



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 255.617 - RS (2012/0205829-3)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : GILBERTO TRAMONTIN DE SOUZA
ADVOGADO : GILBERTO TRAMONTIN DE SOUZA
IMPETRADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4A REGIÃO
PACIENTE : JEAN PIERRE KRINDGES LAUTENSCHLEHER
PACIENTE : CLEBER EDUARDO MICHEL

EMENTA

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO ORIGINÁRIA. SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO ORDINÁRIO. IMPOSSIBILIDADE. RESPEITO AO SISTEMA RECURSAL PREVISTO NA CARTA MAGNA. NÃO CONHECIMENTO.

1. De acordo com o disposto no artigo 105, inciso II, alínea "a", da Constituição Federal, o Superior Tribunal de Justiça é competente para julgar, mediante recurso ordinário, os *habeas corpus* decididos em única ou última instância pelos Tribunais Regionais Federais e pelos Tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão for denegatória.

2. A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC n.º 109.956/PR, buscando dar efetividade às normas previstas no artigo 102, inciso II, alínea "a", da Constituição Federal, e nos artigos 30 a 32 da Lei n.º 8.038/90, passou a não mais admitir o manejo do *habeas corpus* originário perante aquela Corte em substituição ao recurso ordinário cabível, entendimento que deve ser adotado por este Superior Tribunal de Justiça, a fim de que restabelecida a organicidade da prestação jurisdicional que envolve a tutela do direito de locomoção.

3. Tratando-se de *writ* impetrado antes da alteração do entendimento jurisprudencial, o alegado constrangimento ilegal será enfrentado para que se analise a possibilidade de eventual concessão de *habeas corpus* de ofício.

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

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,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

diretamente atingido pela ilusão do pagamento de direito ou imposto devido pela entrada, pela saída ou pelo consumo de mercadoria.

3. 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 n.º 9.430/1996, artigo 1.º, inciso II, do Decreto n.º 2.730/1998 e artigos 1.º e 3.º, § 7.º, da Portaria SRF n.º 326/2005).

4. 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.

5. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício para determinar o trancamento do inquérito policial instaurado contra os pacientes.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do pedido e conceder "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Marco Aurélio Bellizze, Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR), Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ/SE) e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 19 de março de 2013. (Data do Julgamento).

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 255.617 - RS (2012/0205829-3)

IMPETRANTE : GILBERTO TRAMONTIN DE SOUZA
ADVOGADO : GILBERTO TRAMONTIN DE SOUZA
IMPETRADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO
PACIENTE : JEAN PIERRE KRINDGES LAUTENSCHLEHER
PACIENTE : CLEBER EDUARDO MICHEL

RELATÓRIO

MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de JEAN PIERRE KRINDGES LAUTENSCHLEHER e CLEBER EDUARDO MICHEL, apontando como autoridade coatora a 8.ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4.ª Região, que denegou a ordem no HC n.º 5013930-31.2012.404.0000/RS.

Narra a impetração que foi instaurado em desfavor dos pacientes, mediante requisição do Ministério Público Federal, inquérito policial pela suposta prática do delito de descaminho.

Diante da informação fornecida pela Procuradoria da Fazenda Nacional e pela Secretaria da Receita Federal do Brasil de que o crédito tributário que deu origem à representação fiscal para fins penais se encontra suspenso por impugnação, o Delegado de Polícia Federal teria informado ao *Parquet* federal a impossibilidade de prosseguir com a investigação.

Não obstante, o órgão acusador teria determinado a continuidade das investigações e a realização de diligências complementares para o oferecimento da denúncia.

Inconformada, a defesa dos pacientes impetrou prévio *writ* buscando o trancamento do procedimento investigatório, cuja ordem foi denegada.

Daí o presente *mandamus*, no qual o impetrante sustenta que não haveria justa causa para o procedimento investigatório iniciado antes do lançamento definitivo do débito fiscal, na medida em que existiria defesa pendente de julgamento na esfera administrativa – Representação Fiscal para Fins Penais n.º 11065.002173/2010-12.

Defende que não se mostraria plausível tratar o referido ilícito de maneira



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

distinta daquela dispensada aos crimes tributários, para os quais se exige a prévia constituição do crédito tributário para a instauração da ação penal.

Afirma que a infração prevista no art. 334, *caput*, segunda parte, do Código Penal, caracterizaria um ilícito tributário, que em tudo se assemelharia aos disciplinados na Lei n.º 8.137/90, na medida em que o erário seria o bem jurídico fundamentalmente protegido nesses crimes.

Alega que permitir o prosseguimento do procedimento investigatório sem que tenha havido o prévio esgotamento da via administrativa no caso do delito de descaminho, importaria em suprimir o direito do contribuinte de ver a sua punibilidade extinta pelo pagamento.

Requer a concessão da ordem, *in limine*, a fim de que seja sobrestada a oitiva dos pacientes e de que seja trancado o inquérito policial instaurado em seu desfavor.

A liminar foi indeferida à fl. 595.

A autoridade apontada como coatora prestou informações à fl. 912.

O Ministério Público Federal, em parecer de fls. 934/938, opinou pela denegação da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 255.617 - RS (2012/0205829-3)

VOTO

MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Conforme relatado, com este *habeas corpus* pretende-se, em síntese, o trancamento do inquérito policial instaurado em desfavor dos pacientes.

Cumpre analisar, preliminarmente, a adequação da via eleita para a manifestação da irresignação do impetrante contra o acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 4.^a Região.

Nos termos do artigo 105, inciso I, alínea "c", da Constituição Federal, este Superior Tribunal de Justiça é competente para processar e julgar, de forma originária, os *habeas corpus* impetrados contra ato de tribunal sujeito à sua jurisdição e de Ministro de Estado ou Comandante da Marinha, do Exército ou da Aeronáutica; ou quando for coator ou paciente as autoridades elencadas na alínea "a" do mesmo dispositivo constitucional.

Por outro lado, prevê a alínea "a" do inciso II do artigo 105 que o Superior Tribunal de Justiça é competente para julgar, mediante recurso ordinário, os *habeas corpus* decididos em única ou última instância pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão for denegatória.

Do cotejo dos aludidos dispositivos, percebe-se que o Poder Constituinte Originário, prevendo situações distintas envolvendo a tutela do direito de locomoção, atribuiu ao Superior Tribunal de Justiça competências também diferenciadas, atento à sua peculiar função de uniformizar a interpretação da legislação infraconstitucional.

Com efeito, tratando-se de coação ao direito ambulatorio do indivíduo atribuível a quaisquer das autoridades elencadas nas alíneas "a" e "c" do inciso I do artigo 105, autoriza-se o manejo do *writ* de forma originária perante esta Corte Superior de Justiça. Em se tratando de coação perpetrada por qualquer outra autoridade, deve-se buscar na legislação pátria a competência originária para analisar o pedido de *habeas corpus*, em observância às normas atinentes ao devido processo legal.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Entretanto, nas últimas décadas os operadores do direito têm incluído na acepção do termo "coação" a manutenção pelos Tribunais locais ou regionais de atos praticados por juízes que atuam no primeiro grau de jurisdição, ou pelas demais autoridades submetidas às suas jurisdições, quando denegam os *habeas corpus* originariamente ali impetrados.

Institucionalizou-se o entendimento no sentido de que, mantendo a decisão objurgada, os Tribunais locais encampariam o alegado constrangimento ilegal, passando, então, a figurarem como autoridades coatoras. Tal interpretação passou a comportar o chamado *habeas corpus* substitutivo do recurso ordinário cabível, que veio a colocar em desuso a referida insurgência expressamente prevista no ordenamento constitucional.

Esta espécie de *writ* vem sendo utilizado em larga escala, tendo em vista as flagrantes vantagens frente ao recurso ordinário, especialmente pela ausência de maiores formalidades, já que dispensável até mesmo a capacidade postulatória.

Essa prática passou a ser chancelada pelos Tribunais Superiores, principalmente no final da década de 1980 e no decorrer da de 1990, quando a sociedade brasileira se viu ávida pela tutela de direitos que lhe foram tolhidos no período ditatorial.

Nesse diapasão, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC n.º 109.956/PR, buscando dar efetividade às normas previstas no artigo 102, inciso II, alínea "a", da Constituição Federal, e nos artigos 30 a 32 da Lei n.º 8.038/1990, passou a não mais admitir o manejo do *habeas corpus* originário perante aquela Corte em substituição ao recurso ordinário cabível, entendimento que deve ser adotado por este Superior Tribunal de Justiça, a fim de que seja restabelecida a organicidade da prestação jurisdicional que envolve a tutela do direito de locomoção.

Tal conclusão evidencia que, na hipótese, insurgindo-se o impetrante contra acórdão do Tribunal de origem que denegou a ordem pleiteada no prévio *writ*, mostra-se incabível o manejo do *habeas corpus* originário, já que não configurada nenhuma das hipóteses elencadas no artigo 105, inciso I, alínea "c", da Constituição Federal, razão pela qual não merece conhecimento.

Todavia, tratando-se de remédio constitucional impetrado antes da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

alteração do entendimento jurisprudencial, o alegado constrangimento ilegal será enfrentado para que se analise a possibilidade de eventual concessão de *habeas corpus* de ofício.

Segundo consta dos autos, o Ministério Público Federal requereu a abertura de inquérito policial em face dos pacientes, diante da possível prática do delito previsto no artigo 334 do Código Penal (fl. 61):

Tendo em vista o teor dos documentos digitalizados (CD em anexo) que seguem, apontando a ocorrência de possíveis irregularidades, requisito a instauração de inquérito policial para apuração dos fatos, abaixo relacionados, com fulcro no artigo 129, caput, e inciso VIII, da Constituição Federal.

(...)

*Procedimento administrativo MPF:
1.29.003.000292/2010-67*

Enquadramento legal: art. 334, § 1.º, c, do CP

Originador: PRM-NH 002054/2010

Por meio de portaria, em 1.4.2011, o Departamento de Polícia Federal iniciou procedimento para investigar eventual responsabilidade penal dos pacientes (fl. 59):

CONSIDERANDO:

A informação contida na representação fiscal para fins penais n.º 11065.002173/2010-12, de 26/11/2010, o qual apurou a venda de mercadorias estrangeiras sem a devida documentação fiscal, praticando em tese do crime de contrabando/descaminho, protocolados sob o n.º 08430.056237/2010-77, tendo como investigado os administradores da empresa PIERRE E SILVA INFORMÁTICA, CNPJ N.º 07.140.369-49 e,

RESOLVE:

Instaurar Inquérito Policial para apurar possível ocorrência do delito previsto no artigo 334, § 1.º, “c” do Código Penal, para apurar em toda a extensão a conduta dos administradores da empresa investigada.

O Delegado Federal responsável, em 9.8.2011, relatou o mencionado inquérito, concluindo pela impossibilidade de continuar a investigação, nos seguintes termos (fls. 555/556):



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O presente Inquérito Policial foi instaurado mediante requisição do MPF, para apurar possível prática do crime de sonegação fiscal, atribuído aos administradores da empresa PIERRE E SILVA INFORMÁTICA Ltda., contra A UNIÃO.

Devidamente instaurado o procedimento foi oficiado à Procuradoria da Fazenda Nacional, a qual respondeu através do OF/PSFN/NH/RS/N.º 312/2011 informando a inexistência de inscrição de créditos em dívida ativa referentes ao PAF n.º 11065.002172/2010-60.

Recebida a informação de que o processo encontra-se na Delegacia da Receita Federal de Julgamento, localizada em Florianópolis/SC, foi encaminhado ofício, solicitando a respeito do andamento do mesmo, tendo sido encaminhado o OF.GAB/DRJ/FNS/SC N.º 04, o qual informa que o crédito encontra-se contestado pelo contribuinte e em fase de julgamento.

Desta forma, inexistente condição de continuar a investigação a qual deverá aguardar o julgamento definitivo do processo e, posteriormente restando créditos apurados, os quais não venham a ser pagos ou parcelados, poderá haver então condição para prosseguimento do presente apuratório.

Encaminhem-se os autos ao Excelentíssimo representante do Ministério Público Federal, para que sejam tomadas as medidas no interesse da Justiça.

O Ministério Público Federal se manifestou pela continuidade do procedimento investigatório, *in verbis* (fls. 557/558):

O MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, no uso de suas atribuições constitucionais e legais, por intermédio da Procuradora da República signatária, vem manifestar-se nos seguintes termos:

01. Trata-se de inquérito policial instaurado em face da Representação Fiscal para Fins Penais n.º 11065.002173/2010-12, remetida pela Receita Federal de Novo Hamburgo, que apurou a prática de descaminho pelas empresas Vieira & Michel Ltda. e Pierre & Silva Informática Ltda.

02. Havendo necessidade de diligências complementares ao oferecimento da denúncia, este Órgão requer:

a) junte-se aos autos cópias dos contratos sociais das empresas citadas, bem como das alterações contratuais posteriores à sua constituição;

b) oficie-se à Receita Federal para que individualize o débito tributário referente às empresas fiscalizadas ou



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

justifique sua autuação conjunta (inclusive mencionando o período referente a cada uma);

c) oitiva dos administradores das empresas Vieira & Michel Ltda. e Pierre & Silva Informática Ltda. quanto aos fatos tratados na representação fiscal para fins penais em questão.

03. Por fim, concede-se o prazo de 90 (noventa dias) para a realização de tais diligências, além de outras que a Autoridade Policial julgar convenientes.

Foi impetrado, então, *habeas corpus* perante a 8.^a Turma do Tribunal Regional Federal da 4.^a Região, que denegou a ordem pleiteada, mantendo o inquérito policial instaurado contra os pacientes, em acórdão que recebeu a seguinte ementa (fl. 52):

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS, INQUÉRITO POLICIAL. TRANCAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. DESCAMINHO. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. OBJETIVIDADE JURÍDICA DISTINTA. CRÉDITO TRIBUTÁRIO. CONSTITUIÇÃO DEFINITIVA. Há inequivocamente diferença entre o crime de descaminho e o contra a ordem tributária. São tipos penais com objetividade jurídica distinta, não podendo ser aplicado o mesmo entendimento para ambos, no que se refere à condição objetiva de punibilidade. O delito de contrabando ou descaminho tutela a Administração Pública, em especial o erário, protegendo também a saúde, a moral, a ordem tributária, entendida como o interesse do Estado na arrecadação dos tributos, para a consecução de seus fins. A conclusão do processo administrativo não é condição de procedibilidade para a deflagração do processo-crime pela prática de delito do artigo 334 do CP, tampouco a constituição definitiva do crédito tributário é, no caso, pressuposto ou condição objetiva de punibilidade.

Pois bem. Compulsando os elementos constantes dos autos, tem-se que assiste razão ao impetrante.

Inicialmente, é preciso destacar que existe controvérsia, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, sobre a possibilidade de se condicionar a persecução penal no delito de descaminho ao esgotamento da esfera administrativa.

Para uma primeira corrente, a inexigibilidade do exaurimento da via administrativa no ilícito disposto no artigo 334, *caput*, segunda parte, do Código Penal



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

decorreria, essencialmente, da diferença existente entre os crimes contra a ordem tributária e o delito de descaminho, notadamente no que se refere aos bens jurídicos por eles tutelados.

Contudo, tal objeção não prospera, devendo prevalecer a tese pela qual é indispensável a conclusão do procedimento administrativo fiscal para que possa ter início a apuração penal do crime de descaminho.

Topograficamente, o delito de descaminho se encontra descrito no Código Penal na parte destinada aos crimes contra a Administração Pública, motivo pelo qual há quem afirme 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.

A partir de tal premissa, aduz-se que não seria possível condicionar a persecução penal ao esgotamento das instâncias administrativas, uma vez que a tutela da moralidade pública e da regularidade nas importações e exportações, prescindiria da constituição definitiva do crédito tributário.

Todavia, embora o delito de descaminho seja, de fato, pluriofensivo, é certo que 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.

A propósito, é essa a lição de Cezar Roberto Bitencourt:

Bem jurídico tutelado, como em todas as infrações penais constantes do Título XI do Código Penal, Parte Especial, é a Administração Pública, no plano genérico. O bem jurídico tutelado específico, no entanto - a despeito de todos os fundamentos que se têm procurado atribuir à criminalização do contrabando ou descaminho -, é, acima de tudo, a salvaguarda dos interesses do erário público, diretamente atingido pela evasão de renda resultante dessas operações clandestinas ou fraudulentas. Num plano secundário, não se pode negar, visa-se também proteger a 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. (Código Penal Comentado. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 1103.)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Desse modo, percebe-se que, assim como nos crimes contra a ordem tributária previstos na Lei n.º 8.137/1990, no descaminho a integridade do erário é o bem jurídico fundamentalmente protegido, o que, por si só, e num primeiro momento, já justifica o condicionamento da persecução penal à conclusão do procedimento administrativo de apuração do débito fiscal.

Isso porque o descaminho, na forma de iludir, no todo ou em parte, o pagamento de direito ou imposto devido pela entrada, pela saída ou pelo consumo de mercadoria, configura crime material, que se consuma com a passagem do produto pela alfândega, logrando o agente ludibriar as autoridades e ingressar no território nacional em posse dos bens sem o pagamento dos tributos devidos.

Ora, como no delito previsto na segunda parte do *caput* do artigo 334 do Código Penal vislumbra-se a ocorrência de resultado naturalístico, consistente na falta de arrecadação dos tributos pertinentes, não há 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.

Mas não é só. Apesar de haver quem entenda que o descaminho não pode ser equiparado aos crimes contra a ordem tributária, principalmente porque não configuraria técnica estatal de arrecadação, tendo por finalidade única a repressão penal da conduta, sem qualquer preocupação com a satisfação do débito fiscal, o certo é que a infração penal prevista no artigo 334, *caput*, segunda parte, do Código Penal caracteriza, sim, um ilícito tributário, que em tudo se assemelha aos disciplinados na Lei n.º 8.137/1990, constando do Código Penal somente por uma questão de opção legislativa.

Nessa esteira, Cezar Roberto Bitencourt, ao tratar da distinção entre o descaminho e os demais crimes contra a ordem tributária, assinala que:

Com efeito, com o crime de descaminho deixa-se de recolher todos os tributos que lhe são inerentes, tais como o imposto de importação e exportação (II e IE); o imposto de produtos industrializados (IPI) - substituto do antigo imposto de consumo -, pois, via de regra, o objeto material do descaminho é produto industrializado; e o imposto sobre a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

circulação de mercadorias e serviços (ICMS). Constatase que o descaminho, a despeito de implicar, direta e simultaneamente, 'sonegação' automática de inúmeros impostos, é tipificado e classificado como crime contra a Administração Pública, por opção político-criminal do legislador, e não como crime contra a ordem tributária, que, tecnicamente, não constituiria nenhum disparate se houvesse opção legislativa em atribuir-lhe essa natureza. (Op. cit., p. 1108.)

Aliás, conveniente registrar que foi justamente a similitude existente entre o descaminho e os crimes contra a ordem tributária que fez com que a colenda Sexta Turma desta Corte Superior estendesse ao delito do artigo 334 do Código Penal a possibilidade de extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo, estabelecida no artigo 34 da Lei n.º 9.249/1995, a qual, expressamente, só abrangeria os ilícitos tributários definidos na Lei n.º 8.137/1990 e na Lei n.º 4.729/1965.

O acórdão recebeu a seguinte ementa:

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. DESCAMINHO. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. PAGAMENTO DO TRIBUTO ANTES DO OFERECIMENTO DA DENÚNCIA. APLICAÇÃO DO ART. 34 DA LEI N.º 9.249/95. UBI EADEM RATIO IBI IDEM IUS.

1. Não há razão lógica para se tratar o crime de descaminho de maneira distinta daquela dispensada aos crimes tributários em geral.

2. Diante do pagamento do tributo, antes do recebimento da denúncia, de rigor o reconhecimento da extinção da punibilidade.

3. Ordem concedida. (HC 48805/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 26/06/2007, DJ 19/11/2007, p. 294.)

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. Senão vejamos.

O *caput* do artigo 83 da Lei n.º 9.430/1996 estabelece que a representação fiscal para fins penais nos crimes contra a ordem tributária e nos delitos de apropriação indébita e de sonegação de contribuição previdenciária só deve ser encaminhada ao Ministério Público após o esgotamento da esfera administrativa, *verbis*:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

Por sua vez, o Decreto n.º 2.730/1998, que dispõe sobre o encaminhamento ao Ministério Público Federal da representação fiscal para fins penais de que trata o artigo 83 da Lei n.º 9.430/1996, prevê, expressamente, no inciso II do artigo 1.º, a figura típica do descaminho:

Art 1º O Auditor-Fiscal do Tesouro Nacional formalizará representação fiscal, para os fins do art. 83 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, em autos separados e protocolizada na mesma data da lavratura do auto de infração, sempre que, no curso de ação fiscal de que resulte lavratura de auto de infração de exigência de crédito de tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal do Ministério da Fazenda ou decorrente de apreensão de bens sujeitos à pena de perdimento, constatar fato que configure, em tese;

(...)

II - crime de contrabando ou descaminho.

Finalmente, a Portaria SRF n.º 326/2005, ao discriminar o procedimento que deve ser observado pelo auditor-fiscal quando se deparar com a suposta prática do delito previsto no artigo 334 do Código Penal determina que seja formalizada representação fiscal para fins penais (artigo 1.º), bem como que a ela sejam anexadas as peças da decisão final do processo administrativo fiscal no qual não tenha havido o pagamento do tributo, para o encaminhamento ao Ministério Público Federal, nos termos do artigo 3.º, § 7.º, que se encontra assim redigido:

§ 7º Transitada em julgado a decisão sem que o crédito tenha sido extinto pelo pagamento, ressalvadas as hipóteses de que tratam o art. 15, caput e § 2º, II, da Lei nº 9.964, de 2000, e o art. 9º da Lei nº 10.684, de 2003, as peças da decisão final, que confirmam a existência do ilícito tributário caracterizador de crime, serão juntadas, por cópia, à representação fiscal para fins penais, que será remetida,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

no prazo máximo de dez dias, pelo Delegado ou Inspetor da Receita Federal, responsável pelo controle do processo administrativo-fiscal, ao órgão do Ministério Público Federal que for competente para promover a ação penal.

Da leitura conjugada de todos os dispositivos legais acima mencionados, conclui-se que a deflagração da persecução penal no delito de descaminho pressupõe o trânsito em julgado da decisão na esfera administrativa, somente após o que se poderá falar em ilícito tributário.

Sobre o tema, cumpre trazer à baila a posição de Celso Delmanto, Roberto Delmanto, Roberto Delmanto Junior e Fabio M. de Almeida Delmanto, para quem "*a natureza tributária do delito de descaminho (art. 334, caput, segunda parte)*", enseja o mesmo tratamento dado aos crimes contra a ordem tributária e contra a Previdência Social, para os quais "*é pacífico o entendimento de que o inquérito policial ou o processo criminal só poderão ser instaurados após o término do processo administrativo-fiscal*" (Código Penal Comentado. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 960).

Guilherme de Souza Nucci adota idêntica orientação, consignando que se houver o pagamento do imposto devido, falta justa causa para a ação penal pela ausência de dolo do agente:

Atualmente, pode-se vincular o ajuizamento da ação penal ao término de procedimento administrativo instaurado para apurar a sonegação fiscal decorrente da importação ou exportação de mercadoria. É preciso considerar que, havendo plena quitação do imposto devido à Receita Federal, não se mantém a justa causa para a ação penal. O descaminho, por ausência de dolo, não subsiste, devendo, pois, ser trancada a ação penal ou o inquérito policial. (Código Penal Comentado. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 1103.)

Em arremate, vale ressaltar que esta também tem sido a orientação deste Sodalício que tem condicionado a persecução criminal pelo crime de descaminho ao esgotamento da via administrativa:

PROCESSO PENAL. RECURSO HABEAS CORPUS. CRIME



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CONTRA A SAÚDE PÚBLICA (ART. 273, CAPUT E § 1.º-B, CP) E DESCAMINHO. 1. PLEITO DE TRANCAMENTO NO TOCANTE AO DESCAMINHO. PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO-FISCAL. TÉRMINO. AUSÊNCIA. UBI EADEM RATIO, UBI IDEM IUS. 2. ILEGALIDADE. RECONHECIMENTO.

1. Não há razão lógica para se tratar o crime de descaminho de maneira distinta daquela dispensada aos crimes tributários em geral.

Sem o prévio exaurimento da via administrativa, mostra-se ilegal o ajuizamento de ação penal. Assim, é de se determinar o trancamento da ação penal no tocante ao descaminho.

3. Recurso provido para trancar a ação penal, apenas no tocante ao delito de descaminho, remanescendo a persecução pelo comportamento descrito no art. 273, caput e § 1.º-B, I, do Código Penal. (RHC 31.395/PR, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 19/06/2012, DJe 29/06/2012.)

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. DESCAMINHO. CRIME MATERIAL. NATUREZA TRIBUTÁRIA. NECESSIDADE DE CONSTITUIÇÃO DEFINITIVA DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. RECURSO PROVIDO.

1. De acordo com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, 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. Precedentes.

2. 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.

3. O descaminho caracteriza-se como crime material, tendo em vista que o próprio dispositivo penal exige a ilusão, no todo ou em parte, do pagamento do imposto devido. Assim, não ocorrendo a supressão no todo ou em parte do tributo devido pela entrada ou saída da mercadoria pelas fronteiras nacionais, fica descaracterizado o delito.

4. Na espécie, confirmou-se a ausência de constituição definitiva do crédito tributário, uma vez que ainda não foram apreciados os recursos administrativos apresentados pela defesa dos recorrentes. Dessa forma, não é possível a instauração de inquérito policial ou a tramitação de ação penal enquanto não realizada a mencionada condição objetiva de punibilidade.

5. Recurso ordinário que se dá provimento a fim de extinguir a Ação Penal n.º 5001641-71.2010.404.7005, da Segunda Vara Federal da Subseção Judiciária de Cascavel, Seção Judiciária do Paraná. (RHC 31.368/PR, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

QUINTA TURMA, julgado em 08/05/2012, DJe 14/06/2012.)

Na hipótese vertente, ainda não houve a conclusão do Processo Administrativo Fiscal n.º 11065.002172/2010-60, que deu origem à Representação Fiscal para Fins Penais n.º 11065.002173/2010-12, por meio do qual se apura a suposta ilusão do pagamento de tributos incidentes sobre operações de importação por parte dos pacientes, conforme os documentos acostados às fls. 541/544, 545/546 e 549/550, circunstância que impede, por ora, o prosseguimento da investigação criminal para examinar a ocorrência de crime de descaminho.

Ante o exposto, **não se conhece** o *habeas corpus*, mas **concede-se a ordem de ofício** para trancar o Inquérito Policial n.º 0228/2011-4-SR/DPF/RS instaurado contra os pacientes.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2012/0205829-3

HC 255.617 / RS
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 50017148820114047108 50139303120124040000

EM MESA

JULGADO: 19/03/2013

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **MARCO AURÉLIO BELLIZZE**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **ALCIDES MARTINS**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: GILBERTO TRAMONTIN DE SOUZA
ADVOGADO	: GILBERTO TRAMONTIN DE SOUZA
IMPETRADO	: TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4A REGIÃO
PACIENTE	: JEAN PIERRE KRINDGES LAUTENSCHLEHER
PACIENTE	: CLEBER EDUARDO MICHEL

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

CERTIDÃO

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

"A Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido e concedeu "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Marco Aurélio Bellizze, Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR), Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ/SE) e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.