



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.442.168 - ES (2014/0058751-3)

RELATOR : MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE
AGRAVANTE : PAULO CIMERMAN
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. **1.** DESCAMINHO. CRIME FORMAL. DESNECESSIDADE DE CONSTITUIÇÃO DEFINITIVA DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. **2.** RECURSO IMPROVIDO.

1. Nos termos do art. 557, *caput*, do Código de Processo Civil, c/c o art. 3º do Código de Processo Penal, e do art. 34, XVIII, do RISTJ, é possível, em matéria criminal, que o relator negue seguimento a recurso ou a pedido manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou jurisprudência dominante, sem que, em tese, se configure ofensa ao princípio da colegialidade, o qual sempre estará preservado, diante da possibilidade de interposição de agravo regimental.

2. "O crime de descaminho se perfaz com o ato de iludir o pagamento de imposto devido pela entrada de mercadoria no país. Não é necessária, assim, a apuração administrativo-fiscal do montante que deixou de ser recolhido para a configuração do delito. Trata-se, portanto, de crime formal, e não material, razão pela qual o resultado da conduta delituosa relacionada ao *quantum* do imposto devido não integra o tipo legal. Precedente da Quinta Turma do STJ e do STF" (HC n. 218.961/SP, Relatora a Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 15/10/2013, DJe 25/10/2013).

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

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, negar provimento ao agravo regimental.

Os Srs. Ministros Moura Ribeiro, Regina Helena Costa e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Jorge Mussi.

Brasília (DF), 22 de maio de 2014 (data do julgamento).

MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.442.168 - ES (2014/0058751-3)

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE:

Trata-se de agravo regimental interposto por Paulo Cimerman contra decisão de fls. 271/279, assim ementada:

RECURSO ESPECIAL. CRIMINAL. DESCAMINHO. PRÉVIA
CONSTITUIÇÃO DEFINITIVA DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO.
DESNECESSIDADE. CRIME FORMAL.

O agravante alega, em síntese, que a referida decisão monocrática ofendeu o princípio da colegialidade, porquanto a matéria é controvertida nos Tribunais.

No mérito, sustenta que "em razão da natureza tributária do delito [de descaminho], faz-se necessário que a abertura de investigação criminal e procedimento administrativo-tributário para se apurar a existência de crédito tributário como condição de procedibilidade da persecução penal" (fl. 294).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.442.168 - ES (2014/0058751-3)

VOTO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE (RELATOR):

O recurso não merece provimento.

De início, não há violação ao princípio da colegialidade, porquanto a decisão agravada foi proferida com apoio na atual jurisprudência desta Quinta Turma no sentido de ser desnecessário a apuração administrativo-fiscal para se configurar o crime de descaminho.

Ademais, com a interposição do presente agravo regimental fica superada eventual violação ao referido princípio, tendo em vista a análise do recurso pela Turma julgadora.

Em relação ao mérito recursal, melhor sorte não assiste ao agravante.

Convém fazer algumas ponderações sobre o delito de sonegação tributária. É cediço que o bem juridicamente protegido por esse crime está apto a exercer funções de limite ao *ius puniendi* e de instrumento crítico do direito positivo.

Nesse contexto, não se deve descurar que o merecimento da pena é insuficiente, por si só, para fundamentar o emprego da sanção penal na tutela do bem jurídico. Impõe-se, além disso, a comprovação da necessidade da pena, isto é, a demonstração de que outras formas de proteção ao bem jurídico são insuficientes, bem assim da nocividade social da conduta.

A observação é importante para que não se pense que com o reconhecimento da arrecadação tributária como bem jurídico se está, implicitamente, aceitando o emprego da tutela penal contra a mera omissão no pagamento de tributos ou de seus acessórios. Embora não seja esta a via apropriada para tal discussão, não se deve olvidar que a tutela penal desse bem jurídico somente estará autorizada contra as formas de ataque mais graves a ele dirigidas, após a comprovada insuficiência da tutela sancionadora extrapenal.

O Supremo Tribunal Federal, atento a essa construção hermenêutica,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

passou a adotar, mais recentemente, decisões no sentido de que a pendência de procedimento administrativo fiscal impede a instauração da ação penal, bem como de inquérito policial, relativamente aos crimes materiais descritos no art. 1º da Lei n. 8.137/1990, tendo em vista que a consumação destes somente ocorre após a constituição definitiva do crédito tributário. Há, sobre o ponto, Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal, nestes termos:

Súmula Vinculante n. 24: Não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1º, incisos I a IV, da Lei n. 8.137/90, antes do lançamento definitivo do tributo.

Como vimos do relatório, discute-se, no recurso especial, sobre a necessidade de constituição definitiva do crédito tributário para a configuração do crime de descaminho. Argumenta-se que a condição objetiva de punibilidade descrita no enunciado n. 24 da Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal também se aplica ao crime do art. 334 do Código Penal.

Como é de sabença, para a compreensão de muitas figuras penais, exige-se o conhecimento de institutos do Direito Tributário. Nesse contexto, a edição do enunciado n. 24 da Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal, que condiciona a tipificação dos crimes previstos no art. 1º, incisos I a IV, da Lei n. 8.137/1990 à constituição definitiva do crédito tributário, não pode ser ignorada no que concerne à configuração do delito de descaminho.

Diante da redação do art. 334 do Código Penal, ponho-me a perguntar se não seria o descaminho crime de natureza material. O fato é que o próprio dispositivo penal exige a ilusão, no todo ou em parte, do pagamento do imposto devido. É dizer: não ocorrendo a supressão no todo ou em parte do tributo devido pela entrada ou saída da mercadoria pelas fronteiras nacionais, está descaracterizado o delito.

Não desconheço que há posição na doutrina no sentido de que bastaria a ilusão do pagamento do tributo para a consumação do crime, caracterizando-se o prejuízo à Fazenda Nacional como mero exaurimento da conduta, mostrando-se, portanto, o descaminho como um delito formal.

O principal fundamento dos que assim pensam diz respeito à natureza



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pluriofensiva do delito. Afirmam que não seria somente a ordem tributária mas também a saúde pública e a higiene os bens jurídicos acobertados pelo crime descrito no art. 334 do Código Penal.

A meu ver, a interpretação consiste na desconsideração de que o poder punitivo do Estado está regido e limitado pelo princípio da intervenção mínima. É dizer: o Direito Penal só deve intervir nos casos de ataques muito graves aos bens jurídicos mais importantes. Com efeito, ao tipificar o delito de descaminho, o intuito do legislador foi o de evitar o não recolhimento do imposto devido. Por consequência, entendo que o bem jurídico que o Estado procurou tutelar foi a ordem tributária ou a Administração Pública em seu aspecto fiscal. Dessa forma, parece-me desnecessária a reprimenda estatal quando inexistente prejuízo à Fazenda Nacional.

No pormenor, é oportuno lembrar que os dois delitos incluídos em um único artigo do Código Penal devem ser interpretados isoladamente. Observem que o crime de contrabando, de fato, busca evitar a entrada no país de produtos proibidos, tutelando os bens jurídicos acima descritos.

Diversamente, o delito de descaminho somente pretende impedir que a entrada de um produto lícito seja realizada sem o pagamento do tributo. Na medida em que o portador do produto de origem estrangeira adentra no território nacional e dirige-se à alfândega no intuito de pagar o tributo e assim o faz, não será feito nenhum exame de procedência ou de higiene na mercadoria. Noutras palavras: quitando-se o tributo devido, descaracteriza-se o delito de descaminho.

Entretanto, há quem sustente que o crime de descaminho tem por bem jurídico a Administração Pública. Tal interpretação está alicerçada, basicamente, sobre o fundamento de que, topograficamente, o delito encontra-se na parte destinada pelo legislador penal aos crimes praticados "Contra a Administração Pública em Geral". Por essa razão, concluem que não seria possível condicionar a persecução penal ao esgotamento das instâncias administrativas, visto que a tutela da moralidade pública, da regularidade nas importações e exportações, prescindiria da constituição definitiva do crédito tributário.

De fato, o bem jurídico mediato tutelado nas infrações penais constantes do Título XI, do Código Penal, Parte Especial, é a Administração Pública. No entanto,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

parece-me que o bem jurídico imediato que se procura proteger é, acima de tudo, o erário público, diretamente atingido pela evasão de renda resultante de operações clandestinas ou fraudulentas. Essa mesma percepção foi registrada por César Roberto Bitencourt, cujo autorizado magistério assim apreciou a questão:

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 (BITENCOURT, C. R. **Código Penal Comentado**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 1.103).

O Superior Tribunal de Justiça, atento a essa similitude existente entre o delito de descaminho e os crimes contra a ordem tributária, passou a adotar decisões no sentido de que a possibilidade de extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo, nos termos do art. 34 da Lei n. 9.249/1995, se estenderia, também, aos crimes descritos no art. 334 do Código Penal.

Nesse sentido:

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 n. 48.805/SP, relatora a Ministra **MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**, DJ de 19/11/2007.)

Nada obstante essas considerações que sempre ponderei em meus votos, ressalto minha mudança de entendimento acerca do tema.

É que, no julgamento do *Habeas Corpus* n. 218961/SP, ocorrido no dia



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

15/10/2013, da Relatoria da Ministra Laurita Vaz, esta Quinta Turma, à unanimidade de votos, revisando o posicionamento alhures proferido, passou a sufragar o entendimento de que o descaminho é crime formal e não material e "que se perfaz com o ato de iludir o pagamento de imposto devido pela entrada de mercadoria no país. Não é necessária, assim, a apuração administrativo-fiscal do montante que deixou de ser recolhido para a configuração do delito".

Com propriedade, assentou sua Excelência :

Cumpre anotar que a norma penal do art. 334 do Código Penal – elencada sob o Título XI: "Dos Crimes Contra a Administração Pública" – visa proteger, em primeiro plano, a integridade do sistema de controle de entrada e saída de mercadorias do país, como importante instrumento de política econômica. O agente que ilude esse controle aduaneiro para importar mercadorias, sem o pagamento dos impostos devidos – estes fixados, afinal, para regular e equilibrar o sistema econômico-financeiro do país – comete o crime de descaminho, independentemente da apuração administrativo-fiscal do valor do imposto sonegado.

Com efeito, o bem jurídico protegido pela norma em tela é mais do que o mero valor do imposto. Engloba a própria estabilidade das atividades comerciais dentro do país, refletindo na balança comercial entre o Brasil e outros países. O produto inserido no mercado brasileiro, fruto de descaminho, além de lesar o fisco, enseja o comércio ilegal, concorrendo, de forma desleal, com os produzidos no país, gerando uma série de prejuízos para a atividade empresarial brasileira.

Outrossim, o aludido art. 83, da Lei n.º 9.430/1996, com redação dada pela Lei n.º 12.350/2010, que trata da representação fiscal para fins penais, **não** faz referência ao crime de descaminho. Confira-se:

'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 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.' (grifei)

E, mesmo que fizesse, **por se tratar de crime formal, que independe da constituição definitiva do crédito fiscal para sua configuração, não condicionaria a instauração de investigação ou de ajuizamento de ação penal para apurar o crime de descaminho.**

Quanto à mencionada **Portaria n.º 665/2008, da Secretaria da Receita Federal** (que já foi revogada pela Portaria n.º 2.439/2010), a norma executiva em nada ajuda a tese dos Impetrantes, ao dispor que:

'Art. 5º A representação fiscal para fins penais relativa aos crimes de contrabando ou descaminho, definidos no art. 334 do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Código Penal, será formalizada em autos separados e protocolizada na mesma data da lavratura do auto de infração, devendo permanecer na unidade da RFB de lavratura até o final do prazo para impugnação.

§ 1.º Se for aplicada a pena de perdimento de bens, inclusive na hipótese de conversão em multa equivalente ao valor aduaneiro da mercadoria que não seja localizada ou que tenha sido consumida, a representação de que trata o caput deverá ser encaminhada pela autoridade julgadora de instância única ao órgão do Ministério Público Federal que for competente para promover a ação penal, no prazo máximo de 10 (dez) dias, anexando-se cópia da decisão.

§ 2.º Não aplicada a pena de perdimento, a representação fiscal para fins penais deverá ser arquivada, depois de incluir nos autos cópia da respectiva decisão administrativa.'

Eis a dicção da Portaria n.º 2.439/2010, nesse particular:

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

I - conter os elementos referidos no art. 3.º, no que couber;

II - ser formalizada em autos separados e protocolizada na mesma data da lavratura do auto de infração, devendo permanecer na unidade da RFB de lavratura até o final do prazo para impugnação;

II - ser formalizada em autos separados e protocolizada na mesma data da lavratura do auto de infração, observado o disposto nos §§ 1.º a 3.º do art. 4.º; (Redação dada pela Portaria RFB n.º 3.182, de 29 de julho de 2011)

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.'

A Portaria referida, como se vê, orienta a fiscalização tributária no sentido de encaminhar para o Ministério Público Federal informações aptas a desencadear a persecução criminal pelo titular da ação penal, mas não condiciona sua atuação. **As esferas Administrativa e Penal são autônomas e independentes, sendo desinfluyente, no crime de descaminho, a constituição definitiva do crédito tributário pela primeira para a incidência da segunda.**

Nesse contexto, a norma procedimental administrativa não tem o condão de desfigurar o tipo legal inserto no Código Penal, tampouco de condicionar a persecução criminal.

Na oportunidade, entendeu-se que no crime de descaminho o bem jurídico tutelado não seria apenas a arrecadação tributária – como ocorre nos delitos de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

sonegação fiscal – mas também a soberania nacional (diante dos prejuízos ocasionados à indústria nacional com o ingresso de bens não tributados), pois não se trata de somente deixar de recolher o tributo devido, e sim de inviabilizar o imprescindível controle da entrada e saída de bens do território nacional, o que constitui, inclusive, o caráter extrafiscal dos tributos incidentes sobre estas transações. Logo, a própria função extrafiscal contida na norma penal do art. 334 do Código Penal, por si só, impede a equiparação deste delito aos crimes tributários.

Ora, não há como estender o raciocínio desenvolvido para os crimes tributários ao delito do art. 334 do Código Penal se o bem juridicamente tutelado pelo crime de descaminho não é somente a atividade arrecadatória do Estado e se os impostos que incidem sobre o ingresso de mercadorias estrangeiras e sobre o envio de mercadorias para o exterior são os impostos de importação e exportação, os quais sabidamente não possuem apenas a natureza de garantir a arrecadação tributária, mas primordialmente o escopo de auxiliar o Estado no controle da balança comercial e na regulação do comércio exterior – caráter extrafiscal destes impostos –, hipótese esta que não se verifica em relação aos delitos tributários materiais.

Justamente por esse motivo, a jurisprudência da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça passou a se orientar no sentido de que a consumação do aludido delito se dá com a simples conduta de iludir o Estado quanto ao pagamento dos tributos devidos quando da importação ou exportação de mercadorias, assim como se extrai da própria literalidade do art. 334 do Código Penal, que assim disciplina:

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

Pena - reclusão, de um a quatro anos.

Essa mesma compreensão consta do seguinte julgado do Supremo Tribunal Federal:

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.**

1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é firme em considerar excepcional o trancamento da ação penal pela via processualmente acanhada do habeas corpus (HC 86.786, da minha



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

relatoria; HC 84.841, da relatoria do ministro Marco Aurélio). Habeas corpus que se revela como trilha de verdadeiro atalho, somente admitida quando de logo avulta o desatendimento das coordenadas objetivas dos arts. 41 e 395 do CPP.

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, 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 99740, Relator o Ministro **Ayres Britto**, Segunda Turma, DJe de 1º/02/2011)

Assim, em conclusão, por se tratar o descaminho de crime formal, e não material, que não depende da constituição definitiva do crédito fiscal para a sua caracterização, prescindível se mostra a discussão acerca da implantação dessa denominada condição de procedibilidade para o exercício da ação penal.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo regimental.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2014/0058751-3 **PROCESSO ELETRÔNICO** **AgRg no REsp 1.442.168 / ES**
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00028539620144020000 00049917820084025001 200850010049910 2014005875143
201402010028530 49917820084025001

EM MESA

JULGADO: 22/05/2014

Relator

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

Presidente da Sessão

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

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **MARIO LUIZ BONSAGLIA**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : PAULO CIMERMAN
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
CORRÉU : ARNALDO VON NIELANDER
CORRÉU : MARCELO VELLOSO DE BARROS
CORRÉU : SAMUEL AIZIK CIMERMAN

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra a Fé Pública - Falsidade ideológica

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : PAULO CIMERMAN
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

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, negou provimento ao agravo regimental."

Os Srs. Ministros Moura Ribeiro, Regina Helena Costa e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Jorge Mussi.