



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 289.282 - SP (2014/0041682-2)

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ
AGRAVANTE : MANOEL SOUZA DA SILVA
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
AGRAVADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3A REGIÃO

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL EM *HABEAS CORPUS*. DESCAMINHO. ESGOTAMENTO DA VIA ADMINISTRATIVA COM A CONSTITUIÇÃO DEFINITIVA DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. DESNECESSIDADE. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. 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.

2. Havendo indícios de infração penal punível com a pena de perdimento, grupo em que se insere a prática de descaminho, cabe à fiscalização, efetivada pela Secretaria da Receita Federal, apreender, quando possível, os produtos ou as mercadorias importadas/exportadas.

3. A apreensão de bens pelos agentes fiscais enseja a lavratura de representação fiscal ou auto de infração, a desaguar em duplo de procedimento: 1º) envio ao Ministério Público e 2º) instauração de procedimento de perdimento.

4. Uma vez efetivada a pena de perdimento, inexistirá a possibilidade de constituição de crédito tributário.

5. A descrição típica do descaminho exige a realização de engodo para supressão (no todo ou em parte) do pagamento de direito ou imposto devido no momento da entrada, da saída ou do consumo da mercadoria. Impõe, portanto, a ocorrência desse episódio, com o efetivo resultado ilusório, no transpasse das barreiras alfandegárias.

6. A ausência de pagamento do imposto ou direito no momento do desembarço aduaneiro, quando exigível, revela-se como o resultado necessário para a consumação do crime.

7. A instauração de procedimento administrativo para constituição definitiva do crédito tributário no descaminho, nos casos em que isso



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

é possível, não ocasiona nenhum reflexo na viabilidade de persecução penal.

8. Agravo regimental não provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Nefi Cordeiro, Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP), Maria Thereza de Assis Moura e Sebastião Reis Júnior (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 21 de maio de 2015

Ministro Rogerio Schietti Cruz



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 289.282 - SP (2014/0041682-2)

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ
AGRAVANTE : MANOEL SOUZA DA SILVA
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
AGRAVADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ:

MANOEL SOUZA DA SILVA interpõe agravo regimental contra decisão monocrática de fls. 134-146, na qual neguei seguimento ao *habeas corpus* impetrado contra acórdão proferido pelo **Tribunal Regional Federal da 3ª Região**.

Sustenta o agravante, em síntese, que, "não há que se conceder ao crime de descaminho tratamento diverso daquele dado aos demais crimes de natureza fiscal" (fl. 159).

Aduz que, "o Supremo Tribunal Federal firmou posicionamento de que, sem a devida constituição do crédito tributário, não há que se falar em crime contra ordem tributária. Este entendimento origina-se do caráter de intervenção mínima do Direito Penal e da política tributária, que, em sua legislação, dispensa o lançamento de determinados débitos e oportuniza ulteriormente o correspondente pagamento" (fl. 160).

Conclui que é o caso de incidência da Súmula Vinculante n. 24 e que "não há razão para se tratar o crime descrito na denúncia de forma distinta daquele tratado pela súmula vinculante em questão, devendo a ele ser aplicado o mesmo raciocínio jurídico" (fl. 160).

Requer a reconsideração da decisão agravada ou a submissão do feito ao colegiado.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 289.282 - SP (2014/0041682-2)

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL EM *HABEAS CORPUS*. DESCAMINHO. ESGOTAMENTO DA VIA ADMINISTRATIVA COM A CONSTITUIÇÃO DEFINITIVA DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. DESNECESSIDADE. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. 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.
2. Havendo indícios de infração penal punível com a pena de perdimento, grupo em que se insere a prática de descaminho, cabe à fiscalização, efetivada pela Secretaria da Receita Federal, apreender, quando possível, os produtos ou as mercadorias importadas/exportadas.
3. A apreensão de bens pelos agentes fiscais enseja a lavratura de representação fiscal ou auto de infração, a desaguar em duplo de procedimento: 1º) envio ao Ministério Público e 2º) instauração de procedimento de perdimento.
4. Uma vez efetivada a pena de perdimento, inexistirá a possibilidade de constituição de crédito tributário.
5. A descrição típica do descaminho exige a realização de engodo para supressão (no todo ou em parte) do pagamento de direito ou imposto devido no momento da entrada, da saída ou do consumo da mercadoria. Impõe, portanto, a ocorrência desse episódio, com o efetivo resultado ilusório, no transpasse das barreiras alfandegárias.
6. A ausência de pagamento do imposto ou direito no momento do desembarço aduaneiro, quando exigível, revela-se como o resultado necessário para a consumação do crime.
7. A instauração de procedimento administrativo para constituição definitiva do crédito tributário no descaminho, nos casos em que isso é possível, não ocasiona nenhum reflexo na viabilidade de persecução penal.
8. Agravo regimental não provido.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

VOTO

O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ (Relator):

Ao negar seguimento ao *habeas corpus*, consignei o seguinte (fls. 134-146):

MANOEL SOUZA DA SILVA estaria sofrendo coação ilegal em seu direito de locomoção, em face de acórdão proferido pelo **Tribunal Regional Federal da 3ª Região**, que deu provimento ao Recurso em Sentido Estrito n. 0000527-13.2012.4.03.6110/SP.

Depreende-se dos autos que o Juízo da 3ª Vara Federal de Sorocaba-SP rejeitou a denúncia que imputava ao paciente a prática do crime previsto no art. 334, *caput*, do Código Penal, com fundamento no art. 395, III, do Código de Processo Penal, por entender ausente uma condição de punibilidade – constituição definitiva do crédito tributário.

A impetrante sustenta a ocorrência de constrangimento ilegal, ao argumento de que a conduta do paciente é atípica e que o Tribunal regional, ao dar provimento ao recurso em sentido estrito interposto pelo Ministério Público, indevidamente, considerou desnecessária a constituição definitiva do crédito tributário.

Alega que o descaminho é crime material e, portanto, sua configuração depende da prévia constituição do crédito tributário no âmbito administrativo.

Requer, por isso, a concessão da ordem, a fim de trancar definitivamente a ação penal originária.

Indeferida a liminar e prestadas as informações, foram os autos ao Ministério Público Federal, que se manifestou pelo não conhecimento do *habeas corpus* e, caso conhecido, por sua denegação.

Decido.

Entre os diversos efeitos ou consequências que as decisões proferidas no exercício da jurisdição penal podem resultar, assume importância, sob viés negativo, aqueles que se adicionam aos fatores de natureza político-criminal e que promovem a existência de um direito penal ineficaz. O papel do juiz, na atuação jurisdicional, constitui verdadeira concretização da dogmática penal, que se traduzirá, caso caminhe nessa direção, em mais uma falsa ferramenta na perspectiva de controle social, incorporando-se, outrossim, ao indesejável sistema de injustiças e descrenças.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Se, de um lado, a própria expansão do direito penal mostra-se perigosa, de outro lado, decisões judiciais que fomentam a sensação de ausência de justiça podem representar idêntico perigo, a desaguar na indesejável inflação legislativa meramente representativa, na violação de direitos fundamentais, na inescrupulosa realização da justiça com as próprias mãos e, por que não dizer, na própria ruptura do Estado Democrático de Direito.

O direito penal somente encontra justificativa quando se mostra instrumento eficaz na prevenção de comportamentos não tolerados e na manutenção do controle e da paz social. Essa é uma das razões pelas quais as leis penais descrevem condutas com alto desvalor, direcionam-se em defesa de bem jurídicos que o legislador, legítimo representante da vontade popular, tenha selecionado como importantes, frutos do consenso democrático em determinado momento histórico.

Por isso, é inquietante o destino que vem sendo trilhado para o crime de descaminho, no que tange à possibilidade de persecução penal, impingindo-lhe identidade procedimental e jurídica com crimes cometidos contra a ordem tributária previstos nos incisos I a IV do art. 1º da Lei 8.137/1990.

Se para os crimes contra a ordem tributária elegeu-se o esgotamento da via administrativa como condição objetiva de punibilidade, **não observo, com naturalidade, que esse mesmo raciocínio deva ser empregado para todos os crimes que, de uma maneira ou de outra, acabam por vulnerar o sistema de arrecadação de receitas, tal como ocorre com o descaminho.**

Com efeito, não se pode estabelecer igualdade de tratamento para crimes autônomos, quanto ao exercício do direito de punir do Estado, sem que haja determinação legal nesse sentido, baseando-se o intérprete, **exclusivamente**, na característica inerente ao objeto do crime – seja objeto jurídico (valor ou interesse tutelado), seja objeto material (pessoa ou coisa sobre a qual recai a conduta). Isso porque a condição de punibilidade (objetiva de punibilidade ou excludente de pena) relaciona-se com as circunstâncias que integram os fatos, “de modo que o autor pode decidir realizar ou não realizar a ação típica conforme a existência ou inexistência objetiva dessas características” que se imbricam na realidade fática, conforme os escólios de JUAREZ CIRINO (*A Moderna Teoria do Fato Punível*. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 233).

Se formos à gênese do crime de descaminho na história do direito penal brasileiro, encontraremos registro de sua previsão ínsita no conceito de contrabando que continha duas faces distintas: uma relacionada à importação e exportação de mercadorias proibidas e



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

outra relacionada à fraude fiscal, conforme redação do art. 177 do Código Criminal do Império.

A importância que lhe era dada pelo direito penal brasileiro, talvez inspirado nas ideias de Enrico Ferri – expoente da escola positiva e que sobrelevou a utilização de medidas preventivas chamadas por ele de substitutos penais, propondo a incidência da pena corporal como *ultima ratio* (c.f. HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*, v. IX. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1958, p. 430; SMANIO, Gianpaolo Poggio; FABRETTI, Humberto Barrionuevo. *Introdução ao Direito Penal: criminologia, princípio e cidadania*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 48) –, era verificada pela sanção prevista para esse delito, que, no Brasil imperial, restringia-se a perdimento e multa, mostrando-se, por isso, pouco representativa.

De lá até o Código de 1940, que manteve a redação aglutinada, observa-se um **recrudescimento significativo da pena em decorrência da importância que esse tipo de conduta desviada passou a assumir**, cuja adequação incriminadora, mesmo diante do expressivo e aplaudido princípio da fragmentariedade do direito penal, encontrou respaldo em juristas de escol.

Nelson Hungria entendia necessária a proteção penal para “evitar a agravamento dos direitos alfandegários, para não aumentar a vantagem da fraude (...), pois, de outro modo, do Direito Penal estaria a ensarilhar as armas diante de um audacioso expediente de locupletação ilícita, uma espoliação contra o erário, uma sonegação de rendas destinadas aos fins coletivos e uma desleal concorrência ao comércio honesto” (op. cit., p. 432).

Também em Magalhães Noronha, para o qual não seria factível que o povo assistisse “com satisfação ou alegria à criação de fortunas à custa do erário público, cuja finalidade não é senão prover às necessidades e interesse desse mesmo povo” (*Direito Penal*, v. 4, 17. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1986, p. 325).

Esse agravamento significativo da conduta, que acabou por refletir na imposição de sanção corporal à prática do descaminho, que se verificou após o advento de sucessivas leis penais na história do Brasil, refletiu-se com o Código de 1940, na substancial mudança no objeto jurídico tutelado, que passou a ser complexo, englobando, em uma só palavra, a administração pública, especialmente, na visão de Cezar Bitencourt, “sua moralidade e probidade administrativa” (*Tratado de Direito Penal: parte especial*, v. 4. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 484). O agigantamento comercial experimentado pelo Brasil, no início do Século XX até os dias atuais, justifica o maior agravamento desse crime, dado que se origina no comportamento dentro das relações com o comércio exterior (relações aduaneiras).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Parece-me indubitável que tais relações, pela envergadura do volume de transações que são efetivadas, justifica, ao menos sob esse viés, o recrudescimento da resposta punitiva às condutas desviantes que agredam o bem jurídico sob tutela.

Não reputo aceitável que a jurisprudência construa entendimento vocacionado a ir de encontro à necessária segurança das relações sociais, especialmente as relações comerciais, lastreando-se em interpretação de princípios e regras aplicáveis a outros institutos.

Exemplo disso é a previsão da extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo, permitido por lei para alguns crimes específicos, **entre os quais não se encontra o descaminho**, a despeito de precedente do Supremo Tribunal Federal (HC n. 85.942/SP, DJe 1º/8/2011).

Previsto no art. 334, *caput*, segunda parte, do CP, Título XI (Dos Crimes Contra a Administração Pública), Capítulo II (Dos Crimes Praticados por Particular Contra a Administração em Geral), **o descaminho é uma das condutas proibidas que visam tutelar a administração pública.**

Esse objeto jurídico diz respeito à função administrativa, que se vê submetida a diversos princípios constitucionais, entre os quais os da legalidade, da moralidade e da impessoalidade, contendo, em si, a ideia de proteção de bens sob diversos prismas, de que destacaria a **economia**, quando visa proteger o sistema de arrecadação de receitas; a **concorrência leal**, quando se volta para a tutela da prática comercial saudável; a **proibidade** e a **moralidade**, quando garante, sob o aspecto subjetivo, o comportamento leal das pessoas que se relacionam com a coisa pública.

No atual estágio de desenvolvimento da própria função administrativa desempenhada pelo Estado, não enxergo gradação significativa, tal como apregoada por Heleno Fragoso e Nelson Hungria – para os quais a proteção aos interesses da indústria nacional, a moralidade, a saúde etc. seria secundária (*Lições de Direito Penal*. Parte Especial, v.4. São Paulo: José Bushatsky, 1965, p. 1171-1173; e op.cit, p. 324) –, que faça prevalecer um objeto jurídico específico, como v.g, a arrecadação de receitas, em detrimento de outros com igual importância, como a concorrência leal, esta última achincalhada diariamente pela entrada subversiva de produtos no mercado interno, sem o pagamento de imposto, o que destrói a possibilidade de competição em igualdade de condições.

Por isso, não vejo razão em 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,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

aos crimes tributários.

A impressão que se tem é que existe certo distanciamento – refletido em decisões judiciais – da realidade procedimental nos portos de fronteira alfandegária ou no restante do território aduaneiro, cujo gerenciamento, em regra, recai sobre a Receita Federal, com o apoio, se necessário for, da Polícia Federal ou das Polícias Cíveis dos Estados. De fato, o descaminho, que se insere entre os chamados crimes aduaneiros, imbrica-se com a *praxis* dos agentes fiscais e, por isso, a atuação da Receita Federal assume especial relevo, reconhecido, *a fortiori*, pelos diversos diplomas normativos que lhe asseguram o domínio procedimental na fiscalização aduaneira.

É o que se extrai do art. 15 do Decreto n. 7.482/2011, que confere à Receita Federal competência para, *inter alia*, planejar, coordenar e executar as atividades de controle e fiscalização tributária federal e aduaneira, assim como de planejar, coordenar e realizar as atividades de repressão ao descaminho.

Embora a administração dessas atividades seja absolutamente estranha ao direito penal, importa compreender – em razão do tema suscitado e das poderosas vozes a apoiar, no âmbito da *persecutio criminis*, a dependência de conclusões administrativas –, qual caminho esses procedimentos percorrem até que haja repercussões na seara penal.

Daí que, por mera questão didática, haja vista a complexidade dos procedimentos fiscais, volto o olhar para um tópico específico, mas muito corriqueiro no Brasil, que é o procedimento relativo à importação de mercadorias e suas implicações. Nesse particular, portanto, prevê o art. 794 do **Decreto n. 6.759/2009**, *verbis*:

Art. 794. Quando houver indícios de infração punível com a pena de perdimento, a mercadoria importada será retida pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, até que seja concluído o correspondente procedimento de fiscalização (Medida Provisória n.º 2.158-35, de 2001, art. 68, caput).

Parágrafo único. O disposto no caput será aplicado na forma disciplinada pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, que disporá sobre o prazo máximo de retenção, bem como sobre as situações em que as mercadorias poderão ser entregues ao importador, antes da conclusão do procedimento de fiscalização, mediante a adoção das adequadas medidas de cautela fiscal (Medida Provisória n. 2.158-35, de 2001, art. 68, parágrafo único).

Ou seja, **diversamente do que ocorre com os crimes de sonegação fiscal propriamente ditos, no caso de indícios de**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

descaminho, a mercadoria é, de pronto, apreendida pela fiscalização alfandegária.

Tais indícios da ocorrência do descaminho, é bom que se diga, não são meras conjecturas abstratas ou ilações desarrazoadas da autoridade alfandegária, mas, ao contrário, lastreiam-se em situação concreta verificada por meio de documentação comprobatória exigível. Esse mecanismo de avaliação concreta, v.g, inicia-se com o despacho de importação, no qual é verificada a exatidão dos dados declarados pelo importador em relação à mercadoria importada (arts. 542 e 543). A declaração feita pelo importador é o documento que serve de base para o despacho de importação (art. 551), devendo conter, entre outras coisas, o valor do produto e a origem da mercadoria (art. 551, § 1º, II), bem como o comprovante de pagamento de tributos (art. 553, III). Vale dizer, **quem importa mercadorias estrangeiras sabe o valor da exação que deve pagar.**

A questão que se coloca, portanto, é a de que existe um valor determinado de imposto de importação, que deve ser liquidado no momento em que se ultrapassam as barreiras alfandegárias.

A obrigação tributária, sob o aspecto temporal, surge com a ocorrência do fato gerador desse imposto, que pode se dar com a declaração de importação (art. 45 do Decreto-Lei n. 37/1966), ou, **em se tratando de mercadorias despachadas como bagagem – hipótese ainda mais comum no Brasil – no momento em que o agente fiscal determina a abertura da mala,** com o consequente lançamento do imposto devido e a notificação de pagamento.

Nessa última hipótese, toda essa operação fiscal se dá no mesmo instante (art. 50, §§, do Decreto-Lei n. 37/1966) e o produto importado somente é liberado após o pagamento do imposto (art. 47 do Decreto-Lei n. 37/1966).

Não há, nesses casos – vale enfatizar –, nenhum processo (procedimento) administrativo fiscal de constituição definitiva de crédito tributário.

Verificada a hipótese de não haver sido pago o imposto devido, é lavrada a chamada **representação fiscal ou auto de infração** pelos agentes fiscais (art. 118 do Decreto-Lei 37/1966), sobre a qual o art. 6º da Portaria n. 2.439/2010 estabelece, entre outras coisas, o seguinte:

Art. 6º. A representação fiscal para fins penais relativa aos crimes de contrabando ou descaminho, definidos no art. 334 do Código Penal, deverá:

(...)

III - ser encaminhada pela autoridade julgadora de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

instância única ao órgão do MPF que for competente para promover a ação penal, no prazo máximo de 30 (trinta) dias, anexando-se cópia da decisão, no caso de aplicação da pena de perdimento dos bens, inclusive na hipótese de conversão em multa equivalente ao valor aduaneiro da mercadoria que não seja localizada ou que tenha sido consumida; ou

IV - ser arquivada, depois da inclusão nos autos de cópia da respectiva decisão administrativa, no caso de não aplicação da pena de perdimento dos bens.

Nesse mesmo interregno, com base na própria representação fiscal, inicia-se o procedimento de perdimento das mercadorias apreendidas, conforme previsto no referido diploma normativo.

Há, portanto, uma via dupla de procedimentos que devem ser observados pela autoridade alfandegária: 1º) encaminhamento da representação fiscal para o Ministério Público, em até 30 dias após a sua lavratura e 2º) instauração de procedimento de perdimento da mercadoria.

A consequência desse último procedimento é extremamente importante porque, **culminando no efetivo perdimento da mercadoria, inexistirá a constituição de crédito tributário**, consoante se vê do art. 1º, § 4º, inciso III, do Decreto-Lei n. 37/1966, *in verbis*:

Art.1º - O Imposto sobre a Importação incide sobre mercadoria estrangeira e tem como fato gerador sua entrada no Território Nacional.

(...)

§ 4º O imposto não incide sobre mercadoria estrangeira: (Incluído pela Lei nº 10.833, de 29.12.2003)

(...)

III - que tenha sido objeto de pena de perdimento, exceto na hipótese em que não seja localizada, tenha sido consumida ou revendida. (Incluído pela Lei nº 10.833, de 29.12.2003)

Ou seja, **instaurado o procedimento de perdimento das mercadorias apreendidas e, havendo, ao final, o seu efetivo perdimento, não se constituirá crédito tributário.**

Daí a conclusão inarredável de **absoluta incongruência no argumento de que é imprescindível o esgotamento da via administrativa, com a constituição definitiva de crédito tributário, para se proceder à *persecutio criminis* no descaminho,**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

porquanto, na imensa maioria dos casos, nem existirá crédito a ser constituído.

Não há como negar que o direito penal moderno tem sofrido influências relevantes (e positivas) do funcionalismo, na tentativa de corrigir algumas falhas conceituais do finalismo proposto por Wezel (v.g. a crise na exata compreensão dos crimes omissivos próprios).

Entretanto, isso em nada modifica a estrutura analítica do crime, que se mantém fiel, com suporte na grande maioria da doutrina, ao modelo tripartido de crime, nas vertentes tipo de injusto e culpabilidade.

Da figura típica vista sob esse prisma, juntamente com suas inconsistências estruturais resultantes do próprio pensamento final da ação, surgiram algumas classificações com duplo objetivo: **facilitar a melhor percepção da realidade normativa e auxiliar no difícil e incessante processo de construção e aperfeiçoamento científico.**

A classificação, portanto, é apenas um agrupamento (topográfico) que viabiliza e delimita o objeto do estudo, não influenciando na existência do crime como fenômeno jurídico (criminogênese).

Assim, classificar o descaminho como material ou como formal ganha importância apenas para a exata compreensão desse delito dentro do agrupamento de crimes ligados pela necessidade, ou não, de um resultado naturalístico (efetiva lesão ao bem jurídico tutelado).

Nessa quadra, constata-se, na doutrina e também no seio da jurisprudência, acalorada discussão acerca da adequada classificação do descaminho, sobrelevando **três possíveis direções**: 1ª) tratar-se-ia de crime material, cujo resultado se concretizaria com a ultrapassagem das barreiras alfandegárias sem o pagamento do tributo, independentemente do exaurimento da via administrativa; 2ª) tratar-se-ia de crime material, cujo resultado se daria somente com a efetiva constituição do crédito tributário, após o exaurimento da via administrativa e 3ª) tratar-se-ia de crime formal, cujo resultado naturalístico ligado à constituição do crédito tributário, que poderia ou não ocorrer, não teria relevância para a configuração do delito.

Em relação à primeira linha de pensamento – que considera o descaminho como **crime material**, cujo resultado se daria no momento em que o agente, ciente do dever de pagar o tributo de que previamente sabe o valor, ilude as autoridades alfandegárias e ultrapassa a barreira aduaneira – poderia citar, entre outros, Magalhães Noronha (op. cit., p. 327); Nelson Hungria (*Comentários ao Código Penal*, v. IX. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1958, p. 430); Heleno Fragoso (*Lições de Direito Penal*. Parte especial, v. 4, São Paulo: José. B., 1965); Henrique Pierangeli (*Manual de direito penal brasileiro*. Parte especial, v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007). Exigir-se-ia, portanto, sob essa ótica, que houvesse



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

a **ilusão no pagamento do imposto ou direito na transposição das barreiras alfandegárias.**

No que tange à segunda direção – de que a ocorrência do resultado, sem o qual o crime não poderia ser **considerado material**, estaria **na dependência do prévio esgotamento da via administrativa** – poderia citar, no âmbito doutrinário, Celso Delmanto (*Código Penal Comentado*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 960); Agapito Machado (*Crimes do colarinho branco e contrabando e descaminho*. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 210-211); Alfredo Corrêa (*O contrabando e seu processo*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1907, p. 1-3) e J. Gomes da Silva (*Contrabando e descaminho*. Repertório enciclopédico de Direito Brasileiro. Rio de Janeiro: Borsoi, 1974, p. 154). Nesta Corte, há julgados nesse sentido, merecendo destaque, por todos, o seguinte precedente:

HABEAS CORPUS. DESCAMINHO (ARTIGO 334 DO CÓDIGO PENAL). INVESTIGAÇÃO CRIMINAL INICIADA ANTES DA CONCLUSÃO DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO FISCAL. IMPOSSIBILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. CONCESSÃO DA ORDEM.

1. **Tal como nos crimes contra a ordem tributária, o início da persecução penal no delito de descaminho pressupõe o esgotamento da via administrativa, com a constituição definitiva do crédito tributário.** Doutrina. Precedentes.

2. 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.

3. **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, não havendo, por conseguinte, qualquer razão jurídica para não se lhe aplicar o mesmo entendimento já pacificado no que se refere aos**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

crimes materiais contra a ordem tributária, cuja caracterização só ocorre após o lançamento definitivo do crédito fiscal.

4. A confirmar a compreensão de que a persecução penal no crime de descaminho pressupõe a constituição definitiva do crédito tributário, tem-se, ainda, que a própria legislação sobre o tema reclama a existência de decisão final na esfera administrativa para que se possa investigar criminalmente a ilusão total ou parcial do pagamento de direito ou imposto devidos (artigo 83 da Lei 9.430/1996, artigo 1º, inciso II, do Decreto 2.730/1998 e artigos 1º e 3º, § 7º, da Portaria SRF 326/2005).

5. Na hipótese vertente, ainda não houve a conclusão do processo administrativo por meio do qual se apura a suposta ilusão do pagamento de tributos incidentes sobre operações de importação por parte dos pacientes, pelo que não se pode falar, ainda, em investigação criminal para examinar a ocorrência do crime de descaminho.

6. Ordem concedida para trancar o inquérito policial instaurado contra os pacientes. (HC 139.998/RS, Rel. Ministro **Jorge Mussi**, DJe 14/2/2011, destaquei).

Por fim, no que concerne à terceira linha de pensamento – seria **delito formal** ou de simples atividade, uma vez que **a ocorrência do resultado, ligada ao exaurimento da via administrativa, seria desnecessária** –, destaca-se a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, exteriorizada nos termos desta ementa:

HABEAS CORPUS. DESCAMINHO. IMPORTAÇÃO DE PRODUTOS DE INFORMÁTICA E DE TELECOMUNICAÇÕES. SIMULAÇÃO DE OPERAÇÕES COMERCIAIS. MERCADORIAS IMPORTADAS DE FORMA IRREGULAR. DESNECESSIDADE DE CONSTITUIÇÃO DEFINITIVA DO DÉBITO TRIBUTÁRIO. ORDEM DENEGADA.

[...]

2. Quanto aos delitos tributários materiais, esta nossa Corte dá pela necessidade do lançamento definitivo do tributo devido, como condição de caracterização do crime. Tal direção interpretativa está assentada na idéia-força de que, para a consumação dos crimes tributários descritos nos cinco incisos do art. 1º da Lei 8.137/1990, é imprescindível a ocorrência do resultado supressão ou redução de tributo. Resultado aferido,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

tão-somente, após a constituição definitiva do crédito tributário. (Súmula Vinculante 24) 3. **Por outra volta, a consumação do delito de descaminho e a posterior abertura de processo-crime não estão a depender da constituição administrativa do débito fiscal. Primeiro, porque o delito de descaminho é rigorosamente formal, de modo a prescindir da ocorrência do resultado naturalístico. Segundo, porque 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. Condutas, essas, minuciosamente narradas na inicial acusatória.** 4. Acresce que, na concreta situação dos autos, o paciente se acha denunciado pelo descaminho, na forma da alínea “c” do § 1º do art. 334 do Código Penal. Delito que tem como elementos nucleares as seguintes condutas: vender, expor à venda, manter em depósito e utilizar mercadoria estrangeira introduzida clandestinamente no País ou importada fraudulentamente. Pelo que não há necessidade de uma definitiva constituição administrativa do imposto devido para, e só então, ter-se por consumado o delito. 5. Ordem denegada. (HC n. 99.740/SP, Rel. Ministro Ayres Britto, DJe 23/11/2010, destaqueei).

No mesmo sentido, julgaram-se o **RHC n. 119.960/SP**, de relatoria do Ministro **Luiz Fux**, publicado no DJe 2/6/2014 e o **HC n. 120.783/DF**, de relatoria da Ministra **Rosa Weber**, publicado no DJe 25/3/2014, entre outros.

Nesse passo, encontra-se o entendimento recente e já pacificado na Quinta Turma, que segue a orientação do STF, como se vê, por exemplo, no **AgRg no REsp n. 1.435.343/PR**, de relatoria do Ministro **Moura Ribeiro** (DJe 30/5/2014), assim sumariado:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CRIMES CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. DESCAMINHO. ART. 334, DO CÓDIGO PENAL. CONFIGURAÇÃO. CRIME FORMAL. APURAÇÃO ADMINISTRATIVO-FISCAL DO VALOR DO IMPOSTO ILUDIDO. DESNECESSIDADE. APLICAÇÃO DA SÚMULA 83/STJ. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO DA MATÉRIA PELO TRIBUNAL A QUO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 282/STF. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. A jurisprudência da Eg. Quinta Turma passou a adotar o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

posicionamento de que o crime de descaminho é formal, não sendo necessária a constituição definitiva do crédito tributário para a sua configuração. Aplicação da Súmula 83/STJ.

2. É inviável a apreciação no recurso especial de matéria que não foi objeto de prequestionamento pelo acórdão recorrido.

3. Agravo regimental não provido.

Alinho-me, por todo o exposto, à direção trilhada pelo STF e, agora também, pela Quinta Turma desta Corte de que **eventual instauração de procedimento administrativo** fiscal de constituição do crédito tributário, que **geralmente ocorre nos casos em que não são localizadas as mercadorias**, não ganha relevância penal para a configuração do crime de descaminho.

Por tais fundamentos, com amparo no art. 34, XVIII, do RISTJ, **nego seguimento ao habeas corpus.**

Mantenho o *decisum* pelos seus próprios fundamentos. Esse entendimento, aliás, é a reprodução do que foi decidido no **REsp n. 1.343.463/BA**, de **minha Relatoria** para acórdão, publicado no DJe 23/9/2014.

À vista do exposto, **nego provimento ao agravo regimental.**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2014/0041682-2

AgRg no
HC 289.282 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00005271320124036110 201261100005278 2772011 341120110004972
5271320124036110

EM MESA

JULGADO: 21/05/2015

Relator

Exmo. Sr. Ministro **ROGERIO SCHIETTI CRUZ**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **MOACIR MENDES SOUSA**

Secretário

Bel. **ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
IMPETRADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3A REGIÃO
PACIENTE : MANOEL SOUZA DA SILVA

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Praticados por Particular Contra a Administração em Geral -
Contrabando ou descaminho

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : MANOEL SOUZA DA SILVA
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
AGRAVADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3A REGIÃO

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEXTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Sexta Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Nefi Cordeiro, Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP), Maria Thereza de Assis Moura e Sebastião Reis Júnior (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator.