no Brasil. Nesta perspectiva, o objetivo geral deste estudo é aclarar a natureza jurídica do delito de descaminho no Brasil.

No mais, ainda que o descaminho possua um feixe de assuntos problematizadores, e convidativos para um debate acadêmico, por razões de delimitação metodológica de pesquisa, o estudo será desenvolvido tendo em conta as colocações pertinentes à solidificação do objetivo supra delimitado. Por conseguinte, adverte-se ao leitor, que não é objetivo fundamental discorrer sob elementos do tipo que em nada interferem em sua natureza jurídica ou em seu bem jurídico tutelado⁷.

Nesta senda, analiticamente o estudo dissertativo, será dividido em quatro capítulos. No primeiro deles serão especificados os principais problemas jurídicos penais que envolvem o delito de descaminho e como se relacionam com a natureza e o bem jurídico do delito, inclusive, a partir da jurisprudência.

É de frisar, desde já, que, devido ao delito de descaminho ter uma forte incidência nos Tribunais de todo Brasil, assim, poder-se-ia tomar como base deste estudo a própria jurisprudência. Aliás, isto facilitaria a elaboração da investigação e não faltariam julgados para colacionar e comentar. No entanto, em se tratando de um delito corriqueiro nos

⁵ Os Tribunais reconhecerem pacificamente à aplicação do Princípio da Insignificância ao descaminho. O que se faz com base no artigo 20 da Lei nº 10.522/02- Lei de Execuções Fiscais, que preconiza o arquivamento das ações de execuções fiscais de valor igual ou inferior a R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), entretanto, não há consenso sobre a aplicação deste valor, havendo uma corrente jurisprudencial que reconhece para fins de bagatela penal o teto de R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

⁶ Em que pese à lei brasileira tipifique o descaminho como crime, sua prática não causa reprovação social.

⁷ Na lei brasileira há uma série de figuras legais em que há equiparação ao descaminho (§§ 1º e 2º do artigo 334 do CP) ou são trazidas como causa especial de aumento de pena (§ 3º do artigo 334 do CP). *Vide* transcrição do integral do artigo na seção (Evolução) legislativa do crime aduaneiro no Brasil – Cap. 02.

Tribunais, apresentando farto repertório de ementas em que os julgamentos, no mais das vezes, repetem-se, bem como variam e destoam a todo o momento sobre vários aspectos, não se dará grande ênfase à perspectiva petroriana, que neste caso, não compõe uma fonte segura de fundamentação⁸. Deveras, há um grande caudal jurisprudencial em que é capaz de se achar decisões de todos os naipes para fundamentar várias perspectivas.

Assim, especialmente, no capítulo premonitório se utilizará de trechos de várias decisões chaves, com o intento de demonstrar que toda problematização jurídico penal proposta no estudo, também, se faz presente na órbita jurisprudencial, demonstrando a pertinência desta investigação.

A seguir, o primeiro passo rumo ao âmago da dissertação dá-se no segundo capítulo, espaço no qual se visa evidenciar como o crime aduaneiro se desenvolveu no âmbito histórico luso-brasileiro. Nesta via, traça-se um panorama da evolução legislativa entre os dois países, percorrendo a legislação criminal desde os primórdios das Ordenações, propiciando perceber como o ilícito fora tratado ao longo da história e como está tipificado atualmente. Ressalta-se a importância histórica do delito de descaminho, pois muitas das questões que hoje se debatem já foram tratadas no passado.

Sobreleva-se que ao pesquisar sobre o furto, roubo, homicídio, ou qualquer outro delito tradicional, poucos deles merecem tanto apreço histórico quanto o descaminho. Através de sua historicidade, pode-se observar, para além da importância que os impostos ostentaram perante a estrutura política e social de um determinado povo, qual o papel que a liberdade assume perante o poder de um determinado Estado. Logo, nada melhor do que a escolha do paradigma português, para arrimo desta investigação, face às raízes históricas e jurídicas que o descaminho guarda entre as duas pátrias.

Também, é no capítulo segundo, que se procurará explanar como o delito se contrasta com a sociedade, buscando identificar como varia e se estabelece o comportamento dos agentes envolvidos na prática do descaminho. Essa temática, nada mais é do que o conteúdo de alicerce do fenômeno da eticização da incriminação fiscal utilizado, a seguir, para valorar a legitimidade do delito.

⁸ Obviamente não quer aqui desconhecer a construção petroriana, tampouco desconsiderá-la, inclusive como uma importante fonte do direito, tanto é que alguns julgados são colacionados e considerados neste estudo. Entretanto, não se pretende transcrever uma glosa de Acórdãos para alcançar a fundamentação dos objetivos da pesquisa. Visa-se, justamente afastar-se do engessamento do pensamento causado pela repetição de julgados, fenômeno que muitas vezes invade a seara doutrinária, especialmente no caso do descaminho, em que alguns autores utilizam como fundamentação de seu pensar, basicamente, a jurisprudência.

O terceiro capítulo é voltado às questões jurídicos-constitucionais, ou seja, entra-se na matriz constitutiva do direito penal. É neste aparte que será delineado de que forma os elementos que compõe o conteúdo do delito de descaminho se relacionam com a ordem constitucional.

Na sequência, tem lugar o capítulo quatro, que é o espaço de maior relevância deste estudo, em que serão desenvolvidos os conteúdos para ponderar a legitimação e a axiologia da incriminação do delito de descaminho. De tal modo, buscando sempre pisar em solo firme, começa-se, levando em conta as principais teorias que tratam sobre a incriminação do fisco, para que, em pós, parta-se para o exame da natureza do crime de descaminho e de outras particularidades não menos importantes.

Com efeito, do contexto investigativo da apreciação da natureza jurídica e do bem jurídico do descaminho é possível estabelecer algumas bases irretorquíveis, como a classificação de crime material tributário de dano⁹, bem como perceber a inadequada localização de sua exposição típica dentro do ordenamento jurídico. Ainda que, tal contextualização, seja aparentemente suficiente, ela sugere o apreço de outras questões assaz específicas, as quais acabam de interferir na natureza do delito. A primeira delas, relacionada à avaliação da dignidade penal da Administração Pública dentro do cenário da incriminação do descaminho¹⁰, uma vez que o delito não tutelaria apenas os impostos aduaneiros, mas sim, a moralidade e/ou prestígio da Administração. Já a outra, reside num problema de natureza semântica, representado pela indefinição da expressão do verbo típico “iludir”, designando um apreço dentro da seara da tipicidade¹¹, em que, por conseguinte, desvenda-se, a rigor, pela impossibilidade de tipificação do delito.

Metodologicamente, o estudo será composto por investigação bibliográfica. Ademais, para subsidiar a composição jurídica do descaminho, o trabalho apresentará caráter exploratório, pois, reunirá, para além dos elementos jurídicos e dogmáticos, distintos dados a partir de jurisprudências, informações sociais, políticos e econômicos.

⁹ Embora neste caso, haja discordância na doutrina e na jurisprudência se o descaminho é um delito formal ou material.

¹⁰ Em verdade, este ponto também é trazido no apreço das teorias sobre a incriminação fiscal. No entanto, devido ao entendimento do descaminho ser um delito contra Administração Pública, nada mais relevante que o aprofundamento desta questão.

¹¹ Ainda que, não seja o foco principal fazer uma profunda abordagem dos elementos consumativo sob o viés da tipicidade, *in casu*, tal critério será utilizado, eis que, diante da imprecisão do termo “iludir”, denota-se que há implicância no âmbito de proteção do bem jurídico penal.

Derradeiramente alcançam-se as linhas de considerações finais, oportunidade em que se busca a consolidação dos objetivos deste estudo, no sentido de corroborar que o descaminho é um crime material tributário de dano, apesar de estar elencado no Código Penal junto dos crimes praticados por particulares contra a Administração Pública.

CAPÍTULO I. O CRIME DE DESCAMINHO E SEU ROL PROBLEMATIZANTE

1. ASPECTOS PROBLEMATIZADORES

Boa parte da problemática envolvendo o delito de descaminho no Brasil está centralmente relacionada à demasia que envolve o conteúdo do âmbito de proteção do bem jurídico da incriminação.

Para fins de apreciação do bem jurídico penal do descaminho, poder-se-ia, em linhas comuns, estabelecer dois recintos de proteção, o primeiro genérico, que diz respeito à tutela da Administração Pública; o segundo, mais específico, relacionado à proteção do Erário Público. Acontece que, por si só, estas definições desprovidas de conteúdo pouco servem para fins penais, designando o penalista a investigar qual a real significação da Administração Pública do Erário Público e como tais expressões se relacionam com o delito dentro do ordenamento jurídico e, nomeadamente, perante a ordem constitucional.

Ademais, este problema central de indefinição do conteúdo do descaminho vem agregado por outros detalhes não menos significativos.

Um deles de ordem histórica, em que o descaminho e o contrabando, embora sejam condutas distintas, são tratados como sinônimos gerando certa confusão entre as terminologias. Em verdade, até os dias de hoje, o descaminho, em linguagem pouco formal, é usado equivocadamente para designar o contrabando e vice-versa¹², contribuindo para que o descaminho perca sua autonomia. O mesmo ocorre em sede de política criminal. Neste plano, seguindo a tradição codificadora, o descaminho no Brasil aparece sempre atrelado ao de contrabando, sendo tratados indistintamente, no *caput* do artigo 334 do Código Penal, recebendo, inclusive, a mesma moldura penal¹³. Panorama que foi parcialmente,

¹² Sobre esta particularidade, *vide* comentários ao relatório da CPI – Cap. II, em que o descaminho, por vezes, é tratado pelo próprio legislador como se contrabando fosse.

¹³ “A falta de atenção para a diferença que existe entre o contrabando e o descaminho” gera uma controvérsia insensível, que impede, entre outras questões, o seu reconhecimento com os crimes contra ordem tributária. Isto geralmente ocorria quando se fazia uma análise unitária da incriminação do artigo 334, sem diferenciar os mencionados delitos. MACHADO, Hugo de Brito. *O descaminho como crime contra a ordem tributária*. In: Revista dialética de direito tributário. São Paulo, n. 201, 2012, p. 95-97.

interrompido em razão da Lei n.º 13.008, de 26 de junho de 2014, que partilhou, dentro do mesmo artigo, as condutas do descaminho (334) e do contrabando (334-A) havendo aumento da pena para o caso de contrabando.

Apesar das mudanças legislativas propiciarem uma maior autonomia entre contrabando e descaminho, segue a falta de rigor técnico da redação típica do descaminho e a sua inapropriada localização descritiva dentro do Código Penal, trazido junto aos delitos praticados pelos particulares contra a Administração Pública¹⁴. Desta maneira, mantém-se a discussão na qual o bem jurídico não protege apenas os impostos aduaneiros, mas também a Administração Pública.

Esta discussão assinala outro detalhe a ser destacado. Ora bem, por ser o descaminho um delito praticado contra a Administração Pública, há entendimentos que lhe negam a natureza tributária não exigindo sequer a existência da necessidade de uma efetiva lesão aos cofres públicos (crime formal), em exemplo do que ocorre nos delitos tributários da Lei n.º 8.137/1990, em que o ilícito penal somente se realiza com a supressão ou diminuição do imposto¹⁵.

Este conjunto agrava-se na medida em que a lei brasileira não apresenta um elemento típico quantitativo (valor da prestação tributária em falta, como por exemplo, o utilizado pelo legislador lusitano no RGIT para configurar e distinguir o ilícito de descaminho e o crime contrabando) tornando amplo o campo de abrangência e de indefinição da incriminação.

Disto, decorre uma grande dificuldade em verificar de que forma a falta do pagamento dos impostos de exportação e importação ofende o bem jurídico tutelado, reforçando a equivocada ideia de que por se tratar de um crime elencado no Código Penal

¹⁴ Como ponto positivo a nova lei ao fazer o aparte do contrabando e do descaminho, reforçou, que o descaminho é crime material de dano tributário.

¹⁵ Deveras, nega-se ao descaminho todas as benesses que gozam os delitos contra a ordem tributária, como por exemplo, a constituição do crédito tributário somente após a exclusão do processo administrativo, bem como o direito da extinção da punibilidade através do pagamento da prestação tributária em falta. Apesar destas questões acalorem o debate doutrinário e jurisprudencial no Brasil, não se dará ênfase a esta discussão. Este debate nada mais é do que consequência dos problemas relacionados ao bem jurídico e a natureza do delito, tratados com primazia neste estudo. Neste aspecto, maiores detalhes *in*: MACHADO, Hugo de Brito..., *cit.*, p. 95 e segs.; BARROS, Adriana Pazini de. *Natureza tributária do crime de descaminho*. *In*: Boletim. INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS. São Paulo, n.187, 2008, p.8 e segs.; DEMO, Roberto Luís Luchi. *Descaminho. Pagamento posterior do tributo. Extinção da punibilidade. Analogia in bonam partem de norma penal especial. (Jurisprudência comentada)*. *In*: Revista Jurídica Consulex, Brasília, v. 7, n. 158, 2003, p. 24 e segs.; DOTTI, René Ariel; SCANDELARI, Gustavo Britta. *A exigência do exaurimento...* *cit.*, p. 399 e segs.

como sendo praticado contra a Administração Pública, independe da existência da verificação de um dano aos cofres públicos.

Com efeito, em termos jurídicos práticos, a falta de referência de um valor mínimo como elemento do tipo de descaminho na lei brasileira enseja o impedimento da verificação de quando se está diante de um crime ou de um ilícito de administrativo. Como dificuldade maior, obsta a compreensão de que forma e a partir de que ponto (valor do imposto em falta) a conduta torna-se relevante para fins penais¹⁶, admitindo, inclusive a ocorrência formal do delito, ou seja, independentemente da efetiva redução dos impostos.

Assim a indefinição do conteúdo dos elementos do tipo aliados a inexistência do aludido limiar quantitativo (valor mínimo sonegado) como elemento do tipo, traz um aumento exorbitante da incidência da incriminação (abertura do tipo e, por conseguinte, esvaziamento do conteúdo), fazendo com que inúmeras pessoas venham a responder pelo delito de descaminho no Brasil, aumentando maciçamente a atividade judicante.

1.1. O PROBLEMA ATRAVÉS DA JURISPRUDÊNCIA

As imprecisões apontadas sobre o descaminho na seção anterior também são perceptíveis na seara das decisões dos Tribunais pátrios. Neste aparte, buscar-se-á trazer de forma objetiva como estes problemas aparecem no cenário jurisprudencial.

Com efeito, ainda que se atribua a jurisprudência o caráter de fonte secundária das normas penais¹⁷, no caso do descaminho, no mais das vezes ela se traduz na fonte primária, principalmente devido a se estar diante de uma norma incompleta¹⁸ que precisa da complementação de outros elementos para averiguar a existência do crime.

Frisa-se que neste espaço não se propõe corroborar qual é a posição petroriana dominante já que nos últimos anos – como se verá sem maiores dificuldades –, há uma série de posicionamentos distintos que divergem sobre pontos básicos e essenciais do delito.

Visando uma melhor compreensão a exposição será dividida por temas em que serão matizados os principais pontos de divergência. Para que não se perca o propósito da

¹⁶ Na busca de um critério material capaz de aferir a relevância penal do delito de descaminho, sobreleva-se a reiterada aplicação do princípio da insignificância pelos Tribunais brasileiros.

¹⁷ DOTTI, René Ariel; SCANDELARI, Gustavo Britta. *A exigência do exaurimento...*, cit., p. 402-403; SCANDELARI, Gustavo Britta. *O crime tributário de descaminho*. Porto Alegre: Magister, 2013, p. 63 e seg.

¹⁸ Norma penal em branco e tipo penal aberto.

objetividade, utilizar-se-á o colacionamento de fragmentos de ementas para que se evitem desnecessárias transcrições.

Desta forma, inicialmente abordam-se alguns julgados que compreendem o descaminho como crime formal:

- “(...) o delito de descaminho é rigorosamente formal, de modo a prescindir da ocorrência do resultado naturalístico. (...) O crime de descaminho se perfaz com o ato de iludir o pagamento de imposto devido pela entrada de mercadoria no país. Não é necessária, assim, a apuração administrativo-fiscal do montante que deixou de ser recolhido para a configuração do delito. Trata-se, portanto, de crime formal, e não material, razão pela qual o resultado da conduta delituosa relacionada ao quantum do imposto devido não integra o tipo legal. Precedente da Quinta Turma do STJ e do STF. (...) Em suma: a configuração do crime de descaminho, por ser formal, independe da apuração administrativo-fiscal do valor do imposto iludido, embora este possa orientar a aplicação do princípio da insignificância quando se tratar de conduta isolada. 6. *Habeas corpus* não conhecido”. (STJ. HC 218.961, Quinta Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 15/10/2013).
- “(...) o delito de descaminho, como crime instantâneo, se perfectibiliza com o simples ato de iludir o pagamento de imposto devido pela entrada de mercadoria no país”. (TRF4. ACR 5000001-33.2010.404.7005, Oitava Turma, Rel. Leandro Paulsen, j. 16/12/2014).
- “O delito de descaminho previsto no artigo 334 do Código Penal se perfectibiliza com a simples entrada da mercadoria em território nacional sem o pagamento dos impostos devidos, sendo, portanto, crime formal e não exigindo a constituição definitiva do débito para caracterização do tipo penal ou como condição de sua tipicidade. (TRF4. ACR 5001650-37.2013.404.7002, Sétima Turma, Rel. Sebastião Ogê Muniz, j. 04/07/2014).

Noutra ala, seguem certos arestos que incluem o descaminho como um crime material:

- “Esta Corte Superior tem entendido que o descaminho, equiparando-se aos demais delitos tributários, é crime material, sendo necessário o exaurimento da esfera administrativa para o início da persecução penal. (...) *Habeas Corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício para que o Juízo de primeiro grau analise o cumprimento da referida condição de procedibilidade, sem a qual deve ser trancada a ação penal”. (STJ. RHC 227.502/RS, Quinta Turma. Rel. Min. Marilza Matnard, j. 23/04/2013).
- “O Superior Tribunal de Justiça firmou jurisprudência exarando a orientação de que o descaminho, por se tratar de crime material, equiparado aos demais delitos tributários (...) *Habeas corpus* provido, para determinar o trancamento da ação penal que o recorrente ora responde”. (STJ. RHC 32.281/RS, Quinta Turma Rel. Min. Campos Marques, j. 21/03/2013).
- “Embora o crime de descaminho encontre-se, topograficamente, na parte destinada pelo legislador penal aos crimes praticados contra a Administração Pública, predomina o entendimento no sentido de que o bem jurídico imediato que a norma insere no art. 334 do Código Penal procura proteger é o erário público, diretamente atingido pela evasão de renda resultante de operações clandestinas ou fraudulentas. Cuida-se, ademais, de crime material, tendo em vista que o próprio

dispositivo penal exige a ilusão, no todo ou em parte, do pagamento do imposto devido. Assim, o raciocínio adotado pelo Supremo Tribunal Federal relativamente aos crimes previstos no art. 1º da Lei n.º 8.137/90, consagrando a necessidade de prévia constituição do crédito tributário para a instauração da ação penal, deve ser aplicado, também, para a tipificação do crime de descaminho. Inteligência da Súmula Vinculante n.º 24 do Supremo Tribunal Federal. (STJ. RHC 36.570/MG, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Quinta Turma, j. 28/05/2013).

- "[o] delito previsto na segunda parte do caput do artigo 334 do Código Penal configura crime material, que se consuma com a liberação da mercadoria pela alfândega, logrando o agente ludibriar as autoridades e ingressar no território nacional em posse das mercadorias sem o pagamento dos tributos devidos [...]" (STJ. HC 139.998/RS, Quinta Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 14/02/2011).

A imprecisão quanto à definição de que o descaminho seja crime formal ou material, implica diretamente na sua natureza jurídica, servindo como diretriz para negar-lhe as benesses atribuídas a outros delitos semelhantes:

- “Consoante entendimento pacífico do Superior Tribunal de Justiça, a prática do descaminho não se submete à regra instituída pelo Supremo Tribunal Federal ao editar a Súmula Vinculante n.º 24, expressa em exigir o exaurimento da via administrativa somente em crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1º, incisos I a IV, da Lei n.º 8.137/90”. (STJ. HC 232.877/CE, Quinta Turma, Rel. Min. LAURITA VAZ, j. 26/08/2014).

Sob o viés da natureza jurídica, também há jurisprudências das Cortes Superiores, que compreendem o crime de descaminho um delito tributário, somente o admitindo sob a forma de dano:

- PENAL – HABEAS CORPUS – DESCAMINHO – TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL – AUSÊNCIA DE PRÉVIA CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO NA ESFERA ADMINISTRATIVA – NATUREZA TRIBUTÁRIA DO DELITO – ORDEM CONCEDIDA. 1. Consoante recente orientação jurisprudencial do egrégio Supremo Tribunal Federal, seguida por esta Corte, eventual crime contra a ordem tributária depende, para sua caracterização, do lançamento definitivo do tributo devido pela autoridade administrativa. 2. O crime de descaminho, por também possuir natureza tributária, eis que tutela, dentre outros bens jurídicos, o erário público, deve seguir a mesma orientação, já que pressupõe a existência de um tributo que o agente logrou êxito em reduzir ou suprimir (iludir). Precedente. 3. Ordem concedida para trancar a ação penal ajuizada contra os pacientes no que tange ao delito de descaminho, suspendendo-se, também, o curso do prazo prescricional. (STJ. HC 109205. Sexta Turma, Rel. Min. Jane Silva, j. 2/10/2008).

No que tange ao bem jurídico tutelado, cotejam-se diferentes julgados em que ora se estabelece a proteção do erário, ora da Administração Pública, e, até mesmo o amparo do emprego, comércio e da indústria nacional, entre outros:

- “Embora o delito de descaminho esteja descrito na parte destinada aos crimes contra a Administração Pública no Código Penal, motivo pelo qual alguns

doutrinadores afirmam que o bem jurídico primário por ele tutelado seria, como em todos os demais ilícitos previstos no Título IX do Estatuto Repressivo, a Administração Pública, predomina o entendimento de que com a sua tipificação busca-se tutelar, em primeiro plano, o erário, diretamente atingido pela ilusão do pagamento de direito ou imposto devido pela entrada, pela saída ou pelo consumo de mercadoria. (STJ. HC 255.617/RS. Quinta Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 19/03/2013).

- “A lesão à ordem tributária é espécie do gênero lesão ao erário. Por isso, o objetivo da criminalização do descaminho não é simplesmente evitar lesões ao interesse do Estado na arrecadação de tributos, mas evitar lesões aos recursos financeiros do país em geral. Isto envolve, em um primeiro plano, o não pagamento dos tributos devidos pela importação, mas em segundo plano, envolve o comércio de mercadorias com valores substancialmente inferiores aos praticados no mercado interno, o que causa grave dano à indústria, gera desemprego e, em um efeito cascata, vai gerar mais lesões ao erário” (TRF4. ACR 5001306-18.2011.404.7005, Sétima Turma, Rel. Danilo Pereira Junior, j. 05/03/2015.).

- “O objeto jurídico tutelado no descaminho é a administração pública, considerada sob o ângulo da função administrativa que, vista pelo prisma econômico, resguarda o sistema de arrecadação de receitas; pelo prisma da concorrência leal, tutela a prática comercial isonômica; por fim, pelo ângulo da probidade e da moralidade administrativas, garante, em seu aspecto subjetivo, o comportamento probo e ético das pessoas que se relacionam com a coisa pública”. (STJ. AgRg no AREsp 600.795/PR, Sexta Turma, Rel. Min. Rogério Schiett Cruz, j. 03/03/2015).

- “A norma penal do art. 334 do Código Penal – elencada sob o Título XI: “Dos Crimes Contra a Administração Pública – visa proteger, em primeiro plano, a integridade do sistema de controle de entrada e saída de mercadorias do país, como importante instrumento de política econômica. O agente que ilude esse controle aduaneiro para importar mercadorias, sem o pagamento dos impostos devidos – estes fixados, afinal, para regular e equilibrar o sistema econômico-financeiro do país – comete o crime de descaminho, independentemente da apuração administrativo-fiscal do valor do imposto sonegado. 4. O bem jurídico protegido pela norma em tela é mais do que o mero valor do imposto. Engloba a própria estabilidade das atividades comerciais dentro do país, refletindo na balança comercial entre o Brasil e outros países. O produto inserido no mercado brasileiro, fruto de descaminho, além de lesar o fisco, enseja o comércio ilegal, concorrendo, de forma desleal, com os produzidos no país, gerando uma série de prejuízos para a atividade empresarial brasileira” (...). (STJ. Quinta Turma, HC 218.961, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 15/10/2013).

- “o objeto jurídico tutelado no descaminho é a administração pública considerada sob o ângulo da função administrativa, que, vista pelo prisma econômico, resguarda o sistema de arrecadação de receitas; pelo prisma da concorrência leal, tutela a prática comercial isonômica; e, por fim, pelo ângulo da probidade e moralidade administrativas, garante, em seu aspecto subjetivo, o comportamento probo e ético das pessoas que se relacionam com a coisa pública. Por isso, não há razão para se restringir o âmbito de proteção da norma proibitiva do descaminho (cuja amplitude de tutela alberga outros valores, além da arrecadação fiscal, que são tão importantes no cenário brasileiro atual), equiparando-o, de forma simples e impositiva, aos crimes tributários” (STJ. REsp 1.343.463-BA, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, Rel. para acórdão Min. Rogério Schiatti Cruz, j. 20/3/2014).

Já noutra fila, observa-se a forma em que o verbo do tipo do descaminho “iludir” é empregado no âmbito petroriano. Neste aparte, por vezes, parece não haver uma significação exata sobre o referido verbo iludir, que ora apresenta-se como iludir o pagamento de imposto ou relacionado à atividade de fiscalização da Administração.

- “(...) VALOR DOS TRIBUTOS ILUDIDOS INFERIOR AO ESTIPULADO NA PORTARIA MF 75/2012 (...)” (TRF3. RSE 0001027-93.2014.4.03.6115, Décima Primeira Turma, Rel. Des. José Lunardelli, j. 07/04/2015).
- “(...) a conduta materializadora desse crime é ‘iludir’ o Estado quanto ao pagamento do imposto devido pela entrada, pela saída ou pelo consumo de mercadoria. E iludir não significa outra coisa senão fraudar, burlar, escamotear (...)” (STF. HC 99.740, Segunda Turma, Rel. o Min. Ayres Britto, j. de 1º.02.11).
- “(...) *modus operandi* do réu, que apresentou nota fiscal referente a outra mercadoria com o intuito de iludir a fiscalização, e à vista das consequências do delito, evidenciadas pela significativa quantidade e alto valor da carga(...)” (TRF3. Quinta Turma, ACR 0005501-24.2011.4.03.6112, Rel. Des. André Nekatschalow, j. 17/11/2014).
- “(...) OS RÉUS FIZERAM USO DE TRANSPORTE AÉREO, O QUAL ATERRISSOU EM PISTA CLANDESTINA, LOCALIZADA NA FAZENDA DE TITULARIDADE DE UM DELES, SITUADA EM LOCALDISTANTE DA ZONA ADUANEIRA, SENDO INEQUÍVOCO O OBJETIVO DE ILUDIR A FISCALIZAÇÃO DA RECEITA FEDERAL (...)” (TRF3. Segunda Turma, ACR 95.03.037232-1, Rel. Des. Arice Amaral, j. 21/09/1999).

Ainda, agravando a problemática deste contexto, seguem outras acepções sobre o emprego do verbo iludir, desta feita, com distintas expressões, tais como: elisão, ilidir e elidir:

- “Descaminho envolvendo elisão de tributos federais em quantia pouco superior a R\$ 10.000,00 (dez mil reais) enseja o reconhecimento da atipicidade material do delito dada a aplicação do princípio da insignificância”. (STF. HC 121717, Rel. Min. Rosa Weber, Primeira Turma, j. 03/06/2014).
- DECISÃO RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL PENAL. DESCAMINHO. “utilizando-se de documentos falsos para ilidir o pagamento dos respectivos tributos”. (STF. RHC 125237, Rel.Min. Cármen Lúcia, j. 20/11/2014).
- “(...) Cuida-se de ato vinculado praticado no legítimo exercício do poder de polícia da Administração Pública, com o fim único de ilidir tanto as atividades relacionadas ao ilícito fiscal como ao penal, praticadas na zona fronteira do País (...)”. (TRF3. AMS 0008145-58.2006.4.03.6000, Terceira Turma, Rel. Eliana Marcelo, j. 05/08/2010).
- “(...) A conduta em tese praticada pelo apelante amolda-se à figura delitiva do descaminho, o qual se configura na busca por elidir a incidência de direitos ou

tributos incidentes sobre mercadorias, em tese, regulares e aptas ao comércio. Precedente desta E. Corte” (TRF3. Décima Primeira Turma, ACR 0013875-79.2012.4.03.6181, Rel. Des José Lunardelli, j. 23/09/2014).

No que atine a problemática da inadequada colocação do delito de descaminho no código penal, para evitar tautologia, *vide* trechos dos arrestos dos *habeas corpus* supracitados sob os números 36.570; 255.617; e, 218.961.

Como se nota, conquanto a conduta do descaminho seja um ilícito secular, presentemente, sequer há uma definição sobre seus elementos fundamentais, consoante se observa através do cenário petrolífero brasileiro.

CAPÍTULO II. NA TRILHA DO DESCAMINHO: **UM VIÉS HISTÓRICO E ATUAL DO DELITO**

1. A HISTÓRIA DO DIREITO COMO CIÊNCIA E O DELITO ADUANEIRO

Um exame histórico-jurídico mais aprofundado acerca das infrações fronteiriças abordando perspectivas políticas, axiológicas, sociológicas, econômicas, etc., constituiria a forma mais apropriada e correta de periodizar o pensamento e as implicações jurídicas sobre o delito aduaneiro, no entanto, tal proposta melhor se coaduna no âmbito da matéria de História do Direito.

Pode-se dizer que a tarefa do estudo dos delitos aduaneiros, nas relações luso-brasileiras, carece de uma pesquisa específica no campo da história do direito. Há muitos relatos, inúmeros documentos, normas históricas esparsas que, no mais das vezes, tratam apenas do fator histórico deixando de lado o objeto do estudo da história do direito. Embora, a pesquisa histórica sobre o ilícito aduaneiro na relação luso-brasileira possa ser muito ampla, e porque não dizer um campo a desbravar, ela seria de assaz importância, servindo para justificar os diversos pensamentos sociais, econômicos e jurídicos de ontem e da contemporaneamente.

Em outras palavras, periodizar os delitos de contrabando e o descaminho seria reviver a própria história do Brasil, sob o viés político social, econômico e jurídico. Contudo, por questões de delimitação temática, frisa-se que este estudo não tem como objeto principal examinar as infrações aduaneiras à luz dos traços tradicionais de história do direito, ou seja, como ciência jurídica¹⁹. Assim, contextualizar-se-á o delito de descaminho com fragmentos e fatos históricos importantes, tendo como foco introdutivo central a própria evolução legislativa.

¹⁹ MARCOS, Rui Manuel de Figueiredo. *A História do Direito e o seu Ensino na Escola de Coimbra*. Coimbra: Editora Almedina, 2013, p. 23-34.

2. FEIÇÕES HISTÓRICAS DO DELITO ADUANEIRO NO CONTEXTO LUSO-BRASILEIRO

Em uma esfera universal, desde o momento em que a história menciona a formação organizada das primeiras civilizações²⁰, a mera transação ou transporte de mercadorias desacompanhadas do pagamento das taxas alfandegárias²¹ marcaram o andar da história com duas condutas coibidas: o contrabando e o descaminho.

Em que pese o presente trabalho tenha por norte a figura do descaminho e este dogmaticamente tenha natureza diversa do contrabando, do ponto de vista histórico não há como dissociá-los. Logo, estudar a história do descaminho é, de certo modo, pesquisar o contrabando, embora ambos estejam ligados ao ato de exportar e importar, o primeiro se relaciona à fraude fiscal e o segundo a transação de mercadorias proibidas, não havendo como assegurar se esta divisão em tempos longínquos era assim empregada. Talvez por isso, para fins históricos o descaminho é na maioria das vezes confundido com a terminologia do contrabando. Este estreito elo entre as terminologias persiste até os dias atuais, não sendo raro o descaminho ser vulgarmente tratado como contrabando e vice-versa.

Os delitos aduaneiros caracterizam-se por ser uma atividade tipicamente transversal a todos os meios de comércio de mercadorias, nomeadamente, quando os sujeitos estão em diferentes limites estatais, sendo marcante o traço destas condutas em distintas épocas e civilizações.

Neste sentido, Magalhães Noronha chama a atenção para a presença de vestígios dos delitos aduaneiros em Roma e na Idade Média.²² Cezar Roberto Bittencourt, também acusa à presença da criminalização do delito de contrabando durante a civilização romana.²³ Ainda no contexto romano, Heleno Cláudio Fragoso, destaca a punição para a violação do monopólio do sal e, ainda, durante a Idade Média, menciona as rigorosas penas aplicadas

²⁰ Na Mesopotâmia, registra-se a presença de uma rudimentar técnica alfandegária em que marcas de selos feitos de a e sinais de cordas ou sacas do lado inverso dos embrulhos de mercadorias, originários da cidade de Harappa, na região do Vale do Indo, mostram que essas identificações eram usadas como técnica de mercancia. Alguns desses selos foram encontrados em *Ur* e outras cidades mesopotâmicas, confirmando a presença de um comércio marítimo. BARBOSA, Jairo José. *Direito Aduaneiro: Origens da navegação, da aduana e da alfândega: suas respectivas evoluções intertemporais no curso da história mundial e do Brasil*. 1ª ed. Curitiba: Livraria Jurídica, 2009, p. 56-58.

²¹ CARLUCCI, José Lence. *Uma introdução ao direito aduaneiro*. 1ª ed. São Paulo: Aduaneiras, 1997, p. 232.

²² NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 323.

²³ BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal, Parte especial: Crimes contra a Administração Pública*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 306.

aos fraudadores, como por exemplo, a de mutilação e de morte. Tais penas também se estendiam para outros casos de contrabando – inobservância do monopólio de tabaco e exportação sem licença de moedas, trigo, peles, etc. – principalmente se o delito fosse praticado por quadrilha, através do emprego de arma ou por pessoa reincidente.²⁴

No decorrer dos séculos, com o aperfeiçoamento das técnicas de navegação e, num momento posterior, a intensificação de um comércio marítimo, fez com que taxas e tributos sobre as mercadorias passassem a ter um papel importantíssimo na receita tributária dos Estados²⁵, justificando, assim, a necessidade de uma maior atenção da atividade estatal sob o controle dos atos de importar e exportar.

A colonização portuguesa do Brasil não fugiu à regra, estando o delito aduaneiro presente na realidade brasileira desde sua concepção, constituindo-se num dos principais problemas enfrentados pelo governo português.

Fatores naturais, como a posição geográfica e a vasta extensão litorânea da costa brasileira, proporcionaram um incito natural à navegação e ao comércio ultramarino português, como expõe Jairo José Barbosa:

As facilidades de navegação proporcionadas por um litoral com mais de 8000 quilômetros fez do momento a partir do qual Pedro Álvares Cabral ancorou sua esquadra no dia 22 de abril de 1500, na localidade de Santa Cruz de Cabralia no sul da Bahia, o ponto marcante do início de uma intensa navegação de cabotagem na orla da então Ilha de Vera Cruz, depois Terra de Santa Cruz e, finalmente, Brasil, impulsionada cada vez mais na medida em que novos grupos de pessoas chegavam.²⁶

Os principais produtos descaminhados eram ouro, metais e pedras preciosas que escoavam pelo Rio da Prata, atracando em Buenos Aires e de lá seguiam para Europa, sem pagar impostos à Coroa Portuguesa²⁷.

O historiador Francisco Adolfo de Varnhagen refere que cerca de 40% do ouro extraído no Brasil era desviado de forma ilegal²⁸, gerando um decréscimo significativo à receita tributária lusitana. Mesmo assim, estipula-se que “as remessas de ouro começaram

²⁴ FRAGOSO, Cláudio Heleno. *Lições de Direito Penal*. 4º Vol., 2ª ed. São Paulo: Editor José Bushatsky, 1965, p.1170-1171.

²⁵ No curso da história, os impostos assumiram um importante papel no desenvolvimento das estruturas político-sociais, com algumas variações de acordo com os valores que cada civilização ostentou no curso da história. Em Roma, por exemplo, Vespasiano chegou a tributar até mesmo a urina. RABAÇAL, Pedro. *As Vidas de 30 Césares*. Queluz de Baixo: Marcador Editora, 2013, p. 102 e segs.

²⁶ BARBOSA, Jairo José. *Direito Aduaneiro: Origens da navegação...*, cit., p.83.

²⁷ GOMES, Laurentino. *1808*. 6ª ed. Lisboa: Publicações Don Quixote, 2007, p. 113.

²⁸ *Ibidem*.

por volta de 1699 e continuaram em ritmo crescente até 1720, quando um máximo de mais de 25.000Kg entrou em Portugal”²⁹.

Neste cenário, os delitos aduaneiros passaram a dominar grande parte do comércio ultramarino da colônia apesar das tentativas do governo de Portugal em combatê-los.

A regulamentação do sistema alfandegário no Brasil ocorreu no período compreendido entre 1534 e 1540, concomitantemente com a criação das Capitanias Hereditárias³⁰. Vicente Pinto de Albuquerque Nascimento estima “que a primeira casa alfandegária³¹ tenha sido edificada em 1549, na Bahia, na qual se iniciou, em seguida, a arrecadação das rendas correspondentes”³².

Sob tal contexto, observa-se um regimento editado por Tomé de Sousa, primeiro governador das capitanias, que destaca funções militares para defesa do comércio e fazendária para o controle da arrecadação³³.

No entanto, a maior preocupação da Coroa Portuguesa com o crime fronteiriço se deu no século XVIII, durante o reinado de Dom João V (1706-1750), com a descoberta do ouro na região de Minas Gerais (Ciclo do Ouro). O ouro deveria ser escoado por rotas específicas criadas pelo governo português denominadas de Estradas Reais. Tais caminhos ligavam as regiões mineradoras às zonas portuárias, sendo uma rota obrigatória para circulação destas mercadorias. Com o crescente volume de riqueza que passou a circular pelas Estradas Reais, a Coroa Portuguesa, visando proteger os seus cofres, passou a garantir a arrecadação através de uma fiscalização ainda mais intensa e severa, instalando novos postos de guarda e inspeção para arrecadação. Como exemplo das medidas da Coroa para salvaguardar seus impostos, destaca-se a criação das chamadas *Casas de Fundição*³⁴, que eram assim delineadas por Laurentino Gomes³⁵:

O controle sobre a mineração era rigoroso. Pelas leis do governo português, o ouro extraído nas minas e aluviões deveria ser entregue às casas autorizadas de fundição

²⁹ MARQUES, A. H. de Oliveira. *Breve História de Portugal*. 3ª ed. Lisboa: Editora Presença, 1998, p. 407.

³⁰ GOMES, Laurentino. *1808...*, cit., p. 113.

³¹ Ao longo da colonização, várias casas alfandegárias foram criadas, “como a Casa da Índia (sobre produtos chegados de África e Ásia), a Alfândega do Açúcar e do Tabaco e o Paço da Madeira onde se dava o despacho do que chegava. Era cobrado sobre a entrada ou saída de mercadoria do território nacional para o estrangeiro e vice-versa (...)”. LOPES, José Reinaldo de Lima. *O Direito na história – lições introdutórias*. 4ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012, p. 235.

³² ALBUQUERQUE NASCIMENTO, Vicente Pinto de. *O Contrabando em face da Lei*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1960, p. 17-18. *Apud* SCANDELARI, Gustavo Britta. *O crime tributário...*, cit., p. 203.

³³ LOPES, José Reinaldo de Lima. *O Direito na história...*, cit., p. 225.

³⁴ Sobre as Casas de Fundição ver Revolta dos Mineiros de 1720, ver mais in LOPES, José Reinaldo de Lima. *Ibidem*, p. 232 e segs.

³⁵ GOMES, Laurentino. *1808...*, cit., p. 112-113.

de cada distrito, onde se cobravam os direitos da coroa. Um quinto, ou seja 20%, do minério em pó era reservado ao rei. Outros 18% eram pagos à casa de cunhagem. O restante ficava com os garimpeiros e mineradores na forma de barras marcadas com seu peso, quilate, número e as armas do rei, além de um certificado que lhe permitia entrar em circulação. Para facilitar o comércio, autorizava-se também a circulação de ouro em pó, em pequenas quantidades, usadas em pagamentos nas compras do dia-a-dia. Além do controle feito nas casas de fundições, havia postos de vigilâncias nas estradas, especialmente entre as minas e o litoral, onde uma guarnição militar composta por um tenente e cinquenta soldados, tinha autorização para revistar qualquer pessoa que por ali passasse. A punição, para os contrabandistas era drástica (...).

Como se nota, o governo português investia de forma significativa no intento de evitar que mercadorias e, principalmente, metais preciosos, fossem extraídos e comercializados à margem da lei vigente, sendo rigorosamente punido aquele que fosse apanhado a desviar a senda das Estradas Reais³⁶ ou a burlar a fiscalização das Casas de Fundição.

Gomes aludindo Mawe confere um panorama histórico da situação vivenciada na época:

Mawe descreve a prisão de um contrabandista na aldeia de Conceição, interior de Minas Gerais: Uma semana antes da minha chegada, a aldeia fora teatro de extraordinária aventura. Um tropeiro, que ia ao Rio de Janeiro com vários burros carregados, foi alcançado por dois soldados da cavalaria, mandados em sua perseguição: pediram-lhe a espingarda e furaram a coroa com pregos. Vendo que ela estava oca, tiraram a guarnição de ferro que lhe recobria a base e descobriram uma cavidade que continha trezentos quilates de diamantes. O tropeiro foi levado para a prisão de Tijuco e os diamantes, confiscados. A sorte desse homem, julgou Mawe, apresenta um exemplo terrível ao rigor das leis: ele perderá todos os seus bens e será encerrado, provavelmente pelo resto dos dias, em uma prisão lúgubre no meio de criminosos e assassinos.³⁷

O descontentamento da população mineradora com as Casas de Fundição e as cobranças da quintagem do ouro aliada a uma crise econômica gerou em 1720 a Revolta dos Mineradores, resultando na diminuição do valor quinto destinado à Coroa Portuguesa.³⁸

Com o transcorrer do tempo, as necessidades da Coroa aumentam e a renda da colônia despencou. A crise iniciada no reinado de Dom João V seguiu durante o imperado de Dom José I (1750-1777). Durante este período, pinta-se um quadro de desorganização na

³⁶ A preocupação da Coroa Portuguesa com os desvios das riquezas era tamanha que quem ousasse abrir uma nova picada para desviar as Estradas Reais seria punido como crime de lesa majestade. “(...) a abertura de vias de comunicação (que não fossem autorizadas pela metrópole), por reatar o extravio dos quintos. Muitas vezes grupos de moradores tentaram abrir estradas à própria custa para facilitar o comércio e evitar a passagem pelos registros da capitania, onde eram feitos o controle de entrada e saída de pessoas e mercadorias e a cobrança dos impostos”. RODRIGUES, André Figueiredo. *Os Sertões Proibidos da Mantiqueira: desbravamento, ocupação da terra e as observações do governador Dom Rodrigo José de Meneses*. In: Rev. Bras. Hist. [online]. 2003, vol.23, n° 46, p. 253-270. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rbh/v23n46/a11v2346.pdf>, acessado em 24 de setembro de 2014, p. 257.

³⁷ GOMES, Laurentino. *1808...*, cit., p. 113.

³⁸ LOPES, José Reinaldo de Lima. *O Direito na história...*, cit., p. 234-235.

colônia, em que sequer permitia saber se o déficit era fruto da baixa produtividade ou do contrabando e do descaminho culminando na retomada da cobrança quinto do ouro.³⁹

Neste contexto, oportuniíssimas se fazem as palavras do professor Rui Marcos:

É sabido que, para o final do reinado de D. João V, o País se debatia numa das suas mais profundas crises. As secretarias do Estado existentes revelavam-se incapazes; os problemas financeiros agudizavam-se; o contrabando grassava a ritmo nunca visto; o clero e a nobreza tinham frequentes assomos de arrogância, mesmo em face do corpo judicial, o que provocava público escândalo. Afinal de contas, aquilo a que se assistia era o contínuo definhamento do poder central⁴⁰.

Por fim, frisa-se que a baixa da produção se acentuou nas décadas de 1770 a 1780, com a diminuição de ouro nas jazidas, embora o metal precioso tenha sido à base da economia do século XVIII, no começo do século XIX, os registros aduaneiros apontavam uma pequena quantidade na exportação do gênero⁴¹.

Neste panorama de crise não se pode deixar de registrar as valorosas contribuições administrativas e legislativas de Marquês de Pombal no combate ao delito aduaneiro. Dada a importância deste contributo, a análise será feita em tópico apartado, antes, porém, é necessário contextualizar o contrabando e o descaminho perante as Ordenações.

3. O ILÍCITO ADUANEIRO E AS ORDENAÇÕES

É oportuno realçar alguns traços da legislação vigente durante o período da colonização do Brasil por Portugal. Neste fito, em Portugal, na metade do século XV, já existia uma legislação versando sobre a obrigação do pagamento de impostos – função extrafiscal – sob mercadorias transportadas em embarcações.

Com efeito, as Ordenações Afonsinas contemplavam como direitos do rei, rendas e direitos sob mercadorias trazidas nos navios, conforme Livro II, Título XXIII⁴², item 06: “Os portos do mar, honde os navios coftumão d'ancorar, e as rendas, e direitos que d'hantigamente fe acoftumaarom de pagar das mercadarias, que a elles fom trazidas”⁴³.

³⁹ LOPES, José Reinaldo de Lima. *O Direito na história...*, cit., p. 235.

⁴⁰ MARCOS, Rui Manuel de Figueiredo. *A legislação pombalina...*, cit., p. 67.

⁴¹ MARQUES, A. H. de Oliveira. *Breve História...*, cit., p. 406-408.

⁴² “Dos Direitos Reaaes, que aos Reys perteence d'aver em seus Regnos per Direito Commum”.

⁴³ PORTUGAL. *Ordenações Afonsinas*, 1446. Disponível em: www1.ci.uc.pt/ihti/proj/afonsinas/l2p211.htm, acessado em 10 de outubro de 2014.

Adiante, a norma supracitada foi reproduzida, primeiramente, no Livro II, Título XV⁴⁴, item 08 das Ordenações Manuelinas⁴⁵ e, posteriormente, no Livro II, Título XXVI⁴⁶, item 09 das Ordenações Filipinas⁴⁷.

Retomando o contexto colonizador, Lopes ao abordar o Regime Colonial e o Antigo Regime, refere que a compilação das Ordenações de 1603 (Filipinas) vigorou no Brasil conjuntamente com o direito comum sendo responsável pela atividade jurídica nos tribunais criados no Brasil^{48 e 49}.

Noutra linha, pode-se afirmar que a legislação em vigor durante a colonização do Brasil era a mesma que havia em Portugal, chamada de Ordenações Reais. De forma objetiva, Wolkmer indica que durante a colonização do Brasil houve, aos poucos, a “transferência da legislação portuguesa contida nas compilações de leis e costumes conhecidos como Ordenações Reais, que englobavam as Ordenações Afonsinas (1446), as Ordenações Manuelinas (1521) e as Ordenações Filipinas (1603)”⁵⁰, bem como a legislação extravagante.

A transferência desta compilação de leis européias repercutiu diretamente na formação do ordenamento jurídico do Brasil, por isso, a lei portuguesa constitui a principal base do ordenamento jurídico brasileiro⁵¹, estando presente até os dias atuais⁵².

⁴⁴ “Dos Dereitos Reaes que a El Rey pertence auer em seus Reynos”.

⁴⁵ PORTUGAL. *Ordenações Manuelinas*, 1521. Disponível em: www1.ci.uc.pt/ihti/proj/manuelinas/12p43.htm, acessado em 10 de outubro de 2014.

⁴⁶ “Dos Dereitos Reaes”.

⁴⁷ PORTUGAL. *Ordenações Filipinas*, 1603. Disponível em: www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/12p443.htm, acessado em 22 de setembro de 2014.

⁴⁸ LOPES, José Reinaldo de Lima. *O Direito na história...*, cit., p. 221.

⁴⁹ Os recursos das decisões proferidas no Brasil ficavam a cargo da Casa de Suplicação, Mesa da Consciência e Ordem e do Desembargo do Paço, todas com sede em Lisboa, o que tornava as decisões morosas. Demora que também era peculiar à Administração, representada não so pela distancia física, mas, sobretudo pela burocracia. LOPES, José Reinaldo de Lima. *O Direito na história...*, cit., p. 221 – 229.

⁵⁰ WOLKMER, Antonio Carlos. *História do Direito no Brasil*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003, p. 44.

⁵¹ “O empreendimento do colonizador lusitano, caracterizando muito mais uma ocupação do que uma conquista, trazia consigo uma cultura considerada mais evoluída, herdeira de uma tradição jurídica milenária proveniente do Direito Romano. O Direito Português, enquanto expressão maior do avanço legislativo na península ibérica, acabou constituindo-se na base quase que exclusiva do Direito pátrio”. WOLKMER, Antonio Carlos. *História do Direito no Brasil...*, cit., p. 42.

⁵² Para uma visão completa à luz da ciência da História do Direito, sobre a transposição e periodização do ordenamento jurídico brasileiro *vide*: MARCOS, Rui Manuel de Figueiredo; SOUZA, Carlos Fernando Mathias de; NORONHA, Ibsen José Casas. *História do direito brasileiro*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014.

As Ordenações Reais traziam como características a presença de um direito penal rigoroso e pouco iluminado que visava, principalmente, fortalecer a dominação portuguesa além-mar⁵³, inclusive no que versa sobre o combate ao contrabando e ao descaminho.

Uma característica acentuada das Ordenações é justamente a cominação de penas corporais. O Livro V das Ordenações Filipinas, conhecido como “Livro do Terror”, previa torturas e penas cruéis, como a morte através de esquartejamentos, entre outros, até mesmo a família dos condenados era penalizada.

Em que pese o Livro V tratasse da ampla maioria das questões penais, nele pouco se encontra sobre condutas que pudessem ser comparadas e consideradas como contrabando ou descaminho. Mesmo assim, pode-se citar como exemplo, a proibição da saída de dinheiro ou ouro para fora do Reino⁵⁴; e também, a vedação da passagem de gado na modalidade de exportação⁵⁵.

Entretanto, o descaminho melhor se assemelha com as disposições encontradas no Livro II das Ordenações Filipinas Título XXVI 18 a 33, sendo que a punição correspondia a perda parcial ou total dos bens apreendidos, conforme se extrai da lição de José Reinaldo de Lima Lopes: “Condenações. Muitas vezes as penas previstas no direito criminal consistiam em perda de bens dos condenados a favor da Coroa. Era o confisco ou perdimento, mesmo que parcial, pois uma parte dos bens poderia ir para vítima ou denunciante (Ordenações Filipinas, Livro II, Título XXVI 18 a 33)”.⁵⁶

Dentre os referidos dispositivos aparta-se o item 20 do Título XXVI: “todas as cousas, que caírem em commisso por descaminhadas. E, por conseguinte as penas, em que por isso se incorre, ficam Direito Real, por este mesmo feito sem outra sentença”.

Igualmente é de notar que a fiscalização do sistema fazendário também era exercida por particulares, em verdade, uma classe de exploradores que militavam em prol da arrecadação da Coroa⁵⁷. Quiçá, em razão disso, embora existisse a previsão de aplicação de

⁵³ WOLKMER, Antonio Carlos. *História do Direito no Brasil...*, cit., p.44-46.

⁵⁴ Livro V, título CXIII: “que se não tire ouro, nem dinheiro para fora do Reino”.

⁵⁵ Livro V, título CXV: “(...) não tire por si nem por outrem destes Reinos para fora deles nenhum gado de qualquer sorte ou qualidade que seja. E quem o contrário fizer e com ele for achado ou lhe for provado que o passou, ou mandou passar ou vender, incorra em perdimento de todos seus bens e fazenda, a metade para nossa Câmara e outra para quem o acusar e será degredado para sempre para o Brasil”.

⁵⁶ LOPES, José Reinaldo de Lima. *O Direito na história...*, cit., p. 237.

⁵⁷ FAORO, Raymundo. *Os donos do poder*. 4ª ed. Porto Alegre: Globo, 1979. *Apud* LOPES, José Reinaldo de Lima. *O Direito na história...*, cit., p. 237-238.

penas graves nas Ordenações, geralmente, as únicas aplicadas eram o confisco e o perdimento⁵⁸.

A legislação penal contida nas Ordenações do Reino esteve vigente no Brasil até o século XIX, quando, em 1830, teve lugar o primeiro Código Penal do Brasil.

4. A LEGISLAÇÃO POMBALINA E O DELITO ADUANEIRO

Muitos autores ao tratarem sobre aspectos jurídico-históricos do contrabando e do descaminho os contextualizam diretamente com o Direito Romano ou com as Ordenações enfatizando a aplicação das duras penas (especialmente a de morte), previstas nas legislações destes períodos⁵⁹. Ocorre que não se pode deixar de perquirir as profundas mudanças trazidas na segunda metade setecentista pelo lustro de Marquês de Pombal, especialmente quanto à implementação de uma política colonial centralizadora e de intensa fiscalização em que se deu grande ênfase para figura da “Administração Colonial”, robustecendo o combate ao contrabando.

Como já exposto, o Rei de Portugal Dom José I, ao dar início ao seu reinado, encontrava o Estado mergulhado em uma profunda crise, em consequência do decréscimo das rendas das colônias e do aumento da prática do contrabando.⁶⁰ Essa situação se vê agravada por conta de dois acontecimentos históricos: o Terremoto de Lisboa, ocorrido em novembro de 1755, e, na sequência, a guerra⁶¹.

É neste contexto trágico que surge a figura de um dos maiores nomes da história de Portugal: Sebastião José de Carvalho e Melo (Marquês de Pombal), secretário de governo,

⁵⁸ FRAGOSO, Cláudio Heleno. *Lições de Direito...*, cit., p. 1171.

⁵⁹ Durante o longo período de vigência das Ordenações, a desobediência de determinada ordem real nem sempre implicava em uma direta subsunção ao regime de lesa-majestade. BRANDÃO, Nuno Fernando Rocha Almeida. *Desobediência e resistência a ordens de autoridades no período das ordenações*. In: ANDRADE, Manuel da Costa; COSTA, José de Faria; RODRIGUES, Anabela Miranda; MONIZ, Helena; FIDALGO, Sónia. *Direito Penal: Fundamentos dogmáticos e político-criminais – Homenagem ao Prof. Peter Hünerfeld*. 1ª ed. Coimbra: Editora Coimbra, 2013, p. 1184-1202; Mais, durante este período não podemos deixar de lado o lume trazido pelas lições de Beccaria, que inclusive dedicou um aparte ao contrabando no seu imortal “Dos delitos e das penas”. Vide: BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Editor: Ridendo Castigat Mores, 2001, p. 149 e seg.

⁶⁰ MARCOS, Rui Manuel de Figueiredo. *A legislação pombalina...*, cit., p. 67.

⁶¹ “Na sequência da recusa portuguesa de subscrever o Pacto de Família, que procurava reunir todos os estados ligados à Casa de Bourbon contra a Inglaterra, tropas francesas e espanholas invadiram Portugal. Fulminados pela tenaz resistência nacional, os invasores não lograram os seus intentos e, em 1763, o Tratado de Paris assegurava a paz. A este desenlace fica ligada historicamente uma verdadeira erupção legislativa de feição militar que reorganizou miudamente o exército português nos anos que decorrem entre 1760 e 1764”. MARCOS, Rui Manuel de Figueiredo. *A legislação pombalina...*, cit., p. 70.

que recebeu todos os poderes para fazer frente à catástrofe, podendo fazer uso dos meios e recursos que lhe fossem necessários. Como bem reverenciou Ruy Barbosa no Discurso do Primeiro Centenário da Morte de Pombal: “A conflagração evoca, e revela magicamente o herói. Nada lhe escapa a mão de aço, à providência onipotente, ao gênio que reviveu Lisboa, (...) Centenas de decretos, em poucos dias, lhe borbotam da mente. Sepulta os mortos; acode aos feridos”⁶². Desta forma, Marquês de Pombal assumiu a tarefa que lhe fora incumbida com muita determinação, com a finalidade de mais do que sepultar os mortos e cuidar dos vivos, mas também de fazer surgir do caos uma nova cidade e um novo Estado português⁶³.

Com efeito, é a partir do cataclismo que atingiu Lisboa que se desencadeou uma série de providências legislativas, “grande parte delas de carácter transitório, que acabam por dominar o segundo lustro da década de cinquenta”⁶⁴.

No seguir da metade do século XVIII, há uma grande aceleração da produção legislativa que, num primeiro momento, consistiu em reforçar o poder régio através do direito penal, visando garantir a boa ordem na administração da justiça e o dever de respeito aos funcionários régios⁶⁵. Nas palavras de Nuno Brandão, “naquela época a obediência era vista antes como um exercício de respeito pela autoridade régia e autêntico sustentáculo de todo *status quo*”⁶⁶.

Neste período, a “produção de diplomas legais aumentou de tal forma que, a breve trecho, constituía um caudal legislativo imenso, assumindo para a vida jurídica do País uma importância semelhante ao código oficial do Reino”⁶⁷. Esta aceleração legislatória acarretava enormes distorções aos juízes e aos litigantes, pois a nova legislação distanciava-se cada vez mais das Ordenações Phillipinas, gerando, assim, certa insegurança jurídica, especialmente, em razão da ausência de uma compilação dos textos legais.⁶⁸

No calor de uma crise, nada mais fastidioso que os governos lancem mão do direito penal para tutela de uma política econômica. A legislação pombalina não fugiu a

⁶² BARBOSA, Ruy. Discurso pronunciado a 8 de maio de 1882 – No 1º centenário da morte do Marquês de Pombal, *In Orações do Apóstolo/RJ*, 1923. *Apud* REIS, Cláudio Britto. *O Terremoto de Lisboa*. 2º ed. Rio de Janeiro: Altiya, 2003, p. 65.

⁶³ Ver mais sobre o Terremoto de 1755 em REIS, Cláudio Britto. *Ibidem*. Especificamente sobre as medidas políticas adotadas por Pombal em 1755 – *Providências do Marquês de Pombal*. Lisboa: Fundação Luso-Americana, 2005.

⁶⁴ MARCOS, Rui Manuel de Figueiredo. *A legislação pombalina...*, *cit.*, p. 69-70.

⁶⁵ MARCOS, Rui Manuel de Figueiredo. *Ibidem*, p. 91-100.

⁶⁶ BRANDÃO, Nuno Fernando Rocha Almeida. *Desobediência e resistência...*, *cit.*, p. 1208.

⁶⁷ MARCOS, Rui Manuel de Figueiredo. *Ibidem*, p.75.

⁶⁸ MARCOS, Rui Manuel de Figueiredo. *Ibidem*, p. 75-76.

regra.⁶⁹ Nesta via, intensificava-se o combate ao contrabando, através de uma notável legislação, conforme ilustra o professor Rui Marcos:

Registramos, ainda neste âmbito, uma tremenda perseguição legislativa aos contrabandistas e à punição do crime de contrabando emperrava, por si só, toda a máquina econômica setecentista. Muitas das receitas do estado provinham de explorações comerciais ou industriais, algumas vezes cedidas por via contratual a um ou mais indivíduos, mas quase sempre um regime de monopólio. Lembramos também os privilégios concedidos às grandes Companhias pombalinas. Evidente se torna garantia de exclusivismos; se esta certeza se esvaía, era impulsionada fatalmente a derrocada de todo o sistema econômico.

Não admira, pois, que a violação mais temida fosse o crime de contrabando em geral. Em variadíssimas leis referentes aos mais diversos objectos econômicos, inseria-se normalmente um parágrafo reprimindo o contrabando⁷⁰.

A própria sociedade era estimulada a delatar os contrabandistas. Neste sentido, tem lugar o Alvará de 26 de Outubro de 1757, que atribuía o prêmio de um terço das mercancias para os denunciante.⁷¹

Contudo, na seara legislativa pombalina, o grande destaque ficou por conta do Alvará de 14 de novembro de 1757, o qual se tornou vigente nas colônias por via do Alvará de 15 de Outubro de 1760, fazendo com que a rigorosa punição aplicada no Reino fosse à mesma no espaço ultramarino⁷².

Como bem rebusca Rui Marcos, o Alvará de novembro de 1757 tratava o delito de contrabando como:

(...) “hum dos mais perniciosos entre os que infestão os Estados; e dos que se fazem na Sociedade Civil mais odiosos; porque tendo a vileza do furto, não só He cometido contra o Erário Régio, e contra o Público do Reino, onde He perpetrado; mas também quando grassa em geral prejuízo do Commercio, He a ruína do mesmo Commercio, e o descrédito dos Homens honrados, e de bem, que nelle se empregão em comum beneficio;”, e os contrabandistas aparecem denunciados como “a abjecção, e o desprezo de todas as Nações Civilizadas, como inimigos communs do Erário Real, da Pátria, e do Bem Público della...”.

Em consonância com este severo prêmio, o conteúdo da lei surgia miudamente repressivo. Independentemente de requerimento apresentado pelo procurador da Junta, estabelecia-se que o “Desembargador Juiz Conservador Geral do Commercio” mantivesse uma devassa continuamente aberta, sem limitação de tempo, nem sujeição a número determinado de testemunhas para receber as denúncias de contrabandos. As pessoas que aparecessem vestidas com fazendas interditas por lei eram penalizadas, incidindo sobre os ministros criminais a obrigação de processar judicialmente os transgressores sempre que os encontrassem. Para obstar a que alguns religiosos recolhessem nas suas casas e

⁶⁹ “O que vem de dizer-se tanto basta para que possamos compreender o alcance de um importante sector das leis pombalinas, destinadas a afirmarem-se como um poderoso sustentáculo de certa política econômica muito ligada à doutrina mercantilista. Não era outro senão este o verdadeiro sentido da perseguição legislativa, movida no reinado de D. José, ao crime de contrabando, pois, a não suceder assim, de nada relevaria a concessão de monopólios e privilégios, fundamento econômico último do regime absolutista”. MARCOS, Rui Manuel de Figueiredo. *A legislação pombalina...*, cit., p. 103-104.

⁷⁰ MARCOS, Rui Manuel de Figueiredo. *Ibidem*, p. 101.

⁷¹ MARCOS, Rui Manuel de Figueiredo. *Ibidem*, p. 102.

⁷² MARCOS, Rui Manuel de Figueiredo. *Ibidem*, p. 102-104.

conventos importantes contrabandos, impunham-se lhes medidas punitivas, podendo, à terceira recaída contrabandista, ser expulsos do Reino. Não mais se facultaria, sem licença régia passada por escrito, a ida a bordo de navios ou de quaisquer outras embarcações que demandassem as barras de Lisboa e do Porto antes de terem sido inteiramente descarregados, sob pena de seis meses de cadeia e de dois anos de degredo para a Praça de Mazagão. Todavia, a lei refinava em teor punitivo, quando procurava reprimir as prevaricações dos oficiais das alfândegas que cometiam ou encobriam descaminhos e fraudes; estes funcionários infieis estavam sujeitos a serem publicamente açoutados e condenados a uma pena de dez anos para agalés. Proibia-se, também, debaixo das mesmas penas, que os funcionários das alfândegas recebessem, a qualquer título, dinheiro ou fazenda entregue por despachantes, caixeiros, ou pessoas por eles constituídas⁷³.

Da leitura desta última transcrição, contempla-se não apenas a preocupação com a supressão tributária propriamente dita, mas muitos conceitos ligados à moralidade da função pública no seu exercício de tributar, no que toca aos particulares e, também, aos seus funcionários.

Deste modo, pode-se afirmar que a relação da tutela da moralidade da Administração Pública em sua função tributária que envolve a discussão da matéria do descaminho até os dias atuais, teve uma forte influência deste período pombalino, tendo em vista certo afastamento da aplicação das Ordenações – inclusive nas colônias –, bem como em face da nova dinâmica trazida à Administração Pública (em especial o respeito ao soberano na pessoa de seus funcionários régios).

5. (EVOLUÇÃO)⁷⁴ LEGISLATIVA DO CRIME ADUANEIRO NO BRASIL

Conforme já referido, num primeiro momento vigeu no Brasil a legislação lusitana (período colonial). A codificação genuinamente brasileira somente vem ocorrer num segundo momento (Código Criminal do Império e período Republicano)⁷⁵.

Observa-se que nem sempre os delitos aduaneiros estão a cargo dos códigos penais estrangeiros, no mais das vezes pertencem à legislação extravagante. No entanto, no Brasil o descaminho e o contrabando sempre foram tipificados no código penal⁷⁶.

⁷³ MARCOS, Rui Manuel de Figueiredo. *A legislação pombalina...*, cit., p. 102-103.

⁷⁴ Como adiante será fundamentado, não se entende que houve uma real “evolução” legislativa no crime de descaminho do Brasil.

⁷⁵ BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal, Parte Geral I*, 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 95.

⁷⁶ FRAGOSO, Cláudio Heleno. *Lições de Direito...*, cit., p. 1171.

Antes de abordar diretamente a codificação penal no Brasil, refere-se que dias após a chegada da família Real ao Brasil foi assinado, através da Carta Régia de 28 de janeiro de 1808, pelo Príncipe Regente de Portugal Dom João de Bragança, o Decreto de Abertura dos Portos às Nações Amigas. Este documento permitiu a abertura dos portos brasileiros para o comércio ultramarino, sem necessidade intercessão portuguesa⁷⁷.

Diante desta nova perspectiva de abertura dos portos, sucede-se um período com a presença de várias leis nacionais versando sobre importação e exportação, como por exemplo: Decreto - de 13 de Maio de 1810⁷⁸, que isentava os direitos de entrada nos portos do Brasil, às mercadorias chinesas, importadas a vassallos portugueses; Decreto - de 26 de Fevereiro de 1810, que equipara ao contrabando à compra de pólvora fora das fábricas ou administrações reais⁷⁹; Decreto - de 23 de Novembro de 1810⁸⁰, que proibia a exportação de salitre utilizado para pólvora.

Na sequência, basicamente acompanhada da proclamação da Independência do Brasil advinda em 1822, ocorre, em 1824, a edição da primeira Carta Constitucional, ao passo que, a independência penal advém em 1830, através do primeiro Código Penal, conhecido como Código do Império do Brasil, tendo sua vigência entre os anos de 1830 e 1890⁸¹.

Nesta primeira codificação, o legislador em atenção ao princípio da legalidade descreveu a conduta típica de importar e exportar nos crimes “Contra o Thesouro Publico e Propriedade Publica”⁸².

Contrabando

Artigo 177. Importar, ou exportar generos, ou mercadorias prohibidas; ou não pagar os direitos dos que são permittidos, na sua importação, ou exportação.
Penas - perda das mercadorias ou generos, e de multa igual á metade do valor delles.

Como se nota, o delito de descaminho aparecia atrelado ao de contrabando, sob o *nomem juris* apenas deste último. Entretanto, as condutas dos delitos já eram diferenciadas pela doutrina. Ao contrabando designava-se a transação de objeto proibido; ao descaminho,

⁷⁷ BRASIL. Leis etc. *Collecção das Leis do Brazil de 1808*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1891, p. 1-2.

⁷⁸ BRASIL. Leis, etc. *Collecção das leis do Brazil de 1810*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1891, p. 108.

⁷⁹ Brasil. Leis, etc. *Ibidem*, p. 42

⁸⁰ Brasil. Leis, etc. *Ibidem*, p.229.

⁸¹ CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. *Crimes de contrabando...*, cit., p. 10.

⁸² GROCH, Ludmila de Vasconcelos Leite. *O descaminho como crime tributário: consequências da equiparação*. In: VILARDI, Celso Sanchez; PEREIRA, Flávia Rahal Bresser; DIAS NETO, Theodomiro. *Direito Penal Econômico: crimes financeiros e correlatos*. São Paulo: Saraiva 2011, p. 222.

competia à fraude aos direitos do soberano, a partir do comércio de mercadorias permitidas, com o efeito de alterar as receitas do Estado.⁸³

Tal legislação não estipulava a pena de prisão, apenas previa pena de multa, cumulada com a perda das mercadorias. Conforme assinala Márcia Domettila Lima de Carvalho, o abrandamento da sanção penal decorria do caráter liberal da Carta de 1824⁸⁴.

Noutro ponto, a par da diferenciação e a autonomia do descaminho em relação ao contrabando, destaca-se a correta colocação do artigo 177 no Código Penal imperial, sendo tratado no Título VI: “Dos crimes contra o Thesouro Publico, e propriedade publica”. Deixou-se nítido que, o descaminho vinculava-se às receitas tributárias – *Thesouro Nacional* nome adotado na Carta de 1824 à Fazenda Nacional – distinguindo-se, portanto, dos crimes contra a Administração Pública.⁸⁵

Com a proclamação da República, em 15 de novembro de 1889, o primeiro estatuto penal brasileiro cede lugar ao Código Penal dos Estados Unidos do Brasil de outubro de 1890, igualmente chamado de Código Penal Republicano. Este código ficou conhecido pelas suas imperfeições técnicas. Além disso, por ser obsoleto em relação à ciência de seu período, gerando a necessidade da edição de várias leis extravagantes para suprir os defeitos (que mais tarde, deram origem a Consolidação das Leis Penais de Vicente Piragibe de 1932).⁸⁶

Ressublinha-se que, novamente, o crime de descaminho era descrito no rol: “Dos crimes contra a fazenda pública”, no Título VII. Em exemplo da codificação anterior, havia referencia inicial apenas ao contrabando sendo o descaminho descrito no *caput* do artigo 265, *in verbis*:

Do Contrabando

Artigo 265. Importar ou exportar, generos ou mercadorias prohibidas; evitar no todo ou em parte o pagamento dos direitos e impostos estabelecidos sobre a entrada, sahida e consumo de mercadorias e por qualquer modo illudir ou defraudar esse pagamento: Pena – de prisão cellular por um a quatro annos, além das fiscaes.

Assim, o Código Republicano mantém o contrabando e o descaminho. No entanto, a pena passa ser de prisão de um a quatro anos, mais o tributo ilidido.

⁸³ SCANDELARI, Gustavo Britta. *O crime tributário...*, cit., 2013, p. 204.

⁸⁴ CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. *Crimes de contrabando...*, cit., p. 10.

⁸⁵ CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. *Ibidem*, p. 11; SCANDELARI, Gustavo Britta. *O crime tributário...*, cit., p. 204.

⁸⁶ BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal, Parte Geral...*, cit., p. 95-96.

Para Noronha, “inspirava-se nossa lei anterior no Código Penal Português de 1886, artigos 279 e 280, dele divergindo porque enquanto ela enfeixava em artigo único as duas espécies – o contrabando e o descaminho – ele os definia em disposições distintas”⁸⁷.

Durante o Estado Novo, em 1937, Alcântara Machado foi o responsável pela apresentação do projeto do Código Penal de 1940⁸⁸, passando a vigorar até os dias atuais, embora com significativas alterações.

O legislador brasileiro, ao tratar do contrabando e do descaminho, os contextualizou, pela primeira vez, no elenco dos delitos praticados contra a Administração, no Título XI (“Dos Crimes Contra a Administração Pública”; Capítulo II: “Dos Crimes Praticados por Particular Contra a Administração em Geral”). Todavia, seguiu a tradição das codificações nacionais anteriores, regulando no mesmo artigo a criminalização aduaneira do ato de exportar ou importar mercadoria proibida (contrabando) ou iludir, no todo ou em parte, o pagamento de direito ou imposto devido pela entrada ou saída de mercadoria (descaminho).

Ao texto de lei original do artigo 334 do Código Penal⁸⁹, sobrevieram duas alterações. A primeira através da lei 4.729, de 14 de julho de 1965⁹⁰ e a segunda, ocorrida recentemente, por força da Lei nº 13.008, de 26 de junho de 2014.

Neste particular, de 1965 até meados de 2014, o delito de descaminho e contrabando era assim descrito:

Contrabando ou descaminho

Artigo 334. Importar ou exportar mercadoria proibida ou iludir, no todo ou em parte, o pagamento de direito ou imposto devido pela entrada, pela saída ou pelo consumo de mercadoria:

Pena - reclusão, de um a quatro anos.

§ 1º - Incorre na mesma pena quem: (Alterado pela Lei 4.729-1965)

a) pratica navegação de cabotagem, fora dos casos permitidos em lei;

⁸⁷ NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal...*, cit., p. 323.

⁸⁸ BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal, Parte Geral...*, cit., p. 95.

⁸⁹ Redação original do artigo 334 no Código de 1940.

Contrabando ou descaminho

Artigo 334. Importar ou exportar mercadoria proibida ou iludir, no todo ou em parte, o pagamento de direito ou imposto devido pela entrada, pela saída ou pelo consumo de mercadoria:

Pena - reclusão, de um a quatro anos.

§ 1º incorre na mesma pena quem pratica:

a) navegação de cabotagem, fora dos casos permitidos em lei;

b) fato assimilado em lei especial a contrabando ou descaminho.

§ 2º A pena aplica-se em dobro, se o crime de contrabando ou descaminho é praticado em transporte aéreo.

⁹⁰ A Lei n. 4.729, de 14 de julho de 1965. Essa lei que “define o crime de sonegação fiscal e dá outras providências”, no art. 5.º, altera o art. 334 do Código Penal, porque, embora mantendo a punição da navegação de cabotagem ilícita, da prática de fato assimilado, em lei em especial, a contrabando ou descaminho, prevê, em seu § 1.º, alíneas c e d, outros delitos, e no § 2.º amplia, em face deles o conceito de atividade comercial”. NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal...*, cit., p. 323.

- b) pratica fato assimilado, em lei especial, a contrabando ou descaminho;
- c) vende, expõe à venda, mantém em depósito ou, de qualquer forma, utiliza em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial, mercadoria de procedência estrangeira que introduziu clandestinamente no País ou importou fraudulentamente ou que sabe ser produto de introdução clandestina no território nacional ou de importação fraudulenta por parte de outrem;
- d) adquire, recebe ou oculta, em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial, mercadoria de procedência estrangeira, desacompanhada de documentação legal, ou acompanhada de documentos que sabe serem falsos.

§ 2º - Equipara-se às atividades comerciais, para os efeitos deste artigo, qualquer forma de comércio irregular ou clandestino de mercadorias estrangeiras, inclusive o exercido em residências. (Alterado pela Lei 4.729-1965)

§ 3º - A pena aplica-se em dobro, se o crime de contrabando ou descaminho é praticado em transporte aéreo. (Acrescentado pela Lei 4.729-1965)

Ora bem, foi mantida, basicamente, a mesma moldura penal do Código Republicano, quer seja, de um a quatro anos de reclusão. Ressalva-se apenas a causa especial de aumento de pena acrescida no § 3º, podendo a pena ser aplicada em dobro, nos casos em que o delito seja cometido através de transporte aéreo.

No entanto, é do ponto de vista de apreciação da natureza do delito que a Lei n.º 4.729/1965 trouxe significativos reflexos ao descaminho. Consoante observa Adriana Pazini de Barros, tal lei, ao mesmo tempo em que incorporou ao ordenamento penal os crimes de sonegação fiscal, alterou no Código Penal a redação do artigo 334⁹¹. Desta forma, incontroversa é a identidade do descaminho com os delitos de sonegação fiscal, “tratados na mesma lei, no mesmo momento legislativo, num diploma que pretendia, em termos de prevenção geral, coibir [...] recolhimento de tributos devidos ao Erário”⁹².

A natureza fisco-tributária empregada ao delito de descaminho era inclusive reconhecida pelo próprio legislador da época. Quando ocorreu a grande tentativa de mudança do Código Penal através do Decreto Lei n.º 1.004/1969, o descaminho no prévio projeto legislativo era destacado no artigo 400, localizado no rol dos “Dos Crimes Contra a Ordem Tributária”⁹³.

Obviamente, foi sobre o texto de lei do artigo 334 do Código Penal supracitado, que se desenvolveram a maior parte das atividades doutrinárias e jurisprudenciais de nossos dias. Entretanto, até hoje, pairam muitas questões controvertidas sobre o crime de descaminho, especialmente sobre a indefinição de sua natureza.

⁹¹ BARROS, Adriana Pazini de. *Natureza tributária do crime...*, cit., p.8.

⁹² *Ibidem*.

⁹³ MACHADO, Luiz Alberto. *Dos Crimes contra a Ordem Tributária*. In: Revista de Direito Tributário. Vol. 34, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, p. 259-260.

Neste ínterim, não poderia deixar de lembrar as valorosas contribuições trazidas ao tema pela jurista Márcia Dometila Lima de Carvalho através da obra “Crime de Contrabando e Descaminho”, a qual recorrentemente a jurisprudência e a doutrina pátria a fazem referência, em especial, quanto à diferenciação entre as figuras do contrabando e do descaminho:

Embora reunidos num mesmo tipo, o do artigo 334 do citado Estatuto, e sujeitos a mesma sanção, não ha como negar que os dois fatos, a exportação ou importação de mercadoria proibida e a fraude aos tributos aduaneiros possuem características próprias de cada um, sendo mesmo diversa a sua natureza jurídico-penal. Assim, enquanto o descaminho, fraude no pagamento dos tributos aduaneiros, e, grosso modo, crime de sonegação fiscal, ilícito de natureza tributaria pois atenta imediatamente contra o erário publico, o contrabando propriamente dito, a exportação ou importação de mercadoria proibida, não se enquadra entre os delitos de natureza tributaria. Estes, procedidos de uma relação fisco-contribuinte, fazem consistir, o ato de infrator, em ofensa ao direito estatal de arrecadar tributos⁹⁴.

Outrossim, não se desconhece o trabalho de outros autores que escreveram sobre o tema. Nesta linha, destaca-se Augusto Olympio Viveiros de Castro⁹⁵, um dos primeiros a pesquisar sobre o delito aduaneiro através da obra “O Contrabando” lançada em 1898⁹⁶; em 1925, o autor apresentou novo estudo compaginado na “Revista do Supremo tribunal de Justiça”⁹⁷, suas lições cruzaram os séculos, sendo inclusive trazidas neste modesto trabalho.

Retornando à evolução legislativa, finalmente, em 2014, por via da Lei n.º 13.008/2014, quebrou-se a tradição legislatória do Brasil de tratar no mesmo artigo os crimes de descaminho e contrabando, vindo estes a serem separados, recebendo molduras penais distintas. Com a nova lei o crime de contrabando e descaminho hoje no Brasil traz a seguinte redação:

Descaminho

Art. 334. Iludir, no todo ou em parte, o pagamento de direito ou imposto devido pela entrada, pela saída ou pelo consumo de mercadoria (Redação dada pela Lei nº 13.008, de 26.6.2014)

Pena - reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos. (Redação dada pela Lei nº 13.008, de 26.6.2014)

§ 1º Incorre na mesma pena quem:(Redação dada pela Lei nº 13.008, de 26.6.2014)

I - pratica navegação de cabotagem, fora dos casos permitidos em lei;(Redação dada pela Lei nº 13.008, de 26.6.2014)

II - pratica fato assimilado, em lei especial, a descaminho;(Redação dada pela Lei nº 13.008, de 26.6.2014)

⁹⁴ CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. *Crimes de contrabando...*, cit., p. 4

⁹⁵ Augusto Olympio Viveiros de Castro (1867- 1927) foi Lente Catedrático da Faculdade Livre de Direito do Rio de Janeiro Ministro do STF. Ver mais sobre sua biografia em: www.stf.jus.br/portal/ministro/verMinistro.asp?periodo=stf&id=109, acessado em 26 de março de 2015.

⁹⁶ CASTRO, Augusto Olympio Viveiros de. *O Contrabando*. Rio de Janeiro: Domingos de Magalhães, 1898.

⁹⁷ CASTRO, Augusto Olympio Viveiros de. *Accordans e votos comentados*. Revista do Supremo Tribunal de Justiça. Rio de Janeiro, 1925.

III - vende, expõe à venda, mantém em depósito ou, de qualquer forma, utiliza em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial, mercadoria de procedência estrangeira que introduziu clandestinamente no País ou importou fraudulentamente ou que sabe ser produto de introdução clandestina no território nacional ou de importação fraudulenta por parte de outrem; (Redação dada pela Lei nº 13.008, de 26.6.2014)

IV - adquire, recebe ou oculta, em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial, mercadoria de procedência estrangeira, desacompanhada de documentação legal ou acompanhada de documentos que sabe serem falsos. (Redação dada pela Lei nº 13.008, de 26.6.2014)

§ 2º Equipara-se às atividades comerciais, para os efeitos deste artigo, qualquer forma de comércio irregular ou clandestino de mercadorias estrangeiras, inclusive o exercido em residências. (Redação dada pela Lei nº 13.008, de 26.6.2014)

§ 3º A pena aplica-se em dobro se o crime de descaminho é praticado em transporte aéreo, marítimo ou fluvial. (Redação dada pela Lei nº 13.008, de 26.6.2014)

Contrabando

Art. 334-A. Importar ou exportar mercadoria proibida: (Incluído pela Lei nº 13.008, de 26.6.2014)

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos. (Incluído pela Lei nº 13.008, de 26.6.2014)

§ 1º Incorre na mesma pena quem: (Incluído pela Lei nº 13.008, de 26.6.2014)

I - pratica fato assimilado, em lei especial, a contrabando; (Incluído pela Lei nº 13.008, de 26.6.2014)

II - importa ou exporta clandestinamente mercadoria que dependa de registro, análise ou autorização de órgão público competente; (Incluído pela Lei nº 13.008, de 26.6.2014)

III - reinsere no território nacional mercadoria brasileira destinada à exportação; (Incluído pela Lei nº 13.008, de 26.6.2014)

IV - vende, expõe à venda, mantém em depósito ou, de qualquer forma, utiliza em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial, mercadoria proibida pela lei brasileira; (Incluído pela Lei nº 13.008, de 26.6.2014)

V - adquire, recebe ou oculta, em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial, mercadoria proibida pela lei brasileira. (Incluído pela Lei nº 13.008, de 26.6.2014)

§ 2º - Equipara-se às atividades comerciais, para os efeitos deste artigo, qualquer forma de comércio irregular ou clandestino de mercadorias estrangeiras, inclusive o exercido em residências. (Incluído pela Lei nº 4.729, de 14.7.1965)

§ 3º A pena aplica-se em dobro se o crime de contrabando é praticado em transporte aéreo, marítimo ou fluvial. (Incluído pela Lei nº 13.008, de 26.6.2014).

Em linhas gerais, a nova lei manteve a mesma moldura penal e as mesmas figuras da redação anterior com relação ao delito de descaminho, não podendo dizer o mesmo em relação ao contrabando, cujo apenamento passou a ser maior.

Os delitos em comento continuam no Código Penal dentro do rol dos crimes praticados por particulares contra a Administração. O novo texto legal, na verdade, dividiu o artigo 334 em duas partes, passando a diferenciar a conduta do descaminho (artigo 334 caput) e contrabando (artigo 334-A), distinção que ficava a cargo da doutrina e da jurisprudência. Em razão do objeto de tutela do contrabando do descaminho ser distinto, já

há muito tempo, a doutrina advogava pela sua diferenciação legal, inclusive com relação ao apenamento.

Nesta senda, Augusto Olympio Viveiros Castro ao referir-se ao artigo 265 do Código Republicano, além de defender a diferenciação entre descaminho e contrabando, referia, um grau diferente de reprovabilidade, devendo o descaminho receber um apenamento menor do que o crime de contrabando⁹⁸.

Num passado menos distante, Maria Dometila de Carvalho afirma que quando da mudança da lei 4.729, de 14 de julho de 1965, o legislador perdeu a oportunidade de separar os tipos penais⁹⁹.

Hoje, num horizonte mais próximo, pode-se afirmar que as mudanças trazidas pela lei de 2014, no que atine a diferenciação do contrabando e do descaminho, embora constituam um breve avanço, estão distantes da autonomia que o delito de descaminho reclama.

Em suma, se em 1965 o legislador perdeu a ocasião de separar as condutas do contrabando e do descaminho, em 2014, não aproveitou a oportunidade de retirar o crime de descaminho do Código Penal, conforme se analisará ao longo deste estudo.

6. A SOCIEDADE BRASILEIRA E O DESCAMINHO – OS SUJEITOS DO DELITO

O Brasil possui 16.885 km de fronteira; 7491 km relativos à linha costeira¹⁰⁰. Faz divisa com Argentina, Bolívia, Colômbia, Guiana Francesa, Guiana, Paraguai, Peru,

⁹⁸ “Mantenho, porém, a minha crítica ao art. 265, porquanto ele, confundindo duas modalidades distintas de infração penal em assumpto aduaneiro, como são o contrabando e o descaminho, sujeitou á mesma penalidade factos que não são inteiramente idênticos, nem revelam nos seus autores o mesmo grau de temibilidade”. CASTRO, Augusto Olympio Viveiros de. *Accordans e votos comentados...*, cit., p. 254. Em verdade, desde seus inscitos iniciais no fim do século XIX, este autor gizava que o descaminho apresentava uma reprovação muito menor do que a do contrabando. Ver mais in CASTRO, Augusto Olympio Viveiros de. *O Contrabando...*, cit., p. 13 e segs.

⁹⁹ Tais críticas referem-se, habitualmente, à inclusão do contrabando e descaminho num mesmo tipo penal, malgrado as suas diferenças já analisadas. Delas, uma das mais antigas é a de Alfredo Pinto de Araujo Corrêa, ao afirmar que a definição do Código confunde fatos muitíssimo diversos como gêneros e mercadorias proibidas e mercadorias furtadas ao pagamento dos direitos de importação, esclarecendo ainda, em sua clássica monografia sobre a matéria, que embora a penalidade, a do Código de 1890, fosse a mesma para tais fatos, já àquela época os regulamentos fiscais estabeleciam uma linha de separação que não os confundia. CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. *Crimes de contrabando...*, cit., p. 11.

¹⁰⁰ Dados do IBGE - Resolução nº 05, de 10 de outubro de 2002 do IBGE. Disponível em: www.ibge.gov.br/home, acessado em 15 de novembro de 2014.

Suriname, Uruguai e Venezuela, trazendo na sua própria geografia um elemento favorável para a prática de infrações transfronteiriças¹⁰¹. Porém, maiores do que a extensão geográfica continental do país são as diferenças sociais e culturais.

Ao convocar a sociologia para o assunto, entende-se o porquê o Brasil não é um bloco monolítico. As distâncias sociais, culturais e regionais revelam a existência de “dois” grupos sociais – arcaico e moderno – no mesmo país. É a partir das referidas diferenças que o ponto de vista destes grupos apresenta com relação à admissibilidade da violação de regras essenciais – éticas ou legais – que Alberto Carlos Almeida contemporiza o indivíduo na sociedade brasileira¹⁰². Apenas como exemplo dos dois extremos de mentalidade, um homem, jovem, morador da região Sudeste ou Sul e de uma capital do estado é: contra o “jeitinho brasileiro”; a favor de que as pessoas colaborem com o governo no zelo pelo espaço público; contra a “lei de Talião”. Os mesmos questionamentos, se dirigidos a uma mulher idosa, moradora da região Nordeste e de uma cidade que não seja a capital, tem as respostas exatamente contrárias as primeiras indagações¹⁰³.

É a partir deste cenário que se parte para o apreço dos sujeitos envolvidos no descaminho. Em regra, pode-se visualizar, num mesmo plano, um simples cidadão ou um grande empresário envolvidos com a conduta típica do descaminho, sendo que ambos (e, porque não dizer grande parte da sociedade) não enxergam em suas condutas algo de reprovável.

Em que pese à conduta do o descaminho seja tida formalmente como crime no Brasil, sua prática não é cometida mediante violência ou grave ameaça, o que se soma para não representar grande reprovação social¹⁰⁴.

Ademais, é comum e natural a presença de vendedores ambulantes nas principais cidades do país vendendo suas mercadorias que muitas vezes são objeto de descaminho. Aliás, conclui-se ser inclusive cultural essa forma de comércio.

A falta de reprovabilidade do descaminho também pode ser vista de forma clara em razão de que, em muitos municípios, os ambulantes comercializam seus produtos em um

¹⁰¹ CARLUCI, José Lence. *Uma introdução...*, cit., p. 231-239.

¹⁰² ALMEIDA, Carlos Alberto. *A cabeça do brasileiro*. Rio de Janeiro: Editora Record, 2007, p. 25-27.

¹⁰³ ALMEIDA, Carlos Alberto. *Ibidem*, p. 28; 43-71; 95-110; 129-148.

¹⁰⁴ Desde os tempos de Beccaria já era perceptível certa tolerância da sociedade com os delitos desta natureza. Nas palavras do Marquês, “a opinião pública não empresta nenhuma infâmia a essa espécie de delito”. BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e...*, cit., p. 149.

lugar próprio denominado *camelódromo* ou shopping popular, locais em que na ampla maioria das vezes é organizado pelo Poder Público.

É imperioso observar que vendedores ambulantes que comercializarem seus produtos na rua são incentivados pelo próprio Estado a migrarem para espaços específicos supracitados. Tal iniciativa tem por alto um incentivo de transformação pessoal, ou como prefere Moisés Kopper, visa-se transformar o camelô em lojista¹⁰⁵.

Além disso, é adequado mencionar que o espaço organizado pelo Estado e destinado às vendas informais localiza-se, em áreas de grande circulação de pessoas, mormente em zonas centrais e/ou destinadas ao comércio. Não sendo, portanto, algo obscuro, pessoas de várias classes frequentam livremente os *camelódromos* como se estivessem em outro centro comercial qualquer, sendo comum a presença de policiais militares fazendo a segurança da região, sem interferir nos estabelecimentos.

Nesta via, são inúmeras as cidades brasileiras que, através do Poder Público ou parcerias público privadas, destinaram verbas expressivas para organizar ou manter os *camelódromos*. Apenas como exemplo, conforme informação publicada no site de um vereador carioca, o governo municipal do Rio de Janeiro gastará cerca de dez milhões de reais para construir um novo espaço aos vendedores informais¹⁰⁶.

Muitos desses comerciantes buscam diretamente as mercadorias para venda em países vizinhos – em especial no Paraguai – outros, compram de atravessadores que trazem as mercadorias do exterior, etc. Obviamente, por trás de toda esta transação, há o consumidor final, ou seja, a população em geral que adquire estas mercadorias¹⁰⁷.

A questão está tão enraizada no cotidiano brasileiro, que levou o Poder Executivo Federal, a fim de tratar da questão dos *vendedores informais*, a editar a Medida Provisória nº 380/2007, que instituiu um o Regime de Tributação Unificada na importação, por via

¹⁰⁵ KOPPER, Moisés. *De Camelô a lojista – Etnografia do mercado de rua para um shopping em Porto Alegre – RS*. Porto Alegre: Editora Simplíssimo, 2014.

¹⁰⁶ “Com investimentos orçados em R\$ 10 milhões, a prefeitura do Rio abriu licitação para a construção de um novo camelódromo nas proximidades da estação de trem Central do Brasil, no Centro da cidade. Serão erguidos dois prédios em um terreno que fica a cerca de 200 metros do local onde funcionava o antigo, alvo de constantes incêndios, na Rua Senador Pompeu. A Secretaria municipal de Obras explicou que a construção, que terá o nome de Mercado Popular da Central, ocupará uma área construída de 2518 m² e 607 boxes, onde os comerciantes poderão montar seus pontos de venda. Ainda de acordo com a Secretaria, a previsão inicial é que as obras sejam concluídas em um ano”. Disponível em: <http://jorgemanaia.com.br/portal/?p=3822>, acessado em 17 de novembro de 2014.

¹⁰⁷ “São Paulo também é uma nova rota que se insere a aquisição de mercadorias. Embora, neste caso, não haja descaminho é comum a supressão tributária (ICMS) através da ausência de notas fiscais ou das chamadas *meia notas*”. KOPPER, Moisés. *De Camelô a lojista...*, cit., 64.

terrestre, de mercadorias procedentes do Paraguai. A norma visava regulamentar tal atividade e diminuir a sonegação, ao propor a redução da carga tributária, simplificando o seu recolhimento. Todavia, a referida medida teve uma curtíssima duração, sendo revogada pela Medida Provisória de nº 391/07 (convertida na Lei n.º 11.580/2007), tendo por pano de fundo a forte e decisiva pressão empresarial, preocupada com os lucros que perderia com a atividade dos ambulantes. Diploma de conteúdo semelhante surgiu dois anos depois, sob a forma da Lei n.º 11.898/2009¹⁰⁸, permitindo apenas que pessoas coletivas aderissem ao sistema, deixando de fora grande parte dos comerciantes informais. A norma passou a ser aplicada a partir de sua regulamentação pelo Decreto nº 6956/2009, o qual veio a estabelecer o limite de R\$ 110.000,00 (cento e dez mil reais) por ano-calendário para essas operações.

Contudo, é necessário que se diga que, muitas vezes não está em questão unicamente o delito de descaminho. Sob o prisma criminal, um dos problemas com relação ao descaminho é a falta de autonomia que este delito possui em relação a outros, como contrabando, violação de direitos autorais ou, simplesmente, pirataria na versão popular. Essa ausência de distinção é fruto de uma natureza jurídica descontextualizada e de questões históricas, onde o descaminho e o contrabando são tratados como sinônimos¹⁰⁹. Claro que não se tende à ingenuidade de pensar que muitos produtos pirateados que adentram as fronteiras nacionais não sejam ligados ao descaminho.

Nos dias correntes, a pirataria é um problema que inquieta a classe empresária e desafia os Estados, gerando uma preocupação de boa parte dos países na defesa da sócio-economia nacional.

Ocorre que o problema da pirataria não pode (e nem deve) ser sempre ligado à prática do descaminho. Como exemplo, aponta-se a indústria fonográfica. Uma mesma geração pôde presenciar o ringido da agulha dos *long-plays*, o som *stereo* dos *CDs*, mas com o avanço da internet e das transferências de dados, até mesmo a venda de *CDs* pelo comércio informal tende a sumir. Aliás, muitas destas mídias são reproduzidas em solo nacional, não se relacionando com questões aduaneiras. E mais, a venda destes *CDs* ou

¹⁰⁸ A lei exclui do Regime de Tributação Unificada, em seu artigo 3º, § único: “(...) quaisquer mercadorias que não sejam destinadas ao consumidor final, bem como de armas e munições, fogos de artifícios, explosivos, bebidas, inclusive alcoólicas, cigarros, veículos automotores em geral e embarcações de todo tipo, inclusive suas partes e peças, medicamentos, pneus, bens usados e bens com importação suspensa ou proibida no Brasil”.

¹⁰⁹ Em regra, não há como tratá-los como delitos iguais, em razão de tutelarem bens jurídicos distintos. Esta discussão resta vencida – assim compreendemos – em razão da alteração trazida pela Lei n.º 13.008/2014, ao art. 334 do CP, que separou a conduta típica do descaminho e do contrabando.

DVDs só existe porque alguém utiliza estes objetos pirateados – frutos de descaminho ou não – boa parte da população brasileira, independentemente de condição social – *vide* o caso do então presidente Lula¹¹⁰ – já utilizou um *DVD* pirata ou “baixou” alguma música da internet sem o pagamento tributário e dos direitos autorais. Será que as normas de direito penal, por si só, seriam capazes de evitar os problemas da indústria fonográfica?

No Brasil, em 2004, foi instaurada uma Comissão Parlamentar de Inquérito – CPI, chamada de “CPI da Pirataria”¹¹¹, com o fim de “investigar fatos relacionados à pirataria de produtos industrializados e à sonegação fiscal”¹¹².

A CPI da Pirataria, como próprio nome sugere, conferiu mais atenção a outros delitos e infrações de maior censurabilidade, não dando o adequado tratamento que o descaminho reclama e, por vezes, o atrelou erroneamente a outros delitos. A própria significação do crime de descaminho na CPI transpassa a ideia de que ele é configurado quando se exporta ou importa-se um produto pirateado:

Descaminho: conduta que consiste em iludir, no todo ou em parte, o pagamento de direito ou imposto devido pela entrada ou pela saída de mercadorias. Milhões de reais são perdidos por conta do descaminho praticado incessantemente pelos piratas que atuam no Brasil.

Tanto o contrabando como o descaminho envolve normalmente um esquema complexo, pois sua atuação depende de alguém no exterior para remeter a mercadoria e de uma rede interna que a distribua. Os produtos frutos do descaminho e do contrabando entram no país de inúmeras formas e passam pelas mais variadas rotas existentes ou criadas para esse fim. As organizações criminosas que se prestam a essas condutas delituosas corrompem todo tipo de pessoas, estas que se engajam em ações delituosas e delas geralmente permanecem reféns.

Como muitas vezes a conduta de burlar o fisco e a propriedade imaterial é vista como “esperteza” por parte do que fraudava, a sociedade brasileira aceita a pirataria crendo se tratar de delito menos importante. A prática, porém, mostra que a pirataria se expandiu de modo assustador, sendo esse tipo de crime fomentado pelo

¹¹⁰ Presidência admite que Lula assistiu a DVD pirata - 09 de novembro de 2005 • 20h10 - “O presidente Luiz Inácio Lula da Silva assistiu mesmo a uma cópia pirata do filme *Dois Filhos de Francisco* durante viagem presidencial no dia 18 de outubro. A assessoria de imprensa da presidência admitiu ao Terra, na noite desta quarta-feira (9), que “a cópia exibida no trajeto presidencial do dia 18 de outubro era não oficial”, conforme publicaram os principais jornais de São Paulo”. Site Terra, *in* Notícias. Disponível em: <http://cinema.terra.com.br/noticias/0,OI746535EI1176,00Presidencia+admite+que+Lula+assistiu+a+DVD+pirata.html>, acessado em 11 novembro de 2014.

¹¹¹ “Antes de propor aquela Comissão Parlamentar de Inquérito, eu era Presidente da Comissão de Trabalhos da Câmara de Deputados. Uma das atividades dessa Comissão foi um seminário sobre emprego onde presidi uma audiência pública, sobre pirataria, contrabando e falsificação. Foi neste seminário, onde estavam presentes importantes empresários e sindicalistas combativos, que fiquei impressionado com a informação de que estava ocorrendo uma grande redução de empregos em função da pirataria”. MEDEIROS, Luiz Antônio de. *A CPI da pirataria: os segredos do contrabando e da falsificação no Brasil*. São Paulo: Geração, 2005, p. 18.

¹¹² BRASIL. *Relatório final da CPI da Pirataria*. Brasília: Câmara dos Deputados, 2004, p. 12. Disponível em: www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/parlamentar-de-inquerito/52-legislatura/cpipirat/relatoriofinal.pdf, acessado em 17 de novembro de 2014.

próprio consumidor, formando uma nefasta cultura de consumo de produtos falsificados em todo o território nacional, em detrimento de bons produtos que não saem das prateleiras dos pagadores de impostos e geradores de riquezas por meio de trabalho lícito.

A prática da pirataria alimenta o desemprego, uma vez que sucateia a indústria nacional com enorme prejuízo à arrecadação tributária. Está ela relacionada com os crimes contra a saúde pública, os de relação de consumo, os homicídios, a extorsão, o roubo de carga, a corrupção etc., sem falar no fato de que as pessoas que com ela trabalham ficam à margem das garantias previdenciárias e trabalhistas. Com isto, verifica-se que não é o problema social que traz a pirataria, mas o inverso¹¹³.

Ademais, em diversos outros pontos do relatório da CPI o crime de descaminho é apresentado de forma equivocada, ora como sinônimo de outros ilícitos (contrabando) ou ligado a fatos e tipos que não lhe correspondem.

Logicamente, como muito bem anotou o relatório, não se pode deixar de ponderar que o descaminho também pode tomar grandes proporções se desencadeando através de uma rede criminosa organizada, com intento de burlar o fisco, ao introduzir ou reintroduzir mercadorias, acarretando lesividade aos cofres do Estado. Muitas destas redes são complexas envolvendo desde a fabricação, transporte, importação clandestina, resultando em expressiva ilusão tributária, mostrando visíveis consequências ao mercado financeiro e comprometendo a indústria nacional.

Também é cabível esclarecer que o descaminho não é restrito apenas as pessoas que eventualmente cruzam as fronteiras para realizarem compras ou ao comércio informal. Tal delito pode aparecer ligado à ação de grandes redes ou lojas que comercializam produtos descaminhados sem o pagamento dos impostos de importação destas mercadorias e muitas vezes sequer são fiscalizadas pela Administração Pública¹¹⁴.

Com efeito, merece destaque a prisão de Law Kin Chong que conforme a CPI “é um dos grandes responsáveis, se não o maior, pelas atividades de descaminho, contrabando

¹¹³ BRASIL. *Relatório final...*, cit., p. 27-28.

¹¹⁴ “Para coibir a prática do delito e reprimi-lo eficazmente, ainda que se trate de descaminho ou de contrabando, e isso moleste e atinja a classe média ou alta e os órgãos da imprensa marrom que dão cobertura aos distribuidores de contrabando, torna-se necessário e inadiável que os órgãos encarregados da repressão se conscientizem e adquiram autoridade suficiente para fiscalizar as butiques e as lojas de luxo, todas freqüentadas pelas elites, deixando de lado os eternos bodes expiatórios: pequeno comércio de galerias, tristemente conhecido pelas freqüentes batidas policiais, enquanto o grande receptador, o grande distribuidor, as butiques de luxo ficam a cavaleiro de qualquer investigação. É preciso que a lei punitiva seja aplicada indistintamente a todos os delinquentes, sejam eles poderosos, tenham eles quem trafique influência para não serem indiciados ou não serem condenados. A punição de um delito não deve atingir apenas o hipossuficiente, do contrário a lei se torna iníqua; não apenas injusta, mas altamente imoral e discriminatória”. MONTEIRO, Samuel. *Dos crimes fazendários - compêndio teórico e prático. Tomo II*. 2ª ed. São Paulo: Editora Iglu, 2000, p. 385.

e receptação de produtos-piratas no Brasil”¹¹⁵. No decorrer da CPI, Chong foi preso pelo crime de corrupção ativa diante da tentativa de suborno do presidente da comissão, fato que foi amplamente divulgado pela imprensa¹¹⁶, sendo, em linhas conclusivas, indiciado pelos delitos de crime contra a ordem tributária (artigo 1º, I e II da Lei n.º 8.137/90); evasão de divisas (artigo 22 da Lei n.º 7492/86); contrabando ou descaminho (artigo 334 do Código Penal); ainda, receptação e formação de quadrilha, (artigos 180 e 288 ambos do referido código).

Por outro lado, com relação aos vendedores ambulantes interessante é a fala de Luiz Antônio de Medeiros, que presidiu os trabalhos da CPI, em seu livro:

Mesmo depois da CPI continuo considerando o vendedor ambulante um inocente útil. Ele só vende se tiver o que vender. Por isso o trabalho da CPI foi voltado para cortar o mal pela raiz, como diz o dito popular e, teve como foco principal combater os grandes criminosos, os que estão na base ou no topo do crime organizado, os verdadeiros responsáveis por essa rede de fabricação e comercialização, que agem em detrimento da indústria nacional, das obras intelectuais e do direito do consumidor.¹¹⁷

A bem da verdade, não são só esses inocentes: há outros! Como exemplo, aqueles que atravessam as fronteiras para comprar mercadorias lícitas para consumo ou revender, mesmo que sem o pagamento dos impostos de importação. Ou seriam – sempre – eles merecedores de reprimenda penal? Esta seria adequada?

Por arremate, é oportuno dizer que no transcorrer de mais de um ano, a CPI da Pirataria, realizou várias diligências, muitas delas internacionais, como em Washington e Paraguai, resultando num acervo de mais de trezentas mil laudas. No relatório, foram apontados vários problemas estruturais, ausência de fiscalização, falta de treinamento, etc, bem como recomendado a ampliação das sanções criminais.

Contudo, nunca se considerou a questão do ponto de vista da dogmática penal e da política-criminal, voltadas para questões básicas de direito penal, como adequação social, fragmentariedade, entre tantas outras. Mas há de se compreender a posição do quadro

¹¹⁵ BRASIL. *Relatório final da...*, cit., p. 136.

¹¹⁶ “O empresário chinês Law Kin Chong, de 43 anos, foi preso na semana passada, depois de ser flagrado tentando subornar por 1,5 milhão de reais o deputado Luiz Antonio de Medeiros, do PL de São Paulo, que preside a Comissão Parlamentar de Inquérito da Pirataria, na Câmara dos Deputados”. (...) A CPI da Pirataria chegou a somas surpreendentes ao investigar os negócios ilegais do chinês Law Kin Chong. Descobriu-se que ele: • movimenta cerca de 600 milhões de reais por ano • é dono de mais de 600 lojas no centro de São Paulo • gasta 10% com propinas a fiscais e policiais • tem uma rede de proteção de mais de 200 funcionários de órgãos públicos”. Disponível em: http://veja.abril.com.br/090604/p_054.html, acessado em 17 de novembro de 2014.

¹¹⁷ MEDEIROS, Luiz Antônio de. *A CPI da pirataria...*, cit., p. 29.

político em tempos de “Civilização do Espetáculo”¹¹⁸. Ora bem, criar uma CPI para investigar e discutir formas de combate a uma determinada conduta e ao mesmo tempo – sob a intensa cobertura midiática – propor descriminá-la ou reduzir sua moldura penal seria algo incogitável, um verdadeiro suicídio eleitoral! Não se está a fazer apologia ao crime de descaminho, tampouco se está a apoiar qualquer conduta ilícita, apenas, visa-se colocar as coisas em seu lugar, de acordo com o modelo de Estado esculpido na Constituição Federal de 1988.

Para encerrar, já basta para perceber que a aludida constatação de Alberto Carlos Almeida de que no Brasil há dois grupos divididos entre o arcaico e moderno, não é limitada apenas a população¹¹⁹, ou seja, ela reflete, e, cada vez com mais intensidade, na representatividade e na postura política¹²⁰.

7. OS NÚMEROS DO DESCAMINHO NOS TRIBUNAIS

Este ponto tem por objetivo fazer um apanhado de alguns números com relação à incidência do descaminho nos Tribunais Regionais Federais, bem como no Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal.

Para tanto, utilizar-se-á as ferramentas de busca de jurisprudência dispostas nos sítios eletrônicos dos tribunais¹²¹, na qual será pesquisado pela a expressão “descaminho”, para que se possa ter uma base do número de decisões no âmbito de jurisdições superiores, que versão sobre o delito em apreço, sendo considerado o interregno entre os anos de 2010 e 2014.

¹¹⁸ Na sua obra *A Civilização do Espetáculo*, o peruano Vargas Llosa, através de um olhar inconformado, traça um perfil assustador de nosso tempo. Nesta linha, demonstra que há uma brusca inversão de valores no mundo presente em que a diversão e a fuga ao aborrecimento passam a ser uma paixão mundial. Neste contexto, com a vulgarização das artes e da literatura, dá-se lugar para um jornalismo sensacionalista, onde a tragédia funciona como meio de entretenimento, despertando à frivolidade no cenário político. Tal frivolidade, em regra é expressa pelo discurso populista, eleitoreiro e simplista de que o aumento de pena e a criminalização de novas condutas seria a salvação de todos os males sociais. LLOSSA, Mario Vargas. *A Civilização do Espetáculo*. Lisboa: Quetzal, 2012, p. 32 e segs.

¹¹⁹ ALMEIDA, Carlos Alberto. *A cabeça do...*, cit., p. 27 e p.275-277.

¹²⁰ Acerca do enrijecimento e expansionismo da legislação penal contemporânea *vide* DIAS, Jorge de Figueiredo. *O problema do direito penal no dealbar do terceiro milénio*. In: ANDRADE, Manuel da Costa; COSTA, José de Faria; RODRIGUES, Anabela Miranda; MONIZ, Helena; FIDALGO, Sónia. *Direito Penal: Fundamentos dogmáticos e político-criminais – Homenagem ao Prof. Peter Hünerfeld*. 1ª ed. Coimbra: Editora Coimbra, 2013, p. 268-270.

¹²¹ Pesquisa realizada durante os meses de setembro e outubro de 2014.

Tribunal Regional Federal da 1ª Região (AC, AM, AP, BA, DF, GO, MA, MG, MT, PA, PI, RO, RR).	+ de 1000 acórdãos. + de 600 decisões democráticas.
Tribunal Regional Federal da 2ª Região (ES, RJ).	+ de 1000 acórdãos. + de 700 decisões monocráticas.
Tribunal Regional Federal da 3ª Região (MS, SP).	O grande número de decisões não permite ao sistema eletrônico de busca concluir a pesquisa.
Tribunal Regional Federal da 4ª Região (Abrange os estados: PR, RS, SC)	2532 registros de decisões.
Tribunal Regional Federal da 5ª Região (AL, CE, PB, PE, RN, SE).	198 acórdãos.
Superior Tribunal de Justiça	589 acórdãos. 4823 decisões monocráticas.
Supremo Tribunal Federal	93 acórdãos. 394 outras decisões.

Se no Brasil, os números relacionados ao delito de descaminho são acentuados na seara jurisdicional, situação completamente diversa vive Portugal, onde na atualidade desconhece-se condenação por delito de contrabando (descaminho no Brasil)¹²².

Em verdade, o registro de destes números no âmbito dos tribunais brasileiros acusa o fenómeno da hipertrofia do direito penal¹²³, acendendo o sinal de alerta de que algo está errado no ordenamento jurídico em relação ao descaminho e precisa – urgentemente – ser repensado. Estaria o direito penal não sendo eficaz em relação ao descaminho?

¹²² Vide relatório estatístico da Direção Geral da Política de Justiça de Portugal relativo ao ano de 2013. Disponível em: www.dgpj.mj.pt/sections/siej_pt/destaques4485/os-numeros-da-justica_3/downloadFile/file/Os_numeros_da_Justica_2013.pdf?nocache=1419333844.51, acessado em 10 de março de 2015.

¹²³ “(...) a hipertrofia do direito penal reflete particularmente no aumento maciço da actividade jurisdicional que lhe corresponde. Por isso considera-se a pequena importância de certas infracções, procurou-se reconduzi-las a um direito penal de bagatelas e atribuir a competência para apreciação a tribunais muito simplificados”. CORREIA, Eduardo. *Direito Penal e Direito de Mera Ordenação Social*. In: *Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários*. Vol. I. Coimbra: Editora Coimbra, 1998, p. 05.

8. EVOLUÇÃO LEGISLATIVA DO ILÍCITO ADUANEIRO EM PORTUGAL

Para que se evite tautologia com a retomada do período das Ordenações, toma-se por termo o século XIX, pois seguindo à lição Susana Aires de Sousa, em terras lusitanas, as condutas fiscais proibitivas surgiram através da Lei n.º 12/1844¹²⁴.

A conduta típica de exportar e importar foi descrita, inicialmente, no Código Penal Português de 1852. Nesta legislação no Capítulo XI: “Do monopólio e do contrabando”, composto pelos artigos 275.º *ut* 281.º, encontram-se, além do descaminho e do contrabando, outras condutas assimiladas a estes. Nesta codificação, o contrabando e o descaminho ocupavam respectivamente os artigos 279.º e 280.º:

ARTIGO 279.º

Aquella, que importar, ou exportar mercadorias, generos, ou quaesquer objectos de que a Lei prohibir a importação, ou exportação, será punido com multa, conforme a sua renda, de um mez a tresannos.

§ único. O que prestar ajuda a este crime, occultando as mercadorias, gêneros, e objectosproibidos, ou de qualquer outro modo, ou que nellescommerciar, será punido com a mesma pena ate dois annos.

ARTIGO 280.º

Aquella, que importar, ou exportar quaesquer mercadorias, gêneros, ou outros objectos, sem qüicthenha pago os direitos estabelecidos pela Lei para essa importação ou exportação; e bem assim aquella, que, sendo sabedor de que os direitos não foram pagos, commerciar nas mesmas mercadorias, gêneros, ou objectos, será punido com a pena de multa, conforme a sua renda, de um mez a um anno.

É de notar que em ambos os dispositivos a pena prevista era de multa cumulada com a perda das mercadorias em favor da Fazenda Pública, conforme artigo 281.º¹²⁵ do Código Penal Português de 1852.

¹²⁴ “A autonomia em face do direito comum das condutas violadoras de disposições fiscais tem, no direito português, pouco mais de século e meio. Reconhece-se na Lei n.º12, de 13 de Dezembro de 1844, publicada no DG, n.º 295, um marco fundamental da afirmação do princípio da especialidade das sanções fiscais. Embora este diploma tenha por objectivo principal a criação de um imposto sobre a transmissão de propriedade, por título de doação, nomeação, legado sucessão testamentaria, ou legitima, universal, ou singular, ou por outro qualquer título gratuito, estabelece nos artigos 18.º a 20.º, as sanções para os comportamentos que têm por finalidade prejudicar os interesses da Fazenda Nacional, punida com pena de multa”. (SOUSA, Susana Aires de. *Os Crimes Fiscais – Análise dogmática e reflexão sobre a legitimidade do discurso criminalizador*. Coimbra: Editora Coimbra, 2006, p. 51-52). Sob o aspecto punitivo, oportunníssima é a observação de Eduardo Correia: “Criando tais multas o legislador de 1844 teria tido a intenção de substituir por elas as penas previstas nas Ordenações (pena corporal e degredo), para simulação fiscal. Mas, por isso mesmo, em tal caso, não deveriam cumular-se a punição da lei comum e as multas previstas na lei de 1844: a aplicação destas excluía aquela”. CORREIA, Eduardo. *Os artigos 10.º do Decreto-Lei n.º 27 153 de 31-10-1936, e 4.º, n.º 1, do Decreto-Lei 28 221, de 24-11-1937, a reforma fiscal e a jurisprudência (secção criminal) do STJ*. In: *Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários*. Vol. II. Coimbra: Editora Coimbra, 1999, p.18.

¹²⁵ Art. 281.º “(...) ficando sempre perdidos a favor da fazenda pública”.

Posteriormente, na vigência do Código Penal de 1886, a lei portuguesa manteve o crime de descaminho e contrabando sob o mesmo número dos artigos em epígrafe, trazendo algumas mudanças:

Art. 279.º Contrabando é a importação ou a exportação fraudulenta de mercadorias, cuja entrada ou saída seja absolutamente proibida.

Art. 280.º Descaminho é todo e qualquer acto fraudulento que tenha por fim evitar no todo ou em parte o pagamento dos direitos e impostos estabelecidos sobre a entrada, saída ou consumo das mercadorias.

A nova lei trouxe um viés normativo, limitando-se a explicar a diferença entre o contrabando e o descaminho, deixando o apenamento a cargo da legislação especial, conforme artigo 281.º do diploma em comento.

A seguir, através do Decreto-Lei n.º 2/1894, foi aprovado o primeiro Contencioso Aduaneiro, que passou a tutelar a relação fiscal aduaneira, mantendo a criminalização do descaminho no artigo 8.º, o qual previa pena de multa que correspondia ao quádruplo dos impostos e em casos mais reprováveis prisão de até um ano¹²⁶.

Portanto, a partir desta lei, o crime aduaneiro deixa à codificação penal tradicional e passa a ser tratado através de lei especial.

No século seguinte, surge um “novo” Contencioso Aduaneiro através da aprovação do Decreto-Lei n.º 31.664/1941, trazendo uma expressiva ênfase à significação de alfândegas, bem como o destaque a separação entre as responsabilidades fiscais de natureza criminal e civil¹²⁷.

Para Germano Marques da Silva e Isabel Marques da Silva o Contencioso Aduaneiro de 1941 era um verdadeiro Código Aduaneiro, em suas palavras, era “a primeira *codificação* do direito aduaneiro punitivo”, o que reforça a posição destes autores de diferenciação existente entre infração tributária fiscal aduaneira e não aduaneira.¹²⁸

Sob a justificativa da benevolência que, em regra era atribuída aos julgamentos de crimes fiscais, o Contencioso Aduaneiro de 1941 trouxe algumas mudanças quanto ao contrabando e ao descaminho, sendo ambos tratados como infrações fiscais especiais na seção dos delitos fiscais.

¹²⁶ SOUSA, Susana Aires de. *Os Crimes Fiscais...*, cit., p.53-54.

¹²⁷ SOUSA, Susana Aires de. *Ibidem*, p.54-55; Ver também as lições de Germano Marques da Silva e Isabel Marques da Silva, os quais fazem uma diferenciação acerca do direito penal comum, direito penal fiscal e direito aduaneiro, sob a ótica do Contencioso de 1941. SILVA. Germano Marques da; SILVA. Isabel Marques da. *Fraude cometida antes da entrada em vigor do regime geral das infracções tributárias: burla ou descaminho?*. In: Direito e Justiça. Vol. 18, Tomo I. Lisboa: Universidade Católica, 2004 p. 66-72.

¹²⁸ SILVA. Germano Marques da; SILVA. Isabel Marques da. *Ibidem*, p. 67-68.

Nesta via, o contrabando era tratado nos artigos 35.º *ut* 40.º, sendo punido com multa de seis a doze vezes o valor do imposto ou direito devido, podendo, ainda se ter por base de cálculo o valor da mercadoria caso esta fosse de “importação ou exportação absolutamente proibida”. Também era prevista a pena de perdimento¹²⁹ não só das mercadorias, mas dos meios de transportes utilizados para prática do contrabando.

Quanto ao delito fiscal de descaminho, o contencioso de 1941 tratava a matéria nos artigos 41.º *ut* 48.º, empregando um raciocínio similar ao contrabando, porém com a previsão de multas mais brandas.

Importante menção da lei de 1941, ficava a cargo do artigo 40.º¹³⁰ que trazia o conceito de contrabandista habitual, o qual concorria a uma “pena de destêrro, de seis meses a dois anos, em local fixado pelo Govêrno”. Outro destaque, era a previsão da possibilidade de responsabilização das pessoas coletivas por descaminho, conforme dispunha o § único do artigo 48.º.

Sem dúvida o referido contencioso aduaneiro era uma legislação moderna e inovadora, que além de trazer conceitos importantes ao direito aduaneiro, permitiu um maior entrelace entre os princípios de direito penal e a teoria geral da infração criminal^{131 e 132}.

Nos anos oitenta, há uma série de mudanças atinentes às infrações aduaneiras, que em princípio foram partilhadas em crimes aduaneiros e contra-ordenações aduaneiras, por força da publicação do Decreto-Lei n.º 187/1983. Frisa-se que em 1983, o legislador desvaloriza como bem jurídico digno de proteção penal o pagamento fiscal aduaneiro, compreendendo-o como uma bagatela penal¹³³.

Adiante, o Decreto-Lei n.º 424/1986, descriminalizou a conduta do descaminho prevista como crime no artigo 12.º do Decreto de 1983, transformando-a em contra-ordenação, no dizer do artigo 35.º do novo texto legal¹³⁴. Enseja-se, assim, a integral

¹²⁹ O artigo 38 disponibilizava um rol de hipóteses em que cabia a substituição da pena de perdimento.

¹³⁰ “Art. 40.º Poderá ser declarado contrabandista habitual o reincidente que, tendo sofrido quatro condenações por contrabando, voltar a ser condenado pelo mesmo delito, desde que estes delitos hajam sido cometidos dentro de cinco anos e as penas de multa aplicadas não sejam inferiores, no total, a 20.000\$”.

¹³¹ SOUSA, Susana Aires de. *Os Crimes Fiscais...*, *cit.*, p. 55.

¹³² Neste particular, não se pode deixar passar em branco, que no mesmo íterim, no Brasil, ocorria a aprovação do Código Penal de 1940. O descaminho e o contrabando eram tratados nesta codificação no art. 334, como um ilícito praticado por particular contra a Administração Pública, sendo estabelecida uma pena de detenção de dois a quatro anos conforme se verifica até hoje com relação ao descaminho. Aqui fica nítido que o baixíssimo índice de ocorrência de crime aduaneiro em Portugal não se deve apenas a integração europeia, mas, a uma verdadeira evolução do ordenamento jurídico na matéria dos ilícitos desta natureza.

¹³³ SILVA. Germano Marques da; SILVA. Isabel Marques da. *Fraude aduaneira...*, *cit.*, p. 79.

¹³⁴ FERREIRA. Carlos Manuel. *O crime aduaneiro de contrabando de circulação*. Coimbra: Monografia apresentada ao IDPEE, 2008, p. 12-13.

descriminalização do descaminho “com base no entendimento de que tal crime revestiria interesse praticamente nulo”¹³⁵, passando à conduta proibitiva a ser tutelada por outros ramos do direito que não o criminal.

Em 1989, sobreveio o Regime Jurídico das Infracções Fiscais Aduaneiras, aprovado por via do Decreto-Lei n.º 376-A/1989, abordando uma nova série de conceitos aduaneiros adequados à realidade comunitária¹³⁶, no desígnio de incorporar “o previsível estabelecimento do mercado interno, até 31 de Dezembro de 1992, como um espaço sem fronteiras ou espaço económico comum”¹³⁷. Noutras palavras, dá-se à norma um distinto enfoque territorial, norteado pela realidade do espaço comunitário, solidificando a ideia de um mercado comum entre os Estados-membros¹³⁸.

Como bem anota Germano Marques da Silva, como antecedente imediato ao Regime Geral das Infracções Tributárias, destaca-se a Resolução do Conselho de Ministros n.º 119/97, de 14 de Julho – Bases Gerais da Reforma Fiscal da Transição para o século XXI, que estabeleceu às novíssimas diretrizes da matéria fiscal aduaneira no âmbito português.

O direito sancionatório fiscal deve orientar-se no sentido da criação de um conjunto de princípios comuns ao Direito Tributário comum e ao Direito Aduaneiro, especialmente no que respeito a actuação em nome de outrem, responsabilidade das pessoas colectivas ou entes fiscalmente equiparados e responsabilidades subsidiárias;
Devem igualmente ser revistos e harmonizados os tipos e dosimetria das sanções aplicáveis às infracções fiscais e aduaneiras, quer sejam crimes, quer meras contra-ordenações;
Impõe-se também a plena utilização dos mecanismos informáticos disponíveis, ou a criar (designadamente o cruzamento da informação da detecção das situações de incumprimento e o registro dos processos e infractores) no combate à fraude e evasão fiscais aduaneiras e não aduaneiras;
A investigação dos crimes aduaneiros deve passar por uma fase prévia de investigação em que a administração aduaneira goze dos mesmos poderes dos órgão de policia criminal, à semelhança do que se passa para a investigação dos crimes fiscais;
Deve ser simplificado, racionalizado e coordenado, sem prejuízo das garantias dos argüidos, o processo de aplicação dos crimes e contra-ordenações fiscais, aduaneiras ou não aduaneiras;
Devem distinguir-se as entidades que intervêm na fase de acusação daquelas que intervêm na fase da decisão.¹³⁹

¹³⁵ SILVA. Germano Marques da; SILVA. Isabel Marques da. *Fraude aduaneira...*, cit., p. 79

¹³⁶ FERREIRA. Carlos Manuel. *O crime aduaneiro...*, cit. p. 13-15.

¹³⁷ Decreto-Lei n.º 376-A/1989 – Exposição dos motivos.

¹³⁸ Importante frisar que Portugal desde 1993, passou por uma adaptação baseado numa pauta de mercado comum, período em que se observam varias medidas políticas neste sentido. TEIXEIRA, Carlos; GASPAS, Sofia. *Comentários das leis...*, cit., p. 425.

¹³⁹ SILVA, Germano Marques da. *Direito penal tributário – sobre as responsabilidades das sociedades e dos seus administradores conexas com o crime tributário*. Lisboa: Universidade Católica de Lisboa Editora, 2009, p. 38-39.

Finalmente, em de 2001, Portugal aprovou a Lei n.º 15/2001, intitulada Regime Geral das Infracções Tributárias, congregando no mesmo diploma legal os ilícitos de contra-ordenação (descaminho – artigo 108.º) e crime (contrabando – artigos 92.º *ut* 102.º). Trata-se de uma legislação hodierna, aprovada em simetria com a Constituição Portuguesa e com o projeto de livre circulação de bens e serviços instituídos de longa data, na Europa¹⁴⁰, e, consolidado pela da União Europeia¹⁴¹, vigente até os dias atuais. Deveras, nasce um novíssimo paradigma envolvendo a matéria aduaneira relacionada ao contrabando e ao descaminho em face da concretude de um espaço comunitário¹⁴².

Assim, adversamente do que ocorre no Brasil, em Portugal o ilícito de descaminho está a cargo da legislação especial, sendo definido no citado artigo 108.º da Lei n.º15/2001:

Artigo 108.º Descaminho

1 - Os factos descritos nos artigos 92.º, 93.º e 95.º da presente lei que não constituam crime em razão do valor da prestação tributária ou da mercadoria objecto da infracção, ou, independentemente destes valores, sempre que forem praticados a título de negligência, são puníveis com coima de (euro) 250 a (euro) 165000. (Redacção da Lei n.º 64-B/2011, de 30 de Dezembro)

2 - Os meios de transporte utilizados na prática da contra-ordenação prevista no número anterior serão declarados perdidos a favor da Fazenda Nacional quando a mercadoria objecto da infracção consistir na parte de maior valor relativamente à restante mercadoria transportada e desde que esse valor exceda (euro) 3750, valendo, também nesses casos, as excepções consagradas nas alíneas a) e b) do n.º 1 do artigo 19.º

3 - A mesma coima é aplicável:

- a) Quando for violada a disciplina legal dos regimes aduaneiros; (Redacção da Lei n.º 64-B/2011, de 30 de Dezembro)
- b) Quando tenha havido desvio do fim pressuposto no regime aduaneiro aplicado à mercadoria;
- c) Quando forem utilizadas ou modificadas ilicitamente mercadorias em regime de domiciliação antes do desembaraço aduaneiro ou as armazenar em locais diversos daqueles para os quais foi autorizada a descarga, de modo a impedir ou dificultar a acção aduaneira, sem prejuízo da suspensão do regime prevista nas leis aduaneiras;
- d) Quando, através de diversos formulários de despacho, se proceder à importação de componentes separados de um determinado artefacto que, após montagem no País, formem um produto novo, desde que efectuado com a finalidade de iludir a

¹⁴⁰ Em 1957, com a ratificação do Tratado de Roma, descerrou-se a ideia de mercado comum, a qual consistia no fundamento do desaparecimento dos óbices alfandegários entre os Estados-Membros.

¹⁴¹ Neste sentido, ver o Código Aduaneiro Comunitário, legislação que congrega as normas, regimes e determina quais os procedimentos cabíveis ao trânsito de mercadorias entre os países da União e os demais. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31992R2913:pt:HTML>, acessado em 04 de março de 2014.

¹⁴² Santiago Senent Martínez, através de duas publicações, apresenta uma aprofundada análise da nova realidade comunitária em contraponto aos ilícitos aduaneiros. *Vide*: MARTÍNEZ, Santiago Senent. *La incidencia del Derecho Comunitario en el Derecho penal. Especial referencia a La legislación penal española en materia de contrabando y control de câmbios (1ª parte)*. In: Cuadernos Europeos de Deusto, Deusto: n.º 16, 1997, p. 135-184; e MARTÍNEZ, Santiago Senent. *La incidencia del Derecho Comunitario en el Derecho penal. Especial referencia a La legislación penal española en materia de contrabando y control de câmbios (2ª parte)* In: Cuadernos Europeos de Deusto, Deusto: n.º 17, 1997, p. 123-162.

percepção da prestação tributária devida pela importação do artefacto acabado ou se destine a subtrair o importador aos efeitos das normas sobre contingência de mercadorias.

4 - Revogado pelo artº 9º da Lei nº 22-A/2007, de 29 de Junho

5 - A mesma coima é aplicável a infracções praticadas no âmbito dos regimes especiais de admissão ou importação, com quaisquer isenções, de bens destinados a fins sociais, culturais ou filantrópicos, quando forem afectos ou cedidos a terceiros, ao comércio ou a outros fins, em violação do respectivo regime.

6* - A mesma coima é, ainda, aplicável a quem, à entrada ou saída do território nacional, violar o dever legal de declaração de montante de dinheiro líquido, como tal definido na legislação comunitária e nacional, igual ou superior a (euro) 10000, transportado por si e por viagem. (*Redacção da Lei 53-A/2006, de 29 de Dezembro)

7* - Considera-se que esse dever não foi cumprido quando a informação constante do formulário não esteja correcta ou esteja incompleta, salvo quando os elementos incorrectos ou em falta possam ser supridos ou mandados suprir ao declarante, no acto de controlo, e as inexactidões ou omissões não sejam culposas. (*nº aditado pela Lei 53-A/2006, de 29 de Dezembro)

8 - A tentativa é punível.

Verifica-se que o artigo em epígrafe traz em seu conteúdo um rol remissivo em relação a outros três tipos penais, os quais são encontrados na mesma lei. Com efeito, os artigos 92.º, 93.º e 95.º, referem-se, respectivamente, aos delitos de contrabando, contrabando de circulação e fraude no transporte de mercadorias. Veja-se:

Artigo 92.º Contrabando

1 - Quem, por qualquer meio:

- a) Importar ou exportar ou, por qualquer modo, introduzir ou retirar mercadorias do território nacional sem as apresentar às estâncias aduaneiras ou recintos directamente fiscalizados pela autoridade aduaneira para cumprimento das formalidades de despacho ou para pagamento da prestação tributária aduaneira legalmente devida;
- b) Ocultar ou subtrair quaisquer mercadorias à acção da administração aduaneira no interior das estâncias aduaneiras ou recintos directamente fiscalizados pela administração aduaneira;
- c) Retirar do território nacional objectos de considerável interesse histórico ou artístico sem as autorizações impostas por lei;
- d) Obtiver, mediante falsas declarações ou qualquer outro meio fraudulento, o despacho aduaneiro de quaisquer mercadorias ou um benefício ou vantagem fiscal; é punido com pena de prisão até 3 anos ou com pena de multa até 360 dias, se o valor da prestação tributária em falta for superior a (euro) 15 000 ou, não havendo lugar a prestação tributária, a mercadoria objecto da infracção for de valor aduaneiro superior a (euro) 50 000, se pena mais grave lhe não couber por força de outra disposição legal. (Redacção da Lei n.º 67-A/2007, de 31 de Dezembro)

2 - A tentativa é punível.

Artigo 93.º Contrabando de circulação

1 - Quem, por qualquer meio, colocar ou detiver em circulação, no interior do território nacional, mercadorias em violação das leis aduaneiras relativas à circulação interna ou comunitária de mercadorias, sem o processamento das competentes guias ou outros documentos legalmente exigíveis ou sem a aplicação de selos, marcas ou outros sinais legalmente prescritos, é punido com pena de prisão até 3 anos ou com pena de multa até 360 dias, se o valor da prestação tributária em falta for superior a (euro) 15 000 ou, não havendo lugar a prestação

tributária, a mercadoria objecto da infracção for de valor aduaneiro superior a (euro) 50 000. (Redacção da Lei n.º 67-A/2007, de 31 de Dezembro)
2 - A tentativa é punível.

Artigo 95.º - Fraude no transporte de mercadorias em regime suspensivo 1 - Quem, no decurso do transporte de mercadorias expedidas em regime suspensivo:

- a) Subtrair ou substituir mercadorias transportadas em tal regime;
- b) Alterar ou tornar ineficazes os meios de selagem, de segurança ou de identificação aduaneira, com o fim de subtrair ou de substituir mercadorias;
- c) Não observar os itinerários fixados, com o fim de se furtar à fiscalização;
- d) Não apresentar as mercadorias nas estâncias aduaneiras de destino;

é punido com pena de prisão até 3 anos ou com pena de multa até 360 dias, se o valor da prestação tributária em falta for superior a (euro) 15 000 ou, não havendo lugar a prestação tributária, a mercadoria objecto da infracção for de valor aduaneiro superior a (euro) 50 000.
2 - A tentativa é punível.

Da leitura dos dispositivos apura-se que as mesmas condutas de importar ou exportar mercadorias sem o devido pagamento do tributo aduaneiro podem configurar crimes ou ilícitos contra-ordenacionais, dependendo do valor que se deixou de pagar. Em ampla análise, o legislador lusitano optou pela via quantitativa para separar a configuração do descaminho (contra-ordenação) do contrabando (crime), existindo como critério definidor, valores específicos para análise da configuração do ilícito, evitando, por conseguinte, dispositivos lacónicos, confusos e abertos.

CAPÍTULO III. O CRIME DE DESCAMINHO E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

1. PERSPECTIVA CONSTITUCIONALISTA: UM NOVO ESTADO, UM NOVO TEMPO

A par daquilo que se observou na abordagem histórica, contemporizar o delito de descaminho perante os modelos de Estados e suas respectivas ordens normativas não é uma tarefa simples. Para alargar os horizontes deste estudo, não se pode deixar de reservar um olhar constitucionalista reflexivo a alguns movimentos sociais, econômicos e políticos de outros e de nosso tempo, especialmente por ser o descaminho um ilícito anterior a própria noção de constituição¹⁴³ primada no respeito aos direitos e garantias fundamentais.

Neste aspecto, uma das primeiras positivações de ordem constitucional que se tem notícia, veio no ocaso do século XVIII, através da Constituição Americana de 1787. A forma positivista americana rapidamente cruza o Atlântico desenvolvendo-se, *a priori*, na França¹⁴⁴ e, em seguida, se espalha para os demais países do *Velho Mundo*¹⁴⁵. Recordar-se que o pensamento francês que iluminou o mundo, num primeiro momento, acresceu à Revolução Francesa, tratando de apagar as chamas do absolutismo na Inglaterra e França. Nesta evolução, destaca-se a propagação da teoria de Montesquieu de separação dos poderes, que, por conseguinte, é aderida por diversas constituições de outros países¹⁴⁶. Aos poucos, dá-se adeus ao absolutismo, abrindo passagem para uma nova forma de governo –

¹⁴³ Alguns autores marcam o início desta pré-história no século XIII (1215), data em que os barões do Reino de Inglaterra impuseram a João Sem Terra a Magna Carta (*Magna Charta Libertatum*). Não se trata ainda de uma verdadeira declaração de direitos, mas da resolução do problema do domínio estadual de acordo com as estruturas. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 1993, p. 61.

¹⁴⁴ Neste contexto, como marco histórico dos direitos individuais, destacam-se: as Declarações de Direitos norte-americanas e a Declaração dos Direitos SILVA, Suzana Tavares da. *Direitos Fundamentais na Arena Global*. Coimbra: Imprensa da Universidade Coimbra, 2011, p. 17-18.

¹⁴⁵ SILVA, Suzana Tavares da. *Ibidem*, p. 9-10.

¹⁴⁶ OLIVEIRA JÚNIOR, Valdir Ferreira de. *O Estado Constitucional Solidarista: Estratégias para sua Efetivação*. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder do. *Tratado de direito constitucional*. Vol. 1, 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 96-98; MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Direitos Fundamentais*. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder do. *Tratado de direito constitucional*. Vol. 1, 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 443-444.

democracia – que essencialmente se sustenta na positivação de direitos inerentes à dignidade da pessoa humana, partição de poderes e tomada deliberativa de decisões.¹⁴⁷

Em sucessão ao modelo absolutista, surge o Estado Liberal – *laissez faire laissez passer que le monde va de lui-même* (deixai fazer, deixai passar que o mundo se autogoverna), tendo por base o pensamento de Adam Smith em sua obra “A riqueza das nações”, consagrando o liberalismo econômico, como um dos trunfos da burguesia¹⁴⁸ fundamental para energia da sociedade liberal do século XIX.¹⁴⁹

Não obstante, é no século XX, em um momento marcado pelas duas grandes guerras – não se deixando de levar em conta os movimentos ocorridos no México (1910) e na Rússia (1917) – que o Estado Constitucional, apresentará um novo aspecto: surge-se, assim o Estado Social. Esta mudança baseia-se no reconhecimento de direitos fundamentais sociais ao indivíduo, compaginados na segunda geração de direitos fundamentais¹⁵⁰ (sociais, econômicos e culturais) demandando para sua efetividade prestações positivas do Estado. Outrossim, é neste andamento, que ocorre a transposição do capitalismo concorrencial para o capitalismo organizado, reclamando a necessidade de intervenção estatal na economia¹⁵¹, fazendo com que o Estado imponha ao capitalismo “seus primeiros limites”. Pois para efetivação dos direitos sociais resta ao Estado intervir na economia. É neste contexto do apagar das luzes do Estado liberal, a par do intervencionismo estatal, que se observa um grande reflexo que se projeta nos bens jurídicos da criminalidade econômica¹⁵².

¹⁴⁷ Esses elementos habitam o âmago essencial do movimento político, social e jurídico que triunfou nos últimos séculos, denominado: constitucionalismo. “O constitucionalismo democrático foi a ideologia vitoriosa do século XX. O imaginário social contemporâneo vislumbra nesse arranjo institucional, que procura combinar Estado de direito (*supremacia da lei, ruleofthelaw, Rechtsstaat*) e soberania popular, a melhor forma de realizar os anseios da modernidade: poder limitado, dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais, justiça social, tolerância e – quem sabe? – até felicidade”. BARROSO, Luís Roberto. *A Constituição Brasileira de 1988: uma Introdução*. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder do. *Tratado de direito constitucional*. Vol. 1, 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 42.

¹⁴⁸ OLIVEIRA JÚNIOR, Valdir Ferreira de. *O Estado Constitucional...*, cit., p. 96-98.

¹⁴⁹ MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Direitos Fundamentais...*, cit., p. 445.

¹⁵⁰ Os direitos de segunda geração têm seu reconhecimento “a partir do final da Primeira Guerra Mundial, como complementares aos de 1ª geração, supondo a ação do Estado Social para a sua implementação (direitos positivos ou a prestações em sentido estrito): educação, saúde, trabalho e previdência (condição de desenvolvimento)”. MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Ibidem*, p. 444-445.

¹⁵¹ RUIVO, Marcelo Almeida. *Criminalidade Financeira - Contribuição à compreensão da gestão fraudulenta*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 26-27.

¹⁵² Costa Andrade aponta que boa parte dos bens jurídicos do direito penal econômico são frutos “do intervencionismo do Estado Moderno na vida econômica”. ANDRADE, Manuel da Costa. *A nova lei dos crimes contra a economia (Decreto-lei 26/84 de 20 de janeiro) à luz do conceito de "bem jurídico"*. In: Centro de Estudos Judiciários. Coimbra: Separata da 1ª edição do Ciclo de Estudos de Direito Penal Económico, 1985, p. 93.

É oportuno perceber que as constituições promulgadas depois da Primeira Guerra “receberam diretamente essas influências, contemplando elevada carga de direitos econômicos e sociais, as do México (1917) e União Soviética (1918) notadamente sob inspiração marxista, e as da Alemanha (1919), Iugoslávia (1921) e Chile (1925) sob clara inspiração cristã”.¹⁵³ Disto tudo, não se pode deixar de fora a Crise de 1929 dos EUA, uma das principais protagonistas do rompimento do liberalismo econômico que cedeu lugar ao intervencionismo Estado, com os objetivos de desenvolvimento da economia visando garantir bem-estar da sociedade¹⁵⁴.

Neste particular, sobressale-se que no Brasil os avanços do constitucionalismo social são anotados na Carta de 1934, trazendo novidades quanto às relações de trabalho, saúde, educação, etc. A seguir, a Carta de 1946, apresentava a matéria de ordem econômica, voltada para a justiça social, baseada na livre iniciativa e nos valores sociais do trabalho¹⁵⁵.

Esta nova feição estatal¹⁵⁶ ascende uma importante anotação trazida por Marcelo Almeida Ruivo: “Se, no Estado Liberal, a dúvida diz respeito à possibilidade legítima de a Constituição adotar um caráter programático da vida econômica, já no Estado Democrático de Direito o questionamento reduz sua amplitude, mantendo-se estritamente afeito aos limites da eficácia do controle jurídico”.¹⁵⁷

Nesta via, Heloisa Estellita Salomão, assevera que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, institui como modelo de Estado, o “de um Estado de Direito, Democrático e Social”¹⁵⁸, que tem como “elemento fundamental e aglutinador, a dignidade

¹⁵³ MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Direitos Fundamentais...*, cit., p. 445.

¹⁵⁴ “Estado afirmar-se-á enquanto Estado Constitucional Social, buscando a sua legitimidade na realização dos direitos sociais, econômicos e culturais, na conquista da igualdade material, superando a mera igualdade formal (...)”. OLIVEIRA JÚNIOR, Valdir Ferreira de. *O Estado Constitucional...*, cit., p. 98-99.

¹⁵⁵ *Ibidem*.

¹⁵⁶ Sob o prisma constitucional, não se pode deixar de fora da evolução do constitucionalismo seu novo aspecto, trazido após a metade do século XX, que se traduz no chamado neoconstitucionalismo “ou novo direito constitucional, (...) um conjunto amplo de transformações ocorridas no Estado e no direito constitucional, em meio às quais podem ser assinalados, (i) como marco histórico, a formação do Estado constitucional de direito, cuja consolidação se deu ao longo das décadas finais do século XX; (ii) como marco filosófico, o pós-positivismo, com a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre Direito e ética; e (iii) como marco teórico, o conjunto de mudanças que incluem a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional.” BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito*. Site eletrônico do autor, in Publicações, 2005. Disponível em: www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf, acessado em: 11 de maio de 2014.

¹⁵⁷ RUIVO, Marcelo Almeida. *Criminalidade Financeira...*, cit., p. 27.

¹⁵⁸ SALOMÃO, Heloisa Estellita. *A tutela penal e as obrigações tributárias na Constituição Federal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2001, p. 85.

do homem”, por conseguinte, é a partir desta característica singular, que se estabelece “o primado da liberdade e da justiça social”¹⁵⁹.

Este pensar fundamenta boa parte deste estudo, cumprindo averiguar as peculiares deste modelo de Estado e dos elementos da incriminação do descaminho na Constituição Federal promulgada em outubro de 1988.

2. A ESTRUTURA DO ESTADO: DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS FACE À ATIVIDADE ECONÔMICA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

No Título I à Constituição elege os princípios fundamentais que esteiam o Estado de Direito, Democrático e Social. Assim, logo no artigo 1º, traçam-se como seus fundamentos, a soberania, a dignidade da pessoa humana – “valor nuclear e aglutinador”¹⁶⁰ –, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político, onde todo poder decorre do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição; no artigo 3º encontram-se seus objetivos de construir uma sociedade livre, justa e solidária, garantir o desenvolvimento nacional erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

No Título II à Constituição trata dos Direitos e Garantias Fundamentais subdividindo a matéria em 05 Capítulos: “a) Direitos e Deveres Individuais e Coletivos (78 direitos declarados no art. 5º); b) Direitos Sociais (55 direitos declarados nos arts. 6º a 11); c) Nacionalidade, Direitos Políticos e Partidos Políticos (4 direitos declarados nos arts. 12 a 17)”¹⁶¹. Com efeito, contempla-se num mesmo plano, a consagração e a proteção tanto de direitos e garantias individuais quanto de direitos sociais, de nacionalidade e políticos¹⁶².

Embora, os direitos sociais também sejam consagrados como direitos fundamentais, eles só existem com o fim maior de preservar e dignificar a vida do indivíduo, respeitando sua liberdade, é o que se extrai do âmago do *caput* do artigo 5º da Constituição Federal:

¹⁵⁹ SALOMÃO, Heloisa Estellita. *A tutela penal...*, cit., p. 85.

¹⁶⁰ *Ibidem*.

¹⁶¹ MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Direitos Fundamentais...*, cit., p. 443-444.

¹⁶² SALOMÃO, Heloisa Estellita. *A tutela penal...*, cit., p. 85.

“Todos são iguais perante a lei, (...), garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (...)”.

Como se vê, o direito à liberdade é um dos principais atributos da dignidade humana num Estado de Direito, Democrático e Social, estando consagrado logo após o direito de inviolabilidade à vida. A declaração destes magnos direitos é declarada nos quase 80 incisos que compõem o artigo 5º que são descritos por Heloisa Estellita Salomão da seguinte forma:

Complementa-se com a garantia da legalidade; da livre manifestação do pensamento; das liberdades religiosa, filosófica, política, intelectual, artística, científica e de comunicação; da liberdade profissional, de locomoção dentro do território nacional; de associação para fins lícitos; garantia da reserva legal penal; da garantia de que as restrições a esse direito fundamental somente serão impostas por meio do devido processo legal; da garantia de que a prisão cautelar somente se dará em flagrante delito ou por ordem de autoridade judiciária competente; da regra da liberdade provisória, sendo a prisão cautelar exceção; do instrumento processual do habeas corpus como “remédio” pronto e eficaz contra abusos ou ilegalidades na restrição da liberdade; do mandado de injunção contra omissões que tornem inviável o exercício dessas liberdades; da indenização para que aquele que ficar preso além do tempo fixado na sentença; da aplicabilidade imediata das normas definidoras desses direitos e da sua complementação pelos princípios decorrentes do regime dos princípios adotados pela Constituição, dos provimentos dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte¹⁶³.

Ressublinha-se que os direitos sociais¹⁶⁴, também são direitos fundamentais merecendo observância permanente em um Estado Social de Direito, pois visam dignificar e melhorar as condições de vida dos cidadãos em simetria com os fundamentos e objetivos descritos na Constituição, supramencionados. Neste particular, percebe-se que dentre os fundamentos constitucionais está a própria “dignidade da pessoa humana”; os “valores sociais do trabalho e da livre iniciativa”; com o objetivo de construir uma “sociedade livre, justa e solidária” e “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais”.

¹⁶³ Art. 5º, incisos II, IV, VI, VIII, IX, XIII, XV, XVII, XXXIX, LIV, LXI, LXVI e LXVIII, LXXI, LXXV da CF. SALOMÃO, Heloisa Estellita. *A tutela penal...*, cit., p. 86-87.

¹⁶⁴ “Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”. Ainda: “Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: (...)

IV - salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim”.

Com efeito, para implementação e concretização dos direitos sociais, mais do que nunca¹⁶⁵, o Estado precisa de receita para suas ações, ou seja, da renda dos tributos!

Neste contexto, no Título VI a Constituição Federal de 1988 (artigo 145 *ut* 169) trata da tributação e do orçamento, estabelecendo o sistema nacional de tributação, seus preceitos, as limitações a tributação, bem com designa a competência tributária, etc. É neste espaço que estão constitucionalizados os impostos que incidem perante a atividade da exportação e a importação, ou seja, aqueles que tradicionalmente estão ligados ao descaminho.

Ainda, sob a perspectiva econômica, a Constituição apresenta o Título VII, (170 *ut* 192) que trata da ordem econômica e financeira do Estado.

Feita a descrição de como este modelo estatal está estruturado na Constituição, permite-se matizar um apanhado das disposições dos artigos 5º, 170 e 193 da Lei Maior, que revela um Estado alicerçado numa “democracia que procura realizar valores herdados do liberalismo não mais na sua dimensão puramente formal, mas, sim, com vocação expressa dirigida à concretização da justiça social”¹⁶⁶, consistindo numa expressão material de justiça, que busca modificar o “*status quo*”¹⁶⁷.

Disto tudo, chega-se a um primeiro ponto para observação do delito de descaminho, pois, se em linhas gerais, seu tipo penal tutela os impostos de importação e exportação, há de se concordar que esta conduta típica é legítima e necessária, uma vez que é prejudicial à

¹⁶⁵ Uma das primeiras autoras a investigar sobre o direito penal econômico na CF é Márcia Dometila Lima de Carvalho. Em sua obra, “Fundamentação constitucional do direito penal”, lançada poucos anos depois da promulgação da Constituição, a autora já chamava atenção para os perigos da restrição de direitos fundamentais – máxime a liberdade – em nome do Estado ter tomado para si o papel de promover certos direitos: “um perigo de tentação de abuso político, de autoritarismo além do necessário, a ser evitado pelos próprios limites constitucionais, traçados para o Direito Penal, e pela sua própria exigência de eticidade”. Neste sentido, a dignidade da pessoa humana é o fundamento do Estado Democrático de Direito, expressado através do princípio da humanidade do Direito penal, que sempre deve ser respeitado quando da criminalização de qualquer conduta. Com efeito, chama-se atenção para necessidade de reler o direito penal à luz do – então – novo texto constitucional: “o conteúdo do Direito Penal, que deve ser revisto, repesando-se os seus bens jurídicos, à vista da matriz constitucional”, levando em conta a fragmentariedade do Direito Penal, “a sua indispensável eticidade, a conveniência de que sejam utilizadas, antes da sanção penal, todas as outras de que dispõe o direito (administrativas, civis, fiscais, com cautela inclusive as premiais) — é toda uma problemática a ser resolvida”. Concluindo, este pensar, do qual comungamos: “Só a infiltração desses valores maiores no próprio cerne do bem jurídico, objeto da tutela penal, e não, somente, sobre os seus aspectos formais e estruturais modificará, quiçá, o drama do Direito penal de hoje, no Brasil, (...) A ordem dos bens jurídicos tuteláveis deve guardar com parâmetro, a ordem dos valores constitucionais. Para isso, torna-se imprescindível a elaboração de um conceito material de delito, adequado à nova ordem constitucional”.

CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. *Fundamentação constitucional do direito penal*. Porto Alegre: Fabris, 1992, p. 45-46.

¹⁶⁶ SALOMÃO, Heloisa Estellita. *A tutela penal...*, *cit.*, p. 100.

¹⁶⁷ CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. *Fundamentação constitucional...*, *cit.*, p. 27.

efetivação dos direitos e garantias fundamentais sociais. Afinal, se não forem pagos os impostos supracitados, diminui a arrecadação, além do mais, desrespeita-se a função tributária administrativa, prejudicando a mecânica extrafiscal do Estado, pressupondo o risco de um desequilíbrio econômico e/ou social, como por exemplo, queda no faturamento da indústria nacional e aumento do desemprego. Assim, seguindo este raciocínio, através das decorrências do crime de descaminho, poderia se afirmar prejudicados os direitos fundamentais sociais (artigos 6º e 7º da Constituição), atingindo, também a dignidade da pessoa humana.

Tal raciocínio facilitaria por demais a confecção desta dissertação, igualmente, não faltariam entendimentos para corroborá-lo, bastaria seguir a ordem histórica cronológica dos direitos fundamentais¹⁶⁸ e compreender que as consequências do delito de descaminho atingem direitos socioeconômicos categorizados na segunda geração de direitos fundamentais, obstaculizando a plenitude do exercício dos direitos fundamentais de primeira geração, “cuja lógica operatória supera a simples liberdade perante o Estado para assumir uma feição de uma *liberdade por intermédio do Estado*”¹⁶⁹.

Porém, esta relação direta e niveladora que se estabelece entre conceitos de direitos fundamentais sociais e dignidade humana para delinear o âmbito de proteção de bem jurídico e, muitas vezes, legitimar a incriminação de condutas, não é condizente com os preceitos constitucionais do Estado de Direito, Democrático e Social¹⁷⁰. Aliás, embora se tenha “reconhecido aos direitos fundamentais sociais (...) força jurídica especial em face da relação imediata de seu conteúdo nuclear com a dignidade da pessoa humana”¹⁷¹ não há de se fazer uma ligação histórica¹⁷² ou terminológica – pura e simples – entre direitos fundamentais sociais e dignidade da pessoa humana, sob pena de afastar da norma o seu próprio e singular titular: o homem¹⁷³.

¹⁶⁸ MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 30ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2014, p. 29 e segs.

¹⁶⁹ RUIVO, Marcelo Almeida. *Criminalidade Financeira...*, cit., p. 27-29.

¹⁷⁰ SALOMÃO, Heloisa Estellita. *A tutela penal...*, cit., p. 85-88.

¹⁷¹ RUIVO, Marcelo Almeida. *Criminalidade Financeira...*, cit., p. 28.

¹⁷² Se pautar a legitimidade do descaminho apenas com base na história, poderíamos facilmente atribuí-lo às teorias de não retrocesso penal, afirmando que, se no em eras passadas – quando a questão aduaneira era de maior importância – o descaminho era punido com uma pena mais branda (perda da mercadoria), presentemente, não haveria espaço para uma sanção mais gravosa do que a dos tempos idos.

¹⁷³ RUIVO, Marcelo Almeida. *Criminalidade Financeira...*, cit., p. 27-29; Com efeito, “O homem, julgado por sua conduta, deve ser considerado em sua totalidade individual, em sua realidade histórica social. Só assim, a consideração de desvalor, ou valor, da relação social, poderá dar uma adequada visão do injusto, uma adequada explicação de um Direito Penal que se pretenda justo”. CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. *Fundamentação constitucional...*, cit., p. 35.

Deste modo, a seguir, há de se entender como se estabelecem e se desenvolvem os elementos que compõem o tipo penal do descaminho dentro do contexto constitucional.

3. EXPOSIÇÃO CONSTITUCIONAL DO CONTEÚDO DO DESCAMINHO: OS IMPOSTOS TUTELADOS E OUTRAS FEIÇÕES

Sabe-se que, em regra, os impostos envolvidos na incriminação do descaminho, estão ligados às operações de exportação e importação de mercadorias. Na ordem constitucional vigente os principais são: o imposto de importação – I.I, o imposto de exportação – IE e o imposto sobre produtos industrializados – IPI ¹⁷⁴. Todos eles são impostos da União, portanto, de competência federal tendo como atributo a extrafiscalidade.

O I.I incide sob a entrada de produtos estrangeiros em território aduaneiro (nacional), consoante artigo 153, inciso I e § 1º, da Constituição Federal;

O IE incide no comércio de exportação de produtos nacionais ou daqueles nacionalizados para o exterior¹⁷⁵, conforme artigo 153, inciso II e § 2º, da Constituição Federal;

O IPI incide nas transações que envolvem produtos industrializados, nacionais ou estrangeiros, realizadas por um industrial ou equiparado¹⁷⁶ nos termos do artigo 153, inciso IV e § 3ª, da Constituição Federal.

¹⁷⁴ Art. 153. Compete à União instituir impostos sobre:

I - importação de produtos estrangeiros;

II - exportação, para o exterior, de produtos nacionais ou nacionalizados;

(...)

IV - produtos industrializados;

(...)

§ 1º É facultado ao Poder Executivo, atendidas as condições e os limites estabelecidos em lei, alterar as alíquotas dos impostos enumerados nos incisos I, II, IV e V.

§ 2º O imposto previsto no inciso III:

I - será informado pelos critérios da generalidade, da universalidade e da progressividade, na forma da lei;

§ 3º O imposto previsto no inciso IV:

I - será seletivo, em função da essencialidade do produto;

II - será não-cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação com o montante cobrado nas anteriores;

III - não incidirá sobre produtos industrializados destinados ao exterior.

IV - terá reduzido seu impacto sobre a aquisição de bens de capital pelo contribuinte do imposto, na forma da lei.

(...)

¹⁷⁵ ASHIKAGA, Carlos Eduardo Garcia. *Análise da Tributação na Importação e na Exportação*. 5. ed. São Paulo: Aduaneiras, 2009, p. 14.

¹⁷⁶ *Ibidem*.

No panorama dos mencionados impostos, pode-se notar o imposto sobre operação de circulação de mercadorias e prestação de serviço de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação (ICMS) envolvido na operação, bem como, as contribuições sociais Programa de Integração Social (PIS) e contribuição para o financiamento da seguridade social (COFINS)¹⁷⁷.

Noutra via, além das normas relativas aos referidos impostos, a Constituição Federal estabelece à competência para ação preventiva e repressiva dos delitos de contrabando e de descaminho aos “órgãos fazendários federais e a Polícia Federal”¹⁷⁸.

Neste viés, estabelece o artigo 37¹⁷⁹, inciso XVIII da Constituição: “XVIII - a administração fazendária e seus servidores fiscais terão, dentro de suas áreas de competência e jurisdição, precedência sobre os demais setores administrativos, na forma da lei”. Também é no rol dos incisos do artigo em comento que se inseri a administração tributária que tem por atividade a fiscalização e a arrecadação dos tributos:

XXII - as administrações tributárias da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, atividades essenciais ao funcionamento do Estado, exercidas por servidores de carreiras específicas, terão recursos prioritários para a realização de suas atividades e atuarão de forma integrada, inclusive com o compartilhamento de cadastros e de informações fiscais, na forma da lei ou convênio.

Contudo, é no teor do artigo 144, inciso II, da Constituição Federal que o legislador constitucional se refere textualmente a expressão do descaminho, ao atribuir a sua prevenção e repressão¹⁸⁰ à Polícia Federal: “prevenir e reprimir o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o contrabando e o descaminho, sem prejuízo da ação fazendária e de outros órgãos públicos nas respectivas áreas de competência”.

Giza-se que o *caput* do artigo 144 do texto constitucional, refere-se ao “patrimônio” e em nenhum momento à função da administração pública, levando a compreender, que neste aspecto, a lei fundamental tem por desígnio a proteção do patrimônio do Estado, representado pela receita dos impostos e não a – moralidade pública como alguns reportam-

¹⁷⁷ A emenda constitucional n.º 42/03 “criou o fato gerador na importação de bens e serviços” para PIS e COFINS. ASHIKAGA, Carlos Eduardo Garcia. *Análise da... cit.*, p.14.

¹⁷⁸ CARLUCI, José Lence. *Uma introdução... cit.*, p. 248.

¹⁷⁹ “A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte” – Art. 37, *caput*. CF.

¹⁸⁰ Não se descarta da atribuição de outros órgãos que contribuem para o combate ao descaminho, tais como: a Secretária da Receita Federal (*Vide* Decreto-lei n.º 1.745/1995, que estabelece em seu artigo 8º, inciso IX, a atribuição da Receita Federal para reprimir o descaminho); a Comissão de planejamento e Coordenação de Combate ao Contrabando (*Vide* Decreto-lei n.º 61.337/1967); ainda, há outros órgão e autoridades, como por exemplo, o comandante de embarcação da Marinha do Brasil, Polícia Rodoviária Federal, entre outros. Neste sentido ver CARLUCI, José Lence. *Uma introdução... cit.*, p. 249-254.

se ao bem jurídico do descaminho – ação fazendária. Tal ação é autônoma e desenvolve-se sem a interferência da Polícia Federal, com arrimo no artigo 37 da Constituição Federal, inclusive com o auxílio de outros órgãos público de igual competência, consoante se insere ao fim do inciso II do aludido artigo 144.

4. LEI FUNDAMENTAL E DIGNIDADE PENAL

Ao mesmo tempo em que a norma fundamental legitima o poder do Estado, também estabelece os limites deste poder perante o homem e como este poder deve ser utilizado.

Nesta linha, sendo a “Lei Fundamental, enquanto formalmente legitimadora do ordenamento infraconstitucional que o direito penal representa, assume-se como fonte do direito penal”¹⁸¹. Em verdade, o que o direito penal traz em seu âmago mais profundo, é ser, “em si e por si, materialmente constitucional”¹⁸². É a partir desta vertente constitucional que se definem os limites do que é penalmente relevante e, por conseguinte, se estabelecem as linhas limítrofes da punibilidade. Pois, “a expressão da constitucionalidade não é uma simples manifestação ou coonestação heterínima”¹⁸³, ela designa que o bem jurídico a ser protegido deva necessariamente ter axiologia material no ordenamento constitucional.

Antes de avançar, é oportuno indagar *se* todas as condutas que ofendam ou ponham em perigo bens jurídicos constitucionais devem ser criminalizadas? Ora, a resposta é negativa! Primeiramente, não é demais avigorar o caráter subsidiário da posituação penal que enquanto direito constitui-se na *ultima ratio*. Com efeito, somente havendo necessidade de tutela o direito penal poderá intervir, ou seja, “apenas deverá chamar a si a tutela de certos bens jurídicos - quando outras formas de tutela (social ou normativa) se mostrem

¹⁸¹ COSTA, José de Faria. *Noções Fundamentais de Direito Penal (Fragmenta iuris poenalis)*. 3º ed. Coimbra: Editora Coimbra, 2012, p. 115.

¹⁸² COSTA, José de Faria. *Ibidem*, p. 61.

¹⁸³ *Ibidem*.

insuficientes para assegurar a sua protecção”¹⁸⁴. Em segundo lugar, respondendo a questão: não existe obrigação de criminalizar todos os atos que venham a ofender bens jurídicos que gozam de protecção constitucional¹⁸⁵, pois “o conceito material de crime é essencialmente constituído pela noção de bem jurídico penal dotado de dignidade penal”¹⁸⁶.

Este pensar vem solidificado pelas aceções teóricas de Roxin e Figueiredo Dias, que na verdade deram luzes a “um novo paradigma do direito penal, relativamente estabilizado”,¹⁸⁷ no sentido de que somente se faz legítima a intervenção do direito penal “para assegurar a protecção, necessária e eficaz, dos bens jurídicos fundamentais, indispensáveis ao livre desenvolvimento ético da pessoa e à subsistência e funcionamento da sociedade democraticamente organizada”¹⁸⁸ sendo que a pena na sua perspectiva de ameaça, aplicação e execução, “só pode ter como finalidade a reafirmação e estabilização contrafáctica da validade das normas, o restabelecimento da paz jurídica e da confiança nas normas, bem como a (re)socialização do condenado”¹⁸⁹, tendo sempre “a culpa como pressuposto enunciável e como limite inultrapassável da pena”¹⁹⁰.

Neste contexto, Costa Andrade contempla que a *dignidade penal* consiste em “um juízo qualificado de intolerabilidade social, assente na valorização ético-social de uma conduta, na perspectiva da sua criminalização e punibilidade”. Em um ponto de vista transistemático, garante eficácia ao preceito fundamental de que apenas bens jurídicos “de eminente *dignidade de tutela* (*Schutzwürdigkeit*) devem gozar de protecção”, contemplando inclusive o princípio constitucional da proporcionalidade. Já no plano axiológico-teleológico, a ponderação da dignidade penal repousa em dois alicerces “materiais: a *dignidade de tutela* do bem jurídico e a potencial e gravosa *danosidade social da conduta*,

¹⁸⁴ COSTA, José de Faria. *Noções Fundamentais...*, cit., p. 173; Deveras, a dignidade penal compagina-se “a uma cláusula modal que condiciona a sua entrada em acção: mesmo que haja um bem jurídico-penal em presença, ele só será tutelado juridicamente se tal for a única solução possível, se nenhuma outra forma de solução do problema puder ter êxito”, constituindo, assim, aquilo que se compreende como princípio da *ultima ratio* do direito penal. CUNHA, Paulo Ferreira da. *Ultima ratio*. In: ANDRADE, Manuel da Costa; COSTA, José de Faria; RODRIGUES, Anabela Miranda; MONIZ, Helena; FIDALGO, Sónia. *Direito Penal: Fundamentos dogmáticos e político-criminais – Homenagem ao Prof. Peter Hünerfeld*. 1ª ed. Coimbra: Editora Coimbra, 2013, p.165.

¹⁸⁵ ANDRADE, Manuel da Costa. *A “dignidade penal” e a “carência de tutela penal” como referência de uma doutrina teleológico-racional do crime*. Coimbra: Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano 2, 1992, p. 185-186; COSTA, José de Faria. *Ibidem*, p. 115-116; CUNHA, Paulo Ferreira da. *Ibidem.*, p. 162-163.

¹⁸⁶ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal, tomo I - parte geral*. 2ª ed. Coimbra: Editora Coimbra, 2012, p. 127.

¹⁸⁷ ANDRADE, Manuel da Costa. *A “dignidade penal”...*, cit., p. 178.

¹⁸⁸ *Ibidem*.

¹⁸⁹ ANDRADE, Manuel da Costa. *Ibidem*, p. 179.

¹⁹⁰ ANDRADE, Manuel da Costa. *Ibidem*, p. 180.

enquanto lesão ou perigo para os bens jurídicos”. Finalmente, no plano jurídico-sistemático, “a dignidade penal mediatiza e actualiza o postulado segundo o qual o ilícito penal se distingue e singulariza face às demais manifestações de ilícito conhecidas da experiência jurídica. E isto posta entre parêntesis a questão de saber se a distinção releva do *qualitativo* ou apenas do meramente *quantitativo*”.¹⁹¹

Nesta expectativa, sublinha-se que perante a Constituição Portuguesa, a aceção de dignidade penal do bem jurídico necessita do acréscimo de “outro critério” para que a incriminação venha a ser legítima¹⁹². Tal critério reside no artigo 18.º, n.º 2, da Constituição da República: “A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos.” Daí, o porquê, esta norma constitui um marco de primeiríssima grandeza na relação do direito constitucional com o direito penal¹⁹³, impedindo de plano que condutas desprovidas de dignidade penal venham integrar o ordenamento jurídico criminal¹⁹⁴.

Semelhante conclusão chega Heloisa Estellita Salomão, ao analisar o ordenamento jurídico constitucional brasileiro. Para tanto, a autora realça que a sanção penal, é a mais gravosa que o Estado possui para prevenir e reprimir comportamentos indesejados, sua aplicação atinge diretamente a dignidade da pessoa humana e normalmente a liberdade pessoal e a propriedade privada que são direitos magnos protegidos pelos artigos 1º e 5º *caput* e inciso XXII da Constituição. Ratificando, assim, que tal sanção é uso é restrito – subsidiário –, apenas podendo ser empregada para salvaguardar valores ou bens considerados fundamentais a sociedade¹⁹⁵.

5. OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA LEGALIDADE, MATERIALIDADE E OFENSIVIDADE

¹⁹¹ ANDRADE, Manuel da Costa. *A “dignidade penal”...*, cit., p. 184.

¹⁹² DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal...*, cit., p. 127.

¹⁹³ No âmbito penal material *vide* o art. 40.º do Código Penal Português.

¹⁹⁴ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal...*, cit., p. 127-129; A simetria dos artigos 18.º da Constituição da República Portuguesa e 40.º do Código Penal Português é capaz de garantir a proteção do bem jurídico penal, inclusive frente aos atuais desafios do direito penal. *Vide*: DIAS, Jorge de Figueiredo. *O problema do direito penal no...*, cit., p. 255-256.

¹⁹⁵ SALOMÃO, Heloisa Estellita. *A tutela penal...*, cit., p. 23-24.

Para finalizar esta seção, ainda se faz necessário tecer breves considerações aos princípios constitucionais da legalidade, da materialidade e da ofensividade.

- O princípio da legalidade:

Em um modelo de Estado democrático e de direito, o direito penal é fundamentalmente e materialmente constitucional¹⁹⁶, devendo ser visto a partir do império da lei¹⁹⁷.

Frisa-se que o princípio da legalidade¹⁹⁸ é de observância ininterrupta, devendo ser observado antes e após a criação da lei. Neste passo, o princípio da legalidade ocupa um sentido material sendo uma espécie de filtro de bens jurídicos com relevância ética, jurídica e constitucional, dotados de dignidade penal¹⁹⁹. Sob um viés formal, o mencionado princípio, contempla as seguintes proibições: utilização de analogia (*nullum crimen nulla poena sine lege stricta*), do direito costumeiro (*nullum crimen nulla poena sine lege scripta*), da retroatividade (*nullum crimen nulla poena sine lege praevia*) e exige que a norma seja taxativa (*nullum crimen poena sine lege certa*)²⁰⁰.

De tudo, em extrato, deixamos as palavras de Faria Costa, no sentido de que “só há legitimidade para limitar ‘minha’ mais funda autodeterminação ou liberdade, através da definição legal de comportamentos proibidos, quando e só quando essas mesmas proibições estiverem previstas em lei certa, anterior e procedimentalmente correcta”²⁰¹.

- O princípio da materialidade:

¹⁹⁶ Ver mais sobre a reserva de lei in COSTA, José de Faria. *Noções Fundamentais...*, cit., p. 119 e segs.

¹⁹⁷ CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. *Fundamentação constitucional...*, cit., p. 54.

¹⁹⁸ “(...) o princípio da legalidade encontra-se expresso logo depois do princípio da igualdade, através da conhecida fórmula de caráter geral: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (inciso II do art. 5º). A sua versão para o Direito penal encontra-se no inciso XXXIX do mesmo artigo 5º, sob a fórmula: “não há crime sem lei anterior que o defina nem pena sem prévio cominação legal” (...).” CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. *Ibidem*, p. 53.

¹⁹⁹ MATOS, Ricardo Jorge Bragança. *O mandado de detenção europeu e a dupla incriminação*. Lisboa: Letras e Conceitos, 2013, p. 28. Ver também: ANDRADE, Manuel da Costa. A “dignidade penal”..., cit., p. 173 e segs.

²⁰⁰ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 22-29.

²⁰¹ COSTA, José de Faria. *Prelúdio e Variações sobre o direito penal*. In: ANDRADE, Manuel da Costa; COSTA, José de Faria; RODRIGUES, Anabela Miranda; MONIZ, Helena; FIDALGO, Sónia. *Direito Penal: Fundamentos dogmáticos e político-criminais – Homenagem ao Prof. Peter Hünerfeld*. 1ª ed. Coimbra: Editora Coimbra, 2013, p. 139.

Estabelece-se o princípio constitucional da materialidade como uma estimativa de algo penalmente relevante. Trata-se do efeito de uma ação, que reclama a necessidade de exteriorização objetiva de uma conduta criminosa (*nullum crimen sine actione*). Por conseguinte, é indispensável que exista um fato imputável que se exprima em um ataque a um determinado valor social, reconhecido e protegido pelo ordenamento jurídico penal, ou seja, um bem jurídico com dignidade penal.²⁰²

- O princípio da ofensividade:

O princípio da ofensividade consubstancia que apenas as condutas que causem uma real lesão ou a colocação em perigo concreto de um determinado bem jurídico essencial à sociedade é que deve legitimar a intervenção penal (*nullum crimen sine iniuria*)²⁰³. Como lembra Faria Costa, o referido princípio, “é a chave que permite a intervenção do detentor do *ius puniendi* (Estado) enquanto entidade susceptível de cominar, legitimamente, penas criminais”²⁰⁴.

Reconhece Fábio Roberto D’Avila que o princípio da ofensividade é justificado enquanto exigência constitucional em âmbito puramente principiológico, bem como à luz das regras constitucionais. Logo, é, exatamente, do princípio geral fundamental de tutela de bens jurídicos que decorre tanto o princípio geral de garantia representado pela necessária ofensa, como o princípio constitucional impositivo, representado pela intervenção penal necessária. Destarte, o princípio da ofensividade pode ser visto como um instrumento que se alimenta da exigência da materialidade, em que a proteção jurídico-constitucional do direito à liberdade e da dignidade da pessoa humana obstam o alargamento da tutela penal²⁰⁵, sobretudo para casos de bem jurídicos penais desprovidos de simetria com a ordem

²⁰² ANDRADE, Manuel da Costa. *A nova lei dos crimes...*, cit., p. 83.

²⁰³ RUIVO, Marcelo Almeida. *Criminalidade Financeira...*, cit., p. 70.

²⁰⁴ Destaca-se o modelo de ofensa a bens jurídicos estruturado por Faria Costa, o qual consiste numa relação de ‘dano – e – violação’ e ‘perigo – e – violação’, em que o crime em termos materiais é visto como “uma perversão daquela precisa relação de cuidado-de-perigo do ‘eu’ e do ‘eu’ para com o ‘outro’.” Para o autor, o “fundamento do direito penal encontra-se na primeira relação comunicacional de raiz onto-antropológica, na relação de cuidado de perigo”. (COSTA, José de Faria. *Noções Fundamentais...*, cit., p. 06; 10-11; 162-163). Neste espaço ‘o cuidado’ assume o caráter essencial da relação de matriz onto-ontropologia em relação a sua ressonância no ilícito penal. D’AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade em direito penal: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 45-49.

²⁰⁵ D’AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade em direito penal...*, cit., p. 67-72.

constitucional, que destoam da acepção da exclusiva proteção de bens jurídicos no direito penal²⁰⁶.

²⁰⁶ Mais informações, conferir um estudo mais recente do supracitado autor. *Vide*: D'AVILA, Fabio Roberto. *Aproximações à teoria da exclusiva proteção de bens jurídicos no direito penal contemporâneo*. In: Revista brasileira de ciências criminais. São Paulo: Revista dos Tribunais. Ano 17, n.º 80, 2009, p. 07 e segs.

CAPÍTULO IV. EXPLICITAÇÃO CRÍTICA DA CONCRETUDE DO BEM JURÍDICO DO DESCAMINHO

1. A ETICIZAÇÃO E O DESCAMINHO

Antes de adentrar na averiguação dos elementos penais propriamente ditos, cumpre traçar um matiz não muito intenso sobre a legitimação da criminalização do *fiscus* relacionada ao delito de descaminho, à luz do movimento da eticização²⁰⁷.

Sob este prisma, um ponto de referência a se observar advém do questionamento “se todos” temos “o dever” para com o fisco e como este se estabelece? A resposta é afirmativa, pois, nos dias de hoje, o Estado é responsável pela garantia de necessidades básicas destinadas ao indivíduo e a coletividade.

Evoluindo o pensar, esta inquietação preliminar é respondida por Figueiredo Dias e Costa Andrade, os quais, afirmam que reside na conduta ética do cidadão o de dever para com o fisco, a qual é baseada na própria essência imperativa do Estado Democrático de Direito – lido como garantidor de condições de dignidade para sua existência – constituindo assim, a ordem ético-jurídica a nova acepção do direito fiscal.²⁰⁸ Aliás, com amadurecer da consciência social em relação ao respeito às regras básicas do sistema fiscal, cada vez ficam mais remotos os tempos em que a evasão aos deveres fiscais era considerada eticamente neutra e a fraude fiscal constituía uma natureza de legítima defesa contra o Estado²⁰⁹.

Nesta reflexão, podemos de forma geral localizar que a conduta prejudicial às regras tributárias, num primeiríssimo momento, constituiria uma falta moral – falta de consciência social – que se exterioriza no plano ético, podendo ou não ser objeto de proibição legal.

²⁰⁷ Este contexto revela-se um contraponto a realidade social do delito no Brasil. *Vide*: A sociedade brasileira e o descaminho – Os sujeitos do delito – Cap. II.

²⁰⁸ DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. *O crime de fraude fiscal no novo direito penal tributário português (Considerações sobre a factualidade típica e o concurso de infracções)*. In: *Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários*. Vol. II. Coimbra: Editora Coimbra, 1999, p. 414-416.

²⁰⁹ SOUSA, Susana Aires de. *Os Crimes Fiscais...*, *cit.*, p. 241-242.

É exatamente neste plano que faltaria espaço elencar as intermináveis situações que envolvem “a ética fiscal” e o delito de descaminho. Para tanto, pode-se visualizar inúmeras condutas diretas e indiretas praticadas em desfavor da ordem fiscal, (inclusive sob o prisma de sua função pública de fiscalização) praticadas por diversos sujeitos de distintas classes sociais (grandes empresários, pequenos comerciantes, pessoas que adquirem mercadorias fruto de descaminho; magnatas que vão ao exterior adquirir eletroeletrônicos e roupas de grifes famosas, etc). Enfim, sob o plano ético e o dever de pagar os impostos aduaneiros é difícil desconhecer alguém – “ético” – que nunca tenha adquirido alguma “bugiganga” num *camelódromo*, ou, ainda, que na hora da compra deste produto se preocupasse em saber se os impostos foram pagos. Mesma preocupação poderia advir quando há uma grande promoção numa loja de roupas de um centro comercial, por exemplo, nunca ninguém interroga se o imposto das mercadorias com menor preço está sendo pago. Embora neste último caso não haja descaminho, sob o prisma da eticização, os comportamentos são análogos.

Neste passo, deixa-se claro, desde já, que a infração fiscal puramente ética, voltada à moralidade, melhor amolda seu plano de ilegalidade na seara do Direito Administrativo²¹⁰, não merecendo – jamais – a *prima facie*, a tutela penal, por ausência de dignidade penal. Ademais, questões puramente éticas, morais, religiosas, de opção sexual, entre outras não se compaginam com o direito penal.²¹¹

A professora Susana Aires de Sousa²¹² faz uma minuciosa apreciação sob o prisma legitimador das infrações fiscais, contemplando, de forma geral, que violação de uma determinada lei fiscal pode causar repercussões, tanto no direito administrativo quanto no direito criminal. Nesta perspectiva, há infrações fiscais que infringem o interesse da vida em sociedade que são “dotadas de relevância ética, mas que de algum modo se afastam das infrações fiscais de direito comum”²¹³, e outras infrações que carecem de dignidade penal e

²¹⁰ SOUSA, Susana Aires de. *Os Crimes Fiscais...*, cit., p. 242.

²¹¹ Em letras destacadas consta na obra de Figueiredo Dias “Não é função do direito penal (...) tutelar a virtude ou a moral”. DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal...*, cit., p. 112.

²¹² SOUSA, Susana Aires de. *Os Crimes Fiscais...*, cit., p. 171 e segs. Não poderíamos deixar de observar o pensamento desta autora no sentido de trazer uma visão diferenciada sobre os delitos fiscais; Também consultar: SOUSA, Susana Aires de. *Os Crimes Fiscais na Alemanha e em Portugal: entre semelhanças e diferenças*. In: ANDRADE, Manuel da Costa; COSTA, José de Faria; RODRIGUES, Anabela Miranda; MONIZ, Helena; FIDALGO, Sónia. *Direito Penal: Fundamentos dogmáticos e político-criminais – Homenagem ao Prof. Peter Hünerfeld*. 1ª ed. Coimbra: Editora Coimbra, 2013, p. 1111 e segs.

²¹³ SOUSA, Susana Aires de. *Os Crimes Fiscais...*, cit., p. 246.

localizam-se no domínio da ilicitude administrativa²¹⁴. Um exemplo prático desta realidade é encontrado no ordenamento jurídico português através do RGIT – Lei n.º 15/2001, que classifica as infrações tributárias em crime e contra-ordenações²¹⁵. Ainda é de observar que os ilícitos tributários administrativos e penais, encontram-se compaginados na mesma lei, não integrando o direito penal primário²¹⁶. Como já partilhado, é no âmbito do RGIT que se encontram a descrição do crime de contrabando e da contra-ordenação de descaminho.

De outro norte, através da abordagem histórica do delito aduaneiro foi possível visualizar a importância que os impostos assumiram em diversas épocas, sob distintas formas de Estado, bem como sua forma de arrecadação e as consequências desta fuga ao fisco. Panorama que também pode ser visto nos dias correntes, pois o imposto ainda é a principal fonte da atividade de implementação dos objetivos do Estado, e, de igual modo, é responsável pela manutenção de todo aparelho estatal²¹⁷. Em outras palavras, a principal finalidade do Estado fiscal moderno é “financiar o sistema público de garantias dos cidadãos, ou seja, o próprio funcionamento do Estado de Direito”²¹⁸.

A seguir, se para vivência do Estado e estabelecimento de seus objetivos é imprescindível a receita dos impostos, nada mais antigo ou lógico que a fuga ao seu pagamento ser censurada, inclusive pela norma criminal. Nesta ala, é da necessidade imperativa do pagamento de impostos que se enseja a contextualização do movimento de eticização do direito penal fiscal, o qual consiste na análise de justificativa e de legitimidade da intervenção do direito penal como meio de prevenção de comportamentos sociais prejudiciais ao fisco²¹⁹. Logicamente, não basta à imposição pura e simples da reprimenda penal, há de se observar “à dignidade penal indiscutível dos comportamentos de fuga

²¹⁴ SOUSA, Susana Aires de. *Os Crimes Fiscais...*, cit., p. 246.

²¹⁵ SOUSA, Susana Aires de. *Ibidem*, p. 246-247.

²¹⁶ Neste ponto que se observa o despertar de uma legislação penal extravagante, que compõe o denominado direito penal secundário. *Vide*: DIAS, Jorge de Figueiredo. *Para uma dogmática do direito penal secundário*. In: *Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários*. Vol. I. Coimbra: Editora Coimbra, 1998, p. 44 e segs.

²¹⁷ “(...) o sistema fiscal não visa apenas arrecadar receitas, mas também a realização de objetivos de justiça distributiva, tendo em conta as necessidades de financiamento das actividades sociais do Estado”. (RODRIGUES, Anabela Maria Pinto de Miranda. *Contributo para a fundamentação de um discurso punitivo em matéria penal fiscal*. In: *Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários*. Vol. II, Coimbra: Editora Coimbra, 1999, p. 481). Esta aceção pode ser vista da análise dos artigos 103.º/1 da Constituição da República Portuguesa e 5º da Lei Geral Tributária, que em linhas gerais, nada mais é do que o próprio objetivo dos impostos. SILVA, Suzana Tavares da. *Teoria geral do direito fiscal*. Coimbra: Imprensa da Universidade, 2013, p. 23-27.

²¹⁸ SILVA, Suzana Tavares da. *Ibidem*, p. 23.

²¹⁹ RODRIGUES, Anabela Maria Pinto de Miranda. *Contributo para...*, cit., p. 481 e segs.

ilegítima ao Fisco deve corresponder a dignidade das penas a aplicar. É testemunho do grau de eticização do direito penal fiscal a categoria das penas que o servem”.²²⁰

Desta forma, presentemente, o fenômeno da eticização do direito penal fiscal funciona como um importante instrumento de política-criminal, no intento de garantir a arrecadação tributária que, cada vez mais, é tida como meio indispensável o Estado. Contudo, tal fenômeno estabelece o fundamento de intervenção penal na matéria tributária, porém, não transpassa condições suficientes para completar o objeto tutelado pela incriminação nem sequer, estabelece a necessidade e/ou merecimento de pena, pois o bem jurídico do crime fiscal é diferente do fundamento ético da intervenção penal.²²¹

Aliás, se o fundamento ético for *a ratio essendi* do delito fiscal – lido aqui como descaminho – mais do que nunca, surge a necessidade de uma análise crítica desta incriminação²²², em defesa de um direito penal adequado ao lustro de nossos dias.

Por fim, sobreleva-se que a prática do descaminho é anterior a própria concepção de Estado, razão pela qual o fundamento de sua incriminação deve ser (re)visto, não só sob o prisma da eticização, mas também em razão de um novo modelo de Estado, acompanhado do ressurgimento de uma nova economia (pós-guerra) que hoje se traduz na intensificação de um “comércio global” em que as “cancelas” alfandegárias sumiram ou tendem a desaparecer.

2. APONTAMENTOS SOBRE O BEM JURÍDICO ÀS LUZES DO DIREITO PENAL ATUAL

Um olhar sob a evolução histórica do direito penal a partir do bem jurídico²²³ é capaz de revelar, para além das mais diversas aceções interpretativas e formas com que ele

²²⁰ RODRIGUES, Anabela Maria Pinto de Miranda. *Contributo para...*, cit., p 482.

²²¹ SOUSA, Susana Aires de. *Os Crimes Fiscais...*, cit., p. 266.

²²² SOUSA, Susana Aires de. *Ibidem*, p. 266 e 295-297.

foi e é tratado, quais são os principais valores de uma determinada sociedade. Todavia, o mesmo olhar, do mesmo ponto, deixa-nos longe de enxergar o que é que deve ser compreendido e determinado pela proibição deste bem jurídico.

Na visão de Figueiredo Dias, ao mesmo tempo em que o direito penal tem a noção de bem jurídico como tema fulcral, vislumbra ser impossível de alcançar com nitidez um conceito fechado de bem jurídico penal²²⁴. Apesar da dificuldade de delimitação, o bem jurídico revela-se como parâmetro para o preceito penal²²⁵, de modo a que se possa, de forma objetiva, avaliar a coerência e a proporcionalidade entre constituição e a norma penal tendo em vista aquilo que visa proteger²²⁶. Daí, porque se reafirma e se solidifica que “a função primacial do direito penal é a proteção de bens jurídicos”²²⁷ dotados de dignidade penal²²⁸. Ainda que na tardo-modernidade,²²⁹ haja algumas disparidades conceituais sobre a significação de bem jurídico²³⁰, há uma ampla concordância acerca do seu “núcleo

²²³ “O conceito de bem jurídico somente aparece na história dogmática em princípios do século XIX. Diante da concepção dos Iluministas, que definiam o fato punível como lesão de direitos subjetivos, Feuerbach sentiu a necessidade de demonstrar que em todo preceito penal existe um direito subjetivo, do particular ou do Estado, como objeto de proteção. Binding, por sua vez, apresentou a primeira depuração do conceito de bem jurídico, concebendo-o como estado valorado pelo legislador. Von Liszt, concluindo o trabalho iniciado por Binding, transportou o centro de gravidade do conceito de bem jurídico do direito subjetivo para o “interesse juridicamente protegido”, com uma diferença: enquanto Binding ocupou-se, superficialmente, do bem jurídico, Von Liszt viu nele um conceito central da estrutura do delito. Como afirmou Mezger, “existem numerosos delitos nos quais não é possível demonstrar a lesão de um direito subjetivo e, no entanto, se lesiona ou se põe em perigo um bem jurídico”. BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal, Parte Geral...*, cit., p. 388. Para um maior aprofundamento acerca das acepções dogmáticas atribuídas ao bem jurídico penal, com ênfase na doutrina jurídico-penal portuguesa e alemã, vide: ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento e acordo em direito penal*. Coimbra: Editora Coimbra, 1991, p. 42 e segs.

²²⁴ Para que não se perca a essência da escrita transcreve a lição de Figueiredo Dias: “A noção de bem jurídico (seja ela embora, como já se vê, uma noção fulcral de toda a nossa disciplina) não pôde, até o momento presente ser determinada – e talvez jamais o venha a ser – com uma nitidez e segurança que permita convertê-la em conceito fechado e apto à subsunção, capaz de traçar, para além de toda dúvida possível, entre a fronteira entre o que legitimamente pode e não pode ser criminalizado”. DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal...*, cit., p. 114.

²²⁵ Sobre questões pontuais baseadas nas concepções doutrinárias do bem jurídico-penal. Vide: ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento e...*, cit. p. 134.

²²⁶ Tal parâmetro funciona como um verdadeiro balizador na construção dos tipos penais, que proporciona distinguir o delito das simples atitudes interiores, de um lado, e, de outro, dos fatos materiais não lesivos de bem jurídico algum. BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal, Parte Geral...*, cit., p. 388.

²²⁷ COSTA, José de Faria. *Noções Fundamentais...*, cit., p. 164.

²²⁸ COSTA, José de Faria. *Ibidem*, p. 13. Especificamente acerca da dignidade penal vide: ANDRADE, Manuel da Costa. *A “dignidade penal”...*, cit., 173 e segs.

²²⁹ COSTA, José de Faria. *Noções Fundamentais...*, cit., p. 258; Como classificação do tempo presente Faria Costa utiliza a expressão “tardo-modernidade”, ao compreender que já cruzamos a era Pós Moderna. COSTA, José de Faria. *Bioética e direito penal – reflexões possíveis em tempos de incerteza*. In: ANDRADE, Manuel da Costa; ANTUNES, Maria João; SOUSA, Susana Aires de. *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, volume I, Editora Coimbra, Coimbra, 2009, p. 110.

²³⁰ COSTA, José de Faria. *Noções Fundamentais...*, cit., p. 258.

essencial”²³¹, permitindo atribuir ao bem jurídico o status de “pedra angular do direito penal”²³².

No contexto doutrinário, Figueiredo Dias conceitua o “bem jurídico como a expressão de um interesse, da pessoa ou da comunidade, na manutenção ou integralidade de um certo estado, objecto ou bem em si mesmo socialmente relevante e por isso juridicamente valioso”²³³. Para Roxin, o bem jurídico é definido “como circunstâncias reais dadas ou finalidades necessárias para uma vida segura e livre que garanta todos os direitos humanos e civis de cada um na sociedade ou para o funcionamento de um sistema estatal que se baseia nestes objetivos”^{234 e 235}. Já Faria Costa compreende o bem jurídico “como um pedaço da realidade com densidade axiológica olhado como relação comunicacional a que a ordem jurídico-penal atribui dignidade penal”²³⁶.

Nesta expectativa giza-se que, independentemente da concepção, a norma somente será válida a par da observância dos princípios constitucionais da materialidade e ofensividade²³⁷, os quais devem trazer a norma um contorno determinantemente material, permitindo sua aferição através a ofensa ao bem jurídico tutelado²³⁸.

²³¹ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal...*, cit., p. 114. Sob o processo de evolução deste consenso “estabilizado entre os autores”, in *casu* – Roxin e Figueiredo Dias –, vide: ANDRADE, Manuel da Costa. A “dignidade penal”..., cit., p. 173-184.

²³² COSTA, José de Faria. *Noções Fundamentais...*, cit., p. 258.

²³³ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal...*, cit., p. 114.

²³⁴ ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal*. Organização e tradução Andre Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2009, p. 18-19.

²³⁵ Em verdade para Roxin, a “diferenciação entre realidades e finalidades indica aqui que os bens jurídicos não necessariamente são os fixados ao legislador com anterioridade, como é o caso, por exemplo, da vida humana, mas que eles também possam ser criados por ele, como é o caso das pretensões no âmbito do Direito Tributário”. ROXIN, Claus. *Ibidem*, p. 19. Embora o autor alemão defenda um modelo de proteção de bens jurídicos penais, respeitando o caráter fragmentário do direito penal, é questionável o conceito “fins”, como expressão de legitimidade de bens jurídicos, nomeadamente para aqueles criados pelo legislador. Neste sentido, vide: D’AVILA, Fabio Roberto. *Aproximações à...*, cit., p. 18; D’AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade em direito penal...*, cit., p. 22 e seg.; RUIVO, Marcelo Almeida. *Criminalidade Financeira...*, cit., p. 62; DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal, parte geral...*, cit., p. 120 e segs. Acerca da legitimação vide: COSTA, José de Faria. *Noções Fundamentais...*, cit., p. 14-16.

²³⁶ COSTA, José de Faria. *Noções Fundamentais...*, cit., p. 164 e 258. Para este autor a mencionada “relação comunicacional” está ligada a uma matriz onto-antropológica, estabelecida por uma relação de cuidado-de-perigo, que em sua aceção constitui o fundamento do direito penal. Para um aprofundamento e uma visão completa sob esta aceção vide: COSTA, José de Faria. *O perigo em direito penal - contributo para a sua fundamentação e compreensão dogmáticas*. Coimbra: Editora Coimbra, 1992.

²³⁷ Em sede da criminalidade econômica sobre os princípios constitucionais e materialidade vide RUIVO, Marcelo Almeida. *Criminalidade Financeira...*, cit., p. 70-76.

²³⁸ Nesta senda, compartilhamos do pensar de que “(...) modelo de crime como ofensa a bens jurídico-penais atribui ao ilícito uma *posição privilegiada* na estrutura dogmática do crime, eis que portador, por excelência, do juízo de desvalor da infração enquanto elemento capaz de traduzir para além da intencionalidade normativa, também a própria função do direito penal, como propõe a noção de *ofensa a bens jurídicos*, a noção de *resultado jurídico* como a pedra angular do ilícito-típico”. D’AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade em direito penal...*, cit., p. 50-51.

Com visto, não são apenas interesses individuais que compõe o âmbito de tutela do bem jurídico-penal. Agregam-se a esta esfera, outras categorias, como, a dos bens jurídicos transindividuais, supra-individuais, coletivos ou sociais²³⁹. Neste particular, apesar do descaminho ainda permanecer tipificado no Código Penal é certo que visa proteger interesses relacionados à seara tributária, apresentando, assim, o caráter de bem jurídico supraindividual, o que de forma alguma sugere o esvaziamento da importância limitadora do conceito de bem-jurídico²⁴⁰, devendo ser lido em harmonia com os mandamentos constitucionais, tendo por desígnio maior, a proteção da dignidade da pessoa humana²⁴¹.

Com efeito, o bem jurídico constitui, mais do que um proveito posterior a concepção da lei²⁴², um papel ímpar na atividade do legislador, visando prevenir excessos a partir de uma axiologia constitucional, não se admitindo assim “modelos incriminadores que transponham as fronteiras da tutela subsidiária de bem jurídicos fundamentais, segundo o princípio reitor da intervenção penal mínima e fragmentária”²⁴³. Limita-se, deste modo, o *ius puniendi* do Estado, vinculando o congressista na atividade legiferante e o julgador na atuação jurisdicional, designando a aferição da existência de lesão ou ameaça ao bem jurídico que a norma resguarda.

Essas perspectivas tornam-se mais claras à luz das funções empregadas ao bem jurídico-penal, que congrega, fundamentalmente, quatro atribuições: 1) Interpretativa: refere-se ao critério de atribuição e alcance a norma penal e, especialmente, ao tipo-de-ílicito, tendo em vista aquilo que se pretende tutelar; 2) Individualizadora: insere-se no momento de aplicação da pena, tendo por fundamento a ofensa sofrida pelo bem jurídico; 3) Interesse sistematizador: consiste na didática da organização dos dispositivos dentro do Código Penal de acordo com seu valor e assunto daquilo que se está a proteger; 4) Subsidiariedade: desenvolve-se através de um preceito de garantia na órbita da política-criminal preconizando o uso mais restritivo possível do direito penal.²⁴⁴

²³⁹ Mais sobre a composição dos bens jurídicos supraindividuais na criminalidade fiscal, *vide* SOUSA, Susana Aires de. *Os Crimes Fiscais...*, *cit.*, p. 299-300.

²⁴⁰ Figueiredo Dias assinala que os bens jurídicos coletivos são autênticos bens jurídicos. DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal...*, *cit.*, p.150.

²⁴¹ SALOMÃO, Heloisa Estellita. *A tutela penal...*, *cit.*, p. 175-179.

²⁴² RUIVO, Marcelo Almeida. *Criminalidade fiscal e colarinho branco: A fuga ao fisco é exclusiva do whit-collar? In: COSTA, José de Faria; SILVA, Marco Antonio Nascimento da. Direito Penal, Direito Processual Penal, e Direitos Fundamentais: visão luso-brasileira. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 1195.*

²⁴³ RUIVO, Marcelo Almeida. *Criminalidade fiscal...*, *cit.*, p. 1195; Em sentido semelhante, *vide*: CUNHA, Paulo Ferreira da. *Ultima ratio...*, *cit.*, p. 170-172.

²⁴⁴ RUIVO, Marcelo Almeida. *Ibidem*, p. 1197.

Postas estas funções do bem jurídico-penal, não há como destoar de seu valor no direito penal atual. Em verdade, extrai-se das referidas funções que independentemente da forma de criminalidade, sujeitos ou dos bens tutelados – individuais ou supra-individuais – e quais as suas categorias, a teoria do bem jurídico é eficaz a ponto de resistir e responder os desafios do direito penal deste tempo, seja no plano legislativo, seja na atividade jurisdicional.

3. O CRIME DE DESCAMINHO E O(S) SEU(S) BEM(NS) JURÍDICO(S)

Como explanado ao longo desta investigação, há certa inquietação na ala doutrinária quanto à delimitação do bem jurídico tutelado no crime de descaminho²⁴⁵. Em um aspecto geral, a discussão cinge aos de que referem que estaria em causa à tutela da Administração Pública (podendo o crime ser meramente formal) e/ou o erário público (posição que subdivide-se naqueles que atribuem natureza fiscal ou tributária ao delito, sendo neste último caso, o crime classificado como material de dano).

Como início deste aparte, toma-se por alicerce o antigo esclarecimento de Viveiro de Castro, asseverando que a prática do descaminho atenta “contra os meios de subsistência da Nação”²⁴⁶. Embora haja certo consenso neste sentido, nota-se que a divergência começa exatamente sobre qual seria o conteúdo de proteção e o âmbito de delimitação que estão desse meio de subsistência. Todos eles merecem a tutela penal? Ora, então qual seriam os bens jurídicos dignos desta proteção penal: Seria a ordem ou à função tributária? O erário público? Mas o que seria o este erário? Ou quem sabe a Administração Pública? Seu prestígio? Sua moral? Quem sabe sua função tributária? Ou ainda, a indústria? A soberania nacional? Cedo para responder...

Em Portugal, Germano Marques da Silva ao reportar-se ao contrabando – descaminho no Brasil – reconhece que “o bem jurídico protegido nos crimes tributários aduaneiros é o sistema tributário”, não se restringindo unicamente ao patrimônio do Estado,

²⁴⁵ Apesar de a Espanha possuir uma moderna legislação sobre os ilícitos aduaneiros a doutrina reafirma a difícil delimitação do bem jurídico nos delitos desta natureza. MARTÍNEZ, Santiago Senent. *La incidência...*, (1ª parte)..., cit., p. 145-148.

²⁴⁶ CASTRO, Augusto Olympio Viveiros de. *Accordans e votos comentados...*, cit., p. 254. No século XIII, Beccaria já se prenunciava em sentido semelhante, ao referir que o descaminho seria “um roubo feito ao príncipe, e por conseguinte, à nação”. BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e...*, cit., p. 149.

em razão dos tributos aduaneiros estarem ligados a outras funções, que não unicamente as de arrecadação.²⁴⁷

Contudo, o tipo objetivo do delito de contrabando previsto na legislação portuguesa apenas se concretiza quando estiver em falta à prestação tributária superior a € 15.000 (quinze mil euros), ou ainda, inexistindo tal prestação, toma-se por base o valor objeto da infração, que dever ter valor aduaneiro superior a € 50.000 (cinquenta mil euros)²⁴⁸. Esta formula legislativa apreciada no ordenamento jurídico de Portugal, permite uma maior nitidez a materialidade objetiva do tipo penal, porém ela inexistente na lei brasileira.

No Brasil o crime de descaminho vem descrito por uma norma penal confusa composta por um tipo penal incompleto, que muitas vezes ilude o interprete, até mesmo sem suprimir qualquer centavo do Estado. Aliás, até hoje, não se tem um consenso na doutrina sob quais bens exatamente seriam os bens jurídicos tutelados no delito de descaminho. Algumas posições atribuem ao descaminho a tutela de mais de um bem jurídico²⁴⁹, classificando-o como um delito pluriofensivo²⁵⁰, complexo²⁵¹ ou misto cumulativo²⁵², onde em regra, estariam em causa a proteção de mais de um bem jurídico e não apenas o patrimônio fiscal do Estado.

Nesta guisa, Assis Toledo reconhece que o delito de descaminho “lesa a um só tempo dois bens jurídicos protegidos: o prestígio da administração pública e o seu patrimônio”²⁵³. Para Fragoso o objeto da tutela do descaminho “é fundamentalmente, a

²⁴⁷ SILVA, Germano Marques da. *Direito penal tributário...*, cit., p. 209-210.

²⁴⁸ SILVA, Germano Marques da. *Ibidem*, p. 210-211.

²⁴⁹ Não há de esquecer que no meio da redação confusa do descaminho, encontra-se a expressão “direito”. Neste sentido, há posições que reconhecem que bastaria a violação de quaisquer direitos envolvidos na operação de importação ou exportação de mercadorias para que se verifique, em tese, o descaminho. Assim, bastaria o não adimplemento de qualquer obrigação tributária – principal ou acessória – como, por exemplo: Tributos e Direitos Incidentes no Comércio Exterior; Direitos *Antidumping* e Compensatórios; Licenciamento da Importação, entre outros – para configuração do descaminho. Nesta perspectiva, vide: LIMA, Mônica Elisa de. *O efeito da extinção do crédito tributário sobre o crime de descaminho*. Dissertação. Universidade Cândido Mendes. Rio de Janeiro. 2009, p. 45-53. Já Carluci, a par do exame do art. 155, § 2º, inciso IX, alínea “a” da CF, exara que: “A palavra direito se refere ao Imposto de Importação e a palavra imposto pode se referir a outros impostos (...)”. CARLUCI, José Lence. *Uma introdução...*, cit., p. 248. Por fim, ainda consigna-se a lição de Toledo referindo que toda obrigação instituída em lei impondo certo valor pecuniário às operações de importação, exportação ou consumo de mercadorias importadas, deve ser albergada pela expressão “direito ou imposto”. Entretanto, como a legislação atinente as operações aduaneiras é fruto de freqüentes alterações, o jurista não pormenoriza quais seriam estas obrigações, restringindo-se a advertir que se estaria diante de um terreno de conteúdo instável, ou melhor, de “areia movediça”, na sua própria expressão. TOLEDO. Francisco de Assis. *Descaminho*. In: FRANÇA, Rubens Limongi. *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1979, p. 04.

²⁵⁰ TOLEDO. Francisco de Assis. *Descaminho...*, cit., p. 01-02.

²⁵¹ SCANDELARI, Gustavo Britta. *O crime tributário...*, cit., p. 291.

²⁵² FRAGOSO, Cláudio Heleno. *Lições de Direito...*, cit., p.1173.

²⁵³ TOLEDO. Francisco de Assis. *Descaminho...*, cit., p. 01.

salvaguarda dos interesses do erário público”, que seriam prejudicados “pela evasão de renda que resulta do descaminho”²⁵⁴. No mesmo passo, tem-se a lição de Magalhães Noronha que ao diferenciar as condutas do contrabando e do descaminho, afirma que enquanto aquele prejudica, em regra, a higiene, a moral, a segurança pública, o descaminho prejudica o erário público²⁵⁵.

Na doutrina mais contemporânea, Rogério Greco afirma que no crime de descaminho a “Administração Pública é o bem juridicamente protegido”, sendo o objeto material o direito ou imposto devido “iludido”²⁵⁶. Nucci entende que “o interesse protegido pela norma penal”²⁵⁷ no crime de descaminho é “a administração pública, levando-se em conta seu interesse patrimonial e moral”²⁵⁸. Em seu código penal cita decisão proferida em sede de Habeas Corpus pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região salientando que “O crime de descaminho não ofende somente o erário, atingindo também a soberania nacional, a autodeterminação do Estado, a segurança nacional e a eficácia das políticas governamentais de defesa do desenvolvimento da indústria pátria”²⁵⁹. Por isso, o descaminho é classificado como crime contra a Administração Pública e contra a ordem tributária²⁶⁰.

Ainda, em sentido parecido, Cezar Roberto Bittencourt afirma que “o crime de contrabando ou descaminho ofende relevantes interesses públicos, não apenas da Administração Pública como também do erário público e da própria soberania nacional”²⁶¹, referindo que o bem jurídico das incriminações apresenta-se num plano geral, específico e secundário. No plano geral, protege-se à Administração Pública, “como em todas as infrações penais constantes do Título XI do Código Penal”²⁶². Quanto ao bem jurídico específico, seria, “acima de tudo, a salvaguarda dos interesses do erário público, diretamente

²⁵⁴ FRAGOSO, Cláudio Heleno. *Lições de Direito Penal...*, cit., p.1172.

²⁵⁵ NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal...*, cit., p. 324; CAPEZ, Fernando. *Código penal comentado*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 813; Também, “o termo descaminho significa fraude no pagamento de impostos e taxas devidos para o mesmo fim (entrada ou saída de mercadorias ou gêneros)”. JESUS, Damásio de. *Código penal anotado*. 22ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 1099-1100.

²⁵⁶ GRECO, Rogério. *Código Penal Comentado*. 5ª ed. Niterói: Impetus, 2011, p. 949.

²⁵⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal – parte geral e especial*. 10ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014, p. 155.

²⁵⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. *Ibidem*, p. 912.

²⁵⁹ Damásio aponta que o objeto jurídico da incriminação é corresponde ao interesse do Estado “no que diz respeito ao erário público lesado pelo comportamento do sujeito”, que através da importação ou exportação de mercadoria sem “pagar os impostos e taxas devidos, prejudica não só o Poder Público como a indústria nacional”. JESUS, Damásio de. *Código penal...*, cit., p. 1100.

²⁶⁰ (TRF3. HC 2008.03.00.004202-7-SP, Segunda Turma. Rel. Nelton dos Santos, j. 25.08.2009). NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*. 14ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014, p. 1184.

²⁶¹ BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal, Parte especial: Crimes contra a...*, cit., p. 307.

²⁶² *Ibidem*.

atingido pela evasão de renda resultante dessas operações clandestinas ou fraudulentas. Por fim, no plano secundário, busca-se a proteção da “moralidade pública com a repressão de importação e exportação de mercadoria proibida, que podem, inclusive, produzir lesão à saúde pública, à higiene etc. e não deixa de proteger igualmente a indústria e a economia nacionais como um todo, com o fortalecimento de barreiras alfandegárias”²⁶³. Todavia, Bitencourt ao diferenciar as figuras do contrabando e do descaminho, sob o plano do tipo objetivo da adequação típica, ratifica que, este lesaria “somente o erário público — particularmente a aduana nacional —, constituindo, numa linguagem não técnica, um “*contrabando contra o fisco*”²⁶⁴.

Noutra linha doutrinária, Rene Ariel Dotti e Gustavo Scandelari referem, em primeiro momento, que, “se o bem jurídico tutelado chega a abarcar o interesse moral da Administração, o controle da entrada e saída de mercadorias ou a própria Administração em sentido largo, resta claro que, essencial e especialmente”, que o tipo penal do delito de descaminho “visa a higidez do Erário”, buscando, nomeadamente, desencorajar, “a sonegação da carga tributária incidente nas operações de importação e de exportação de bens”²⁶⁵.

Contudo, esta importante definição, que nos parece, *a priori*, a mais adequada, acalora outro pormenor, uma vez que a expressão higidez erário público é questionável e pouco segura, para dar de plano uma resposta pontual à objetividade e ao bem jurídico tutelado no crime de descaminho.

No mais, como se percebe, a doutrina para definir o bem jurídico penal do descaminho, apresenta uma concepção semelhante às análises utilizadas para definição do bem jurídico dos crimes fiscais, a partir do direito tributário. Tais análises repartem “o bem jurídico-penal, com espectro demasiado amplo, de maneira bifronte”, em que ora estaria em causa “o interesse público do Estado obter meios para a realização de suas atividades” e “o interesse do Tesouro” ora “função tributária” e o “Erário Público”²⁶⁶.

Ergue-se, de tal modo, “uma extensa e esfumaçada identificação que pouco serve para fins dogmáticos, pois nem limita o poder punitivo, nem confere sentido à hermenêutica

²⁶³ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal, Parte especial: Crimes contra a...*, cit., p. 306.

²⁶⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Ibidem*, p. 309.

²⁶⁵ DOTTI, René Ariel; SCANDELARI, Gustavo Britta. *A exigência do exaurimento...*, cit., p. 406; SCANDELARI, Gustavo Britta. *O crime tributário...*, cit., p. 253.

²⁶⁶ “Através de uma crítica criteriosa é possível compreender que tanto a Fazenda Pública, quanto o patrimônio público não podem ser o bem jurídico-penal tutelado, em virtude da notável vagueza semântica”. RUIVO, Marcelo Almeida. *Criminalidade fiscal...*, cit., p. 1200-1201.

do ilícito-típico” até porque, o sistema tributário não é a única fonte de renda do Estado, nem o seu o patrimônio esgota-se na arrecadação tributária²⁶⁷.

Afirmativa semelhante chega-se com relação à identificação da Administração Pública como bem jurídico tutelado pelo descaminho. Por esta ótica, sabe-se que a Fazenda Nacional é dotada de um acervo de atributos jurídicos que lhe outorga uma adequada estrutura de fiscalização e arrecadação que não tem como missão exclusiva o controle do fato gerador do ingresso ou saída de mercadorias estrangeiras, ademais, o valor destas operações não é o único meio de subsistência do Estado.²⁶⁸

Desta forma, a partir da análise apresentada sobre o bem jurídico do delito de descaminho, chega-se a um ponto de partida e não de chegada, num caminho que sugerimos o começo a partir do apreço dos modelos de incriminação fiscal e tributária os quais serão delineados nos tópicos que seguem.

4. MODELOS TEÓRICOS SOBRE A CRIMINALIDADE FISCAL

Em preceito, o estudo relacionado a qualquer forma de delito tem por início – e não há de ser diferente – a norma constitucional. Todavia, não se pode descurar dos principais modelos penais aplicados a criminalidade fiscal especialmente porque para determinados autores, o crime de descaminho protegeria dois bens jurídicos, os quais, em linhas gerais, seriam a função da administração pública e o recolhimento de impostos. Sendo assim, oportuna se faz tal análise.

No mais, é de dizer para compreensão do bem jurídico protegido na criminalidade fiscal, a doutrina tem recorrido a três grandes modelos: o funcionalista, o patrimonialista e o misto, os quais serão apreciados na continuação deste estudo²⁶⁹.

4.1. MODELO FUNCIONALISTA

²⁶⁷ RUIVO, Marcelo Almeida. *Criminalidade fiscal...*, cit., p. 1200-1201.

²⁶⁸ CARVALHO, Ivan Lira de. *A criminalização de ilícitos praticados por particular contra a Administração Pública – o descaminho de mercadorias*. In: *Advocacia Dinâmica*. São Paulo: Informativo Semanal, n. 43, 1996, p. 543.

²⁶⁹ DIAS, Augusto da Silva. *Crimes e contra-ordenações fiscais*. In: *Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários*. Vol. II. Coimbra: Editora Coimbra, 1999, p. 445-446.

No âmbito das teorias funcionalistas existem distintas formas de tratar o bem jurídico protegido nas infrações fiscais, entretanto, há alguns traços em comum a destacar.

O primeiro deles se encontra no fato de que o bem jurídico está intensamente ligado “às funções que, no âmbito da ciência das finanças públicas, se reconhece ao imposto”²⁷⁰.

Outro atributo singular – decorrente do primeiro – reside na desnecessidade de conformação patrimonial do objeto de tutela, sendo que o ilícito configura-se sem a necessidade efetiva diminuição das receitas do Estado²⁷¹, na perspectiva de que o objeto a ser tutelado assume uma composição típica que se configura como uma expressão de um perigo para o bem jurídico ou como pressuposto de sua lesão²⁷².

Nesta senda, a incriminação fiscal pode recair de forma exclusiva nos deveres de colaboração dos contribuintes com a Administração, ao passo que o ilícito baseia-se na violação dos deveres de informação, transparência e verdade fiscal. Disto tudo, decorre outra importante característica deste modelo teórico em razão de haver uma “prevalência na estrutura do ilícito do desvalor da ação”²⁷³, atribuindo aos crimes fiscais à conformação de um ilícito penal formal ou de desobediência²⁷⁴.

Conquanto existam todas estas similitudes, as principais teorias que compõe o modelo funcionalista reclamam uma análise mais aprofundada, justificada pela variação da aceção em que o bem jurídico penal da incriminação fiscal é tratado.

4.1.1. O CRIME FISCAL COMO OFENSA À FUNÇÃO TRIBUTÁRIA

Nesta percepção teórica o bem jurídico tutelado no crime fiscal é a função tributária, idealizada como sendo uma atividade da administração, ligada a gestão de receitas do Estado que, por conseguinte, são alcançadas através do procedimento da arrecadação fiscal²⁷⁵. Por isto, nesta via, o crime fiscal é compreendido como uma conduta típica empregada contra a Administração Pública atingindo suas funções públicas, e concretamente, a sua função tributária²⁷⁶.

²⁷⁰ SOUSA, Susana Aires de. *Os Crimes Fiscais...*, cit., p. 267.

²⁷¹ *Ibidem*.

²⁷² SOUSA, Susana Aires de. *Ibidem*, p. 69.

²⁷³ *Ibidem*.

²⁷⁴ *Ibidem*.

²⁷⁵ SOUSA, Susana Aires de. *Os Crimes Fiscais...*, cit., p. 267.

²⁷⁶ *Ibidem*.

Neste caso, o objeto de tutela destas normas penais tributárias vem a ser a função regulada pelo conjunto das normas tributárias²⁷⁷. Assim sendo, para determinação do bem jurídico penal tutelado é necessário investigar – de forma minuciosa²⁷⁸ – acerca do objeto de regulamentação das normas “cuja violação a incriminação procura evitar”.²⁷⁹ No entanto, tal investigação não constitui uma tarefa simples.

Aliás, não é difícil perceber que a atividade desta função tributária exercida pela administração pública é assaz complexa. Pois, em princípio, envolve normas e preceitos de caráter constitucional e infraconstitucional. Em linhas gerais, tais normas são responsáveis por garantir à administração pública uma série de poderes, direitos, deveres e outros atributos, que em seu conjunto todo integram a chamada função tributária²⁸⁰, que como já compartilhado vem a ser o objeto de tutela do delito fiscal.

Destarte, a grande problemática desta teoria consiste em que o bem jurídico “coincide com o interesse público na aplicação correcta das normas tributárias”²⁸¹, ou seja, seria esta função tributária e pública que à administração cabe desempenhar que resultaria prejudicada pela pratica de crimes fiscais.

De outra banda, há autores que ampliam a significação da “função da tutela tributária” entendendo-a como “função de tutela do tributo” englobando a função patrimonial e financeira, incumbida da arrecadação de receitas para custear as atividades do Estado; a função axiológica ou de justiça, voltada à repartição dos ônus tributários; e a função político-econômica, em que o sistema é visto como instrumento de política econômica.²⁸²

Neste aparte, Germano Marques da Silva compreende que o bem jurídico dos crimes tributários não se exaure na exclusiva tutela do patrimônio do Estado²⁸³. Nesta interpretação, o bem jurídico da incriminação fiscal é o sistema tributário compreendido em um aspecto funcional, em que a função tributária não está apenas na arrecadação

²⁷⁷ SOUSA, Susana Aires de. *Os Crimes Fiscais...*, cit., p. 268.

²⁷⁸ Ora, pois, se não se encontra exatamente a norma ou as normas violadas, dentro do cenário da função tributária, fica desde já, obstada no que se baseia o bem jurídico.

²⁷⁹ SOUSA, Susana Aires de. *Os Crimes Fiscais...*, cit., p. 267.

²⁸⁰ SOUSA, Susana Aires de. *Ibidem*, p. 267-269.

²⁸¹ SOUSA, Susana Aires de. *Ibidem*, p. 269.

²⁸² SOUSA, Susana Aires de. *Ibidem*, p. 269.

²⁸³ SILVA, Germano Marques da. *Direito penal tributário...*, cit., p. 209-210; 251-252; 229-230.

propriamente dita, mas também, noutras finalidades,²⁸⁴ como o desestímulo ao consumo de certos produtos²⁸⁵.

O supracitado autor justifica seu pensamento no fato de que o objeto da ação nos crimes tributários não é sempre igual, embora todos tutelem o mesmo bem jurídico, o objeto de ação de cada um é variável, ora seria o patrimônio estatal (erário público), o dever de cooperação dos contribuintes na determinação do evento tributário, “a paz tributária”, ora seria a economia nacional ou certas mercadorias de relevo no cenário pátrio, comunitário e/ou internacional.²⁸⁶

Contudo, como bem refere Susana Aires de Sousa, esta teoria não está imune a críticas, pois se evidencia um problema de certa coincidência entre normas²⁸⁷ relacionadas à função de tutela do tributo²⁸⁸. Em verdade, há uma mistura identificável²⁸⁹ “entre a *ratio legis* da incriminação e o conceito de bem jurídico penal, enquanto categoria dogmática que cumpre uma função crítica e transcendente a incriminação”²⁹⁰. Isto, por conseguinte, enseja um verdadeiro esvaziamento do bem jurídico desta incriminação fiscal, tornando incerta não apenas sua concretização²⁹¹, mas também, atingindo a função limitativa do *jus puniendi*, podendo chegar a um positivismo sem fim²⁹², característico de um direito penal de ordem aproveitado ilimitadamente na época do nazismo²⁹³, e, conseguintemente, para ascensão do nacional socialismo na Alemanha²⁹⁴.

Ressalva-se que alguns simpatizantes da tese de “função de tutela do tributo” acrescem que a ofensa a função tributária nesta espécie, constituiria apenas o bem jurídico genérico presente em todos os delitos tributários e que o bem jurídico específico deve ser “extraído” do próprio crime tributário em apreço.²⁹⁵

²⁸⁴ Instrumento de política econômica, como exemplo.

²⁸⁵ SILVA, Germano Marques da. *Direito penal tributário...*, cit., p. 92.

²⁸⁶ *Ibidem*.

²⁸⁷ Em linhas gerais, em semelhança com a “função da tutela tributária” para uma coincidência entre a norma tributária e o bem jurídico tutelado que impede a configuração do bem jurídico penal fiscal.

²⁸⁸ SOUSA, Susana Aires de. *Os Crimes Fiscais...*, cit., p. 295-297.

²⁸⁹ Esta acepção pode ser visualizada dentro do contexto evolutivo do bem jurídico penal, através da concepção metodológica, que tem como seu representante inicial “Honig, que, em 1919, identificou o bem jurídico com a *ratio* da norma” SALOMÃO, Heloisa Estellita. *A tutela penal...*, cit., p. 31.

²⁹⁰ SOUSA, Susana Aires de. *Os Crimes Fiscais...*, cit., p. 270.

²⁹¹ SOUSA, Susana Aires de. *Ibidem*, p. 295-297.

²⁹² SALOMÃO, Heloisa Estellita. *A tutela penal...*, cit., p. 31-32.

²⁹³ ANDRADE, Manuel da Costa. *Contributo para o conceito de contra-ordenação (a experiência alemã)*. In: *Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários*. Vol. I. Coimbra: Editora Coimbra, 1998, p 92-93.

²⁹⁴ SALOMÃO, Heloisa Estellita. *A tutela penal...*, cit., p. 32.

²⁹⁵ SOUSA, Susana Aires de. *Os Crimes Fiscais...*, cit., p. 267-269.

Por fim, sobrepõe-se que o objeto da tutela penal fiscal deste modelo, aproxima-se da proteção dos deveres de colaboração e lealdade do contribuinte com a administração²⁹⁶, restando fora dos padrões atuais²⁹⁷.

4.1.2. O CRIME FISCAL COMO OFENSA AO PODER TRIBUTÁRIO

É importante compreender que há uma significação específica para expressão poder tributário, que se reporta “a vertente econômica do poder político do Estado”²⁹⁸, de modo que o bem jurídico afrontado nos crimes fiscais incide no poder atribuído à administração tributária e no conjunto de capacidades que seu exercício implica²⁹⁹.

Para esta teoria, o objeto da tutela penal era compreendido num sentido estático, integrado pelos deveres de colaboração, fragmentadas em diferentes fases dos procedimentos fiscais impostos ao contribuinte, como por exemplo, obrigações contabilísticas e documentais. No entanto, numa aceção dinâmica o bem jurídico penal tutelado corresponde ao poder de tributar projetado nas diferentes fases do procedimento fiscal ou tributário.³⁰⁰

Na Itália, uma percepção aproximada desta teoria era prosseguida na análise do artigo 4 da *Legge* 516/82. *In casu*, o bem jurídico penal da norma italiana resultava da criminalização de fatos meramente preparatórios de um hipotético prejuízo patrimonial “o que levaria a doutrina a caracterizar aquelas normas incriminatórias como crimes formais, verdadeiros *reati prodromici*”³⁰¹, restando, assim, esta teoria superada sob o prisma do direito penal e do direito tributário contemporâneo.³⁰²

4.1.3. O CRIME FISCAL COMO OFENSA AO SISTEMA ECONÔMICO

²⁹⁶ SOUSA, Susana Aires de. *Os crimes fiscais...*, cit., p. 270.

²⁹⁷ Neste sentido ver caráter dinâmico e flexível, que dentre outros elementos compões a – nova – função fiscal. SOUSA, Susana Aires de. *Ibidem*, p. 267-270.

²⁹⁸ SOUSA, Susana Aires de. *Ibidem*, p. 271.

²⁹⁹ *Ibidem*; GOMEZ, Ignacio Ayala. *El delito de defraudacion tributaria: artículo 349 del Código Penal*. Madrid: Editorial Civitas, 1988, p. 51-52.

³⁰⁰ SOUSA, Susana Aires de. *Os Crimes Fiscais...*, cit., p. 271.

³⁰¹ FABRIZIO LEMME, La Frode Fiscale. *Profili sistematici delle disposizioni penali dell' art. 4. Legge 516 de 1982*. Jovene Editore, 1993, p. 128. *Apud* SOUSA, Susana Aires de. *Os Crimes Fiscais...*, cit., p. 271-272.

³⁰² SOUSA, Susana Aires de. *Ibidem*, p. 272.

Inicialmente, indica-se que o delito econômico em sentido amplo, constitui uma infração que “afectando um bem jurídico patrimonial individual, lesa ou põe em perigo, num segundo momento, a regulação jurídica da produção, distribuição e consumo dos bens e serviços”³⁰³. Já em sentido estrito, “trata-se de uma infracção que lesa ou põe em perigo a ordem económica entendida como regulação jurídica do intervencionismo estatal na economia de um país”³⁰⁴. Como explica Muñoz Conde, se é justificável a intervenção estatal na economia, o conteúdo coercitivo desta intervenção que corresponde ao bem jurídico do delito fiscal³⁰⁵.

No mais, ainda que haja uma forte corrente que defenda a inserção dos delitos fiscais no rol dos crimes econômicos, tal transposição não é algo simples de se analisar em face da dificuldade de identificar um critério para concepção do bem jurídico. É exatamente a incompletude deste critério que divide a doutrina.³⁰⁶

Para alguns autores o que está em causa refere-se ao atendimento de um conceito amplo de economia nacional e de ordem pública econômica, sendo que o objeto tutelado pelo direito penal fiscal é o sistema econômico considerado de forma autônoma, ou seja, a ordem econômica seria o próprio bem jurídico penal dificultando a compreensão do tipo penal econômico.³⁰⁷

De outro lado, a doutrina aponta que estaria em questão seria um somatório de bens jurídicos supra-individuais relevantes para economia,³⁰⁸ sendo os delitos fiscais vistos como pluriofensivos, em que o bem jurídico imediato atinge a atividade financeira do Estado e mediatamente com a ordem econômica e a coletividade.³⁰⁹

Em exemplo das demais, esta teoria tem sido alvo de críticas, pois, ainda que se compreenda o sistema econômico em sentido estrito, há dificuldades em apreciar sua amplitude e significação. Disto tudo, resta “um bem jurídico excessivamente genérico e que

³⁰³ SOUSA, Susana Aires de. *Os Crimes Fiscais...*, cit., p. 274.

³⁰⁴ *Ibidem*,

³⁰⁵ MUÑOZ CONDE, Francisco. *La ideología de los delitos contra El orden socioeconómico en El Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal*. Cuaderno de Política Criminal, n.º16. Universidade Católica de Madrid. 1982, p. 129. *Apud* GOMEZ, Ignacio Ayala. *El delito de...*, cit., p. 45.

³⁰⁶ SOUSA, Susana Aires de. *Os Crimes Fiscais...*, cit., p. 272-273.

³⁰⁷ *Ibidem*.

³⁰⁸ Especificamente sobre o tema do bem jurídico penal do sistema econômico. *Vide*: RUIVO, Marcelo Almeida. *Criminalidade Financeira...*, cit., p. 77 e segs.

³⁰⁹ “Considera-se que mediante a lesão patrimonial que o delito fiscal origina para Fazenda pública se prejudica o bom funcionamento da intervenção pública na economia, impedindo a consecução de uma série de fins de caráter econômico e social que o Estado persegue com percepção dos tributos” SOUSA, Susana Aires de. *Os Crimes Fiscais...*, cit., p. 273.

necessita de especificações, como por exemplo, a lesão de um bem jurídico instrumental ou mediato, de que constitui exemplo o patrimônio do Estado”.³¹⁰

4.1.4. CRIME FISCAL COMO OFENSA AO SISTEMA FISCAL

Com base em conceitos e preceitos advindos do direito financeiro, alguns doutrinadores “identificam o bem jurídico protegido nos crimes fiscais com o sistema fiscal”³¹¹. Porém, é de notar que a significação de sistema fiscal é ampla. Trata-se de um “conjunto de tributos e normas que os regulam, existentes num determinado espaço tendo em vista a prossecução de determinados fins”³¹². Pressupõe-se assim, uma unidade racional e coerente capaz de suplantar a soma dos elementos que a compõe. Logo, pode se afirmar que tal sistema possui uma identificação própria, suficiente para lhe atribuir uma acepção econômica, política, social e histórica.³¹³

Para esta teoria, o objeto da tutela penal reside no correto funcionamento do sistema fiscal, abrangendo seus desígnios fiscais e extrafiscais. Neste caso, a intervenção penal serviria para reprimir os comportamentos ofensivos que viessem a prejudicar a funcionalidade do sistema e obstar a concretização de objetivos econômicos, sociais e políticos.³¹⁴

Segundo Susana Aires de Sousa e Ignacio Ayala Gomez³¹⁵, um dos principais representantes desta acepção é Delogu, que entende o sistema fiscal como um conjunto de atributos existentes num determinado Estado, num dado momento histórico, levando em conta que a fisionomia do sistema estaria ligada a uma série de fatores econômicos, políticos e sociais³¹⁶. Para o autor italiano, a garantia do correto funcionamento do sistema fiscal

³¹⁰ SOUSA, Susana Aires de. *Os Crimes Fiscais...*, cit., p. 274.

³¹¹ SOUSA, Susana Aires de. *Ibidem*, p. 275.

³¹² *Ibidem*.

³¹³ Indiscutivelmente, do ponto de vista histórico o delito aduaneiro é o exemplo clássico neste sentido: “a história é rica em demonstrativos da utilização dos impostos para finalidades económicas, v.g., o recurso aos direitos aduaneiros na época do mercantilismo como forma de cumprir uma política económica protecionista”. *Ibidem*.

³¹⁴ *Ibidem*.

³¹⁵ GOMEZ, Ignacio Ayala. *El delito de...*, cit., p. 64-66.

³¹⁶ “Assim, não obstante o seu aparente carácter fragmentário, o sistema fiscal é o bem ou o interesse que se sustenta nas normas vigentes nas instituições num determinado momento histórico; e também porque no seu conjunto tem em vista um resultado único e global: procurar o máximo de receitas para o Estado com o mínimo de sacrificio para os contribuintes”. DELOGU, Tulio. *L'Oggetto giuridico dei reati fiscali, in studi in Onere di Francesco Antolisei*. Vol. I. Milano: Giuffrè Editore, 1965, p. 432. *Apud* SOUSA, Susana Aires de. *Os Crimes Fiscais...*, cit., p. 276.

seria o bem jurídico geral presente em todos os delitos fiscais. Por conseguinte, a violação dos deveres fiscais por parte do contribuinte capaz de gerar “um risco” ao funcionamento do sistema fiscal, justificaria a intervenção penal.

No mais, a teoria em apreço também não é isenta a críticas, primeiramente em razão do caráter genérico, abstrato e vago do sistema fiscal dificultando a completude do bem jurídico penal. Não é demais sublinhar que a própria teoria fiscal não tem uma unívoca conceituação para o sistema fiscal. Outrossim, a concepção em apreciação é falha quanto aos pressupostos de coerência e unidade do sistema fiscal³¹⁷, pois na realidade prática sabe-se que há um leque de portarias, regimentos internos, etc. Essa pluralidade de decisões fazem cair por terra os fundamentos de coerência e unidade, podendo gerar uma confusão do bem jurídico protegido³¹⁸.

4.2. TEORIA PATRIMONIALISTA

A teoria patrimonialista funda-se em duas concepções. A primeira delas, chamada de teoria patrimonial pura, baseia-se numa percepção privatística da relação fiscal em que o imposto é o preço pago pelos contribuintes aos bens e serviços do Estado³¹⁹. Na outra, o imposto é estabelecido *ex legis* e não *ex voluntate* trazendo uma feição pública à relação jurídica tributária entre contribuintes e Estado³²⁰. Nesta via, o embasamento para critério do pagamento de impostos não está no princípio do benefício, mas sim, no de capacidade de contribuição do contribuinte, em atenção à igualdade material e a justiça social. Aliás, caso assim não fosse, estabelecer-se-ia uma relação em que o Estado seria credor e o contribuinte devedor, algo muito próximo do que ocorre no meio dos contratos privados, sendo que, em caso de inadimplência não se admitiria a intervenção do direito penal, pois questões deste

³¹⁷ SOUSA, Susana Aires de. *Os Crimes Fiscais...*, cit., p. 276-277.

³¹⁸ GOMEZ, Ignacio Ayala. *El delito de...*, cit., p. 68-69.

³¹⁹ Presentemente, a proteção penal fiscal lastreada em uma visão patrimonialista pura está ultrapassada, não devendo ser aceita, uma vez que estaria na base de tributação o critério do benefício como repartição dos impostos. Tal critério não é reconhecido pela teoria das Finanças Públicas, pois é impossível, na grande parte dos casos, que cada contribuinte pague de acordo com o benefício que extrai do bem público, no mesmo plano, têm beneficiários de bens públicos que não devem ser chamados a contribuir. SOUSA, Susana Aires de. *Os Crimes Fiscais...*, cit., p. 277-278.

³²⁰ O Estado através do seu atributo de império é o titular desta relação estabelecida a partir de normas de direito público.

naípe devem ser, mais do que nunca, solucionadas noutros ramos do direito, sob pena do retrocesso de prisão por dívida.³²¹

Contemporaneamente, a teoria patrimonial que compreende o crime fiscal como um crime contra o patrimônio do Estado é predominante aceita pela doutrina, se opondo aos modelos funcionalistas supramencionados³²².

É oportuno esclarecer que o “patrimônio ou erário público, pressupõe-se uma concepção *lata* que coincide com o conjunto de bens patrimoniais necessários ou úteis à realização dos fins públicos”.³²³ Desta forma, não se trata de um patrimônio individual, mas supra-individual em que a comunidade é a titular³²⁴.

Para esta teoria para configuração do crime fiscal se exige a verificação de um prejuízo ao fisco, sem o qual o delito não se consuma³²⁵. Neste pensar, entende-se como crime fiscal a conduta lesiva ao erário público, capaz de causar um efetivo prejuízo³²⁶ ao “cofre” do Estado, sem esta real diminuição patrimonial resta obstada a consumação. Desta forma, diante da exigência da verificação de um resultado, trata-se necessariamente de crime de dano.³²⁷ Nesta acepção, os professores conimbricenses Costa Andrade e Figueiredo Dias, referem que “a representação do bem jurídico há de emprestar à incriminação fiscal uma estrutura substancialmente idêntica à dos crimes contra o patrimônio em geral”³²⁸. Esta definição pontual e objetiva é de assaz importância para este estudo, pois, a partir dela, dá-se à norma penal um contorno material, que permite aferir a ofensa ao bem jurídico tutelado, conforme adiante será abordado.

Embora, predominante aceita a teoria patrimonialista também recebe questionamentos. Lembra Susana Sousa que há autores que referem que o imposto ou a vantagem obtida ao ser relacionada com o montante total das receitas fiscais, no mais das vezes, constituir-se-ia em bagatela. Todavia, ressalva-se que visão destes autores poderia ser

³²¹ SOUSA, Susana Aires de. *Os Crimes Fiscais...*, cit., p. 277-278.

³²² SOUSA, Susana Aires de. *Ibidem*, p. 279.

³²³ *Ibidem*.

³²⁴ *Ibidem*; SALOMÃO, Heloisa Estellita. *A tutela penal...*, cit., p. 175-180.

³²⁵ SALOMÃO, Heloisa Estellita. *Ibidem*, p. 203.

³²⁶ Conforme explicam os professores Costa Andrade e Figueiredo Dia, o dito “prejuízo” – supressão ou redução – pode ocorrer “sob a forma de não pagamento ou pagamento indevidamente reduzido de um imposto, já sob a forma de um reembolso sem suporte legal, já sob a forma de obtenção ilícita de um benefício fiscal”, sendo esta acepção encontrada no direito alemão. DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. *O crime de fraude fiscal...*, cit., p. 419-420.

³²⁷ SOUSA, Susana Aires de. *Os Crimes Fiscais...*, cit., p. 279-280; Este modelo de crime de dano foi adotado para verificação dos crimes contra ordem tributária no Brasil. MACHADO, Hugo de Brito. *Estudos de Direito Penal Tributário*. São Paulo: Atlas, 2002, p. 159-160.

³²⁸ DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. *O crime de fraude fiscal...*, cit., p. 420.

distinta se estivesse em causa a proteção do funcionamento do sistema tributário. Entendimento que não é unânime, pois as funções que se atribuem aos impostos “seriam o bem jurídico imaterial mediato que permite fundamentar a criminalização, distinto do bem jurídico imediato composto pelo patrimônio do Estado”.³²⁹

Outra crítica à concepção patrimonialista consiste na dificuldade de definição de patrimônio, uma vez que, o conceito de erário público é extremamente amplo, sendo composto de vários elementos patrimoniais de diversificadas espécies.³³⁰

4.3. OUTROS MODELOS TEÓRICOS

4.3.1 O CRIME FISCAL COMO VIOLAÇÃO AOS DEVERES DE COLABORAÇÃO DE VERDADE E TRANSPARÊNCIA

Nesta definição, a relação jurídica tributária centra-se nos deveres de colaboração dos contribuintes com a administração fiscal. O que se coloca em causa é a colaboração e a lealdade dos contribuintes na determinação dos fatos tributáveis.³³¹ Como o próprio nome da teoria sugere, exige-se verdade e transparência das informações fiscais³³² fornecidas pelos contribuintes à administração³³³.

Desta forma, o bem jurídico corresponde ao cumprimento dos deveres de comunicação de dados à Administração fiscal, sendo que, a partir da transgressão dos deveres de colaboração a que o contribuinte está obrigado se baseia a incriminação³³⁴ não estando em causa apenas a evasão, mas, nomeadamente, a falta de colaboração com a Administração na persecução da atividade tributária.

No mais, é de apresentar que esta teoria também faz certa confusão do bem jurídico penal – patrimônio fiscal do Estado – com o aparato normativo de a proteção daquele bem. Confunde-se, da mesma forma, “o desvalor do resultado, que se pretende com o primeiro

³²⁹ SOUSA, Susana Aires de. *Os Crimes Fiscais...*, cit., p. 280.

³³⁰ SOUSA, Susana Aires de. *Ibidem*, p. 281.

³³¹ DIAS, Augusto da Silva. *Crimes e contra-ordenações...*, cit., p. 445-446.

³³² Na tributação contemporânea há uma intensificação de informações fiscais são prestadas pelos contribuintes à Administração. SOUSA, Susana Aires de. *Os Crimes Fiscais...*, cit., p. 281.

³³³ SOUSA, Susana Aires de. *Ibidem*, p. 281-282.

³³⁴ *Ibidem*.

aspecto com o desvalor da acção, referido àqueles deveres de colaboração”³³⁵. Diante da coincidência do objeto da tutela penal com os diversos deveres e obrigações que são impostos aos contribuintes, resta dificultosa a tarefa de localizar um critério que permita identificar os deveres que residem no bem jurídico penal tutelado³³⁶, uma vez que não se admite confundir “o meio através do qual se lesa o interesse protegido com o próprio interesse tutelado, pois a obrigação de declarar com verdade a só adquire relevância jurídica quando seja meio para atacar um bem jurídico”.³³⁷

Disto tudo, percebe-se que uma teoria deste jaez, em que o ilícito penal centraliza-se na observância dos deveres de colaboração do contribuinte com a administração fiscal, nivela o crime tributário ao de desobediência³³⁸ ou àqueles relacionados a proteção da fé pública³³⁹.

4.3.2. O CRIME FISCAL COMO VIOLAÇÃO À FUNÇÃO SOCIAL DOS IMPOSTOS

Na criminalidade fiscal como violação à função social dos impostos o objeto de tutela repousa na observância do cumprimento das funções sociais que aos impostos se reconhece. Pois, é a partir do cumprimento destas funções, onde cada contribuinte contribui na medida de sua capacidade econômica, que se estabelece o desenvolvimento da vida comunitária, bem como se garantem as atividades estatais voltadas ao interesse coletivo.³⁴⁰

Assim, estabelece-se uma valoração do “patrimônio” do “contribuinte honesto” – que contribui de forma correta de acordo com sua capacidade – e não apenas do interesse arrecadação das receitas fiscais pelo Estado, sendo que a incriminação reside na proteção da correta da repartição dos impostos. Pois quanto mais práticas fraudulentas existir, mais será exigido do – patrimônio – “contribuinte honesto”.³⁴¹

³³⁵ SOUSA, Susana Aires de. *Os crimes fiscais...*, cit., p. 283.

³³⁶ GOMEZ, Ignacio Ayala. *El delito de...*, cit., p. 59-60.

³³⁷ SOUSA, Susana Aires de. *Os Crimes Fiscais...*, cit., p. 283.

³³⁸ SOUSA, Susana Aires de. *Ibidem*, p. 283-284.

³³⁹ GOMEZ, Ignacio Ayala. *El delito de...*, cit., p.62.

³⁴⁰ SOUSA, Susana Aires de. *Os Crimes Fiscais...*, cit., p. 284-285; GOMEZ, Ignacio Ayala. *El delito de...*, cit., p. 30-31.

³⁴¹ SOUSA, Susana Aires de. *Ibidem*.

Não obstante, revela-se difícil a compreensão do bem jurídico penal tutelado³⁴², pois é impossível verificar em que ponto a conduta lesiva individual do contribuinte prejudica o patrimônio dos demais, tampouco as funções que o Estado desempenha através dos impostos. Em verdade, o bem jurídico colide e confunde-se com os fundamentos e objetivos de certa política fiscal que busca o equilíbrio social e o desenvolvimento econômico³⁴³, esvaindo-se em demasiada abstração³⁴⁴.

4.3.3. O CRIME FISCAL COMO CRIME DE DESOBEDIÊNCIA

A incriminação fiscal como crime de desobediência atribui ao delito fiscal uma tutela meramente formal das normas tributárias, tendo por referência uma relação jurídica fiscal de poder, na qual o Estado – soberano – impõe o tributo e o contribuinte – súbdito – obedece³⁴⁵.

De tal sorte, não está em causa à tutela de bens jurídicos, mas, designadamente, o imperativo do próprio ordenamento jurídico fiscal³⁴⁶. Despreza-se, deste modo, o fundamento ético-social que justificaria a criminalização fiscal, correspondendo à infração fiscal tão somente a uma sanção por desobediência³⁴⁷.

Historicamente, esta concepção está atrelada às teorias que buscavam estabelecer uma diferença ontológica e substancial entre os ilícitos administrativos e os penais, se para estes há interesses fundamentais juridicamente reconhecidos; para aqueles, a questão dizia respeito a interesses éticos, morais e socialmente neutros³⁴⁸. Contudo, ao desprezar o caráter

³⁴² A grande crítica à esta teoria vem da doutrina alemã que entende que a identificação do bem jurídico tutelado “uma compreensão que identifique o bem jurídico tutelado com a função social das receitas fiscais consegue somente apreender reflexos de proteção inerentes ao tipo criminal enquanto meio de luta contra o fenómeno criminal de fraudes aos impostos” HÜBSCHAMN/HEPP/SPITALER, *Kommentar zur Abgabenordnung und Finanzgerichtsordnung*. Köln: Verlag Dr. Otto Schmidt, 2003, p. 30. *Apud* SOUSA, Susana Aires de. *Os Crimes Fiscais...*, *cit.*, p. 285.

³⁴³ SOUSA, Susana Aires de. *Os Crimes Fiscais...*, *cit.*, p. 285

³⁴⁴ “Dos conceitos abstratos como o de ‘unidades de função social’ (soziale Funktionseinheiten) nada há a ganhar mais do que uma incompleta insegurança”. HOFF, Alexander, *Das Handlungsunrecht der Steuerhinterziehung*, Berlin, Heidelberg, New York: Springer-Verlag, 1999, p. 09. *Apud* SOUSA, Susana Aires de. *Ibidem*, p. 286.

³⁴⁵ SOUSA, Susana Aires de. *Os Crimes Fiscais...*, *cit.*, p. 286-287.

³⁴⁶ JOSEF ISENSEE, “Aussetzung des Strafverfahren – rechtsstaatliche Ermessensdirektiven”, in *Neue Juristische Wochenschrift*, Jahrgang, 1985, p. 1008. *Apud* SOUSA, Susana Aires de. *Ibidem*, p. 286.

³⁴⁷ SOUSA, Susana Aires de. *Ibidem*, *cit.*, p. 286-287; GOMEZ, Ignacio Ayala. *El delito de...*, *cit.*, p. 30-31.

³⁴⁸ SOUSA, Susana Aires de. *Ibidem*, p. 286.

ético da incriminação fiscal, os delitos fiscais passam a ser simples e exclusivamente delitos formais não se afeiçoando ao âmbito do direito penal, mas sim, do direito administrativo³⁴⁹.

Ratifica-se, que uma percepção unicamente formal do delito fiscal, tem-se por ultrapassada. Mais, a teoria em apreço recebeu profundas críticas especialmente por reconhecer ao sistema e à norma fiscal uma função que vai além da obtenção de receitas, suplantando, até mesmo os limites fundamentais da norma constitucional³⁵⁰. Ora, nem todo ato de desobediência à lei fiscal deve ser penalmente reprovado, de tal forma, nega-se, assim, o cabimento desta teoria num sistema de direito penal que reconhece a proteção de bens jurídicos.

4.4. O CRIME FISCAL DE NATUREZA MISTA

Finalmente, observa-se à incriminação fiscal com uma matriz mista resultante da combinação dos modelos teóricos funcionalistas e patrimonialistas, protegendo tanto a unidade do sistema fiscal quanto o patrimônio do Estado. Nas palavras de Carlos Teixeira e Sofia Gaspar o bem jurídico penal fiscal corresponderia ao interesse do “Estado no funcionamento do sistema tributário e, reflexamente, o patrimônio estadual tributário”³⁵¹.

Para Costa Andrade e Figueiredo Dias, este modelo era reconhecido ao delito de fraude fiscal previsto no RJIFNA, onde a lesão ao patrimônio não integrava necessariamente o fato típico, estando em apreço – direto e principal – a tutela da fiabilidade dos documentos da prática fiscal³⁵². Sob este pensar, pode-se citar o caso de um ilícito de falso, destinado e com potencial a causar um dano ao patrimônio do Estado.³⁵³ Por isso, entende-se que o crime fiscal é alicerçado a partir do perigo ou do dano das receitas do Estado³⁵⁴.

Contudo, este modelo misto – por si só – não tem vida própria. A sua análise, obrigatoriamente, deve passar por outros critérios, como por exemplo, o da ofensividade ao

³⁴⁹ GOMEZ, Ignacio Ayala. *El delito de...*, cit., p. 30.

³⁵⁰ “A maioria da doutrina considera que, ao responsabilizar-se o sistema fiscal pelo cumprimento de finalidades extra-fiscais, aliadas aos valores da justiça e da solidariedade social, o ordenamento tributário perdeu a marca de neutralidade ética que em tempos o caracterizou. Na verdade, a tributação tem fundamento e limites constitucionais que lhe retiram qualquer arbitrariedade”. SOUSA, Susana Aires de. *Os Crimes Fiscais...*, cit., p. 287.

³⁵¹ TEIXEIRA, Carlos; GASPAR, Sofia. *Comentários das leis...*, cit., p. 425.

³⁵² DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. *O crime de fraude fiscal...*, cit., p. 421-422.

³⁵³ DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. *Ibidem*, p. 422-423.

³⁵⁴ DIAS, Augusto da Silva. *Crimes e contra-ordenações...*, cit., p. 445.

bem jurídico penal³⁵⁵ e do crime de resultado cortado³⁵⁶, sob pena do crime fiscal revelar-se demasiadamente formal.

5. A NATUREZA DO CRIME DE DESCAMINHO: UM ENIGMA FISCAL OU TRIBUTÁRIO?

Mais do que nunca, o título de um texto, seja ele de jornal, publicitário e, inclusive, acadêmico têm basicamente duas finalidades: a primeira, despertar a curiosidade para leitura e a segunda depende muito mais do leitor, pois através do título pode se afirmar muito com poucas palavras. É justamente numa forma socrática que se dá seguimento a este estudo, chamando atenção para incoerência na definição da natureza do crime de descaminho no Brasil. Neste espaço enigmático, questões básicas de política criminal (falta de definição de categorias) ou interpretativas de direito penal (delito material ou formal), entre tantas outras, restam prejudicadas. Esta problemática é muito mais profunda do que se imagina, refletindo negativamente no ordenamento jurídico e no âmbito jurisdicional.

Em Portugal, apesar de não existir maiores discussões quanto à natureza tributária do delito de contrabando, que é compaginado no Capítulo dos Crimes Aduaneiros na terceira parte do RGIT, destinada as infrações tributárias especiais, no Brasil o tema carece de consenso.

Desta forma, utilizar-se-ão os critérios que seguem na busca de compreender o porquê o descaminho é um crime tributário.

5.1. CRITÉRIO JURÍDICO-PENAL

O primeiro passo no intento de desvendar a essência jurídica do descaminho é dado a partir de sua autonomia com relação ao contrabando. Neste particular rememora-se a secular lição de Viveiro de Castro, que em relação ao contrabando atribui, “quem importa ou exporta mercadorias proibidas atenta, em via de regra, contra a hygiene, a ordem e a

³⁵⁵ Neste sentido, ver D’AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade em direito penal...*, cit., p. 50 e segs.

³⁵⁶ ANDRADE, Manuel da Costa. *A Fraude fiscal – Dez anos depois, ainda um “crime de resultado cortado”?*. In: *Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários*. Vol. III. Coimbra: Editora Coimbra, 2009, p. 255 e segs.

segurança pública”³⁵⁷. Com relação ao descaminho reconhece àquele que “evita no todo ou em parte, o pagamento dos direitos, e por qualquer modo illude ou defrauda esse pagamento, attenta contra as rendas publicas, contra os meios de subsistência da Nação”³⁵⁸.

Como visto, não reside na essência do descaminho a tutela de outros bens jurídicos ou interesses, como por exemplo, a higiene, etc, e sim, a receita fiscal. Esta diferenciação entre descaminho e contrabando dá autonomia ao conteúdo e ao objeto de tutela de cada um dos delitos, sendo de suma importância, especialmente após a mudança trazida pela Lei n.º 13.008/2014, em que os ditos delitos tiveram, finalmente, suas condutas típicas separadas. Por conseguinte, se ao descaminho, não se admite importação ou exportação de objetos proibidos, a ele resta à proteção apenas do pagamento de direito ou imposto devido pela entrada e saída de mercadoria, não havendo motivos para tratá-lo de forma diferente dos demais crimes tributários³⁵⁹.

Nas letras de Paulo José da Costa Júnior: “consistindo o contrabando na exportação ou importação de mercadoria proibida, não é um ilícito fiscal. O descaminho, ao revés, representa uma fraude³⁶⁰ ao pagamento dos tributos aduaneiros”. Compreende-se, portanto que o descaminho, “configura um ilícito de natureza tributária, onde se apresenta uma relação fisco-contribuinte, que não se verifica no contrabando”³⁶¹.

Embora, das diferenças entre o tipo objetivo dos crimes de descaminho e do contrabando, possa-se trazer um matiz intenso e conclusivo a ponto de reconhecer à natureza de crime tributário do descaminho, para muitos este critério é inválido, para usar uma expressão de Bitencourt, “é absolutamente inconsistente”³⁶², uma vez que o descaminho não protegeria apenas o pagamento dos impostos relacionados a saída e entrada de produtos.

O descaminho ou contrabando, da forma que está posto no artigo 334, configura para Bitencourt, norma especial perante àquelas que se encontram no âmbito das infrações contra a ordem tributária. Neste sentido, a definição do critério da especialidade decorre da “natureza do bem jurídico tutelado — contra a Administração Pública —, dispensando-lhe

³⁵⁷ CASTRO, Augusto Olympio Viveiros de. *Accordans e votos comentados...*, cit., p. 254

³⁵⁸ Lembra o autor que “descaminhar direitos aduaneiros sempre foi e sempre será considerado um delicto, enquanto existirem alfândegas” destacando que as circunstâncias dos delito dependem do momento político e econômico. *Ibidem*.

³⁵⁹ Esta é a posição adotada.

³⁶⁰ Ou seja: “constitui eminentemente fraude fiscal”. GROCH, Ludmila de Vasconcelos Leite. *O descaminho como crime tributário...*, cit., p. 223.

³⁶¹ COSTA JÚNIOR. Paulo José da. *Comentários ao Código Penal*. 6º ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 521.

³⁶² BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal, Parte especial: Crimes contra a...*, cit., p. 323.

tratamento especial (diferente, peculiar, específico) em relação aos demais crimes fazendários, que são regulados por leis genéricas da Ordem Tributária”³⁶³.

Como se observa tal aceção convive com outro pormenor, anterior, ou seja, a (in)definição do bem jurídico penal, pois nem todos entendem que o descaminho protege apenas o pagamento dos direitos e impostos de exportação e importação, mas sim, outros bens jurídicos e interesses.

Em verdade, todo este contexto apresentado padece de uniformidade, pois tanto na doutrina quanto na jurisprudência este enigma parece esta longe do fim!

5.1.2. A PLURIOFENSIVIDADE É DO CONTRABANDO E NÃO DO DESCAMINHO!

Um forte argumento para não reconhecer o descaminho como crime tributário reside na discussão sob seu caráter de crime pluriofensivo. Tal discussão ganhava maior relevo especialmente quando a incriminação do descaminho e do contrabando era tratada no mesmo texto legal do artigo 334 do Código Penal. Afinal, ambos os delitos eram pluriofensivos? No que exatamente residia esta pluriofensividade? No caráter geral da Administração Pública? No recolhimento dos impostos aduaneiros? Na exportação ou importação de mercadoria proibida? Enfim? Atualmente, com a edição da Lei n.º 13.008/2014, que dividiu as condutas típicas do contrabando e descaminho, espera-se que este cenário mude, sendo o descaminho reconhecido como crime tributário.

Francisco Assis Toledo é um dos autores que reconhece o descaminho como um crime pluriofensivo. Em sua visão, lesam-se concomitantemente dois bens jurídicos tutelados, “o prestígio da administração pública e o seu patrimônio”³⁶⁴. Desta forma, a pluriofensividade residia no âmbito de proteção do bem jurídico geral da Administração – reconhecido a todos os delitos tributários – e no bem jurídico específico: o “patrimônio”. Porém, não basta puramente afirmar que por ser o delito de descaminho classificado como pluriofensivo é inaplicável sua compreensão do como um crime tributário. Aliás, o próprio autor citado que entende ser o descaminho delito pluriofensivo, defende briosamente “que o tratamento adequado desses delitos deveria ser procurado no âmbito do direito penal

³⁶³ BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal, Parte especial: Crimes contra a...*, cit., p. 318.

³⁶⁴ TOLEDO. Francisco de Assis. *Descaminho...*, cit., p. 01.

tributário, de sorte que qualquer revisão legislativa, seja da lei penal, seja da lei tributária sobre a matéria, se fizesse a partir de uma visão global”³⁶⁵.

Noutra via, Groch analisa a pluriofensividade a partir da autonomia entre os delitos. Logo, da diferenciação do contrabando e descaminho, apura-se que somente aquele é “identificado como crime pluriofensivo”³⁶⁶. É nítido que a objetividade jurídica incriminadora do contrabando – produtos proibidos – não tutela somente a ordem tributária³⁶⁷. Ora bem, “quem importa ou exporta mercadoria proibida atenta contra as normas aduaneiras, mas também possivelmente contra a saúde pública, a higiene, a segurança pública ou até mesmo contra a indústria nacional”³⁶⁸.

Nesta vereda, assinala Hugo de Brito Machado que “quando o legislador incrimina o ingresso do produto proibido no país, não pretende apenas proteger a arrecadação que seria afetada pelo internalização, mas também o *thelos* da vedação em si do produto”³⁶⁹. O referido autor vai além, ao afirmar que sendo proibida a importação ou exportação da mercadoria não seria razoável, a rigor, cobrar tributo sobre ela, pois sequer existem alíquotas compatível para cobrança³⁷⁰. Portanto, não se percebe uma relação fisco-contribuinte no contrabando, uma vez proibida à exportação ou importação de certa mercadoria, seu ingresso ou saída do país “configura uma fato ilícito e não um fato gerador de tributos”³⁷¹.

Situação diferente sucede no crime de descaminho em que não se põe em causa a importação ou exportação de mercadorias proibidas, mas sim, a designada proteção do erário público. Nesta via, uma vez recolhidos os impostos aduaneiros não há que se falar em descaminho, não havendo mais qualquer formalidade aduaneira que possa criminalmente interessar, nem mesmo a quantidade das mercadorias está em causa. Daí, porque “o crime de descaminho é essencialmente crime tributário”³⁷².

Assim, mesmo quando descaminho e contrabando vinham descritos no mesmo artigo, recebendo a mesma reprimenda, já era possível visualizar que somente havia a

³⁶⁵ TOLEDO, Francisco de Assis. *Descaminho...*, cit., p. 03.

³⁶⁶ GROCH, Ludmila de Vasconcelos Leite. *O descaminho como crime tributário...*, cit., p. 223.

³⁶⁷ LOUREIRO, Antonio Tovo. *Breves notas sobre o atual tratamento jurisprudencial dos delitos de contrabando e descaminho*. In: *Revista Justiça e Cidadania* n° 159. Rio de Janeiro: Editora JC. 2013, p. 44; CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. *Crimes de contrabando...cit.*, p. 04.

³⁶⁸ GROCH, Ludmila de Vasconcelos Leite. *O descaminho como crime tributário...*, cit., p. 223.

³⁶⁹ LOUREIRO, Antonio Tovo. *Breves notas sobre o...*, cit., p. 44.

³⁷⁰ MACHADO, Hugo de Brito. *O descaminho como crime contra a ordem tributária...*, cit., p. 96-97.

³⁷¹ CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. *Crimes de contrabando...*, cit., p. 04.

³⁷² GROCH, Ludmila de Vasconcelos Leite. *O descaminho como crime tributário...*, cit., p. 223.

presença da pluriofensividade no caso do contrabando³⁷³, o que não se verifica no descaminho. Com a edição da Lei n.º 13.008/2014 que separou os tipos penais, reforça-se o entendimento de que o descaminho tutela especificamente o erário público, objetivando o pagamento dos impostos de importação e exportação, não havendo vislumbrar a tutela de outros interesses distintos, que não os mesmo dos crimes tributários da Lei n.º 8.137/90.

Em verdade, se no passado a apreciação do bem jurídico, sob o viés da pluriofensividade constituía um importante instrumento interpretativo para diferenciar as figuras típicas do artigo 334 do código penal e compreender o descaminho dos crimes tributários, hoje, com as alterações da Lei n.º 13.008/2014, é inquestionável que o descaminho nada mais é do que um simples crime tributário.

5.1.3. A EXTRAFISCALIDADE

O imposto carrega em sua essência dois objetivos precípuos: “o financiamento das funções estaduais e a redistribuição do rendimento”³⁷⁴. De acordo com o fim que se busca com tais objetivos, pode-se reconhecer ao imposto a função fiscal ou extrafiscal³⁷⁵. Neste fito, tanto a expressão de fiscalidade quanto a de extrafiscalidade, são recorrentemente utilizadas na terminologia “da Ciência do Direito”, suas definições não decorrem da lei ficando a cargo da doutrina, sendo “raríssimas” as presenças destas expressões no ordenamento jurídico³⁷⁶.

³⁷³ “O Supremo Tribunal Federal pelas suas duas Turmas, recentemente, manifestou-se no sentido de que se a mercadoria importada com tributos iludidos for cigarro estrangeiro ou brasileiro reintroduzido no território nacional, tem-se a figura do contrabando e não descaminho, pois a lesão perpetrada não se restringe ao erário público, mas atinge também outros interesses públicos como a saúde e as atividades econômicas. E, desta forma, é inaplicável o princípio da insignificância, uma vez que não se trata de mera tutela fiscal e a atividade enquadrada neste contexto, em tese, passa a ser típica para efeitos penais (...)”. TRF4, Sétima Turma, ACR 50026011820104047105, Rel. Luiz Carlos Canalli, j. 29/10/2013.

³⁷⁴ SILVA, Suzana Tavares da. *Teoria geral do...*, cit., p. 23-24.

³⁷⁵ A distinção entre as expressões pode ser vista a partir do modo como ocorre a utilização do instrumental jurídico-tributário. Há fiscalidade “sempre que a organização jurídica do tributo denuncie que os objetivos que presidiram sua instituição, ou que governam certos aspectos da sua estrutura, estejam voltados ao fim exclusivo de abastecer os cofres públicos, sem que outros interesses — sociais, políticos ou econômicos — interfiram no direcionamento da atividade impositiva”. Por outro lado, se “a compostura da legislação de um tributo vem pontilhada de inequívocas providências no sentido de prestigiar certas situações, tidas como social, política ou economicamente valiosas, [...], perseguindo objetivos alheios aos meramente arrecadatários, dá-se o nome de extrafiscalidade”. CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 24ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 233-231.

³⁷⁶ CARVALHO, Paulo de Barros. *Ibidem*, p. 230.

Todavia, um forte critério recorrentemente utilizado para afastar a o reconhecimento do descaminho como crime tributário decorre da função extrafiscal atribuída aos impostos de exportação e importação, os quais são, tradicionalmente, protegidos pela incriminação do descaminho.

Para uma corrente de autores, dentre os quais destacamos Márcia Dometila de Carvalho, é justamente esta função extrafiscal que distingue o descaminho dos demais crimes de sonegação fiscal. Pois, o caráter extrafiscal dos impostos de exportação e importação ultrapassaria interesse da “simples arrecadação”³⁷⁷.

No entanto, ainda que, através da extrafiscalidade permita-se certa intervenção na ordem econômica do país, isto não é aceitável para tratar o descaminho de maneira diferenciada dos crimes tributários, pois não são somente os impostos de importação e exportação os únicos responsáveis por esta designação³⁷⁸.

Obviamente, não se pretende negar que por meio da redução ou elevação das alíquotas dos ditos impostos não se possa intervir economia nacional, inclusive para proteger a indústria brasileira. Porém, os tributos apresentam, em níveis maiores ou menores, função fiscal, parafiscal e extrafiscal, sendo que a intervenção de caráter extrafiscal, também se faz presente nos demais tributos no geral, não sendo única e exclusiva dos impostos de exportação e importação³⁷⁹. Ora bem, como pontua Paulo de Barros Carvalho, existem “tributos que se prestam, admiravelmente, para a introdução de expedientes extrafiscais. Outros, no entanto, inclinam-se mais ao setor da fiscalidade”³⁸⁰. Porém, não há uma “entidade tributária que se possa dizer pura, no sentido de realizar tão só a fiscalidade, ou, unicamente, a extrafiscalidade”^{381 e 382}. Deveras, nota-se que, ambas as expressões

³⁷⁷ CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. *Crimes de contrabando...*, cit., p. 05 e 33; Acompanhando este pensar *vide*: BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal, Parte especial: Crimes contra a Administração...*, cit., p. 317-319.

³⁷⁸ GROCH, Ludmila de Vasconcelos Leite. *O descaminho como crime tributário...*, cit., p. 223-224.

³⁷⁹ *Ibidem*.

³⁸⁰ CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito...*, cit., p. 231.

³⁸¹ *Ibidem*;

convivem harmonicamente sob o mesmo viés impositivo, sendo apenas lícito verificar que, em certas ocasiões, uma expressão sobrepõe-se sob a outra e vice-versa³⁸³.

Desta forma, é inviável tomar como critério a função extrafiscal dos impostos de importação e exportação de mercadorias, ou ainda, a redução ou aumento de suas alíquotas para negar o reconhecimento do crime de descaminho como crime tributário. Pois, em apertada síntese, a função extrafiscal, além de ser uma construção doutrinária, não apresenta uma identidade exclusiva capaz de diferenciá-la dos demais tributos.

5.2. CRITÉRIO JURÍDICO-LEGISLATIVO

Como exarado na parte histórica, o artigo 177 do Código Criminal do Império, trazia o descaminho no Título destinado aos delitos praticados contra a o Tesouro e a Propriedade Pública, em simetria com a Carta de 1824, que se referia à Fazenda Nacional como Tesouro Nacional³⁸⁴. Portanto, desde então, o descaminho assumia um “inequívoco vínculo com a tutela das receitas tributárias”³⁸⁵.

Recorda-se, também, que o delito de descaminho foi um dos primeiros tipos penais de fraude fiscal do Brasil³⁸⁶, sendo que, durante muito tempo, a tutela criminal do não recolhimento de tributos ficou sob seu cargo. Entretanto, este cenário se rompe através da

³⁸² Mesmo quando se está diante de um contexto econômico comum de vários países em que as cancelas alfandegárias são relativizadas, v. g. União Européia, não é uma tarefa fácil harmonizar os ditames da constituição econômica com os da constituição fiscal, para maiores detalhes, vide: (NABAIS, José Casalta. *Reflexões sobre a constituição económica, financeira e fiscal portuguesa*. Revista de Legislação e de Jurisprudência. A. 144, n. 3989. Coimbra: Editora Coimbra, 2014, p. 114-120). Ademais, não se pode descurar que na contemporaneidade a própria função e significação de extrafiscalidade ganha novos contornos e formas de regulamentação, com, por exemplo, o contributo das normas de direito administrativo perante a economia; e, o surgimento de entidades reguladoras de preços. (SILVA, Suzana Tavares da. *Teoria geral do...*, cit., p. 30-32); Acerca destes novos modelos de regulamentação, vide: (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *A revisão das Funções da Constituição e os desafios da governace*. In: ANDRADE, Manuel da Costa; COSTA, José de Faria; RODRIGUES, Anabela Miranda; MONIZ, Helena; FIDALGO, Sónia. *Direito Penal: Fundamentos dogmáticos e político-criminais – Homenagem ao Prof. Peter Hünerfeld*. 1ª ed. Coimbra: Editora Coimbra, 2013, p. 1359-1364). Essa nova realidade, em que se por em causa a função extrafiscal dos impostos, também pode ser vista nos desafios que são reservados à questão portuária no âmbito europeu, a qual, necessita “uma profunda reforma legislativa”. (SILVA, Suzana Tavares da. *Tarifas portuárias: Uma visão no contexto do actual sistema tributário e regulador português*. In: *Os novos desafios da política portuária*. Coimbra: Instituto Jurídico – Seminário IV, 2015, p. 177). Disto tudo, vislumbra-se que a significação da extrafiscalidade é algo que encontra turbulência nos dias atuais, inclusive no contexto jurídico tributário constitucional. Portanto, esse critério não pode, nem deve servir como guia de definição daquilo que é ou deixa de ser crime.

³⁸³ CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito...*, cit., p. 231.

³⁸⁴ CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. *Crimes de contrabando...*, cit., p. 10.

³⁸⁵ SCANDELARI, Gustavo Britta. *O crime tributário...*, cit., p. 204.

³⁸⁶ SCANDELARI, Gustavo Britta. *Ibidem*, p. 225.

Lei n.º 4.729/65³⁸⁷, que tinha por escopo a repressão penal da sonegação fiscal - “Define o crime de sonegação fiscal e dá outras providências”. Foi através da edição da Lei n.º 4.729/65 que se criou o crime de *sonegação fiscal*³⁸⁸, terminologia que foi deixada de lado pela Lei n.º 8.137/90 e retomada pela Lei n.º 9.983/00³⁸⁹.

Anota-se que como nos demais crimes tributários, o bem jurídico da sonegação fiscal da lei de 1965 constituía nos interesses do Estado voltados à arrecadação dos tributos, tendo por norte, a boa política fiscal do Estado³⁹⁰.

Lançados estes apontamentos, o segundo passo a sinalizar que o descaminho consiste em crime tributário é o fato da Lei n.º 4.729/65 ter alterado o texto de lei do (antigo) artigo 334 do Código Penal trazendo novas figuras típicas à incriminação³⁹¹. Desta forma, não só as mudanças nas figuras do artigo 334, devem ser observadas, mas também, especificamente, os reflexos projetados à natureza do delito, em especial, sob a lógica de identidade do descaminho com os delitos de sonegação fiscal “tratados na mesma lei, no mesmo momento legislativo, num diploma que pretendia, em termos de prevenção geral, coibir [...] recolhimento de tributos devidos ao Erário”³⁹².

Passada a Constituinte de 1988, a Lei n.º 8.137/90 definiu os crimes contra a ordem tributária, contra a ordem econômica e as relações de consumo, revogando a Lei n.º 4.729/65, “por regular inteiramente a matéria”, em atenção ao § 1º do artigo 2º da Lei de Introdução ao Código Civil³⁹³.

Não obstante a Lei n.º 8.137/90 seja responsável pelo tratamento dos crimes contra a ordem tributária, outros crimes de mesma natureza tributária e de mesma similitude típica podem ser localizados no ordenamento penal, como o caso do descaminho que está descrito no artigo 334 do Código Penal.

³⁸⁷ CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. *Crimes de contrabando...*, cit., p. 10.

³⁸⁸ CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. *Ibidem*, p. 5.

³⁸⁹ BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *Crimes federais*. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 414.

³⁹⁰ SCANDELARI, Gustavo Britta. *O crime tributário...*, cit, p. 234.

³⁹¹ A lei de 1965 alterou o § 1º, alíneas a, b, c e d, as condutas equiparadas ao contrabando e descaminho. Já no § 2º, a equiparação versa sob a comercialização de mercadorias descaminhadas. *Vide* redação do art. 334, *in* (Evolução) legislativa do crime aduaneiro no Brasil - Cap. II. A lei de 1965 alterou o § 1º, alíneas a, b, c e d, as condutas equiparadas ao contrabando e descaminho. Já no § 2º, a equiparação versa sob a comercialização de mercadorias descaminhadas.

³⁹² BARROS, Adriana Pazini de. *Natureza tributária do crime...*, cit., p.8.

³⁹³ Neste particular, observa Baltazar Junior que “o único dispositivo da Lei 4.729/65 ainda em vigor é seu artigo 5º que alterou os §§ 1º e 2º do art. 334 do Código Penal”. BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *Crimes federais...*, cit., p. 414; Especificamente sobre a aplicação do referido artigo 2º, *vide*: PRIMO, Diego de Alencar Salazar; FEITOSA, Francisco Jose Soares. *Da revogação tácita do crime de descaminho pelo art. 1º da Lei nº 8.137/1990*. In: *Revista Dialética de Direito Tributário*, nº 227. São Paulo: Dialética, 2014, p. 42-44.

Através do rol de delitos tributários trazidos na Lei n.º 8.137/90, é possível sublinhar vários traços penais em comum com o crime de descaminho. Dentre estes, destacam-se: o mesmo bem jurídico tutelado – os Cofres Públicos e suas formas de arrecadação –, o mesmo sujeito passivo e, na maioria das vezes, a fraude como meio para a configuração destes delitos³⁹⁴.

Para Carluci configura “o descaminho um delito de natureza penal tributária”³⁹⁵. Na mesma linha, Gustavo Scandelari também reconhece o descaminho como crime tributário, o que fica clarividente a partir do próprio nome de sua obra “O crime tributário de descaminho”³⁹⁶. Em verdade, o referido autor reconhece o descaminho como crime tributário aduaneiro³⁹⁷, nomenclatura que igualmente é reconhecida³⁹⁸ em Portugal por Germano Marques da Silva à incriminação correspondente³⁹⁹.

Ainda é de realçar a posição de Adriana Pazini de Barros. Para esta autora o descaminho é espécie de crime tributário, – pensar do qual comungamos sem reservas – decorrendo, assim, o “reconhecimento obrigatório de que as diversas exigências para configuração dos crimes previstos na Lei n.º 8.137/90 também devem se verificar para a conformação dos demais delitos”⁴⁰⁰, desde de que apresentem mesma natureza penal tributária.

Frisa-se que a referida lei foi criada na década de noventa, em simetria com o novo texto constitucional de 1988, nela foram impressas as novas diretrizes penais tributárias em atenção à dignidade da pessoa humana e em contraposição as necessidades arrecadatórias do Estado, não havendo motivos para não aplicação de suas exigências em outros tipos penais de mesma natureza, apenas a pretexto de pertencerem à outra legislação, trata-se verdadeiramente de limitação do poder punitivo do Estado.

³⁹⁴ BARROS, Adriana Pazini de. *Natureza tributária do crime...*, cit., p.8.

³⁹⁵ CARLUCI, José Lence. *Uma introdução...*, cit., p. 247.

³⁹⁶ SCANDELARI, Gustavo Britta. *O crime tributário de descaminho*. Porto Alegre: Magister, 2013.

³⁹⁷ “Portanto, como o descaminho, diferente dos demais delitos de sonegação fiscal, visa a proteção dos tributos incidentes em operações de comércio exterior, é possível classificá-lo como um crime tributário aduaneiro”. SCANDELARI, Gustavo Britta. *O crime tributário...*, cit., p. 251.

³⁹⁸ Apesar dos citados autores reconhecerem o fato típico em comento como crime tributário aduaneiro, nota-se que os critérios para conclusão são distintos. No Brasil, é necessário um grande aprofundamento interpretativo, levando em conta histórico e emaranhados de leis, doutrinas, jurisprudência, faz-se, portanto um esforço hercúleo para se obter a afirmação. Não sendo demais dizer que, descaminho no ordenamento jurídico brasileiro encontra-se numa zona gris, dificultando a correta visualização da limitação da incriminação e de seus efeitos. Já em Portugal, a incriminação é clara permitindo com que a interpretação ocorra – pura e simplesmente – através da lei, não necessitando de um malabarismo jurídico e interpretativo para entender que o delito em comento é um crime tributário.

³⁹⁹ SILVA, Germano Marques da. *Direito penal tributário...*, cit., p. 209.

⁴⁰⁰ BARROS, Adriana Pazini de. *Natureza tributária do crime...*, cit., p.8.

Uma das grandes inovações⁴⁰¹ trazida pela Lei n.º 8.137/90 fica a cargo do *caput* do artigo 1º, que descreve que para a ocorrência dos delitos tributários é necessário um resultado nas formas de “*suprimir*” ou “*reduzir tributos*”⁴⁰², sem este resultado – diga-se, imprescindível – o delito não se verifica⁴⁰³. A partir da referida lei, dá-se um novo aspecto ao crime de sonegação fiscal, sendo inconteste, que o crime tributário passa a ser necessariamente material⁴⁰⁴.

Em outras palavras, se por um lado para ocorrência da sonegação fiscal, nos termos da lei de 1965 poderia ser suficiente a ocorrência formal do delito, com a lei de 1990, passou-se a exigir a presença da supressão ou redução de tributos, sendo cediço que o crime somente se consuma após estarem presentes todos seus elementos típicos.⁴⁰⁵

Logo, seguindo esta dinâmica de raciocínio, somente pode haver configuração do descaminho descrito no Código Penal, se ofendidos os valores e interesses típicos tutelados pela Lei n.º 8.137/90, o que somente se verifica a partir de um ofensivo resultado de diminuição – suprimir ou reduzir – de tributo, tratando-se obrigatoriamente de crime de dano.

Esta concepção material de crime tributário em que se exige o resultado para configuração delitiva deu um novo sentido interpretativo para o delito de descaminho, erguendo várias questões, como por exemplo, momento da constituição do crédito e da consumação delitiva, necessidade de esgotamento da via administrativa, etc.: Até mesmo revogação tácita do descaminho foi ventilada em razão da ampla abrangência da Lei n.º 8.137/90⁴⁰⁶.

O próprio Supremo Tribunal Federal tinha o entendimento que havia a possibilidade da extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo para os crimes descritos na Lei n.º 8.137/90 se estendia ao crime de descaminho. Este posicionamento resultou na edição da Súmula n.º 560 pelo Supremo Tribunal Federal: “A extinção de punibilidade, pelo pagamento do tributo devido, estende-se ao crime de contrabando ou descaminho, por força

⁴⁰¹ A qual pode lida, neste contexto, como limitação do *jus puniendi*.

⁴⁰² “Art. 1º Constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório (...)” - Lei n.º 8.137/90.

⁴⁰³ MACHADO, Hugo de Brito. *Estudos de..., cit.*, p. 159-160; Ainda, para uma análise crítica detalhada do dispositivo em comento *vide*: SALOMÃO, Heloisa Estellita. *A tutela penal..., cit.*, p. 203 e segs; SOUSA, Susana Aires de. *Os Crimes Fiscais..., cit.*, p. 279.

⁴⁰⁴ SCANDELARI, Gustavo Britta. *O crime tributário..., cit.*, p. 233-237.

⁴⁰⁵ BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *Crimes federais..., cit.*, p. 431-432.

⁴⁰⁶ Ver especificamente sobre o tema *in* PRIMO, Diego de Alencar Salazar; FEITOSA, Francisco Jose Soares. *Da revogação tácita do..., cit.*, p. 38-47.

do Art. 18, parágrafo 2º, do Decreto-Lei 157-67”, apesar disso, tal súmula atualmente encontra-se revogada.

No decorrer, sobrevieram outras normas⁴⁰⁷ e entendimentos que no plano dogmático e jurisprudencial interferiram na interpretação da verificação do crime de descaminho⁴⁰⁸. Nos anos noventa, destaca-se a Lei n.º 8.212/91 que descrevia condutas que poderiam ser chamadas sonegação contra a previdência social. A particularidade ficava por conta da inexistência de previsão legal de pena para tais condutas. Assim, continuou a ser aplicada a Lei n.º 8.137/90 no que refere a evasão do pagamento de contribuições sociais⁴⁰⁹. No entanto, com o advento da Lei n.º 9.983/00, os crimes contra previdência social foram reintroduzidos no Código Penal nos dizeres dos artigos 168-A e 337-A.

É justamente com relação aos mencionados delitos contra previdência social que há um ponto marcante na legislação, que se refere à necessidade do prévio esgotamento da via administrativa para o início da persecução penal nos crimes tributários nos termos do artigo 83 da Lei n.º 9.430/96⁴¹⁰. Também é de sublinhar que é possível a extinção da punibilidade pelo pagamento ou parcelamento do tributo, conforme se extrai das Leis n.º 10.684/03⁴¹¹, e n.º 11.941/09⁴¹². Ora bem, além das benesses do pagamento como forma de extinção da punibilidades, bem como a garantida do exaurimento da via administrativa existe mais algo

⁴⁰⁷ Não são apenas leis ordinárias que tratam o delito descaminho como crime tributário isto também se observa em Atos Administrativos do Poder Executivo, bem como da Receita Federal. SCANDELARI, Gustavo Britta. *O crime tributário...*, cit., p. 243-244.

⁴⁰⁸ Sobre a evolução legislativa e os aspectos dogmáticos da sonegação fiscal ver SCANDELARI, Gustavo Britta. *Ibidem*, p. 225-237; MACHADO, Luiz Alberto. *Dos Crimes contra...*, cit., p. 259 e segs.

⁴⁰⁹ BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *Crimes federais...*, cit., p. 414-415.

⁴¹⁰ “Art. 83. A representação fiscal para fins penais relativa aos crimes contra a ordem tributária previstos nos arts. 1º e 2º da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e aos crimes contra a Previdência Social, previstos nos arts. 168-A e 337-A do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), será encaminhada ao Ministério Público depois de proferida a decisão final, na esfera administrativa, sobre a exigência fiscal do crédito tributário correspondente. (Redação dada pela Lei nº 12.350, de 20 de dezembro de 2010)”.

⁴¹¹ “Art. 9º É suspensa a pretensão punitiva do Estado, referente aos crimes previstos nos arts. 1º e 2º da Lei no 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e nos arts. 168-A e 337-A do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, durante o período em que a pessoa jurídica relacionada com o agente dos aludidos crimes estiver incluída no regime de parcelamento”.

⁴¹² “Art. 69. Extingue-se a punibilidade dos crimes referidos no art. 68 quando a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos e contribuições sociais, inclusive acessórios, que tiverem sido objeto de concessão de parcelamento.

Parágrafo único. Na hipótese de pagamento efetuado pela pessoa física prevista no § 15 do art. 1º desta Lei, a extinção da punibilidade ocorrerá com o pagamento integral dos valores correspondentes à ação penal.

Art. 68. É suspensa a pretensão punitiva do Estado, referente aos crimes previstos nos arts. 1º e 2º da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e nos arts. 168-A e 337-A do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, limitada a suspensão aos débitos que tiverem sido objeto de concessão de parcelamento, enquanto não forem rescindidos os parcelamentos de que tratam os arts. 1º a 3º desta Lei, observado o disposto no art. 69 desta Lei”.

em comum nestas legislações? Sim, todas elas referiram-se textualmente aos artigos 168-A e 337-A do Código Penal, silenciando com relação ao descaminho.

Sobre a referida omissão legislativa destaca-se a colocação de Gustavo Britta Scandelari, rememorando que o descaminho é anterior ao próprio interesse do Estado na repressão contra a exação de distintos tributos verificados no comércio exterior. Esta afirmação justifica um dos motivos pelo qual as novas legislações, no que referem a necessidade de exaurimento da via administrativa e sobre a extinção da punibilidade pelo pagamento dos tributos, foram silentes com relação ao descaminho.⁴¹³ Tal omissão, em verdade, constitui o mais puro esquecimento, dentro de um confuso ordenamento jurídico penal. A própria exposição de motivos do Código Penal de 1940, ao tratar da matéria dos delitos praticados contra a Administração Pública em geral é silente com relação ao descaminho.

Esta desarmonia legislativa, vê-se agravada na atualidade, em face de uma “quantidade insuportável de novas leis, disciplinando contraditoriamente as mesmas áreas de diversas matérias, ou diversas matérias das mesmas áreas e vice-versa”⁴¹⁴. Daí resulta a mais crassa indefinição da natureza do delito de descaminho, que, muitas vezes, sequer é lembrado pelo legislador. E mais, quando é lembrado, é mantido no ordenamento jurídico penal carregando os mesmos estigmas codificadores do passado, longe, portanto, de uma visão atual e global do ordenamento jurídico penal.

Porém, é sobre a apreciação do caso em concreto que a insegurança da natureza do delito de descaminho pode ganhar distorções ainda maiores, principalmente quando o julgador entende não haver a necessidade de um resultado – subtração do imposto – para configuração do delito, atribuindo-lhe caráter de crime meramente formal. No geral, estas decisões consubstanciam-se na ideia de integridade da Administração Pública, em sua função de fiscalização e de arrecadação sobre as mercadorias que entram ou saem do país. Tal ponto de vista, traz como pano de fundo o fato do descaminho encontrar-se no Código Penal sob o título dos crimes contra a Administração Pública. Assim, – ao oposto do que pensamos – a mera fraude contra a Administração seria suficiente para configurá-lo, desprezando o resultado de diminuição do imposto.

⁴¹³ SCANDELARI, Gustavo Britta. *O crime tributário...*, cit., p. 225; GROCH, Ludmila de Vasconcelos Leite. *O descaminho como crime tributário...*, cit., p. 225-229.

⁴¹⁴ BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal, Parte especial: Crimes contra a...*, cit., p. 323.

6. DESCAMINHO: CRIME MATERIAL TRIBUTÁRIO DE DANO

Em Portugal a configuração do ilícito de contra-ordenação de descaminho ou do crime de contrabando depende, em regra⁴¹⁵, da ocorrência de um dano a ser apurado a partir do valor do tributo suprimido ou na falta deste com base no valor da mercadoria.

Neste particular, ressublinha-se que só há concretização do contrabando quando estiver em falta à prestação tributária superior a € 15.000 (quinze mil euros), ou, na falta desta, o valor objeto da infração, que dever ter valor aduaneiro superior a € 50.000 (cinquenta mil euros)^{416 417 418}.

Como se nota, o valor vem expresso no texto de lei da incriminação do contrabando sendo integrante do tipo penal⁴¹⁹ dando-lhe caráter de crime de dano, ou seja, a classificação de crime de dano decorre da própria lei, sendo irrelevante o momento consumativo⁴²⁰.

Situação um pouco diferente poderia ocorrer no contrabando de circulação⁴²¹. Germano Marques da Silva tem entendimento de que o referido delito previsto no artigo 93 do RGIT seja um “crime formal, de pura actividade”⁴²². No entanto, este só se verifica – a exemplo do contrabando – a partir do critério material estabelecido em lei, com base no valor em falta dos tributos, ou na falta desde, com base no valor das mercadorias.

Ademais, se tal critério limiar é integrante do tipo, o crime para sua ocorrência necessita de um resultado material (falta do imposto – conforme texto de lei) trazendo um

⁴¹⁵ À exceção fica por conta do contrabando feito por via de embarcações descrito no artigo 94 do RIGIT, que “é um crime de pura actividade e de perigo que consiste na detenção a bordo de mercadoria de circulação destinada ao comércio, salvo pescado”. Neste caso o legislador não faz referencia ao valor da prestação tributaria devida, tampouco ao valor das mercadorias. SILVA, Germano Marques da. *Direito penal tributário...*, cit., p. 213-214.

⁴¹⁶ SILVA, Germano Marques da. *Ibidem.*, p. 210-211.

⁴¹⁷ Inicialmente o valor fixado era de 7.500 euros para falta da prestação aduaneira ou de 25.000 euros de mercadoria objeto da infração – quando não fosse devida a prestação tributaria. Através da Lei n.º 67-A/2007, tais valores, respectivamente, foram atualizados para 15.000 e 50.000 euros. SILVA, Isabel Marques da. *Regime geral das infracções tributárias*. 3ª ed. Coimbra. Almedina, 2010, p. 196.

⁴¹⁸ A Espanha adota critério semelhante ao de Portugal, partilhando os ilícitos de contrabando em administrativos e penais, sendo que o valor mínimo para verificação do contrabando é de 150.000,00, conforme artigo 1º da Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de Represión del Contrabando. Disponível em: www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-26836, acessado em 26 de maio de 2015.

⁴¹⁹ SILVA, Germano Marques da. *Direito penal tributário...*, cit., p. 210 e 215. No direito espanhol, o limite quantitativo também é concebido como um elemento objetivo do tipo e não como causa objetiva de punibilidade. PÉREZ. Carlos Martínez-Buján. *Derecho penal econômico*. Valencia: Tirant Io Blanch Livros, 1999, p. 555.

⁴²⁰ SILVA, Germano Marques da. *Direito penal tributário...*, cit., p. 210.

⁴²¹ Em verdade, o contrabando de circulação encontra-se sem objeto inexistindo normas que obriguem a circulação de mercadorias acompanhadas de documentos ou sinais. FERREIRA. Carlos Manuel. *O crime aduaneiro...*, cit., p. 29; SILVA, Germano Marques da. *Ibidem.*, p. 213.

⁴²² SILVA, Germano Marques da. *Ibidem.*, p. 213.

contorno de um ilícito penal material e de dano⁴²³. Em verdade, este pensar legislativo conjuga “*el desvalor de la acción y el del resultado em la tipificación de las conductas punibles*”⁴²⁴, trazendo de pronto duas implicações: a primeira delas, que o legislador não pretendeu criminalizar qualquer conduta, apenas aquelas em que se perceba um grave resultado lesivo ao bem jurídico percebido a partir do suplante do valor trazido na descrição típica; a outra, como critério de separação entre crime⁴²⁵ e ilícito administrativo.

É exatamente neste sentido, que se perfila o limiar legal trazido pelo legislador português, sendo que a partir do valor da prestação tributária ou da mercadoria⁴²⁶ que decorre a existência de crime de contrabando ou contra-ordenação de descaminho. Ou seja, o legislador luso faz uma prévia valoração da conduta tendo em conta a verificação de um resultado, evitando que casos de bagatelas penais venham ser resolvidas na esfera criminal. Em linhas práticas e objetivas, tal critério nada mais é do que a quantidade do imposto em falta (quantitativo) utilizado para delimitar o espaço⁴²⁷ entre crimes e contra-ordenações⁴²⁸.

⁴²³ A análise do contrabando de circulação, não deixa de trazer uma similitude com as acepções que compreendem o descaminho no Brasil como um crime que visa proteger a saúde pública por exemplo. Ocorre que para ocorrência deste delito em Portugal, além da necessidade de norma dizendo quais documentos devem acompanhar certa mercadoria – o que inexistente no momento – há necessidade da aferição do valor faltante à receita tributária. Respeita-se, portanto, a estrita legalidade. Pois se é verdade que os delitos tributários tutelam “outros interesses” o mínimo que se espera do legislador é que diga quais são estes interesses, sob pena de restar completamente vago o conteúdo da incriminação.

⁴²⁴ GOMEZ, Ignacio Ayala. *El delito de...*, cit., p. 211.

⁴²⁵ GOMEZ, Ignacio Ayala. *Ibidem*, p. 210-212.

⁴²⁶ SILVA, Isabel Marques da. *Regime geral das infracções...*, cit., p. 197.

⁴²⁷ Ressalva-se que esse critério quantitativo, em essência pode não se revelar como tal, partilhando-se entre qualitativo e o quantitativo propriamente dito. Esta discussão sempre esteve presente no contexto do direito de mera ordenação social. Neste sentido, *vide* (ANDRADE, Manuel da Costa. *Contributo para...*, cit., p. 75 e segs.); (CORREIA, Eduardo. *Direito Penal e Direito de Mera Ordenação Social...*, cit., p. 03 e segs.) No entanto, a busca de um critério diferenciador de carácter qualitativo entre crimes e contra-ordenações não implica, que se imponha o recurso a uma distinção genuinamente quantitativa, manifestando-se inviável classificar todas as contra-ordenações como bagatelas penais. Depois, porque um critério puramente quantitativo “acabaria no plano operativo por cair na mesma aporia dos critérios qualitativos”. Por isso, não é tarefa simples “identificar o quantum de gravidade (de ilicitude ou censurabilidade) capaz de, com um mínimo de objectividade, ordenar a repartição das infracções pelos dois domínios do ordenamento jurídico”. (ANDRADE, Manuel da Costa. *Contributo para...*, cit., p. 103-105). No sistema português, conforme ementado no preâmbulo do Decreto-lei n.º 433/82, a contestação entre crime e contra-ordenação guarda, em último exame, um carácter jurídico-pragmático, sendo, portanto, primeiramente formal. (SILVA, Germano Marques da. *Direito penal tributário...*, cit., p. 97). Numa análise explicativa sumária, o marco divisório entre crime e contra-ordenação, colocaria em causa os critérios: quantitativo (em que a gravidade do ataque ao bem tutelado é preponderada pelo legislador) e o qualitativo (em que a diferença “passa no plano do ilícito pela referência dos crimes a bens jurídicos mais ou menos cristalizados na ordem social de valores pela ligação das contra-ordenações a meras funções sociais, relativas nomeadamente a interesses de controlo da Administração sem ressonância ética imediata”. (DIAS, Augusto da Silva. *Crimes e contra-ordenações...*, cit., p. 440-441).

Se a lei portuguesa exige para verificação do delito de contrabando a ocorrência de um dano, no Brasil, ao revés, não há menção a um valor nominal dos impostos ou das mercadorias no corpo da norma penal, não sendo unânime a compreensão que o descaminho é um crime de dano.

Márcia Domelila Lima de Carvalho, a exemplo de outros autores, avalia a classificação do delito a partir do seu momento consumativo destacando que os tipos descritos no *caput* do artigo 334 seriam delitos instantâneos que se consumam com a frustração da atividade dos agentes fiscais. Para a jurista brasileira, configura-se o descaminho no momento que há impedimento na verificação dos direitos e impostos devidos ao Estado na exportação ou importação, sendo que, em linhas gerais, a transposição da raia fronteiriça sem o pagamento dos impostos seria o mero exaurimento do delito⁴²⁹. Nesta perspectiva, nota-se um vibrante estigma dos delitos fiscais introduzidos pela Lei n.º 4.729/65, os quais eram formais, análogos aos crimes contra a fé pública previstos no Código Penal, sendo a fraude o meio presente em todas as hipóteses de sonegação fiscal⁴³⁰.

Cezar Roberto Bittencourt e Guilherme de Souza Nucci também classificam o descaminho como crime formal, não exigindo resultado naturalístico para consumação⁴³¹. O primeiro autor faz uma análise conjunta da redação anterior do *caput* artigo 334 do Código Penal, chegando a uma conclusão semelhante à de Márcia Domelila Lima de Carvalho, ao contemplar que a ofensa “consiste na produção de dano efetivo à administração pública”⁴³². Já Nucci, ao referir-se especificamente ao descaminho, ou seja, “na forma *iludir o pagamento*”, afirma que, “nesse caso, o Estado deixa de arrecadar valores importantes para a

Neste cenário, para distinção entre crime tributário de contra-ordenação tributária o legislador preestabelece em lei uma determinada cifra, “é assim que relativamente a todos os crimes em que é elemento do tipo um limiar quantitativo, as condutas que não atinjam esse limiar são qualificadas como contra-ordenações. O mesmo sucede, geralmente, relativamente às condutas que, enquanto dolosas constituem crimes e se negligentes são qualificadas como contra-ordenações” (SILVA, Germano Marques da. *Direito penal tributário...*, cit., p. 98).

De uma forma ou de outra, em vias práticas, o critério legal reconhecido pelo ordenamento jurídico lusitano, preserva o carácter subsidiário do direito penal, evitando a persecução penal quando está em causa um a redução de um valor insignificante de tributo, bem distingue, com maior nitidez, o ilícito penal tributário do de mera ordenação. Disto tudo, como bem afirma Figueiredo Dias: “a questão não é tanto de *quantidade* ou *qualidade*, quanto basicamente de definição de um princípio normativo material que há-de estar na base da decisão do legislador e comandá-la”. DIAS, Jorge de Figueiredo. *Para uma dogmática do...*, cit., p. 51.

⁴²⁸ De uma forma ou de outra, o plano em que se colocam os crimes e as contra-ordenações deve ser lido à luz das normas constitucionais, atendendo a um elemento material. Maiores informações, ver: BRANDÃO, Nuno Fernando Rocha Almeida. *Crimes e contra-ordenações: da cisão à convergência material*. Tese de doutoramento apresentada à Faculdade de Direito de Coimbra. 2013, p. 819 e seg.

⁴²⁹ CARVALHO, Márcia Domelila Lima de. *Crimes de contrabando...*, cit., p. 14-15.

⁴³⁰ BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *Crimes federais...*, cit., p.414.

⁴³¹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal...*, cit. p. 1184.

⁴³² BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal, Parte especial: Crimes contra a...*, cit., p. 310.

Administração Pública, o que se pode constatar faticamente”. Ora se através do delito deixa o Estado de arrecadar valores importantes, tais valores faltantes, correspondem ao resultado do delito de descaminho, o que, posteriormente, se verifica “faticamente”, compreende-se que esta aceção melhor se afeiçoa a um crime de material de dano⁴³³.

Trazidas estas considerações, embora aqui não se pretenda fazer um aprofundamento sob o viés da tipicidade, retoma-se o ponto do momento consumativo do descaminho⁴³⁴ para que se possa compreender que à consumação traz consigo um resultado material, pois se está diante de crime de dano. Neste seguimento, enfatiza-se a lição de Viveiro de Castro que compreendia que o delito aduaneiro só se consumava quando o agente alcançava o fim desejado. Logo, não havendo recebimento da mercadoria, sem o pagamento dos impostos e direitos devidos não havia lugar para consumação⁴³⁵. O entendimento do autor fundamenta-se com base num resultado material representado pela falta de pagamento

⁴³³ Gustavo Britta Scandelari também comunga desta observação, acrescentando que Nucci “(...) admite que esse dano ao Erário possa ser constatado faticamente, ou seja, pressupondo uma *separação espaço-temporal entre ação e resultado, ligados por uma relação de causalidade*. – característica-chave dos tipos materiais. Na realidade, essa oposição entre o ato típico e a mudança no espaço físico-temporal é inegavelmente encontrada no tipo do art. 334, *caput*, segunda parte (...)”. SCANDELARI, Gustavo Britta. *O crime tributário...*, *cit.*, p. 253-254.

⁴³⁴ “Sendo o descaminho um delito de natureza penal tributária e o erário o prejudicado com a sua perpetração, não podemos deixar de considerar o momento de sua consumação, que, a nosso ver, deve coincidir com o da ocorrência do fato gerador do tributo que estaria sendo subtraído ao fisco”. CARLUCI, José Lence. *Uma introdução...*, *cit.*, p. 247.

⁴³⁵ CASTRO, Augusto Olympio Viveiros de. *O Contrabando...*, *cit.*, p. 523; Ainda sobre o momento consumativo oportuna são as palavras de Fragoso: “Importar é fazer entrar no país, e exportar é dele fazer sair alguma coisa. No que concerne ao momento consumativo, cumpre distinguir, a nosso ver, conforme a importação ou exportação se faça, ou não, através de aduana. Não se pode dizer que já tenha sido importada a mercadoria que ainda não foi desembaraçada e que ainda se encontra na posse e guarda de autoridades fazendárias, que somente a entregarão ou remeterão ao interessado mediante determinadas condições. Se a operação não se faz através de alfândega, está o crime consumado desde que a mercadoria chegue ao território nacional ou desde que dele se afaste (transpondo as águas territoriais). Se a importação ou exportação se faz através de alfândega, o crime somente estará consumado depois de ter sido a mercadoria liberada pelas autoridades ou transposta a zona fiscal. No caso de descaminho, a ação incriminada consiste em iludir (enganar, burlar, fraudar), no todo ou em parte, o pagamento de direito ou imposto devido pela entrada, pela saída ou pelo consumo de mercadoria. Na importação é obrigatório o pagamento de direitos (ora cobrados ad valorem) e do imposto de consumo (se a mercadoria estiver sujeita a este tributo). Este pagamento se faz através da guia de despacho. Nesta modalidade, o crime consuma-se quando as mercadorias são liberadas, entrando na posse do agente ou de seus prepostos ou mandatários, sem que tenham sido pagos os direitos ou impostos devidos”. (FRAGOSO, Cláudio Heleno. *Lições de Direito...*, *cit.*, p.1177). Em sentido semelhante, sobre as formas de tipificação do delito a partir da consumação ver: CARLUCI, José Lence. *Uma introdução...*, *cit.*, p. 245-248.

dos impostos devidos⁴³⁶. Pois, como lembra Assis Toledo, o descaminho “abriga em seu seio uma concreta evasão tributária do erário público⁴³⁷”.

Nesta senda, deixa-se claro o entendimento de que o descaminho é um crime material⁴³⁸ de dano que resulta uma redução aos cofres do Estado, tratando-se indiscutivelmente de um crime tributário material e de dano, fazendo jus, portanto, a todas as benesses da criminalidade tributária, nomeadamente o exaurimento da via administrativa⁴³⁹.

De outro norte, do ponto de vista da natureza do delito, apreciado, especialmente, sob o prisma da limitação constitucional do *jus puniendi*, trazido pela constituinte de 1988, fica visível que descaminho é um crime tributário de dano, que exige um resultado de diminuição de valores do fisco. Sobreleva-se que este pensar ganha espaço, a partir de uma análise penal constitucional capaz de congrega dignidade penal e o modelo de crime como ofensa a bens jurídicos. É sob este prisma que se deve perquirir a incriminação, para, então, depois, passar-se a análise do momento consumativo, ao revés, compreendemos que a conclusão pode não ser a mais adequada.

7. A ADEQUADA LOCALIZAÇÃO DO ILÍCITO DE DESCAMINHO NO ORDENAMENTO JURÍDICO

De acordo com a tradição legislativa, o crime de descaminho esteve presente em todos os códigos penais do Brasil, situação que permanece inalterada até hoje. Porém, diante das diversas transformações econômicas, sociais, culturais e normativas que a sociedade apresenta, de plano, merece destaque questionar se deveria o crime de descaminho estar

⁴³⁶ Interessante mencionar o raciocínio do autor condicionando a consumação a um resultado: “Effectivamente, assim dispõe o artigo 11: *Quando depender a consumação do crime da realização de determinado resultado, considerado pela Lei elemento constitutivo do crime, este não será consumado sem a verificação daquele resultado.* (...) o artigo 265 considera elemento constitutivo do crime de contrabando — importar ou exportar, gêneros ou mercadorias proibidas; e evitar no todo ou em parte o pagamento dos direitos e impostos estabelecidos sobre a entrada, saída e consumo de mercadorias, e por qualquer modo iludir ou defraudar esse pagamento”. CASTRO, Augusto Olympio Viveiros de. *Accordans e votos comentados...*, cit., p. 254.

⁴³⁷ TOLEDO, Francisco de Assis. *Descaminho...*, cit., p. 01.

⁴³⁸ Ao comentar acerca da possibilidade da tentativa, Noronha classifica o descaminho como um delito material. NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal...*, cit., p. 326.

⁴³⁹ Como exarado ao longo deste estudo, vários autores comungam deste pensar, dentre eles Scandelari que vê o descaminho como um “crime tributário aduaneiro material e de dano”. SCANDELARI, Gustavo Britta. *O crime tributário...*, cit., p. 256.

descrito no Código Penal? Antes da resposta, faz-se necessário um aprofundamento sobre a matéria de tutela do “código penal” e a da legislação penal esparsa.

Na lição de Figueiredo Dias, a par de uma relação entre a ordem axiológica constitucional e a ordem legal dos bens jurídicos merecedores de tutela penal, pode-se notar uma importantíssima distinção entre o direito penal de justiça – também chamado de direito penal “clássico” ou direito penal primário – e o direito penal secundário, também conhecido como direito penal administrativo ou direito penal extravagante⁴⁴⁰. O direito penal primário corresponde às normas penais contidas nos códigos penais, ao passo que ao direito penal secundário⁴⁴¹, corresponde às normas penais localizadas na legislação extravagante, ou seja, não internalizadas no código penal.

É oportuno registrar que o pensamento para uma aproximação distintiva entre direito penal clássico e direito penal secundário decorre dos prejuízos e dos benefícios que determinado critério formal pode trazer a determinada incriminação.⁴⁴² Assim, presentemente, entende-se que um critério formal para distinção entre tais categorias somente pode ser admitido como “elemento integrador que sustenta autênticos e verdadeiros critérios materiais de distinção”⁴⁴³. Pois, a distinção entre as duas mencionadas categorias, que embora superficialmente pareça ser meramente de caráter formal é capaz de revelar, a partir de um ponto de vista material, a relação de determinado bem jurídico com a ordem axiológica constitucional.⁴⁴⁴

Descortinam-se, de tal modo, duas áreas uma que visa à proteção “especificamente pessoal (embora não necessariamente individual) do homem: do homem *como este homem*”; e, outra que tem por norte a proteção social: “*do homem como membro da comunidade*”.⁴⁴⁵ Ainda, por via das características do direito penal “clássico” e o direito penal secundário, permite-se ponderar o grau de densidade que os momentos históricos imprimem às referidas áreas normativas. Ao passo que a passagem de uma conduta penal do direito secundário para o direito penal comum ou vice-versa, representa a intensidade axiológica que os valores

⁴⁴⁰ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal...*, cit., p. 120-121.

⁴⁴¹ Maiores detalhes acerca do Direito Penal Secundário, vide: DIAS, Jorge de Figueiredo. *Para uma dogmática...*cit., p. 44 e segs.; DIAS, Jorge de Figueiredo. ANDRADE, Manuel da Costa. *Problemática geral das Infrações contra a Economia Nacional. Temas de Direito Penal Económico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 67; RUIVO, Marcelo Almeida. *Criminalidade Financeira...*, cit., p. 61; D’AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade em direito penal...*, cit., p. 72 e seg.

⁴⁴² COSTA, José de Faria. *Noções Fundamentais...*, cit., p. 20.

⁴⁴³ COSTA, José de Faria. *Ibidem*, p. 21.

⁴⁴⁴ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal...*, cit., p. 121.

⁴⁴⁵ *Ibidem*.

protegidos assumem perante a ordem jurídica diante da sociedade e da cultura em que estão contextualizados.⁴⁴⁶

Nesta via, os delitos do direito penal primário elencados no código penal se relacionam, direta ou indiretamente, com valores constitucionais fundamentais, concernente “aos direitos, liberdades e garantias das pessoas”⁴⁴⁷. Noutra linha, os delitos “do direito penal secundário – e de que se encontram exemplos por excelência no direito penal económico (da empresa, do mercado de trabalho, da segurança social...), financeiro, fiscal, aduaneiro, etc.”⁴⁴⁸ – se relacionam com outros valores constitucionais, que dizem respeito a direitos sociais e à organização económica.

Ao retomarmos ao delito de descaminho, relembra-se que se trata de um delito integrante ao direito penal primário, disposto no artigo 334 do Código Penal brasileiro, assentado no Título XI – Dos Crimes Contra a Administração Pública, mais propriamente no Capítulo II – Dos Crimes Praticados por Particular Contra a Administração em Geral.

Ocorre que em 1940, quando teve lugar a edição do Código Penal não existia lei específica (extravagante) que tratasse da criminalidade contra a ordem tributária. Tampouco o código penal detinha uma seção reservada aos crimes tributários. Portanto, havia apenas o “tipo do artigo 334 referente ao contrabando e ao descaminho, naquele contexto”⁴⁴⁹. Desta forma, outras condutas que violassem ordem tributária eram tipificadas como crimes contra a Administração ou estelionato e/ou falsidade⁴⁵⁰. Com efeito, a ausência de uma norma específica integrante do direito penal secundário, para tratar acerca da matéria dos delitos de sonegação e contra ordem tributária, servia como uma barreira para o legislador estabelecer um tratamento igualitário ao descaminho.

Porém, este cenário não condiz à evolução da ordem jurídica penal presente! Nesta via, ressublinha-se que diante das alterações legislativas trazidas num primeiro momento através da Lei n.º 4.729/65, e posteriormente, por via da Lei n.º 8.137/90, a matéria passou a

⁴⁴⁶ COSTA, José de Faria. *Noções Fundamentais...*, cit., p. 22. Vide também: DIAS, Jorge de Figueiredo. *Para uma dogmática do...*, cit., p. 49.

⁴⁴⁷ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal...*, cit., p. 121.

⁴⁴⁸ *Ibidem*;

⁴⁴⁹ GABOARDI, Laura. *A natureza fiscal do delito de descaminho*. In: trabalhos de graduação. Porto Alegre: PUC/RS. 2012, p. 16. Disponível em: www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2012_1/laura_gaboardi.pdf, acessado em 24 de novembro de 2014.

⁴⁵⁰ *Ibidem*; Nesta guisa, apenas como exemplo cita-se o revogado inciso I do art. 293 do CP, que proibia a falsificação de papéis públicos: “I - selo postal, estampilha, papel selado ou qualquer papel de emissão legal, destinado à arrecadação de imposto ou taxa”.

ser tema de legislação penal específica⁴⁵¹, ou seja, tratada na órbita do direito penal secundário. Deu-se assim, uma nova acepção aos crimes de sonegação fiscal e aos crimes contra ordem tributária, entendimento que não deve ser negado ao delito de descaminho sob os caprichos de imposição de um direito penal formal em desatenção ao caráter material que deve ser atribuído aos preceitos que versão sobre a distinção entre direito penal primário e direito penal secundário.

Com efeito, em nossos dias, por mais solida que seja a linha de separação teórica entre determinadas áreas normativas “mandam as áreas da hermenêutica que se aceitem tais critérios com a ductibilidade que a tendência exprime”⁴⁵². Rejeita-se, assim, “atitude de espírito que se consolida majestaticamente na clausura do absoluto de um critério”⁴⁵³. Ratificando-se, por conseguinte, que a “linha divisória, o recorte” entre direito penal primário e direito penal secundário “será sempre muito fluído, quando não, às vezes, indeterminável”⁴⁵⁴.

Desta forma, diante do caráter tributário do crime de descaminho – por nós assim compreendido – não há motivos para tratá-lo de forma diferente dos demais delitos fiscais tributários ou econômicos, que modernamente⁴⁵⁵ estão insertos na legislação penal secundária, como no caso direito português, alemão⁴⁵⁶ e espanhol⁴⁵⁷.

Como abaliza Figueiredo Dias, o ilícito financeiro, fiscal, e aduaneiro são exemplos clássicos de crimes pertencentes ao âmbito do direito penal secundário⁴⁵⁸. Por isso, conclui-se ser equivocada a descrição típica do descaminho no Código Penal. Já era tempo de sua descrição integrar o direito penal secundário ou, ainda, numa visão mais condizente com a fragmentaridade do direito penal, outro ramo do direito que não o criminal.

⁴⁵¹ GABOARDI, Laura. *A natureza fiscal...*, cit., p. 16.

⁴⁵² COSTA, José de Faria. *Noções Fundamentais...*, cit., p. 21.

⁴⁵³ *Ibidem*.

⁴⁵⁴ COSTA, José de Faria. *Ibidem*, p. 21-22.

⁴⁵⁵ Neste passo, ressublinha-se a inspiração buscada na lei portuguesa para o estudo do crime de descaminho no Brasil, pois, para além, do descaminho e contrabando estarem insertos fora do Código Penal Português, estes podem constituir crime ou contra-ordenações em atenção, atende-se, assim, ao caráter fragmentário do direito penal.

⁴⁵⁶ Em sentido semelhante ao do ordenamento jurídico português, na Alemanha, o ilícito tributário fronteiriço fica a cargo do direito penal secundário, sendo tratado na chamada *Abgabordnung*, na qual se encontram previstos como crimes tributários o contrabando (§ 372 – *Bannbruch*) e a chamada recepção de produtos ou mercadorias faltantes à tributação (§ 374 – *Stuerhehlerei*). SOUSA, Susana Aires de. *Os Crimes Fiscais na Alemanha e...*, cit. p. 1114 e 1136.

⁴⁵⁷ Como já referido, o crime aduaneiro no ordenamento espanhol é tratado pela Ley Orgánica 12/1995. Sobre a transposição das normas criminais do crime tributário fronteiriço do código penal para legislação especial vide: PÉREZ. Carlos Martínez-Buján. *Derecho penal económico...*, cit., p. 551-552.

⁴⁵⁸ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal...*, cit., p. 121; Ver também: COSTA, José de Faria. *Noções Fundamentais...*, cit., p. 23.

Para finalizar, não se acredita ou pelo menos não se quer acreditar, que o legislador tenha mantido o descaminho no código penal, unicamente, por compreender ser um ilícito praticado por particular contra Administração Pública, pois, presentemente, tais questões, cada vez mais se distanciam do direito penal primário e até mesmo do direito penal secundário, sendo encontradas no âmbito do direito administrativo sancionador.

8. O DESCAMINHO COMO CRIME PRATICADO POR PARTICULARES CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Como delineado ao longo desta pesquisa, boa parte da doutrina compreende que no delito de descaminho não estaria em causa apenas a proteção ao pagamento dos impostos de importação e exportação, mas, especialmente a tutela da Administração Pública. Esta afirmação decorre do fato do delito de descaminho estar previsto no Código Penal no Título XI - Dos Crimes Contra a Administração Pública, dentro do Capítulo Dos Crimes Praticados por Particular Contra a Administração em Geral.

A seguir, busca-se saber em que consiste a tutela penal da Administração Pública e como se relaciona com o descaminho, eis que ela é o bem jurídico genérico e comum a todas as infrações penais do Título XI do Código Penal⁴⁵⁹. A *prima facie*, vislumbra-se que a mesma dificuldade enfrentada para delinear o conteúdo axiológico que envolve a acepção do “erário público” também se faz presente com relação à Administração Pública. Novamente, se está diante duma grande nuvem de fumaça, prenhe de vagueza de conteúdo para fins penais, pois a significação de Administração Pública é demasiadamente vasta, sendo insuficiente para identificação e delimitação do âmbito de proteção de um bem jurídico penal.

⁴⁵⁹ BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal, Parte especial: Crimes contra a...*, cit., p. 306-307.

No descaminho é comum a doutrina e a jurisprudência⁴⁶⁰ referirem que a tutela da Administração Pública não abrange apenas a função tributária arrecadatória⁴⁶¹, mas nomeadamente seu prestígio e sua moral.

Deveras, a incriminação da Administração Pública assume distintas concepções sobre o bem jurídico, neste sentido, segue-se o critério de investigação utilizado por Marcelo RUIVO para discorrer sobre a dignidade penal da Administração no âmbito dos crimes de corrupção e gestão fraudulenta⁴⁶². Para o autor, o âmbito de proteção penal dá-se a partir dos interesses em questão, (sejam estes individuais, estatais e coletivos)⁴⁶³. Neste viés, observa-se que a noção de tutela da “dignidade” ou do “prestígio da Administração Pública”, se aproxima das propostas de proteção do “aspecto moral”, quer seja, da moralidade da Administração⁴⁶⁴. Ocorre que decorrer no dos anos⁴⁶⁵, à relação com uma determinada dignidade ou, porque não dizer, moralidade, adquiriu um novo conteúdo, ainda que não se questione que a imagem da Administração seja significativa para o Estado atingir a persecução de seus objetivos e interesses, isso não leva adotar exatamente essa proposta como a do bem jurídico penalmente tutelado⁴⁶⁶.

⁴⁶⁰ Na seara petroriana oportuna a transcrição da ressalva de entendimento do Min. Rogério Schietti Cruz no julgamento do Agravo regimental no REsp 1346621/PR, da Sexta Turma, j. em 03/02/2015: “[...] importante aspecto a relevar diz respeito ao objeto jurídico tutelado pela norma penal, que, no crime de descaminho, não é apenas o erário. Com efeito, a regulação da atividade econômica, pelo Estado, é função inerente aos tributos aduaneiros que incidem na operação de entrada e saída de mercadorias no território nacional, dada a natureza extrafiscal do Imposto de Importação (II) e do Imposto de Produtos Industrializados (IPI). Vejam, assim, que, a par da lesão ao erário, outros valores são atingidos pela conduta criminosa do art. 334 do CP, tais como a regulação da balança comercial, a proteção à indústria nacional e o prestígio da administração pública, especialmente ‘sua moralidade e probidade administrativa.’”; Mais detalhes, *vide* às seções: O problema através da jurisprudência – Cap. I e O crime de descaminho e seu(s) bem(ns) jurídico(s) tutelado(s) – Cap. IV.

⁴⁶¹ *Vide* especificamente Modelos teóricos sobre a criminalidade fiscal – Cap. IV. Neste aparte não será refeita a análise da incriminação da arrecadação fiscal, mas designadamente do prestígio e da moralidade da Administração Pública no crime de descaminho.

⁴⁶² Elege-se este critério por compreender que é no cenário da corrupção que a Administração Pública apresenta maior dignidade penal.

⁴⁶³ RUIVO, Marcelo Almeida. *Corrupção e gestão fraudulenta: o financiamento ilícito de campanhas políticas por bancos públicos*. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, Ano 22. Vol. 111. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 158-162.

⁴⁶⁴ RUIVO, Marcelo Almeida. *Ibidem*, p. 162-165.

⁴⁶⁵ Neste ponto, mais do que nunca, é necessário um olhar sob a história, pois o prestígio e a moral pública, triunfam em períodos ditatoriais ou naqueles em que o Estado tende a utilizar o Direito Penal para lograr certos resultados. Em linhas gerais, a título histórico observa-se esta ocorrência na última metade setecentista através da legislação pombalina, que, mais do que o combate ao delito aduaneiro, tinha por desígnio impor o poder da Coroa portuguesa em Portugal e, especialmente nas colônias. Quiçá isto tenha elado a incriminação do descaminho com o prestígio e a moral da Administração Pública. Situação semelhante se repete no auge da ditadura Vargas, quando tem lugar a edição do Código Penal de 1940, quando o delito de descaminho – ao revés do Código Republicano que o previa nos crimes contra a Fazenda Pública – vem a ser agregado aos tipos penais contra a Administração.

⁴⁶⁶ RUIVO, Marcelo Almeida. *Corrupção e gestão fraudulenta...*, *cit.*, p.162-163.

Nesta senda, o primeiro passo para localizar o conteúdo penal do prestígio ou da própria moralidade administrativa pode ser dado no rol dos princípios da Administração Pública trazidos no artigo 37 da Constituição Federal, onde se encontra o próprio princípio da moralidade. Contudo, a exemplo do que ocorre no delito de corrupção, não existe motivo dizer que o crime de descaminho tutelaria apenas a moralidade, visto que também atacaria outros princípios administrativos⁴⁶⁷. No segundo passo, adentra-se na própria indefinição do conteúdo do princípio da moralidade, sob o prisma de “um Estado laico, democrático e secular, a ponto de impedir o prosseguimento da posterior avaliação do eventual merecimento, carência e dignidade (grau) de tutela pelo direito penal”⁴⁶⁸. Especialmente, quando se pondera que o direito precisa apresentar uma neutralidade ou reserva diante da intervenção em questões morais⁴⁶⁹. O terceiro e mais largo passo, dá-se na direção de que os princípios constitucionais da administração pública se aplicam aos seus agentes (em sentido *lato sensu*), mas não aos particulares. Aliás, uma coisa é um delito praticado por um servidor público (adstrito à lei) contra a Administração e outra é quando um particular pratica um crime contra a Administração. Em ambas as situações a carga valorativa para fins penais é diferente⁴⁷⁰, sendo maior a censurabilidade quando se trata crimes praticados por funcionários públicos contra Administração no âmbito de suas atribuições⁴⁷¹.

⁴⁶⁷ “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (...)”.

⁴⁶⁸ RUIVO, Marcelo Almeida. *Corrupção e gestão fraudulenta...*, cit., p. 163-164. Ver mais sobre esta perspectiva à luz do princípio da legalidade in: COSTA, José de Faria. *Prelúdio e Variações...*, cit., p. 139-140.

⁴⁶⁹ Aliás, repisa-se que não compete ao direito penal à proteção de moral. DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal...*, cit., p.112 e segs.

⁴⁷⁰ Por lógico, não se quer inverter a lógica das coisas, ao ponto de negar o reconhecimento do dever de probidade que todo cidadão deve ter com a Administração Pública. Pauta-se aqui pelo mínimo ético de relevância penal. Vide: COSTA, José de Faria. *Noções Fundamentais...*, cit., p. 174-177.

⁴⁷¹ Curiosamente, mesmo quando se trata de crimes praticados por funcionários públicos no exercício de suas funções, em que, mais do que nunca, há uma maior relevância da moralidade ou do dever funcional de probidade, a jurisprudência vem relativizando este dogma, entendendo pela atipia da conduta, em casos de bagatelas penais. Como paradigma cita-se o peculato – delito que essencialmente protege a Administração e seu patrimônio: “Delito de peculato-furto. Apropriação, por carcereiro, de farol de milha que guardava motocicleta apreendida. Coisa estimada em treze reais. *Res furtiva* de valor insignificante. Periculosidade não considerável do agente. Circunstâncias relevantes. Crime de bagatela. Caracterização. Dano à probidade da administração. Irrelevância no caso. Aplicação do princípio da insignificância. Atipicidade reconhecida. Absolvição decretada. HC concedido para esse fim. Voto vencido. Verificada a objetiva insignificância jurídica do ato tido por delituoso, à luz das suas circunstâncias, deve o réu, em recurso ou habeas corpus, ser absolvido por atipicidade do comportamento”. STF. HC 112388, Segunda Turma. Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 21/08/2012.

Além do mais, sob a ótica da dogmática jurídico-penal, lembra-se ser equivocado tomar por base a amplidão da significação dos princípios constitucionais com a peculiaridade que compõe do conceito de bem jurídico-penal⁴⁷².

Neste fito, mesmo quando se trata de crimes de praticados contra a Administração a incriminação pode variar de acordo com seu objeto de tutela apesar de pertencer a um mesmo título ou capítulo do Código Penal. Veja-se o caso do delito de desobediência, em tese, exemplo típico de crime formal, praticado por particular contra a Administração Pública, em que, nomeadamente, tutela-se à moralidade e da probidade administrativa⁴⁷³. Neste delito, consoante entendimento doutrinário⁴⁷⁴ e jurisprudencial⁴⁷⁵ afasta-se a tipicidade quando há previsão de sanção administrativa não há crime de desobediência. Ora se a lei administrativa tem a potencialidade de afastar no caso do crime de desobediência, porque com o descaminho seria diferente? Giza-se que no âmbito administrativo concorrem com o descaminho outras duas sanções a de perdimento e a de multa⁴⁷⁶. Aliás, “desde sempre”, no descaminho, o momento de penitencia vem logo com o descerro da persecução estatal através da perda integral⁴⁷⁷ das mercadorias.

Ainda referindo que a tutela da Administração vária de acordo com as especificidades do objeto da incriminação, traz-se o delito de “Facilitação de contrabando ou descaminho” previsto no artigo 318 do Código Penal⁴⁷⁸. Tal delito é praticado por

⁴⁷² RUIVO, Marcelo Almeida. *Corrupção e gestão fraudulenta...*, cit., p.164.

⁴⁷³ BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal, Parte especial: Crimes contra a...*, cit., p. 247-252.

⁴⁷⁴ “Quando a lei extrapenal comina sanção civil ou administrativa, e não prevê cumulação com o art. 330 do CP, inexistente crime de desobediência. Sempre que houver cominação específica para o eventual descumprimento de decisão judicial de determinada sanção, doutrina e jurisprudência têm entendido, com acerto, que se trata de conduta atípica, pois o ordenamento jurídico procura solucionar o eventual descumprimento de tal decisão no âmbito do próprio direito privado. Na verdade, a sanção administrativo-judicial afasta a natureza criminal de eventual descumprimento da ordem judicial. Com efeito, se pela desobediência for cominada, em lei específica, penalidade civil ou administrativa, não se pode falar em crime, a menos que tal norma ressalve expressamente a aplicação do art. 330 do CP. Essa interpretação é adequada ao princípio da intervenção mínima do direito penal, sempre invocado como *ultima ratio*”. BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Ibidem*, p. 249.

⁴⁷⁵ “Não se configura, sequer em tese, o delito de desobediência quando a lei comina para o ato penalidade civil ou administrativa”. STF. HC, Rel. Celio Borja, RT, 613:4130.

⁴⁷⁶ A Lei n.º 10.83/ 2003, a partir do artigo 59, prevê, além da pena de perdimento de mercadorias, uma série de multas que variam de acordo com a especificidade e quantidade de mercadorias.

⁴⁷⁷ Mais do que nunca esta perda corresponde ao valor total do bem perdido, que apresenta valor muito maior ao imposto aduaneiro devido. Neste sentido, nos socorremos do humanismo de Beccaria, ao contemplar que o confisco das mercadorias seria “uma pena justíssima”, e mais, “a prisão de um contrabandista de fumo não deve ser a do assassino ou a do ladrão, e sem dúvida o castigo mais conveniente ao gênero seria aplicar à utilidade ao fisco (...)” BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e...*, cit, p. 150-151.

⁴⁷⁸ Art. 318 - Facilitar, com infração de dever funcional, a prática de contrabando ou descaminho (art. 334): Pena - reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa.

funcionário público que viola o dever inerente a sua função (elemento essencial) facilitando o contrabando ou descaminho.⁴⁷⁹ Neste aspecto, aparentemente, poder-se-ia entender com maior dignidade penal à conceituação ainda pouco definida da moralidade ou prestígio da Administração Pública, uma vez que o delito é perpetrado⁴⁸⁰ pelo funcionário público que tem o dever legal de probidade em sua atribuição⁴⁸¹. Neste plano, fica clara a diferença e a impossibilidade de comparar e nivelar o descaminho com os demais ilícitos contra a Administração Pública no geral e não apenas pela diferença da moldura penal apresentada; ou ainda, pela ordem axiológica de anterioridade de disposição dentro da codificação, mas especialmente, em razão do legislador ter excepcionado o delito de facilitação de contrabando ou descaminho da teoria monista da ação adotada pelo Código Penal, de forma que o funcionário público responde na forma do artigo 318, e não na do artigo 334, ambos do Código Penal⁴⁸².

Noutra via, já que no bem jurídico do descaminho estaria em causa a tutela do erário público e da moral pública, poder-se-ia sugerir o critério de “aspectos patrimonial e moral” para aferir o conteúdo da Administração Pública⁴⁸³. Contudo, esta aceção também não proporciona informação capaz de especificar e orientar a interpretação da previsão do ilícito, “pois não faz mais que repetir aquilo que já consta expresso na alocação sistemática do delito no Título XI – relativo aos crimes contra a Administração Pública – do Código Penal”⁴⁸⁴.

Em verdade, no relacionamento do descaminho com a Administração Pública há uma justaposição de normas que envolvem “função da tutela tributária”, e a “função de tutela do tributo”⁴⁸⁵ semelhante ao que sucede nas incriminações fiscais à função tributária e a dos deveres de colaboração e lealdade do contribuinte com a administração⁴⁸⁶. Portanto, se calhar uma leitura da incriminação do descaminho vista como um crime meramente formal

⁴⁷⁹ NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal...*, cit., p. 331.

⁴⁸⁰ “O crime do funcionário é *facilitá-lo* e não *praticá-lo*”. *Ibidem*.

⁴⁸¹ Como repisado este estudo não tem por foco principal estudar as figuras e variações decorrentes do descaminho. Porém, mesmo sem exaurir o tema, diante da dificuldade de definição do conteúdo de moralidade da Administração para fins penais, entende-se que no caso da facilitação está em causa a probidade administrativa.

⁴⁸² “A pena é mais grave do que ele teria como co-autor do delito do art. 334, o que bem se compreende, pois a lei teve em vista não somente o auxílio para a prática do contrabando ou descaminho, se o funcionário concorre para o delito do art. 334, sem transgredir dever da função, ele, na forma do art. 29, caput, será co-autor desse crime”. *Ibidem*.

⁴⁸³ RUIVO, Marcelo Almeida. *Corrupção e gestão fraudulenta...*, cit., p.167-168

⁴⁸⁴ *Ibidem*.

⁴⁸⁵ SOUSA, Susana Aires de. *Os Crimes Fiscais...*, cit., p. 270; 295-297.

⁴⁸⁶ *Vide*: Modelos teóricos da incriminação fiscal - Cap. IV.

contra a Administração Pública esvaziar-se-ia, por completo, seu objeto material, não permitindo sequer distingui-lo de ilícitos administrativos. Ressurgindo, assim, o pensamento de Binding ⁴⁸⁷, em que o crime era visto como uma lesão a um direito subjetivo do Estado, “consubstanciado num direito de mandar e de ser obedecido, desprovido de conteúdo”. ⁴⁸⁸ Por outro lado, não se pode olvidar que apesar do descaminho permanecer no Código Penal, em meio aos crimes contra a Administração Pública, isso não remove o seu elemento de crime patrimonial, dependendo de uma efetiva evasão ao erário para sua verificação ⁴⁸⁹.

Do cotejo destas colocações, percebe-se não haver elementos capazes de demonstrar que a tutela da administração pública esculpida no teor do *caput* do artigo 334 do Código Penal, seja dotada de dignidade penal a ponto de justificar a incriminação, como um genuíno delito contra a Administração Pública.

In fine, oportunas são as palavras de Ivan Lira de Carvalho, ao referir que “na contramão da história jurídico-penal universal”⁴⁹⁰ segue o Brasil, através de seu “aparelho legiferante míope”⁴⁹¹, criminalizando condutas protagonizadas por particulares contra a Administração Pública, reafirmando “a impotência do Estado em resolver, por meios civilizados e eficazes, os desvios dos quais é vítima”. Verdade é que desvios gigantescos são recorrentemente “praticados no gerenciamento da coisa pública, sem que desafiem, obrigatoriamente, sanção penal. E nem por isso se fala em desmoronamento do Estado”⁴⁹².

9. “ILUDIR”: UM CONTRIBUTO À IMCOMPREENSÃO

⁴⁸⁷ “Que assim é, mostra-o logo a doutrina de *BINDING* sobre a natureza puramente ‘sancionatória’ do direito penal de justiça e o carácter de mera desobediência do ilícito penal administrativo: atrás de uma contraposição, esbatida mas ainda presente, entre Direito e Administração, é toda a controvérsia à roda do ‘bem jurídico’ e do ‘bem administrativo’ que agora se perfila. Mas mostra-o sobretudo a doutrina do pai do moderno direito penal administrativo, *JAMES GOLDSCHMIDT*. Abandonada a férrea oposição jusnaturalista entre Indivíduo e Comunidade, é o Indivíduo que surge como suporte tanto da ordem jurídica como da ordem administrativa; investido, em todo o caso, num duplo papel, que o faz aparecer além enquanto *‘individuo qua tale’* aqui enquanto ‘ser comunitário’ ou – como haveria de se dizer mais tarde, neste preciso sentido – enquanto ‘cidadão’. Por isso é que a Administração – tendo embora deixado já de ser mera prevenção de perigos dirigidos à esfera jurídica individual, para passar a actividade promotora do bem-estar (*‘Wohlfahrts’-‘Verwaltung’*) – vive ainda essencialmente fora da órbita do direito e da justiça”. DIAS, Jorge de Figueiredo. *Para uma dogmática do...*, cit., p.52.

⁴⁸⁸ SALOMÃO, Heloisa Estellita. *A tutela penal...*, cit., p. 28-29.

⁴⁸⁹ TOLEDO, Francisco de Assis. *Descaminho...*, cit., p. 01.

⁴⁹⁰ CARVALHO, Ivan Lira de. *A criminalização...*, cit. p. 543.

⁴⁹¹ *Ibidem*.

⁴⁹² CARVALHO, Ivan Lira de. *Ibidem*, p.541.

O *caput* artigo 334 do Código Penal apresenta como núcleo típico⁴⁹³ a expressão “*iludir*”. Esse termo foi incorporado na tipicidade do descaminho ainda no Código Republicano⁴⁹⁴ permanecendo até os nossos dias⁴⁹⁵.

O supracitado vocábulo é usado no sentido de iludir o pagamento dos impostos devidos pela saída ou entrada de mercadorias; igualmente, na definição de iludir a fiscalização tributária, a guarda aduaneira, a moralidade administrativa, etc. ou, ainda, a Administração Pública propriamente dita; noutra via, aparece como sinônimo de ilidir ou elidir.

Na doutrina e na jurisprudência⁴⁹⁶, apreciam-se distintos nuances sobre o emprego do verbo “*iludir*”, os quais variam com a ausência do pagamento dos impostos e/ou com a questão atividade administrativa de fiscalização.

Neste ambiente, Fragoso ensina que “a ação incriminada consiste em iludir (enganar, burlar, fraudar), no todo ou em parte, o pagamento de direito ou imposto”⁴⁹⁷. Em palavras semelhantes, Toledo refere que iludir seria “qualquer burla, dissimilação, subterfúgio ou engano que se empregue com o intuito de evitar, no todo ou em parte, o pagamento de tributos. Já na lição de Noronha: “É também com a liberação que se consuma o *descaminho*: a fraude ou expediente surtiu efeito, *iludiu* as autoridades alfandegárias, entretanto o destinatário na posse da coisa sem pagar os tributos ou direitos respectivos”⁴⁹⁸. Por fim, traz-se a aceção de Bitencourt que reconhece o verbo típico *iludir* como “uma espécie *sui generis*, pode-se dizer — acrescentamos nós —, de meio fraudulento, forçando um pouco o sentido dessa expressão”⁴⁹⁹. Esta percepção relaciona-se ao pagamento e a fiscalização. Desta forma: “Descaminhar significa iludir, no todo ou em parte, o pagamento de direito ou imposto devido pela entrada, pela saída ou pelo consumo de mercadoria não proibida”⁵⁰⁰. Ainda nas palavras do autor, a “simples introdução no território nacional de mercadoria estrangeira sem pagamento dos direitos alfandegários, independentemente de qualquer prática artilosa visando iludir a fiscalização, tipifica o crime de descaminho”⁵⁰¹.

⁴⁹³ TOLEDO, Francisco de Assis. *Descaminho...*, *cit.*, p. 04.

⁴⁹⁴ Ver comentários ao dispositivo legal na seção (Evolução) legislativa do crime aduaneiro no Brasil – Cap. II.

⁴⁹⁵ Ver transcrição do artigo 334 na seção (Evolução) legislativa do crime aduaneiro no Brasil – Cap. II.

⁴⁹⁶ Ver: O problema através da jurisprudência – Cap. I.

⁴⁹⁷ FRAGOSO, Cláudio Heleno. *Lições de Direito...*, *cit.*, p.1177.

⁴⁹⁸ NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal...*, *cit.*, p. 326.

⁴⁹⁹ BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal, Parte especial: Crimes contra a...*, *cit.*, p. 329.

⁵⁰⁰ BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Ibidem*, p. 149 e 309.

⁵⁰¹ *Ibidem*.

Destes apontamentos, corrobora-se que dependendo de como o verbo “*iludir*” é empregado muda sua contribuição, para turvar ou aclarar a natureza do delito. Em uma visão hipotética, se considerarmos o termo “*iludir*” no sentido de falta de pagamento dos impostos, poderia estar diante de um crime fiscal ou tributário. Agora, se, a dita expressão, for empregada na relação de iludir a fiscalização ou a Administração Pública inclina-se para ocorrência de um crime contra a Administração Pública. Claro que este critério hipotético não tem o condão de, por si só, definir se o descaminho é um delito tributário ou não – aliás, não é o pretendido – o objetivo maior é demonstrar que este detalhe – muitas vezes desconsiderado – pode cooperar para indefinição do âmbito de proteção do delito, contribuindo, de forma predominante, para excessiva abertura do tipo.

Neste particular, é através da expressão “*iludir*” que se estabelece que o descaminho é composto de um tipo penal aberto (necessita da valoração do “*iludir*”, notadamente, visando verificar se a conduta foi capaz de iludir a fiscalização, por exemplo⁵⁰²) e de norma penal em branco⁵⁰³ (o julgador necessita buscar na legislação extrapenal o conteúdo dos impostos faltantes). De uma forma ou de outra, o que se põe em causa é risco de se transcender ao princípio da legalidade⁵⁰⁴, o que nos parece que ocorre tanto em um caso quanto no outro.

Noutra altura, ainda que os vocábulos *iludir*, *elidir* e *ilidir* guardem entre si certa semelhança na escrita, verdade é que a palavra “*iludir*” carrega uma significação dúbia, sendo empregada tanto para fraude ao pagamento dos impostos quanto para fiscalização. Tampouco os dicionários são uníssonos quanto ao termo, pois “*iludir*” relaciona-se com o

⁵⁰² Apenas para lembrar que no tipo penal aberto a conduta não está completamente descrita no tipo penal reclamando uma complementação valorativa do julgador, pois o conteúdo proibitivo não está posto de forma clara. Já em se tratando de norma penal em branco, busca-se a complementação do tipo na legislação extrapenal. Ver, por todos, ROXIN, Claus, *Teoría del tipo penal – tipos abiertos y elementos del deber jurídico*. Versão castelhana de Enrique Bagalupo. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1979, p. 264 e segs.

⁵⁰³ Giza-se que não se está a falar sobre o contrabando, o qual também é um composto por uma norma penal em branco, consubstanciada numa “lista” legal de produtos proibidos. O descaminho é norma penal em branco por não vir definido no tipo a especificação dos impostos e suas alíquotas. Ver especificamente SCANDELARI, Gustavo Britta. *O crime tributário...*, cit., p. 216-217.

⁵⁰⁴ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal...*, cit., p.184-186.

pagamento e com pessoas⁵⁰⁵. Na área jurídica, para além da problemática do descaminho, comumente, a doutrina e a jurisprudência⁵⁰⁶ referem-se ao verbo “*iludir*” quando se está em causa o crime de estelionato, por exemplo, em que é necessário iludir a vítima⁵⁰⁷.

Ainda que, “*iludir*” guarde semanticamente um duplo sentido, comungamos do pensar de Cláudio Brandão que afirma que só é faticamente possível empregar a expressão no sentido de enganar um ser humano. Ora só se ilude ou desilude alguém e não o pagamento imposto. O acenado autor aponta o descaminho como exemplo paradigmático de problema de adequação típica que desafia um “malabarismo” argumentativo e retórico, pois não se ilude o objeto que está no tipo, mas se ilude o Fisco quando se ilide o pagamento de direito ou tributo devido em face do ingresso de mercadoria estrangeira no país.⁵⁰⁸

Nesta vereda, Cláudio Brandão vai além, referindo que o vocábulo “*iludir*” nada mais é do que um erro legislativo preconizando, por conseguinte, a substituição do núcleo *iludir*⁵⁰⁹ por *ilidir*⁵¹⁰. Esta imprecisão resiste ao tempo, se fazendo presente no artigo 334 do Código Penal, contribuindo para uma abertura demasiada do tipo penal, deixando vivas as

⁵⁰⁵ A consulta a um dicionário do mesmo ano da primeira codificação penal portuguesa aponta a expressão *iludir* como fraude ao pagamento de tributos, leis e ordens. (FARIA, Eduardo de. Dicionario de Synonymos. 2ª Edição. Vol. 3º. Lisboa: Typographia Vianna, 1852, p. 804); Em outro dicionário da metade do Século XX, mesma palavra, recebe apenas a significação de iludir “a boa fé de uma pessoa”. (SILVA, Antônio de Moraes. Grande Dicionário da língua portuguesa. 10ª ed. Vol.V. Lisboa: Editorial Confluência, 1952, p. 838); Na atualidade, pode-se perceber que a palavra *iludir* recebe um duplo significado – tanto para pessoas quanto para leis: *iludir* (lat *illudere*) 1. Causar ilusão a; enganar, lograr: Iludir incautos. 2. Tornar menos sensível ou notório; dissimular: Iludir a fome. Iludir a comoção. 3. Cair em ilusão ou erro: "Ninguém se iludiu a esse respeito" (Rui Barbosa). 4. Baldar, frustrar: O fugitivo iludira a vigilância das sentinelas. 5. Buscar subterfúgios para não executar (leis, ordens etc.). (In: *Moderno Dicionário Michaelis*. Disponível em: <http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=portugues-portugues&palavra=iludir>, acessado em 19 de junho de 2015); Turvando mais este panorama, é perceptível uma certa convivência do termo *iludir* com as expressões *elidir* e *ilidir*. Vejamos: Iludir - verbo transitivo: 1. fazer acreditar naquilo que não é verdadeiro; causar ilusão a; enganar. 2. burlar; intrujar. 3. figurado recorrer a métodos habilidosos para não cumprir ou realizar; fugir a. 4. figurado suavizar; dissimular. - verbo pronominal: 1. ser vítima de ilusão. 2. acreditar naquilo que não é verdadeiro; enganar-se. (Do latim *illudere*, “brincar com; zombar de”). Elidir - verbo transitivo: 1. fazer a elisão de; eliminar. 2. Omitir. (Do latim *elidere*, “omitir; elidir”). Ilidir - verbo transitivo: argumentar contra; rebater; refutar; confutar. (Do latim *illidere*, “bater contra”). In: Dicionário de língua portuguesa. Editora Porto. 2011. Disponível em: https://play.google.com/store/apps/details?id=pt.portoeditora.android.dicionario.lingua_portuguesa, acessado em 03 de junho de 2015.

⁵⁰⁶ “*Habeas corpus*. Estelionato. Alegação de nulidade resultante de falta de exame de corpo de delito. No caso, o que não foi submetido a exame foi o instrumento utilizado para iludir a boa-fé da vítima. E a falta de exame de instrumento do crime não é causa de nulidade do processo”. Recurso ordinário a que se nega provimento. STF. HC 60654, Rel. Min. Moreira Alves, j. 27/05/1983.

⁵⁰⁷ “A fraude deve ser meio apto a iludir a vítima, a obter o seu consentimento viciado”. CAPEZ, Fernando. *Código penal...*, cit., p. 501.

⁵⁰⁸ BRANDÃO, Cláudio. *Tipicidade Penal: Dos elementos da dogmática ao giro conceitual do método entimemático*. Coimbra: Almedina, 2012, p. 23.

⁵⁰⁹ A nosso juízo a expressão mais apropriada, em atenção aos preceitos constitucionais da materialidade e ofensividade, deveria estar ligada a termos como, “suprimir” ou “reduzir” o pagamento de impostos, a exemplo dos crimes contra a ordem tributária.

⁵¹⁰ BRANDÃO, Cláudio. *Tipicidade Penal...*, cit., p.23.

críticas à má redação do delito de descaminho. Em verdade, já era tempo do legislador ter corrigido tal equívoco, pois, como dito, o verbo “*iludir*” consta no ordenamento jurídico desde a codificação de 1890.

Por arremate, retoma-se o pensar de Hugo de Brito Machado, advertindo ser tecnicamente impossível “*iludir*” o pagamento de imposto no caso do contrabando, em razão da inexistência de alíquotas a incidir sob a saída ou entrada de mercadorias proibidas⁵¹¹. Esta observação se concretiza com as mudanças da trazidas pela Lei n.º 13.008/2014, em que a palavra “*iludir*” apresenta-se apenas com relação ao tipo do descaminho, não mais constando na redação típica do contrabando. Este fato reforça que o descaminho é um crime tributário, caso contrário, a expressão “*iludir*” – a qual se relaciona ao pagamento de imposto – se faria igualmente presente na descrição típica do contrabando⁵¹².

⁵¹¹ MACHADO, Hugo de Brito. *O descaminho como crime contra a ordem tributária...*, cit., p. 95-97.

⁵¹² Ver art. 334 na seção (Evolução) legislativa do crime aduaneiro no Brasil – Cap. II.

CONCLUSÃO

Quando do início da investigação do delito de descaminho no Brasil, não se tinha a real noção do valor que a contextualização histórica do ilícito aduaneiro trazia consigo. Alguns doutrinadores contemporâneos, ao se reportarem ao descaminho, empregam pouca ênfase ao contexto histórico do delito aduaneiro, sendo comum, a presença de breves citações introdutórias relacionando o delito às penas graves contidas nas Ordenações. Em verdade, no mais das vezes, as penas aplicadas ao descaminho, de um modo geral, nem sempre eram o castigo corporal, a pena de morte ou privação de liberdade, restringindo-se à perda das mercadorias e ao pagamento de multas, sendo aquelas reservadas apenas para as situações mais graves. A ausência de um maior aprofundamento sobre o aspecto da história do ilícito aduaneiro deve-se, em especial, à falta de produções bibliográficas específicas à temática. Ademais, via de regra, a doutrina tem se dedicado ao estudo da chamada criminalidade tributária fiscal, deixando de lado um dos mais antigos crimes tributários: o descaminho.

Sobreleva-se que é do conjunto histórico que se nota o atrelamento da figura do descaminho ao contrabando. Ainda que as condutas dos mencionados ilícitos penais sejam tecnicamente distintas, por séculos, elas foram tratadas no mesmo tipo legal, trazendo um estigma negativo, nomeadamente ao descaminho. Pois, a conduta do contrabando apresenta uma carga de censurabilidade maior em relação ao descaminho, observação que não é de hoje. Com base nesta constatação, Viveiro de Castro, no alvorecer dos anos noventa já preconizava a separação dos tipos de descaminho e do contrabando⁵¹³.

Contudo, a autonomia jurídica entre os delitos de contrabando e descaminho somente teve lugar recentemente, através da Lei n.º 13.008, de 26 de julho de 2014, em que tais crimes tiveram, finalmente, suas condutas típicas separadas no texto legal do artigo 334 do Código Penal.

Porém, o empenho técnico legislativo poderia e deveria ter sido mais bem empregado, especialmente em relação à figura do descaminho. Apesar disso, a autonomia do descaminho face ao contrabando protagonizada pela Lei n.º 13.008/2014, serve para reforçar que o delito de descaminho é um crime tributário material de dano, pois nele se tutela o valor do pagamento dos impostos. Neste aspecto, as referidas inovações legais não deixam

⁵¹³ *Vide nota 98.*

de constituir-se em um conciso avanço, todavia longe do que se entende como ideal para a conduta do descaminho no tempo presente. Pois, como lembra Toledo, a questão do descaminho no Brasil desafia uma reforma global do ordenamento jurídico tributário penal⁵¹⁴. Entretanto, em tempos de “Civilização do Espetáculo”⁵¹⁵, em que a lei e ordem assumem a cena eleitoral e a caneta legislativa, uma reforma penal, acompanhada do lume de parâmetros como o da dignidade penal seria um tanto – forçando um pouco o termo – “utópica”.

Mesmo sem a pretensão de exaurir o tema acerca das mudanças trazidas por força da Lei n.º 13.008/2014 ao artigo 334 do Código Penal, adaptando uma expressão de uma obra de Costa Andrade, diríamos: *‘Bruscamente no inverno passado’*. *A reforma do artigo 334 do Código Penal, uma alteração que poderia e deveria ter sido diferente*⁵¹⁶! Em verdade, sequer o descaminho deveria estar compaginado no Código Penal.

Neste plano, é novamente, com base na raiz e na cumplicidade do direito português, que passamos a explicar o porquê o descaminho encontra-se descrito inadequadamente no ordenamento jurídico brasileiro. Neste fito, toma-se por norte as funções atribuídas ao bem jurídico, em especial a da existência de um interesse sistematizador que deve estar em acordo com a temática do conteúdo de tutela e da subsidiariedade que se traduz em uma garantia na órbita da política-criminal, preconizando o uso mais restritivo possível do direito penal⁵¹⁷. Assim, apesar da descrição do artigo 334 do Código Penal se assemelhar a uma reprodução das codificações lusitanas do século XIX, nota-se que o legislador brasileiro não seguiu a evolução do direito português com relação aos ilícitos aduaneiros.

Em linhas objetivas, enquanto em 1940, o Código Penal, sob a égide da ditadura Vargas, trazia o descaminho para o rol dos delitos praticados contra a Administração, ao revés da codificação anterior, que o tipificava no rol dos crimes contra o Tesouro Nacional. Em Portugal, no mesmo período, através do Decreto-Lei n.º 31.664/1941, dava-se lugar a um novo Contencioso Aduaneiro, uma legislação moderna para época, inclusive com a separação entre responsabilidades fiscais de natureza criminal e civis, afastando, cada vez

⁵¹⁴ TOLEDO, Francisco de Assis. *Descaminho...*, cit., p. 03. Embora esta publicação seja do fim da década de 70, até hoje, se aguarda a tal “reforma global”!

⁵¹⁵ Vide nota 118.

⁵¹⁶ Paráfrase do título do livro de Costa Andrade que trata sobre reformas processuais penais em Portugal, ocorridas através da Lei n.º 48/2007 que passou a vigorar em Setembro daquele ano. ANDRADE, Manuel da Costa. *“Bruscamente no verão passado”, a reforma do Código de Processo Penal – observações críticas sobre uma lei que podia e deveria ter sido diferente*. Coimbra: Editora Coimbra, 2009.

⁵¹⁷ RUIVO, Marcelo Almeida. *Criminalidade fiscal...*, cit., p. 1197.

mais, o delito aduaneiro da codificação do direito penal primário, alocando a matéria aduaneira, no seu devido lugar, ou seja, na órbita do direito secundário.

Neste particular, ainda é de dizer que o fim da primeira metade do ano novecentista foi marcado por grandes mudanças no cenário econômico mundial. Foi nesse momento que os Estados enfatizaram a responsabilidade assistencialista de promoção e efetivação de certos direitos sociais, reclamando uma maior intervenção na economia em razão da maior necessidade de arrecadação. Tal período vem timbrado por uma forte repressão ao delito de descaminho, o que se expressa através do rigor da tipificação do descaminho no Código Penal de 1940, que, em essência, é mantida até hoje. Rigor que não se restringe ao apenamento de 01 a 04 anos⁵¹⁸, mas, também por reconhecer o descaminho como um crime praticado por particular contra a Administração Pública⁵¹⁹. Este retrospecto foi igualmente acompanhado pela solidificação da transposição do modelo de um Estado Liberal para o novo modelo de Estado Democrático de Direito e Social, adotado pela maioria das constituições democráticas vigentes, inclusive pelo atual mandamento constitucional do Brasil.

O novo modelo de Estado tem por alto o caráter singular do destinatário da norma, em respeito aos direitos fundamentais e a liberdade, mandamentando a observância ininterrupta dos princípios constitucionais da legalidade, materialidade e ofensividade, não apenas na função do julgador, mas notadamente como função dogmática a ser observada quando da legitimidade para a criação dos tipos penais.

Com efeito, é justamente do plano constitucional traçado pelo legislador constituinte de 1988 que se retira que o descaminho lesa o patrimônio fiscal do Estado. Numa interpretação mais restritiva, chega-se ao artigo 143 da Constituição, o qual estabelece ser de competência da Polícia Federal a fiscalização fronteiriça, visando preservar o patrimônio do Estado. Compreende-se que, a significação de patrimônio estabelecida pelo legislador constituinte refere-se a receita dos impostos. Neste aspecto, em razão do descaminho se tratar de um crime fronteiriço, logicamente, apenas podem ser contemplados os impostos de importação e exportação, não sendo aceitável a tutela demasiada de outros

⁵¹⁸ Anota-se que a pena pode chegar a 08 anos, no caso do descaminho ser praticado por transporte aéreo, marítimo ou fluvial, consoante, § 3.º do art. 334 do CP.

⁵¹⁹ Neste ponto, retoma-se por relevantíssimo, que tanto na codificação de 1830, quanto na de 1890, o descaminho não era classificado como um ilícito penal praticado contra a Administração Pública, mas sim contra o “Tesouro Público” ou contra a Fazenda Pública. Por isso, afirma-se que o descaminho apenas foi catalogado como crime contra a Administração por não ter outro local no código ou dada à inexistência de uma lei penal secundária destinada ao crime tributário.

direitos elencados como impostos. Fala-se, especialmente, na grande gama de leis e decretos administrativos que compõe os ditames do complexo e – constantemente – alterável, direito aduaneiro.

Logo, é a partir deste apreço constitucional, que se pode trazer um olhar mais intenso capaz de revelar que o delito de descaminho nada mais é do que um crime tributário material de dano que põe em causa o valor do pagamento dos impostos descritos na incriminação em simetria com a norma constitucional.

Este primeiro enfoque ganha proeminência através do apreço de outros pormenores não menos importantes, relacionados à pluriofensividade, extrafiscalidade e, especialmente, a partir da verificação da dignidade penal da Administração Pública dentro da sua atribuição ao delito de descaminho.

Com relação à pluriofensividade, tem-se que o descaminho não é um delito de caráter pluriofensivo, pois protege designadamente o Erário Público, no aspecto do valor devido aos impostos de exportação e importação devidos pela saída ou entrada de mercadorias lícitas.

Noutra via, há interpretações que não reconhecem o descaminho como crime material de dano em razão da função extrafiscal característica dos impostos de importação e exportação. Ocorre que, esta extrafiscalidade – diga-se conceito de construção doutrinária – também se faz presente nos demais impostos voltados à fiscalidade. Ou seja, com menos ou maior intensidade, a extrafiscalidade e a fiscalidade convivem, isto é, são comuns a todos os impostos, brilhando com maior ou menor intensidade dependendo do caso⁵²⁰.

No seguimento do raciocínio investigativo se ponderou sobre a dignidade penal da Administração Pública, uma vez que no descaminho a Administração Pública seria o bem geral da incriminação, atingindo a moralidade administrativa, conforme alguns doutrinadores.

Neste espaço, retoma-se o contexto evolutivo da legislação, pois, ainda que o legislador de 1940 tenha atribuído uma maior relevância à função da Administração Pública, naquela época, nos dias de hoje é questionável tal relevância. Em verdade, esta função administrativa especificamente no crime de descaminho carece de dignidade penal em nada diferindo dos demais crimes tributários trazidos pela Lei n.º 8.137/1990. A dignidade penal atribuída ao descaminho de delito praticado contra a moralidade administrativa é decorrente

⁵²⁰ Vide nota 375.

de sua inadequada sistematização dentro do Código Penal junto dos crimes praticados por particulares contra a Administração Pública. Ademais, se tomarmos a análise do artigo 334 do Código Penal como a de um crime meramente formal, praticado por particular contra a Administração Pública dá-se azo ao esvaziamento total de seu objeto material, não permitindo ao menos distingui-lo dos ilícitos administrativos. Neste sentido, com amparo na investigação das teorias relacionadas à incriminação fiscal, ratifica-se, a mercê de dúvidas, que o descaminho deve assumir o protótipo de um crime patrimonial, somente se perfectibilizando com a verificação de uma efetiva e considerável lesão aos “cofres” do Estado, sob pena do delito ser reduzido a um mero crime de desobediência.

Sendo assim, não há maiores distinções entre o descaminho e os crimes tributários da Lei n.º 8.137/1990, pois ambos são classificados como crimes materiais de dano e apresentam o Erário Público como mesmo bem jurídico. Aliás, a única diferença entre tais crimes é o apenamento. Embora se defenda a equiparação do descaminho aos crimes tributários, curiosamente estes apresentam penas superiores⁵²¹ ao descaminho⁵²². Destarte, não há elementos plausíveis para negar a natureza de crime tributário ao descaminho.

De outro norte, questão que poderia calhar neste âmbito de conclusão, seria a possibilidade de descriminalização do descaminho, pois boa parte do que foi dito tende a transpassar que há certa falta de legitimidade para a proibição da conduta, o que decorreria também da ampla tolerância e benevolência da sociedade com o “velho delito” incruento praticado contra a receita do Estado. Contudo, a questão não pode ser vista unicamente desta forma. Em primeiro lugar, é de lembrar que vão longe os dias em que a falta de colaboração com a administração fiscal e, principalmente, a conduta de faltar ao pagamento de imposto eram vistas como algo completamente neutro⁵²³. De tal modo não se pode – de forma alguma – dizer que a conduta do descaminho é neutra e inofensiva. Portanto, deve ser reprimida pelo Estado. Apesar disso, como se adianta, sua repressão melhor se enquadra no âmbito do direito administrativo.

Neste viés, é de chamar atenção que o direito penal, embora seja um dos instrumentos mais potentes e violentos que o Estado detém para reprimir condutas indesejadas, nem sempre é a solução adequada. A criminalidade do descaminho é um exemplo incontestável desta afirmação, o que pode ser visto através dos milhares de

⁵²¹ Pena - reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa. – Art. 1º. Lei n.º 8.137/1990

⁵²² Pena - reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos. – Art. 334 do CP.

⁵²³ DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. *O crime de fraude fiscal...*, cit., p. 414-416.

processos que ocupam as Varas e Tribunais de todo país, atravancando e encarecendo a atividade jurisdicional.

Em tempos de grande circulação de pessoas e bens e volatilidade econômica, em que a receita tributária das mercancias não é a única e nem a principal receita Estatal, nota-se que a aplicação da lei brasileira é carecedora de subsidiariedade, em face de ausência de uma técnica de tutela capaz de refletir com eficiência a ofensividade do bem jurídico do crime de descaminho. Em síntese, o legislador brasileiro trata a questão como à *prima ratio* e não como a *ultima ratio*, em detrimento do respeito à dignidade da pessoa humana e do atributo da liberdade.

Por lógico, nem todas as condutas lesivas ao fisco, dentro de um Estado Constitucional que respeita os direitos fundamentais, devem ser tuteladas pela norma penal. Aliás, reitera-se que mesmo que haja dignidade penal de uma conduta, isto por si só não autoriza sua criminalização⁵²⁴. Tão somente resulta legitimada a tarefa de criminalização sobre condutas ou ataques concretamente ofensivos a um bem jurídico, e mesmo assim, não todos os ataques, senão unicamente os mais graves⁵²⁵. A avaliação daquilo que é merecedor de tutela penal não se redonda simplesmente aos bens relevantes de uma determinada sociedade, mas há de se ter por foco também a eficiência que a norma pode agregar na solução de determinados conflitos e dificuldades sociais⁵²⁶.

Neste sentido, recorda-se o ensinamento de Costa Andrade: “a carência de tutela penal analisa-se, assim, num duplo e complementar juízo: num primeiro lugar, um juízo de necessidade (*Erforderlichkeit*), por ausência de alternativa idônea e eficaz de tutela não penal; em segundo lugar, um juízo de idoneidade (*Geegnetheit*) do direito penal para assegurar a tutela e para fazer à margem de custos desmesurados no que toca ao sacrifício de outros bens jurídicos, máxime a liberdade.”⁵²⁷

⁵²⁴ ANDRADE, Manuel da Costa. *A “dignidade penal”...*, cit., p. 184-186.

⁵²⁵ GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da Ofensividade no Direito Penal*. Série “As ciências criminais no século XXI”, Vol. 6. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 89.

⁵²⁶ “Logo por aqui se deve concluir que um bem jurídico político-criminalmente tutelável existe ali – e só ali – onde se encontre refletido num valor jurídico-constitucionalmente reconhecido em nome do sistema social total e que, deste modo, se pode afirmar que “preexiste” ao ordenamento jurídico-penal. O que por sua vez significa que entre a ordem axiológica - jurídico-constitucional - e a ordem legal - jurídico-penal - dos bens jurídicos, tem por força de verificar-se uma qualquer relação de mútua referência; relação que não será de identidade, ou mesmo só de recíproca cobertura, mas de analogia material, fundada numa especial correspondência de sentido e - do ponto de vista de sua tutela - de fins”. DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal, parte geral...*, cit., p. 120.

⁵²⁷ ANDRADE, Manuel da Costa. *A “Dignidade Penal”...*, cit., p. 186.

Mesmo que se busque certa ‘finalidade’ através da lei penal, o próprio Roxin⁵²⁸ estabelece que a proteção do bem jurídico, independentemente de sua natureza, por meio da ameaça de persecução criminal deve ser encarada como uma possibilidade remota, manejada, quando alternativas, no campo civil ou administrativo, por exemplo, não se tenham mostrado suficientes⁵²⁹. Daí, porque compreendemos que mesmo que ausente a dignidade penal da administração pública no delito de descaminho, o dever de probidade do cidadão para com a atividade fiscal do Estado não é algo neutro, merecendo ser legalmente reprimido. Porém, esta tutela deve ser feita por outros ramos do direito que não o do direito penal⁵³⁰.

Outrossim, é exatamente a par desta fundamentação que reforça-se a compreensão de que o descaminho, deveria somente resultar em crime após o esgotamento – material e processual – de todos os outros ramos do direito, devendo existir uma maior atenção legislativa a sua repressão na seara do direito administrativo.

Como pano de fundo de todo este contexto, pontua-se que o descaminho apresenta uma demasiada abertura de seu tipo penal, na qual o próprio verbo do tipo traz a imprecisão da expressão “*iludir*”, tanto usada no sentido de iludir o pagamento quanto na fiscalização administrativa. Ademais, sobreleva-se que o *caput* do artigo 334 do Código Penal não apresenta um elemento típico relacionado ao valor faltante do pagamento do imposto, como aquele que existe na lei lusitana, no qual o ilícito pode ser uma mera contra-ordenação ou crime, tudo a depender do valor fiscal em falta. Não há, portanto, uma valoração prévia por parte do legislador brasileiro para determinar em que ponto a conduta deve ser tida como típica.

A inexistência de um critério descrito junto da redação típica do descaminho, como elemento do tipo, expressando um valor linear, impossibilita saber quando se está diante de um ilícito administrativo ou criminal. Disto, decorre uma imensa gama de denúncias, que, no mais das vezes, constituem-se em bagatelas penais, constatadas pela ausência de ofensividade ao patrimônio do Estado, fazendo com que inúmeras pessoas venham

⁵²⁸ Vide nota 235.

⁵²⁹ “Penso que o direito penal deve garantir os pressupostos de uma convivência pacífica, livre e igualitária entre os homens, na medida em que isso não seja possível através de outras medidas de controle sócio-políticas menos gravosas”. ROXIN, Claus. *Estudos de Direito Penal*, Tradução Luis Greco, 2.^a ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 32.

⁵³⁰ Neste contexto, a título de referência, na doutrina brasileira, consultar os estudos dos crimes de acumulação tratados sob o prisma da ofensividade In: D’AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade em direito penal...*, cit., p. 118 e seg; em Portugal, vide: BRANDÃO, Nuno Fernando Rocha Almeida. *Crimes e contra-ordenações...*, cit. p. 439 e segs.

experimentar do fel de um processo penal, sendo ao cabo, absolvidas, dando ensejo a um genuíno quadro de hipertrofia do direito penal.

Como profilaxia a este cenário, deixa-se aqui o registro de uma singela contribuição, composta por três brevíssimas sugestões:

Urgentemente: o descaminho deve ser retirado do Código Penal devendo integrar ao plano do direito secundário, também sendo necessária uma maior ênfase a sua repressão dentro da seara administrativa.

Urgentemente: há necessidade da substituição do impreciso verbo típico “*iludir*” por expressões de que representem a objetividade necessária de um crime de dano, tais como “reduzir ou suprimir” o valor dos impostos de exportação ou importação, como traz a descrição do *caput* do artigo 1º da Lei dos Crimes Tributários.

Urgentemente: é indispensável o estabelecimento de um critério objetivo material, descrevendo um valor mínimo para prestação tributária em falta junto do tipo penal que funcione como um divisor d’águas, entre o ilícito administrativo e o ilícito criminal. De forma que o crime só se verifique após suplantar determinado valor estabelecido no tipo, a exemplo do que ocorre na lei tributária, em Portugal. Pois, caso não atingido o valor limítrofe descrito na norma penal, o caso não adentra na esfera criminal, devendo ser solvido na seara administrativa. Neste ponto, como referência do valor sugerido aponta-se o artigo 20 da Lei n.º 10.522/02 - Lei de Execuções Fiscais, que preconiza o arquivamento das ações de execuções fiscais de valor igual ou inferior a R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), conforme portaria do Ministério da Fazenda n.º 75, de 22 de março de 2012. O mencionado valor é utilizado como paradigma pela jurisprudência para determinar quando se está diante de um ilícito penal de bagatela. Neste espaço, a jurisprudência brasileira passou a comparar a esfera tributária e penal, examinando de forma sistemática o ordenamento, haja vista que não faria sentido alguém ser condenado por deixar de pagar tributos cujo montante não é sequer considerado digno de cobrança pelo Estado. Porém, não há um consenso com relação a este valor e a outros pormenores na movediça linha petroriana, que renega, muitas vezes, o reconhecimento de que o descaminho é um crime de dano, bastando para configuração do delito à ocorrência formal.

Estas sugestões, caso empregadas, entre outros benefícios, reforçariam a eficácia da norma penal, preservando o caráter subsidiário do direito penal, evitando que milhares de processos fossem distribuídos caso não verificado o suplante do valor determinado no tipo

incriminador. Tais apontamentos parecem nos aproximar mais ao modelo de Estado inculpido pelo legislador na Constituição de 1988, pois o homem, em seu sentido singular, ao representar a célula legitimadora e mantenedora do Estado, não pode estar sujeito a tipos penais demasiadamente incompletos, sob pena de ferir de morte o primado da legalidade. De mais a mais, o cidadão não pode viver refém de equívocos legislativos que acabaram perpetuando-se pelo tempo, máxime no tocante a delitos aceitos socialmente, como o caso do descaminho.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1755 – *Providências do Marquês de Pombal*. Lisboa: Fundação Luso-Americana, 2005.

ALMEIDA, Carlos Alberto. *A cabeça do brasileiro*. Rio de Janeiro: Editora Record, 2007.

ANDRADE, Manuel da Costa. “*Bruscamente no verão passado*”, a reforma do Código de Processo Penal – observações críticas sobre uma lei que podia e deveria ter sido diferente. Coimbra: Editora Coimbra, 2009.

ANDRADE, Manuel da Costa. A “*dignidade penal*” e a “*carência de tutela penal*” como referência de uma doutrina teleológico-racional do crime. Coimbra: Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano 2, 1992.

ANDRADE, Manuel da Costa. A *Fraude fiscal – Dez anos depois, ainda um “crime de resultado cortado”?* In: Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários. Vol. III. Coimbra: Editora Coimbra, 2009.

ANDRADE, Manuel da Costa. A nova lei dos crimes contra a economia (Decreto-lei 26/84 de 20 de janeiro) à luz do conceito de “bem jurídico”. In: Centro de Estudos Judiciários. Coimbra: Separata da 1ª edição do Ciclo de Estudos de Direito Penal Económico, 1985.

ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento e acordo em direito penal*. Coimbra: Editora Coimbra, 1991.

ANDRADE, Manuel da Costa. *Contributo para o conceito de contra-ordenação (a experiência alemã)*. In: Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários. Vol. I. Coimbra: Editora Coimbra, 1998.

ASHIKAGA, Carlos Eduardo Garcia. *Análise da Tributação na Importação e na Exportação*. 5. ed. São Paulo: Aduaneiras, 2009.

BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *Crimes federais*. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007

BARBOSA, Jairo José. *Direito Aduaneiro: Origens da navegação, da aduana e da alfândega: suas respectivas evoluções intertemporais no curso da história mundial e do Brasil*. 1ª ed. Curitiba: Livraria Jurídica, 2009.

BARBOSA, Ruy. *Orações do Apóstolo*. Rio de Janeiro, 1923. *Apud* REIS, Cláudio Britto. *O Terremoto de Lisboa*. 2º ed. Rio de Janeiro: Altiya, 2003.

BARROS, Adriana Pazini de. *Natureza tributária do crime de descaminho*. In: Boletim. INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS. São Paulo, n.187, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. *A Constituição Brasileira de 1988: uma Introdução*. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder do. *Tratado de direito constitucional*. Vol. 1, 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito*. Site eletrônico do autor, in Publicações, 2005. Disponível em: www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf, acessado em: 11 de maio de 2014.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Editor: Ridendo Castigat Mores, 2001 - [Adobe Reader 9].

BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal, Parte especial: Crimes contra a Administração Pública*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012 - [Adobe Editions 2.0].

BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal, Parte Geral I*, 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012 - [Adobe Editions 2.0].

BRANDÃO, Cláudio. *Tipicidade Penal: Dos elementos da dogmática ao giro conceitual do método entimemático*. Coimbra: Almedina, 2012.

BRANDÃO, Nuno Fernando Rocha Almeida. *Crimes e contra-ordenações: da cisão à convergência material*. Tese de doutoramento apresentada à Faculdade de Direito de Coimbra. 2013.

BRANDÃO, Nuno Fernando Rocha Almeida. *Desobediência e resistência a ordens de autoridades no período das ordenações*. In: ANDRADE, Manuel da Costa; COSTA, José de Faria; RODRIGUES, Anabela Miranda; MONIZ, Helena; FIDALGO, Sónia. *Direito Penal: Fundamentos dogmáticos e político-criminais – Homenagem ao Prof. Peter Hünerfeld*. 1ª ed. Coimbra: Editora Coimbra, 2013.

BRASIL. Leis etc. *Collecção das Leis do Brazil de 1808*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1891.

BRASIL. Leis, etc. *Collecção das leis do Brazil de 1810*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1891.

BRASIL. Relatório final da CPI da Pirataria. Brasília: Câmara dos Deputados, 2004. Disponível em: www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/parlamentar-de-inquerito/52-legislatura/cpipirat/relatoriofinal.pdf, acessado em 17 de novembro de 2014.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *A revisão das Funções da Constituição e os desafios da governace*. In: ANDRADE, Manuel da Costa; COSTA, José de Faria; RODRIGUES, Anabela Miranda; MONIZ, Helena; FIDALGO, Sónia. *Direito Penal: Fundamentos dogmáticos e político-criminais – Homenagem ao Prof. Peter Hünerfeld*. 1ª ed. Coimbra: Editora Coimbra, 2013.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 1993.

CAPEZ, Fernando. *Código penal comentado*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012 - [Adobe Editions 2.0].

CARLUCI, José Lence. *Uma introdução ao direito aduaneiro*. 1ª ed. São Paulo: Aduaneiras, 1997.

CARVALHO, Ivan Lira de. *A criminalização de ilícitos praticados por particular contra a Administração Pública – o descaminho de mercadorias*. In: *Advocacia Dinâmica*. São Paulo: Informativo Semanal, n. 43, 1996.

CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. *Crimes de contrabando e descaminho*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva. 1988.

CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. *Fundamentação constitucional do direito penal*. Porto Alegre: Fabris, 1992.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 24ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012- [Adobe Editions 2.0].

CASTRO, Augusto Olympio Viveiros de. *Accordans e votos comentados*. Revista do Supremo Tribunal de Justiça. Rio de Janeiro. 1925.

CASTRO, Augusto Olympio Viveiros de. *O Contrabando*. Rio de Janeiro: Domingos de Magalhães, 1898.

CORREIA, Eduardo. *Direito Penal e Direito de Mera Ordenação Social*. In: *Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários*. Vol. I. Coimbra: Editora Coimbra, 1998.

CORREIA, Eduardo. *Os artigos 10.º do Decreto-Lei n.º 27 153 de 31-10-1936, e 4.º, n.º 1, do Decreto-Lei 28 221, de 24-11-1937, a reforma fiscal e a jurisprudência (secção criminal) do STJ. In: Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários. Vol. II. Coimbra: Editora Coimbra, 1999.*

COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Comentários ao Código Penal. 6º ed. São Paulo: Saraiva, 2000.*

COSTA, José de Faria. *Noções Fundamentais de Direito Penal (Fragmenta iuris poenalis). 3º ed. Coimbra: Editora Coimbra, 2012.*

COSTA, José de Faria. *O perigo em direito penal - contributo para a sua fundamentação e compreensão dogmáticas. Coimbra: Editora Coimbra, 1992.*

COSTA, José Faria. *Bioética e direito penal – reflexões possíveis em tempos de incerteza. In: ANDRADE, Manuel da Costa; ANTUNES, Maria João; SOUSA, Susana Aires de. Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias, volume I, Editora Coimbra: Editora Coimbra, 2009.*

COSTA, José de Faria. *Prelúdio e Variações sobre o direito penal. In: ANDRADE, Manuel da Costa; COSTA, José de Faria; RODRIGUES, Anabela Miranda; MONIZ, Helena; FIDALGO, Sónia. Direito Penal: Fundamentos dogmáticos e político-criminais – Homenagem ao Prof. Peter Hünerfeld. 1ª ed. Coimbra: Editora Coimbra, 2013.*

CUNHA, Paulo Ferreira da. *Ultima ratio. In: ANDRADE, Manuel da Costa; COSTA, José de Faria; RODRIGUES, Anabela Miranda; MONIZ, Helena; FIDALGO, Sónia. Direito Penal: Fundamentos dogmáticos e político-criminais – Homenagem ao Prof. Peter Hünerfeld. 1ª ed. Coimbra: Editora Coimbra, 2013.*

D'AVILA, Fabio Roberto. *Aproximações à teoria da exclusiva proteção de bens jurídicos no direito penal contemporâneo. In: Revista brasileira de ciências criminais. São Paulo: Revista dos Tribunais. Ano 17, n.º 80, 2009.*

D'AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade em direito penal: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.*

DELOGU, Tulio. *L'Oggetto giuridico dei reati fiscali, in studi in Onere di Francesco Antolisei. Vol. I. Milano: Giuffrè Editore, 1965. Apud SOUSA, Susana Aires de. Os Crimes Fiscais – Análise dogmática e reflexão sobre a legitimidade do discurso criminalizador. Coimbra: Editora Coimbra, 2006.*

DEMO, Roberto Luís Luchi. *Descaminho. Pagamento posterior do tributo. Extinção da punibilidade. Analogia in bonam partem de norma penal especial. (Jurisprudência comentada)*. In: Revista Jurídica Consulex, Brasília, v. 7, n. 158, 2003.

DIAS, Augusto da Silva. *Crimes e contra-ordenações fiscais*. In: Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários. Vol. II. Coimbra: Editora Coimbra, 1999.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal, tomo I - parte geral*. 2ª ed. Coimbra: Editora Coimbra, 2012.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *O problema do direito penal no dealbar do terceiro milénio*. In: ANDRADE, Manuel da Costa; COSTA, José de Faria; RODRIGUES, Anabela Miranda; MONIZ, Helena; FIDALGO, Sónia. *Direito Penal: Fundamentos dogmáticos e político-criminais – Homenagem ao Prof. Peter Hünerfeld*. 1ª ed. Coimbra: Editora Coimbra.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Para uma dogmática do direito penal secundário*. In: Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários. Vol. I. Coimbra: Editora Coimbra, 1998.

DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. *O crime de fraude fiscal no novo direito penal tributário português (Considerações sobre a factualidade típica e o concurso de infracções)*. In: Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários. Vol. II. Coimbra: Editora Coimbra, 1999.

DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. *Problemática geral das Infracções contra a Economia Nacional. Temas de Direito Penal Económico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

Dicionário de língua portuguesa. Editora Porto. 2011. Disponível em: https://play.google.com/store/apps/details?id=pt.portoeditora.android.dicionario.lingua_portuguesa, acessado em 03 de junho de 2015.

Direção Geral da Política de Justiça de Portugal. Estatísticas judiciárias criminais 2013. Disponível em: www.dgpj.mj.pt/sections/siej_pt/destaques4485/os-numeros-da-justica_3/downloadFile/file/Os_numeros_da_Justica_2013.pdf?nocache=14_193_33844.51, acessado em 10 de março de 2015.

DOTTI, René Ariel; SCANDELARI, Gustavo Britta. *A exigência do exaurimento da via administrativa nos crimes de descaminho*. Revista dos Tribunais, São Paulo, Vol. 97, n° 877.

FABRIZIO LEMME, *La Frode Fiscale. Profili sistematici delle disposizioni penali dell' art. 4. Legge 516 de 1982*. Jovene Editore, 1993. *Apud* SOUSA, Susana Aires de. *Os Crimes Fiscais – Análise dogmática e reflexão sobre a legitimidade do discurso criminalizador*. Coimbra: Editora Coimbra, 2006.

FAORO, Raymundo. *Os donos do poder*. 4ª ed. Porto Alegre: Globo, 1979. *Apud* LOPES, José Reinaldo de Lima. *O Direito na história – lições introdutórias*. 4ª edição. São Paulo. Editora Atlas, 2012.

FARIA, Eduardo de. *Diccionario de Synonyms*. 2ª ed. Vol. 3º. Lisboa: Typographia Vianna, 1852.

FERREIRA, Carlos Manuel. *O crime aduaneiro de contrabando de circulação*. Coimbra: Monografia apresentada ao Instituto de Direito Penal Económico Europeu. Coimbra, 2008.

FRAGOSO, Cláudio Heleno. *Lições de Direito Penal*. 4º Vol., 2ª ed. São Paulo: Editor José Bushatsky, 1965.

FREIRE, Dulce; ROVISCO, Eduarda; FONCECA, Inês. *Contrabando na fronteira luso-espanhola: práticas, memórias e patrimônios*. 1ª ed. Lisboa: Nelson de Matos, 2009.

GABOARDI, Laura. *A natureza fiscal do delito de descaminho*. In: trabalhos de graduação. Porto Alegre: PUC/RS. 2012. Disponível em: www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2012_1/laura_gaboardi.pdf, acessado em 24 de novembro de 2014.

GOMES, Laurentino. *1808*. 6ª ed. Lisboa: Publicações Don Quixote, 2007.

GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da Ofensividade no Direito Penal*. Série “As ciências criminais no século XXI”, Vol. 6. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GOMEZ, Ignacio Ayala. *El delito de defraudacion tributaria: artículo 349 del Código Penal*. Madrid: Editorial Civitas, 1988.

GRECO, Rogério. *Código Penal Comentado*. 5ª ed. Niterói: Impetus, 2011.

GROCH, Ludmila de Vasconcelos Leite. *O descaminho como crime tributário: consequências da equiparação*. In: VILARDI, Celso Sanchez; PEREIRA, Flávia Rahal Bresser; DIAS NETO, Theodomiro *Direito Penal Económico: crimes financeiros e correlatos*. São Paulo: Saraiva 2011 - [Adobe Editions 2.0].

HOFF, Alexander. *Das Handlungsunrecht der Steuerhinterziehung*, Berlin, Heidelberg, New York: Springer-Verlag, 1999. *Apud* SOUSA, Susana Aires de. *Os Crimes*

Fiscais – Análise dogmática e reflexão sobre a legitimidade do discurso criminalizador. Coimbra: Editora Coimbra, 2006.

HÜBSCHAMN/HEPP/SPITALER, *Kommentar zur Abgabenordnung und Finanzgerichtsordnung.* Köln: Verlag Dr. Otto Schmidt, 2003. *Apud* SOUSA, Susana Aires de. *Os Crimes Fiscais – Análise dogmática e reflexão sobre a legitimidade do discurso criminalizador.* Coimbra: Editora Coimbra, 2006.

IBGE - Resolução nº 05, de 10 de outubro de 2002 do IBGE. Disponível em: www.ibge.gov.br/home, acessado em 15 de novembro de 2014.

JESUS, Damásio de. Código penal anotado. 22ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

JOSEF ISENSEE, “Aussetzung des Steuerstrafverfahren – rechtsstaatliche Ermessensdirektiven”, in *Neue Juristische Wochenschrift*, Jahrgang, 1985 *Apud* SOUSA, Susana Aires de. *Os Crimes Fiscais – Análise dogmática e reflexão sobre a legitimidade do discurso criminalizador.* Coimbra: Editora Coimbra, 2006.

KOPPER, Moisés. De Camelô a lojista – Etnografia do mercado de rua para um shopping em Porto Alegre – RS. Porto Alegre: Editora Simplíssimo, 2014 – [E-Book].

LIMA, Mônica Elisa de. *O efeito da extinção do crédito tributário sobre o crime de descaminho.* Dissertação. Universidade Cândido Mendes. Rio de Janeiro. 2009.

LLOSSA, Mario Vargas. *A Civilização do Espetáculo.* Lisboa: Quetzal, 2012.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *O Direito na história – lições introdutórias.* 4ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012.

LOUREIRO, Antonio Tovo. *Breves notas sobre o atual tratamento jurisprudencial dos delitos de contrabando e descaminho.* In: *Revista Justiça e Cidadania* nº 159. Rio de Janeiro: Editora JC. 2013.

MACHADO, Hugo de Brito. *Estudos de Direito Penal Tributário.* São Paulo: Atlas, 2002.

MACHADO, Hugo de Brito. *O descaminho como crime contra a ordem tributária.* In: *Revista dialética de direito tributário.* São Paulo, n. 201, 2012.

MACHADO, Luiz Alberto. *Dos Crimes contra a Ordem Tributária.* In: *Revista de Direito Tributário.* Vol. 34, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

MARCOS, Rui Manoel de Figueiredo. *A legislação pombalina – alguns aspectos fundamentais,* Editora Almedina, Coimbra, 2006.

MARCOS, Rui Manuel de Figueiredo. *A História do Direito e o seu Ensino na Escola de Coimbra*. Coimbra: Editora Almedina, 2013.

MARCOS, Rui Manuel de Figueiredo; SOUZA, Carlos Fernando Mathias de; NORONHA, Ibsen José Casas. *História do direito brasileiro*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014 - [E-Book].

MARQUES, A. H. de Oliveira. *Breve História de Portugal*. 3ª ed. Lisboa: Editora Presença, 1998.

MARTÍNEZ, Santiago Senent. *La incidencia del Derecho Comunitario en el Derecho penal. Especial referencia a La legislación penal española en materia de contrabando y control de câmbios (1ª parte)*. In: Cuadernos Europeos de Deusto, Deusto: n.º 16, 1997.

MARTÍNEZ, Santiago Senent. *La incidencia del Derecho Comunitario en el Derecho penal. Especial referencia a La legislación penal española en materia de contrabando y control de câmbios (2ª parte)* In: Cuadernos Europeos de Deusto, Deusto: n.º 17, 1997.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Direitos Fundamentais*. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder do *Tratado de direito constitucional*. Vol. 1, 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MATOS, Ricardo Jorge Bragança. *O mandado de detenção europeu e a dupla incriminação*. Lisboa: Letras e Conceitos, 2013.

MEDEIROS, Luiz Antônio de. *A CPI da pirataria: os segredos do contrabando e da falsificação no Brasil*. São Paulo: Geração, 2005.

Moderno Dicionário Michaelis. Disponível em: <http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=portugues-portugues&palavra=iludir>, acessado em 19 de junho de 2015.

MONTEIRO, Samuel. *Dos crimes fazendários - compêndio teórico e prático*. Tomo II. 2ª ed. São Paulo: Editora Iglu, 2000.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 30ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2014.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *La ideologia de los delitos contra El orden socioeconômico en El Provento de Ley Orgánica del Código Penal*. Cuaderno de Política

Criminal, n.º16. Universidade Católica de Madrid. 1982, *Apud* GOMEZ, Ignacio Ayala. *El delito de defraudación tributaria: artículo 349 del Código Penal*. Madrid: Editorial Civitas

NABAIS, José Casalta. *Reflexões sobre a constituição económica, financeira e fiscal portuguesa*. Revista de Legislação e de Jurisprudência. A. 144, n. 3989. Coimbra: Editora Coimbra, 2014.

NASCIMENTO, Vicente Pinto de Albuquerque. *O Contrabando em face da Lei*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1960. *Apud* SCANDELARI, Gustavo Britta. *O crime tributário de descaminho*. Porto Alegre: Magister, 2013.

NORONHA, E. Magalhães. Direito Penal. São Paulo: Saraiva, 1987.

NUCCI, Guilherme de Souza. Código penal comentado. 14ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014 - [Adobe Editions 2.0].

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal – parte geral e especial*. 10ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014 - [Adobe Editions 2.0].

OLIVEIRA JÚNIOR, Valdir Ferreira de. *O Estado Constitucional Solidarista: Estratégias para sua Efetivação*. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder do. *Tratado de direito constitucional*. Vol. 1, 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

PÉREZ. Carlos Martínez-Buján. *Derecho penal económico*. Valencia: Tirant Io Blanch Livros, 1999.

PRIMO, Diego de Alencar Salazar; FEITOSA, Francisco Jose Soares. *Da revogação tácita do crime de descaminho pelo art. 1º da Lei nº 8.137/1990*. In: Revista Dialética de Direito Tributário, nº 227. São Paulo: Dialética, 2014.

RABAÇAL, Pedro. *As Vidas de 30 Césares*. Queluz de Baixo: Marcador Editora, 2013.

REIS, Cláudio Britto. *O Terremoto de Lisboa*. 2º ed. Rio de Janeiro: Altiya, 2003.

RODRIGUES, Anabela Maria Pinto de Miranda. *Contributo para a fundamentação de um discurso punitivo em matéria penal fiscal*. In: Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários. Vol. II, Coimbra: Editora Coimbra, 1999.

RODRIGUES, André Figueiredo. *Os Sertões Proibidos da Mantiqueira: desbravamento, ocupação da terra e as observações do governador Dom Rodrigo José de Meneses*. In: Rev. Bras. Hist. [online]. 2003, vol.23, nº 46. Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/rbh/v23n46/a11v2346.pdf>. Acesso em 24 de setembro de 2014.

ROXIN, Claus, *Teoría del tipo penal – tipos abiertos y elementos del deber jurídico*. Versão castelhana de Enrique Bagalupo. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1979.

ROXIN, Claus. *A proteção de bem jurídicos como função do Direito Penal*. Organização e tradução Andre Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2009.

ROXIN, Claus. *Estudos de Direito Penal*, Tradução Luis Greco, 2.ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

RUIVO, Marcelo Almeida. *Corrupção e gestão fraudulenta: o financiamento ilícito de campanhas políticas por bancos públicos*. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, Ano 22. Vol. 111 São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

RUIVO, Marcelo Almeida. *Criminalidade Financeira - Contribuição à compreensão da gestão fraudulenta*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

RUIVO, Marcelo Almeida. *Criminalidade fiscal e colarinho branco: A fuga ao fisco é exclusiva do whit-collar?* In: COSTA, José de Faria; SILVA, Marco Antonio Nascimento da. *Direito Penal, Direito Processual Penal, e Direitos Fundamentais: visão luso-brasileira*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

SALOMÃO, Heloisa Estellita. *A tutela penal e as obrigações tributárias na Constituição Federal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2001.

SCANDELARI, Gustavo Britta. *O crime tributário de descaminho*. Porto Alegre: Magister, 2013

SILVA, Antônio de Moraes. *Grande Dicionário da língua portuguesa*. 10ª ed. Vol. V. Lisboa: Editorial Confluência, 1952.

SILVA, Germano Marques da. *Direito penal tributário – sobre as responsabilidades das sociedades e dos seus administradores conexas com o crime tributário*. Lisboa: Universidade Católica de Lisboa Editora, 2009.

SILVA, Isabel Marques da. *Regime geral das infracções tributárias*. 3ª ed. Coimbra. Almedina, 2010.

SILVA, Suzana Tavares da. *Direitos Fundamentais na Arena Global*. Coimbra: Imprensa da Universidade Coimbra, 2011.

SILVA, Suzana Tavares da. *Tarifas portuárias: Uma visão no contexto do actual sistema tributário e regulador português*. In: *Os novos desafios da política portuária*. Coimbra: Instituto Jurídico – Seminário IV, 2015.

SILVA, Suzana Tavares da. *Teoria geral do direito fiscal*. Coimbra: Imprensa da Universidade, 2013.

SILVA. Germano Marques da; SILVA. Isabel Marques da. *Fraude cometida antes da entrada em vigor do regime geral das infracções tributárias: burla ou descaminho?*. In: Revista Direito e Justiça. Vol. 18, Tomo I. Lisboa: Universidade Católica, 2004.

SOUSA, Susana Aires de. *Os Crimes Fiscais – Análise dogmática e reflexão sobre a legitimidade do discurso criminalizador*. Coimbra: Editora Coimbra, 2006.

SOUSA, Susana Aires de. *Os Crimes Fiscais na Alemanha e em Portugal: entre semelhanças e diferenças*. In: ANDRADE, Manuel da Costa; COSTA, José de Faria; RODRIGUES, Anabela Miranda; MONIZ, Helena; FIDALGO, Sónia. *Direito Penal: Fundamentos dogmáticos e político-criminais – Homenagem ao Prof. Peter Hünerfeld*. 1ª ed. Coimbra: Editora Coimbra, 2013.

TEIXEIRA, Carlos; GASPARG, Sofia. *Comentários das leis penais extravagantes*. In: ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. Lisboa: Universidade Católica, 2011.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

TOLEDO. Francisco de Assis. *Descaminho*. In: FRANÇA, Rubens Limongi. *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1979.

WOLKMER, Antonio Carlos. *História do Direito no Brasil*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003.

Jurisprudências consultadas:

STF. HC 112388, Segunda Turma. Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 21/08/2012.

STF. HC 121717, Primeira Turma, Rel. Min. Rosa Weber, j. 03/06/2014.

STF. HC 60654, Rel. Min. Moreira Alves, j. 27/05/1983.

STF. HC 99.740, Segunda Turma, Rel. o Min. Ayres Britto, j. de 1º.02.11.

STF. HC, Rel. Celio Borja, RT, 613:4130.

STF. RHC 125237, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 20/11/2014.

STJ. AgRg no AREsp 600.795/PR, Sexta Turma, Rel. Min. Rogério Schiett Cruz, j. 03/03/2015.

STJ. HC 109205. Sexta Turma, Rel. Min. Jane Silva, j. 02/10/2008.

STJ. HC 139.998/RS, Quinta Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 14/02/2011.

STJ. HC 218.961, Quinta Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 15/10/2013.

STJ. HC 232.877/CE, Quinta Turma, Rel. Min. LAURITA VAZ, j. 26/08/2014.

STJ. HC 255.617/RS. Quinta Turma Rel. Min. Jorge Mussi, j. 19/03/2013.

STJ., HC 218.961, Quinta Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 15/10/2013.

STJ. REsp 1.343.463-BA, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, Rel. para acórdão Min. Rogerio Schietti Cruz, j. 20/3/2014.

STJ. REsp 1346621/PR, da Sexta Turma, j. 03/02/2015.

STJ. RHC 227.502/RS, Quinta Turma. Rel. Min. Marilza Matnard, j. 23/04/2013.

STJ. RHC 32.281/RS, Quinta Turma Rel. Min. Campos Marques, j. 21/03/2013.

STJ. RHC 36.570/MG, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Quinta Turma, j. 28/05/2013.

TRF3. Décima Primeira Turma, ACR 0013875-79.2012.4.03.6181, Rel. Des José Lunardelli, j. 23/09/2014.

TRF3. Quinta Turma, ACR 0005501-24.2011.4.03.6112, Rel. Des. André Nekatschalow, j. 17/11/2014.

TRF3. AMS 0008145-58.2006.4.03.6000, Terceira Turma, Rel. Eliana Marcelo, j. 05/08/2010.

TRF3. RSE 0001027-93.2014.4.03.6115, Décima Primeira Turma, Rel. Des. José Lunardelli, j. 07/04/2015.

TRF3. Segunda Turma, ACR 95.03.037232-1, Rel. Des. Arice Amaral, j. 21/09/1999.

TRF4. ACR 5000001-33.2010.404.7005, Oitava Turma, Rel. Leandro Paulsen, j. 16/12/2014.

TRF4. ACR 5001306-18.2011.404.7005, Sétima Turma, Rel. Danilo Pereira Junior, j. 05/03/2015.

TRF4. ACR 5001650-37.2013.404.7002, Sétima Turma, Rel. Sebastião Ogê Muniz, j. 04/07/2014.

TRF4. Sétima Turma, ACR 50026011820104047105, Rel. Luiz Carlos Canalli, j. 29/10/2013.

