



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.435.165 - PR (2014/0034972-1)

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ
AGRAVANTE : GENI PEREIRA RIOS
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. DESCAMINHO. COMPLEXIDADE DO BEM JURÍDICO TUTELADO. CONSUMAÇÃO QUE OCORRE COM O TRANSPASSE DAS BARREIRAS ALFANDEGÁRIAS SEM O PAGAMENTO DE IMPOSTO OU DIREITO. 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, saída ou consumo da mercadoria. Impõe, portanto, a ocorrência desse episódio, com o efetivo resultado ilusório, no transpasse das barreiras alfandegárias.

6. A ausência do pagamento do imposto ou direito no momento do desembaraço aduaneiro, quando exigível, revela-se como o resultado



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

necessário para 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.

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 Marinho (Desembargador convocado do TJ/SP), Maria Thereza de Assis Moura e Sebastião Reis Júnior (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 18 de novembro de 2014

MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.435.165 - PR (2014/0034972-1)

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ
AGRAVANTE : GENI PEREIRA RIOS
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ:

GENI PEREIRA RIOS interpõe agravo regimental contra decisão, de minha relatoria, em que neguei seguimento ao recurso especial, por entender que o acórdão impugnado se encontra em consonância com o entendimento da Sexta Turma.

Alega o agravante que "o cerne do inconformismo do agravante cinge-se no fato de que deve ser reconhecida a nulidade do feito desde o oferecimento da denúncia, uma vez que não está presente a condição objetiva de punibilidade, restando inexistente a tipicidade diante da falta de processo fiscal contendo decisão definitiva de constituição do crédito tributário" (fl. 516).

Pleiteia, portanto, a reconsideração da decisão anteriormente proferida ou o encaminhamento deste recurso para o julgamento pelo órgão colegiado.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.435.165 - PR (2014/0034972-1)

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. DESCAMINHO. COMPLEXIDADE DO BEM JURÍDICO TUTELADO. CONSUMAÇÃO QUE OCORRE COM O TRANSPASSE DAS BARREIRAS ALFANDEGÁRIAS SEM O PAGAMENTO DE IMPOSTO OU DIREITO. 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, saída ou consumo da mercadoria. Impõe, portanto, a ocorrência desse episódio, com o efetivo resultado ilusório, no transpasse das barreiras alfandegárias.

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

penal.

8. Agravo regimental não provido.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ (Relator):

Não obstante os esforços perpetrados pelo ora agravante, não constato fundamentos suficientes a infirmar a decisão impugnada, cuja conclusão mantenho.

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, outrossim, ao indesejável sistema de injustiças e descrenças.

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 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**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

“evitar a agravação 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 e 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).

Não é difícil constatar o acentuado crescimento das nossas relações aduaneiras. Para se ter uma noção um pouco mais precisa do volume e da importância espetaculares que esse tipo de comércio representa atualmente para o Brasil, permito-me reproduzir o relatório aduaneiro de 2013, colhido no sítio eletrônico da Receita Federal:

No ano de 2013 a Aduana do Brasil:

Realizou o processamento de 19,8 milhões de passageiros internacionais nos aeroportos brasileiros;

Fiscalizou 20,8 milhões de remessas postais internacionais (correios);

Fiscalizou 2,04 milhão de remessas expressas (courier);

Apreendeu R\$ 1,68 bilhões em mercadorias e veículos;

Realizou 2.999 operações de vigilância e repressão vinculadas à Operação Fronteira Blindada.

Processou:

Exportações no total de US\$ 242,2 bilhões e 558,46 milhões de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

toneladas;

Importações no total de US\$ 239,6 bilhões e 163,82 milhões de toneladas; 3,77 milhões de declarações de operações de comércio exterior, sendo: 2,5 milhões de Declarações de Importação, e 1,2 milhão de Declarações de Exportação

620 mil declarações de trânsito aduaneiro

[...]

O volume de comércio exterior do Brasil teve ligeiro aumento em 2013, decorrente do crescimento das importações, com registro da corrente de comércio de US\$ 481,8 bilhões contra US\$ 465,7 bilhões em 2012.

As exportações brasileiras em 2013 atingiram US\$ 242,2 bilhões contra US\$ 242,6 bilhões em 2012 (diminuição de 0,16%). As importações somaram US\$ 239,6 bilhões em 2013, representando um aumento de 6,89 % em relação a 2012 (US\$ 223,1 bilhões).

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

Esses dados, extraídos da realidade nacional da qual o magistrado, na aplicação e na concretização do direito, não se pode desvincular, apontam a direção que deve ser dada na resposta penal para a prática de crime que atinge, de maneira paulatina e incessante, a própria economia e a saudável concorrência comercial.

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 85.942/SP, DJe de 1º/8/2011).

Recentemente, apenas para ilustrar, noticiou-se, nos meios jornalísticos e televisivos mais importantes, que **a sonegação fiscal no Brasil, até o presente momento, já ultrapassou a cifra de 200 bilhões de reais**, o que não se justifica somente pela alta e insuportável carga tributária, mas, também, pelo modelo repressivo construído que, ao menos sob um olhar desprendido e sincero, parece favorecer-lhe a prática.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 se 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 **probidade** 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 (*Lições de Direito Penal*. Parte Especial, v. 4. São Paulo: José Bushatsky, 1965, p. 1.171-1.173) e Nelson Hungria (op.cit, p. 324) – para os quais a proteção aos interesses da indústria nacional, a moralidade, a saúde etc. seriam secundárias –, 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, 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 nº 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 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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 (art. 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 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 conseqüente 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 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. 2.439/10 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:
[...]



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

III - ser encaminhada pela autoridade julgadora de 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, III, do Decreto-Lei 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,**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

com a constituição definitiva de crédito tributário, para se proceder à *persecutio criminis* no descaminho, porquanto, na imensa maioria dos casos, sequer 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, vislumbra-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,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ilude as autoridades alfandegárias e ultrapassa a barreira aduaneira – poderia citar, entre outros, Magalhães Noronha (op. cit., p. 327); Nelson Hungria (op. cit., p. 430); Heleno Fragoso (op. cit.); 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 a **ilusão no pagamento do imposto ou direito na transposição das barreiras alfandegárias**.

No que tange à segunda direção – no sentido 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, em sede doutrinária, 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,**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

não havendo, por conseguinte, qualquer razão jurídica para não se lhe aplicar o mesmo entendimento já pacificado no que se refere aos 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 de 14/2/2011.)

Por fim, no que concerne à terceira linha de pensamento – seria **delito formal** ou de simples atividade, na medida em que **a ocorrência do resultado, ligado ao exaurimento da via administrativa, seria desnecessário** –, 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

tributo. Resultado aferido, 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 99.740/SP, Rel. Ministro Ayres Britto, DJe de 23/11/2010.) (Destaquei)

No mesmo sentido, julgaram-se o RHC 119.960/SP, de relatoria do Ministro Luiz Fux, publicado no DJe de 2/6/2014, e o HC 120.783/DF, de relatoria da Ministra Rosa Weber, publicado no DJe de 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 1435343/PR, de relatoria do Ministro Moura Ribeiro (DJe de 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 I. 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. (Rel. Ministro Moura Ribeiro, DJe de 30.5.2014)

A Sexta Turma, no julgamento do Recurso Especial n. 1.343.463/BA, também alinhou-se à direção trilhada pelo STF e pela 5ª Turma desta Corte no sentido 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:

RECURSO ESPECIAL. DESCAMINHO. COMPLEXIDADE DO BEM JURÍDICO TUTELADO. CONSUMAÇÃO QUE OCORRE COM O TRANSPASSE DAS BARREIRAS ALFANDEGÁRIAS SEM O PAGAMENTO DE IMPOSTO OU DIREITO. ESGOTAMENTO DA VIA ADMINISTRATIVA COM A CONSTITUIÇÃO DEFINITIVA DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. DESNECESSIDADE.

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; 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.

2. Havendo indícios de infração penal – qual a de descaminho – punível com a pena de perdimento, entre as quais se insere a prática de descaminho, cabe à fiscalização, efetivada pela Secretaria da Receita Federal, apreender, quando possível, os produtos ou 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

imposto devido no momento da entrada, saída ou consumo da mercadoria. Impõe, portanto, a ocorrência desse episódio, com o efetivo resultado ilusório, no transpasse das barreiras alfandegárias.

6. A ausência do pagamento do imposto ou direito no momento do desembaraço aduaneiro, quando exigível, revela-se como o resultado necessário para 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. Recurso não provido.

(REsp 1343463/BA, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Rel. p/ Acórdão Ministro Rogerio Schietti Cruz, 6ª T., DJe 23/9/2014)

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2014/0034972-1

AgRg no
REsp 1.435.165 / PR
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 200870020038988 2507820104047002 50011480620104047002
PR-00002507820104047002 PR-200870020038988 PR-50011480620104047002
TRF4-00002507820104047002

EM MESA

JULGADO: 18/11/2014

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. MÁRIO FERREIRA LEITE

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : GENI PEREIRA RIOS
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

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

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : GENI PEREIRA RIOS
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

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.