



Fundação Educacional do Município de Assis
Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis
Campus "José Santilli Sobrinho"

HENRIQUE ALVES BELINOTTE

**DIFERENCIAÇÃO PUNITIVA NO DELITO DE DESCAMINHO: A
SELETIVIDADE PENAL ESTATAL ESFACELANDO O CARÁTER SUBSTANTIVO DO
PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA IGUALDADE**

**Assis/SP
2016**



Fundação Educacional do Município de Assis
Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis
Campus "José Santilli Sobrinho"

HENRIQUE ALVES BELINOTTE

**DIFERENCIAÇÃO PUNITIVA NO DELITO DE DESCAMINHO: A
SELETIVIDADE PENAL ESTATAL ESFACELANDO O CARÁTER SUBSTANTIVO DO
PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA IGUALDADE**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Departamento de Direito do IMESA (Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis), como requisito para a conclusão de curso, sob a orientação específica do Prof. Me. Luciano Tertuliano da Silva e orientação geral do Prof^o Rubens Galdino da Silva.

Orientando: Henrique Alves Belinotte

Orientador: Professor Me. Luciano Tertuliano da Silva

**Assis/SP
2016**

FICHA CATALOGRÁFICA

BELINOTTE, Henrique Alves.

Diferenciação Punitiva no Delito de Descaminho: A Seletividade Penal Estatal Esfacelando o Caráter Substantivo do Princípio Constitucional da Igualdade. / Henrique Alves Belinotte.

Assis, 2016.

56 páginas

Trabalho de Conclusão de Curso - Instituto Educacional de Ensino Superior de Assis

Orientador: Luciano Tertuliano da Silva

Palavras-chave: 1. Direito Penal. 2. Seletividade. 3. Penal. 4. Princípios Constitucionais. 5. Descaminho. 6. Crimes Tributários.

CDD 340:

DIFERENCIAÇÃO PUNITIVA NO DELITO DE DESCAMINHO: A SELETIVIDADE PENAL ESTATAL ESFACELANDO O CARÁTER SUBSTANTIVO DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA IGUALDADE

HENRIQUE ALVES BELINOTTE

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis, como requisito do Curso de Graduação, avaliado pela seguinte comissão examinadora:

Orientador: _____
Prof. Dr. Luciano Tertuliano da Silva

Examinador: _____

**Assis/SP
2016**

AGRADECIMENTOS

Primeiramente a Deus, por permitir todos esses acontecimentos, e por colocar ao meu lado verdadeiros anjos, que, na simplicidade humana, me ajudam a lutar pelos meus sonhos e objetivos, me aconselhando e amparando nos momentos de angústia, orando e demonstrando a importância da fé.

Aos meus pais, irretocáveis na minha formação, pelo amor, educação e incentivo de sempre. Meu pai, Henrique Horácio Belinotte, advogado, apaixonado por sua profissão, homem que me mostrou, ao longo desses anos, a importância da justiça e da dignidade, sem nunca abrir mão dos verdadeiros valores humanos. Minha Mãe, Rosely Meire Alves Belinotte, empresária e guerreira, que sempre buscou vencer na vida, me ensinando desde cedo a importância da humildade e o valor de cada conquista. À ambos, por me prepararem para a vida com muita garra, dedicando anos das próprias vidas para minha correta formação. Pelos exemplos de dignidade e humildade transmitidos cotidianamente, sem os quais minhas conquistas não fariam sentido.

À minha irmã, Giovanna, por toda amizade e carinho, e, em especial, por aguentar minhas inquietações e dividir comigo suas experiências de vida, tornando menos custosas minhas insatisfações jurídicas e me ensinando a rir dos problemas que a carreira nos apresenta.

Ao meu orientador, e aqui peço vênias para chamá-lo de amigo, Professor Mestre, Doutor Luciano Tertuliano da Silva, que além do notório saber jurídico transmitido, despendeu seu tempo na minha formação pessoal e profissional, se preocupando com o meu verdadeiro aprendizado, demonstrando empenho e dedicação ao expor seus ensinamentos, cobrando sempre o meu melhor rendimento e, acima de tudo, me incentivando a atingir meus sonhos. Meu futuro colega, se me permite chamá-lo assim, meus sinceros e elogiosos agradecimentos.

Aos professores Edmar Oliveira de Andrade Filho e Alexandre Morais da Rosa, pelos ensinamentos compartilhados que muito acrescentaram nesta obra.

A todos os demais professores que contribuíram e enriqueceram meus conhecimentos em toda a vida acadêmica.

A todos que direta ou indiretamente, fizeram parte da minha formação, o meu muito obrigado.

É antigo – e, sob certo aspecto, sábio – o mote ne miseris pauperis in iustitia. Se, de acordo com a lei corretamente entendida, o pobre for a parte errada, a piedade pela sua miséria não o deve fazer triunfar contra a justiça.

Piero Calamandrei

Ninguém, evidentemente é culpado por ser rico, mas ninguém pode ser absolvido abruptamente por ser rico.

Luís Roberto Barroso

RESUMO

O presente estudo carrega, em seu âmago, a análise da seletividade penal realizada pelo ordenamento jurídico brasileiro, prestigiando os crimes contra a ordem tributária em desfavor do crime de descaminho. Dessa forma, apresenta-se a origem histórica dos ilícitos penais, e seu conseqüente deslocamento até os dias de hoje. Ainda, a referida seleção punitiva encontra amparo no desinteresse estatal aos menos abastados, com conseqüente sanção punitiva de encarceramento dos indivíduos irrelevantes à administração pública. Desse entendimento, foi possível expor a tutela jurídica pretendida pelos tipos penais, restando aclarado que ambos pretendem à tutela do erário, e que o referido encarceramento distancia o estado da sua finalidade típica. Desta feita, converge o entendimento para o vilipêndio constitucional à luz do princípio da igual, haja vista serem ambos os ilícitos protetores de um mesmo bem jurídico, e que, portanto, caberia aos aplicadores do direito a garantia da efetiva imposição da norma. A metodologia empregada na pesquisa foi bibliográfica, jurisprudencial e social. Ao final desses estudos, verificou-se que o cerne da questão está na omissão dos aplicadores da lei, que mesmo atulhados de mecanismos, deixam de efetivar os princípios insculpidos em nossa lei maior.

Palavras-chave: Direito Penal; Seletividade Penal; Princípios Constitucionais; Descaminho; Crimes Tributários.

ABSTRACT

This study carries at its core the analysis of criminal selectivity held by Brazilian law, honoring the crimes against the tax system to the detriment of the embezzlement crime. Thus, it presents the historical origin of criminal offenses, and their subsequent displacement to the present day. Still, said punitive selection finds support in the state indifference to the less well-off, with consequent imprisonment of punitive sanction individuals irrelevant to public administration. This understanding, it was possible to expose the desired legal protection by criminal types, leaving cleared both claim the protection of the public treasury, and that that imprisonment distance the state of their typical purpose. This time, converges understanding to the constitutional contempt for the principle of equal light, considering they are both illegal protectors of the same legal interest, and therefore, would be up to the law enforcers to guarantee the effective enforcement of the rule. The methodology used in the research was literature, jurisprudence and social. At the end of these studies, it was found that the core of the issue is the failure of law enforcers, even crammed mechanisms fail to give effect to the principles sculptured in our higher law.

Keywords: Criminal Law; Criminal Selectivity; Constitutional Principles; Embezzlement; Tax Crimes.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	12
2. EVOLUÇÃO DO CRIME DE DESCAMINHO.....	14
3. ORIGEM DOS CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA	18
4. CRIME DE DESCAMINHO E SUA RELAÇÃO COM OS CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA.....	22
5. CRIME DE DESCAMINHO E SUA RELAÇÃO COM OS CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA.....	25
6. SELETIVIDADE PENAL E O CRIME DE DESCAMINHO	31
7. ULTIMA RATIO E O USO DA SANÇÃO PENAL COMO INSTRUMENTO ARRECADATÓRIO	39
8. CRÉDITOS TRIBUTÁRIOS – O ESTADO DEIXANDO DE PUNIR PARA ARRECADAR	43
9. TRATAMENTO MENOS BENÉFICO AO DESCAMINHADOR COMO OFENSA AO CARÁTER SUBSTANTIVO DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA IGUALDADE: O STF DEIXANDO DE SER O GUARDIÃO DA CONSTITUIÇÃO PARA AGIR COMO VILIPENDIADOR DELA.....	46
10. UMA BREVE ANÁLISE DOS ELEMENTOS SOCIOLÓGICO, BUROCRÁTICO ADMINISTRATIVO E JURÍDICO COMO DILATADORES DA SELETIVIDADE PENAL	50
11. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	52
12. REFERÊNCIAS	54
APÊNDICE	56

1. INTRODUÇÃO

O Direito é, por inúmeras vezes, questionável, principalmente quando nos referimos a normas que tutelam bens jurídicos demasiadamente semelhantes, gerando indagações legais e, até mesmo, morais.

Isso não significa abstenção ao olhar crítico com conseqüente defesa dos princípios constitucionais, tão somente para que se aplique a lei penal ao caso concreto.

Assim, o presente trabalho toma por base a discrepância existente entre as sanções e tratamentos penais cominados aos delitos contra a ordem tributária em detrimento daqueles dispensados ao crime de descaminho.

Seria juridicamente possível aplicar os benefícios constitucionalmente positivados em ambos os delitos? Os Tribunais Superiores aplicam de forma correta e justa o que prevê nossa Carta Magna?

O desvirtuamento da atividade legislativa, mormente a banalização da legislação penal, trouxeram implicações envolvendo, sobretudo, questões sociais ao privilegiar determinadas classes sociais em função da inexistência de equivalência na elaboração e na aplicação de normas jurídicas aos referidos delitos, circunstâncias desencadeadoras de um cenário de incongruência jurídica grave.

Dessa forma, a legislação direcionada aos crimes contra a ordem tributária deixa brechas para que o agente, ao cometer o delito, se furte da correta aplicação da sanção penal, sendo-lhe concedido, inclusive, benefícios que beiram à impunidade ou, no mínimo, instigam a reiteração criminosa.

Trilhando essa linha intelectual, o aspecto sistêmico dirigido ao crime de descaminho confere ao agente, exclusivamente, a sanção penal e a perda imediata da mercadoria introduzida no país sem o devido recolhimento tributário, com impossibilidade de pleitear o tratamento justo que tal crime comportaria. Enquanto isso, ao agente praticante do delito contra a ordem tributária tem, de antemão, a possibilidade de imediatamente pagar o montante alusivo ao tributo sonegado, quando então estará extinta a punibilidade do crime praticado, ou, no mínimo, a possibilidade de parcelamento do débito, quando então a denúncia nem será recebida – se ainda não foi oferecida -, ou, então, o processo penal

será suspenso até o efetivo pagamento, com conseqüente extinção diferida da punibilidade.

Forma-se um impasse jurídico digno de uma devida ponderação, sob diversos aspectos, fitada à satisfatória solução do problema, de forma a respeitar a supremacia dos valores fundamentais encartados na Constituição Federal, mormente o caráter substantivo da igualdade como mecanismo garantidor da dignidade humana.

O objetivo deste estudo é avaliar a problemática em apreço e buscar alternativas à cessação da desproporção jurídica visando, principalmente, empregar igualmente as normas jurídicas nacionais.

2. EVOLUÇÃO DO CRIME DE DESCAMINHO

Vem do Código das Ordenações Filipinas¹, em seu Livro V, de Título CXIII, a previsão legal que descreveria uma conduta analogicamente considerada como o crime que, atualmente, se conhece por descaminho, *ipses literis*:

Pessoa alguma, de qualquer estado que seja assi natural, como estrangeiro, não tire per mar, nem per terra, nem leve, nem mande levar, nem tirar para fora de nossos Reinos e senhorios prata, ouro amoedado, nem por amoedar, nem dê favor, nem ajuda para se levar.

E quem o contrário fizer, sendo nisso achado, ou sendo-lhe provado, morra morte natural; e por esse mesmo feito perca todos seus bens e fazenda, a metade para quem o achar, ou descobrir, e a outra metade para nossa Camera. (CÓDIGO DAS ORDENAÇÕES FILIPINAS, 1603. p 1261).

A redação legal da época, em resumo, trazia o seguinte enunciado: “*Que se não tire ouro, nem dinheiro para fora do Reino*”². Assim sendo, quem, naquela época, incorresse nesse ilícito penal, levando ouro, moedas, ou dinheiro para fora do país, sem prévia autorização do Rei ou Monarca, seria condenado a perder todos os seus bens e propriedades, com a consequente entrega da metade desses bens para quem fizesse a denúncia e a outra metade destinada ao próprio Reino.

Posteriormente, com a Proclamação da Independência, no ano de 1822, houve uma atualização dos nossos cadernos legais, sendo editado em 1830 o Código Criminal do Império do Brasil³, reservando um espaço específico para tratar dos crimes de contrabando e de descaminho, conforme disposto em seu artigo 177, *in verbis*:

Art. 177. Importar, ou exportar generos, ou mercadorias prohibidas; ou não pagar os direitos dos que são permittidos, na sua importação, ou exportação.

Penas - perda das mercadorias ou generos, e de multa igual á metade do valor delles. (CÓDIGO CRIMINAL DO IMPÉRIO, 1830).

¹ As Ordenações Filipinas resultaram da reforma feita por Felipe II da Espanha ao Código Manuelino. Passaram a vigor em 1603 e continuaram vigentes em Portugal ao final da União, por confirmação de D. João IV. Até a promulgação do primeiro Código Civil brasileiro, em 1916, estiveram também em vigor no Brasil

² Título CXIII do Código das Ordenações Filipinas, 1603, Livro V, p. 1264.

³ Código Criminal do Império. Fls. 39 do livro 1º de Leis. Lei de Dezembro de 1830.

Subsequentemente ao supramencionado Código Criminal do Império, fora publicado em, 11 de outubro de 1890, o Código Penal dos Estados Unidos do Brasil que não trouxe em sua redação mudanças significativas na capitulação dos delitos, contudo, inclui a inédita possibilidade de privação da liberdade na sanção do agente cometedor do crime, sendo a pena privativa de liberdade cominada de um a quatro anos, além de pena pecuniária de natureza fiscal.

Seguindo a linha temporal, merece destaque a promulgação do dispositivo Penal Pátrio, editado em 1940 e em plena vigência, que trazia, no texto do tipo penal, a previsão conjunta dos crimes de contrabando e descaminho, incorrendo nas mesmas penas aquele que praticasse quaisquer das hipóteses elencadas no, até então, artigo 334 do Caderno Penal, como se vê em tela:

“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 01 (um) a 04 (quatro) anos.”

Esta redação perdurou até 26 de Junho de 2014, quando foi alterada pela Lei nº 13.008/2014 para separar os tipos penais de Descaminho e Contrabando, fixando penas distintas, evidenciando os interesses a serem protegidos e atribuindo-lhes respectivamente os números 334 e 334-A, como demonstrado a seguir:

Descaminho

Art. 334. Iludir, no todo ou em parte, o pagamento de direito ou imposto devido pela entrada, pela saída ou pelo consumo de mercadoria:

Pena - reclusão, de 01 (um) a 04 (quatro) anos.

§ 1º Incorre na mesma pena quem:

I - pratica navegação de cabotagem, fora dos casos permitidos em lei;

II - pratica fato assimilado, em lei especial, a descaminho;

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

IV - adquire, recebe ou oculta, em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial, mercadoria de procedência estrangeira, desacompanhada de documentação legal ou acompanhada de documentos que sabe serem falsos.

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

§ 3º A pena aplica-se em dobro se o crime de descaminho é praticado em transporte aéreo, marítimo ou fluvial. (NR)

Contrabando

Art. 334-A. **Importar ou exportar mercadoria proibida:**

Pena - reclusão, de 02 (dois) a 05 (cinco) anos.

§ 1º Incorre na mesma pena quem:

I - pratica fato assimilado, em lei especial, a contrabando;

II - importa ou exporta clandestinamente mercadoria que dependa de registro, análise ou autorização de órgão público competente;

III - reinsere no território nacional mercadoria brasileira destinada à exportação;

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

V - adquire, recebe ou oculta, em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial, mercadoria proibida pela lei brasileira.

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

§ 3º A pena aplica-se em dobro se o crime de contrabando é praticado em transporte aéreo, marítimo ou fluvial. (Sem grifos no original) (CÓDIGO PENAL, ed. São Paulo: Saraiva. 2015).

Com a nova redação separando os tipos penais, torna-se clarividente a distinção dos institutos. Portanto, incorre na prática de Contrabando o importador ou exportador de *mercadoria proibida*, causador de prejuízos à saúde pública, à ordem social e à segurança nacional, enquanto pratica Descaminho, o agente que ilude o pagamento de tributos devidos pela entrada ou saída de mercadorias, fristem-se, legais no país, causando prejuízo ao erário, bem jurídico protegido por este instituto penal.

O ilustre professor Hungria explica claramente a distinção entre os tipos penais:

Contrabando é a clandestina importação ou exportação de mercadorias cuja entrada no país, ou saída dele, é absoluta ou relativamente proibida; enquanto descaminho é a fraude tendente a frustrar, total ou parcialmente, o pagamento de direitos de importação ou exportação ou do imposto de consumo (a ser cobrado na própria aduana) sobre mercadorias. (HUNGRIA, 1959. p.430)

Ambos institutos possuem relevância distinta, contudo, o presente artigo limita-se a aprofundar seus estudos no crime de *Descaminho*, pois se discute a relação com os crimes contra a ordem tributária frente à tutela dos interesses pertinentes à administração fazendária e os benefícios oriundos do parcelamento do débito tributário.

3. ORIGEM DOS CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA

Muito embora a regulamentação dos crimes contra a ordem tributária seja recente, nos tempos da Colônia, Reino e Império, a imposição tributária era feita aos comerciantes e pequenos proprietários de terras, existindo uma classe privilegiada, historicamente nomeada “*Nobreza*”, que estava livre de pagar tributos, pois as concessões consubstanciavam-se em ato discricionário do governo⁴. Portanto, estar isento de tributação era reflexo de influência direta para com o Estado.

Colabora neste sentido Ivone Rotta Pereira, demonstrando:

Se o cidadão é aquele que possui e exerce direitos, apenas os senhores de engenho e o clero se incluíam nessa categoria, gozando de privilégios e regalias especiais que provocavam ressentimentos até mesmo entre os prósperos comerciantes da época. (PEREIRA. 1999. p. 20).

Devido à alta carga tributária imposta às classes menos favorecidas⁵, os comerciantes e pequenos produtores frequentemente “sonegavam” impostos, ou seja, deixam de pedir autorização para o governo e conseqüentemente de destinar a esse a parcela devida da transação.

Observa-se, ainda no mesmo Códex das Ordenações Filipinas, a previsão de uma conduta caracterizadora de crime contra a ordem tributária pela não autorização do governo no transporte de animais comercializados à época e, por consequência, o não pagamento da parte legal, como vemos:

Mandamos, que pessoa alguma, de qualquer stado e condição que seja, não tire per si, nem per outrem destes Reinos para fôra delles nenhum gado, de qualquer sorte e qualidade que seja. E quem o contrario fizer, e com elle for achado, ou lhe for provado que o passou, ou mandou passar, ou vender, incorra em perdimento de todos seus bens e fazenda, ametade para nossa Camera, e a outra para quem o accusar, e será degradado para sempre para o Brasil. E nestas mesmas penas incorrerão os Juízes, Alcaldes, e quaisquer outros Officiaes, que a isso derem

⁴ Adentrando ao tema: “O direito de taxar era prerrogativa Real e apenas o rei podia conceder isenções e privilégios, o que era feito através dos forais promulgados pelo Conselho do Rei, composto pela Nobreza e pelo Clero.” (PEREIRA, Ivone Rotta. A tributação na história do Brasil. 1999. p. 17).

⁵ Neste sentido, a doutora afirma que: “o povo, como não tinha riquezas, continuava pagando pesados tributos sobre tudo o que consumia, quando conseguia consumir, já que vinha num estado de profunda pobreza”. (PEREIRA, Ivone Rotta. A tributação na história do Brasil. 1999. p. 32).

ajuda, favor e consentimento, ou sabendo disso, não defenderem, nem contradisserem a tirada, ou levada dos ditos gados. (CÓDIGO DAS ORDENAÇÕES FILIPINAS, 1603. p 1266).

Entretanto, a própria previsão legal consagrava, no parágrafo primeiro, a hipótese de o fato típico ocorrer com membros das classes abastadas, sendo-lhes permitido o pagamento da parte devida para lograr o “livramento”, assim exposto:

1- Porém sendo os taes culpados Senhores de terras, Alcaides Móres de Fortalezas, ou Fidalgos, havemos por bem, que paguem somente anoveado o que assi passarem, ou mandarem passar, e sejam degradados dous annos para África. Os quaes sendo comprehendidos nos taes casos, serão pelas Justiças emprazados a que appareçam perante o Juiz dos nossos feitos, para se livrarem. (CÓDIGO DAS ORDENAÇÕES FILIPINAS, 1603. p 1266).

Mesmo após a Independência do Brasil, tanto as Repúblicas quanto o governo militar pouco fizeram para tornar igualitária a pretensão punitiva estatal para os que cometessem esses ilícitos contra a Fazenda Nacional.

Em 1951, o próprio presidente Getúlio Vargas denunciou escândalos fiscais⁶ contra empresas que praticavam atos lesivos aos cofres públicos, sendo infrutífera a tentativa de reverter esse quadro, em função, mais uma vez, do óbice apresentado pelos grandes capitalistas, ou seja, aqueles de detinham “status social”.

O governo de Juscelino Kubitschek tampouco apresentou mudanças significativas em virtude de os governantes buscarem dimensionar as obrigações fiscais aos seus interesses. E como, no país, o poder sempre esteve na mão dos mais ricos e favorecidos, não havia qualquer intenção de fornecer amparo a uma máquina fiscal capaz de detectar as reais obrigações tributárias, facilitando a sonegação fiscal e outros crimes contra a administração fazendária.

Ivone R. Peres aclara o real direcionamento da cobrança de tributos neste período:

⁶ No mesmo giro, Ivone Rotta Pereira afirma: “Vargas tentou reformular este quadro, denunciou até mesmo o lucro excessivo de empresas estrangeiras, que avaliou em 500%, e fraudes fiscais no superfaturamento de importações, no montante de cerca de US\$ 100 milhões de dólares. A Lei que encaminhará ao Congresso dormia nas gavetas devido à forte oposição dos grandes capitalistas”.

Assim, a carga tributária onerava mais as camadas pobres e médias que não podiam fugir do pagamento dos impostos, descontados diretamente dos salários, ou embutidos indiretamente no preço das mercadorias. O povo, embora melhor organizado e consciente de seus direitos de cidadania, ainda tinha dificuldade para perceber os efeitos daninhos do modelo tributário adotado, devido à sua complexidade inerente. (PERES, Ivone Rotta, 1999. p. 60).

O período de Ditadura Militar foi ímpar no que diz respeito à arrecadação tributária, tendo as reformas políticas desse período aumentado a incidência de impostos e buscado, até certo ponto, reduzir a desigualdade na distribuição de renda, tendo como ponto positivo a instituição da Secretaria da Receita Federal como órgão voltado a fornecer suporte administrativo de controle fiscal, estabelecendo políticas públicas dirigidas a coibir práticas lesivas aos cofres públicos, modernidade essa que teve vida curta por falta de investimentos.

Os anos que seguem são historicamente chamados de “Nova República” e tiveram como objetivo a reforma constitucional derivadora de melhora na distribuição das competências e carga tributária dirigida aos cidadãos, com o intuito de aperfeiçoar a distribuição das obrigações fiscais.

Veja-se, neste passo, que, em prol do viés legalista, a Lei 8.137/90 trouxe, em sua redação, diversas condutas intrínsecas aos crimes contra a ordem tributária. Destaco, por oportuno, ser a incidência desses delitos bastante frequente e praticado *primo oculi* por pessoas relevantes à administração pública, ou seja, de estratos aquinhoados da sociedade.

A redação da supramencionada lei, como se vê:

Art. 1º Constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas: (Vide Lei nº 9.964, de 10.4.2000)

I - omitir informação, ou prestar declaração falsa às autoridades fazendárias;

II - fraudar a fiscalização tributária, inserindo elementos inexatos, ou omitindo operação de qualquer natureza, em documento ou livro exigido pela lei fiscal;

III - falsificar ou alterar nota fiscal, fatura, duplicata, nota de venda, ou qualquer outro documento relativo à operação tributável;

IV - elaborar, distribuir, fornecer, emitir ou utilizar documento que saiba ou deva saber falso ou inexato;

V - negar ou deixar de fornecer, quando obrigatório, nota fiscal ou documento equivalente, relativa a venda de mercadoria ou prestação de serviço, efetivamente realizada, ou fornecê-la em desacordo com a legislação.

Pena - reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

Parágrafo único. A falta de atendimento da exigência da autoridade, no prazo de 10 (dez) dias, que poderá ser convertido em horas em razão da maior ou menor complexidade da matéria ou da dificuldade quanto ao atendimento da exigência, caracteriza a infração prevista no inciso V.

Art. 2º Constitui crime da mesma natureza: (Vide Lei nº 9.964, de 10.4.2000)

I - fazer declaração falsa ou omitir declaração sobre rendas, bens ou fatos, ou empregar outra fraude, para eximir-se, total ou parcialmente, de pagamento de tributo;

II - deixar de recolher, no prazo legal, valor de tributo ou de contribuição social, descontado ou cobrado, na qualidade de sujeito passivo de obrigação e que deveria recolher aos cofres públicos;

III - exigir, pagar ou receber, para si ou para o contribuinte beneficiário, qualquer percentagem sobre a parcela dedutível ou deduzida de imposto ou de contribuição como incentivo fiscal;

IV - deixar de aplicar, ou aplicar em desacordo com o estatuído, incentivo fiscal ou parcelas de imposto liberadas por órgão ou entidade de desenvolvimento;

V - utilizar ou divulgar programa de processamento de dados que permita ao sujeito passivo da obrigação tributária possuir informação contábil diversa daquela que é, por lei, fornecida à Fazenda Pública.

Pena - detenção, de 06 (seis) meses a 02 (dois) anos, e multa.

Inobstante o legislador empreste a tipificação penal similar aos delitos contra a ordem tributária e ao de descaminho, o tratamento administrativo e judicial é bastante dispare, como será aprofundado em seguida.

4. CRIME DE DESCAMINHO E SUA RELAÇÃO COM OS CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA

Conforme demonstrado na redação do tipo penal, incorre na prática de descaminhar aquele que tenta adentrar e até mesmo deixar o país com mercadorias legais sem pagar integral ou parcialmente o imposto devido referente a essas mercadorias. Exemplo clássico de tal prática acontece com os “*sacoleiros*” que viajam ao Paraguai para comprar mercadorias com preço inferior ao do mercado nacional na pretensão de internalizá-las no país para, posteriormente, comercializá-las sem que haja recolhimento tributário na entrada desses produtos.

Noutro turno, pratica crime contra a ordem tributária o particular que realiza uma das condutas previstas nos artigos 1º e 2º da Lei 8.137/90 com o intuito de suprimir ou reduzir o pagamento de tributo ou contribuição social e qualquer acessório. Com cunho meramente didático, o exemplo de prática delitiva contra a ordem tributária é a “*nota calçada*”, na qual o empresário lança um valor na nota relativa ao serviço prestado e um outro valor, demasiado menor, na nota que será enviada ao fisco para a respectiva tributação.

Os exemplos didáticos apreciados permitem revelar que, a despeito da diferença na concretização do comportamento criminoso, tanto o delito de descaminho quanto o de crime contra a ordem tributária atentam contra a capacidade arrecadatória do Estado, ou seja, o bem juridicamente protegido é o mesmo porque ambos visam acautelar a renda estatal de natureza tributária, circunstância conducente à indagação acerca da identidade jurídica de ambos.

José Paulino Alves conceitua os crimes contra a ordem tributária como sendo:

Aqueles praticados contra o erário público pela falta ou omissão na arrecadação de tributos, objetivando a proteção à legislação tributária, remetendo ainda o contribuinte à observância das normas do direito tributário, e às regras ditadas pelo fisco. Tais condutas são penalmente relevantes, porque os tributos são meios pelos quais o governo cumpre seu dever de realizar o bem comum, administrando-os adequadamente. (PAULINO, 1999. p. 12).

Dimanando o conceito mencionado, nenhuma diferença é possível extrair entre os delitos de descaminho e aqueles cometidos contra a ordem tributária, conclusão essa, ademais,

corroborada por Heleno Cláudio Fragoso: "O objeto da tutela penal neste crime é, fundamentalmente, a salvaguarda dos interesses do erário público, seriamente prejudicado pela evasão da renda que resulta do descaminho" (FRAGOSO, 1989. p.74).

Neste mesmo sentido são os ensinamentos do Desembargador Federal José Paulo Baltazar Júnior: "O bem jurídico protegido é a integridade do erário, a arrecadação, ou a ordem tributária entendida como o interesse do Estado na arrecadação dos tributos para consecução de seus fins. Cuida-se de bem macrossocial, Coletivo" (BALTAZAR Jr., 2015. p. 819).

Evidente, portanto, a perfeita identificação do crime de descaminho com os delitos contra a ordem tributária, porquanto ambos atentam diretamente contra a capacidade arrecadatória do ente estatal, ou seja, o objeto juridicamente tutelado indiscutivelmente é o mesmo.

Não se olvida posicionamento doutrinário distinto sustentando que o delito de descaminho tem maior amplitude jurídica por atingir, ainda, a economia nacional, a saúde pública e a justa concorrência.

Inevitável verificar, no entanto, equívoco no qual a aludida premissa incute-se ao perder-se em si mesma. Primeiro porque prejudicar a economia nacional não é privilégio apenas do delito de descaminho, pois, todo e qualquer descumprimento de obrigação tributária principal enfraquece a economia nacional na sua devida proporção justamente por tolher do aparato estatal valores financeiros que lhe seriam líquidos, certo e exigíveis.

Paralelamente, a manutenção da saúde pública também tem por fonte de receita os créditos tributários em geral, aí incluindo aqueles sonogados, reduzidos ou suprimidos mediante a prática de quaisquer crimes contra a ordem tributária, tal como ocorre, identicamente, com os valores não recolhidos pelo descaminhador.

De igual modo, a livre concorrência é afetada quando se estabelece a sonegação ou redução penal das obrigações tributárias, e isso por permitir ao sonegador a definição de preços melhores de seus produtos, já que voluntária e ilicitamente despoja-se do recolhimento tributário, implicando uma preferência maior de suas mercadorias pela possibilidade de estabelecer preços mais atrativos.

Neste sentido, prefere Edmar Oliveira de Andrade Filho: "Os tributos, quando sonogados, interferem na economia e criam situações de desequilíbrio na concorrência. O bem

jurídico tutelado imediato, no entanto, segundo penso, é defesa da receita pública" (ANDRADE FILHO, 2015. Em entrevista).

Portanto, se o objeto juridicamente tutelado pelos delitos de descaminho e de crime contra a ordem tributária é o mesmo (capacidade arrecadatória do ente político) e, ainda, se o verbo núcleo de ambos confundem-se ("omitir", "fraudar", "sonegar" ou "iludir" o pagamento de impostos), a conclusão irretocável é de que ambos crimes têm a mesma natureza jurídica, tendo todos a vestimenta de ilícitos contra a ordem tributária em geral.

André Estefam, aliás, é absolutamente preciso neste norte:

O delito em estudo, por sua natureza, pode ser incluído na classe genérica dos crimes contra a ordem tributária, afinal de contas, o objeto jurídico não é outro senão o erário federal, no que pertine à arrecadação de impostos devidos por ocasião da entrada ou saída de mercadorias do território nacional.

De ver, contudo, que injustificadamente inexistente regra aplicável ao descaminho determinando a extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo e acessórios, embora haja no tocante aos demais crimes de sonegação fiscal. (ESTEFAM, 2015, p. 358)

A busca pela precisa natureza jurídica do delito de descaminho não é apenas doutrinária, mormente porque suas consequências práticas são deletérias aos direitos do descaminhador justamente por ferir de morte a regra fundamental da igualdade na efetivação da pretensão punitiva estatal, como será amiúde esclarecido no próximo capítulo.

5. CRIME DE DESCAMINHO E SUA RELAÇÃO COM OS CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA

Como alhures exposto, a nítida relação que permeia tais delitos demonstra enfaticamente uma tutela jurídica congênere, divergindo tão somente no tocante as sanções e aos benefícios previstos aos autores de crimes contra a ordem tributária.

Com efeito, a Lei 8.137/90 busca coibir as condutas reputadas como sonegadoras fiscais, cuja égide faz-se presente, admitindo-se o parcelamento do crédito tributário e a extinção do pagamento pelo adimplemento do tributo devido, benefícios esses que serão tratados em momento oportuno.

José Paulino Alves define que "O objetivo jurídico dessa lei é a proteção à legislação tributária, é remeter o contribuinte à observância das normas do direito tributário e às regras ditadas pelo fisco".

De outro norte, o artigo 334 do Caderno Penal aduz a ilusão no pagamento de tributo devido pela entrada ou saída de mercadorias do país, sem arrimo das benesses existentes aos crimes tributários formalmente tipificados.

O bem jurídico tutelado na norma de regência, no crime de descaminho, pode-se dizer que é a arrecadação tributária, punindo qualquer subterfúgio manejado contra o Fisco para evitar o recolhimento de tributos, mesma punição almejada pelos crimes tributários próprios.

Sem que se subtraia do descaminhador o pagamento do tributo devido, a atividade jurisdicional perde eficácia, esvazia-se em sua finalidade. O estímulo prestado aos praticantes de ilícitos tributários reflete o destoar das normas jurídicas pátrias.

Gustavo Britta Scandelari é preciso ao expor:

Entretanto, o Descaminho traz, precisamente, as mesmas características de qualquer outro crime tributário material: ilusão (leia-se: redução ou supressão) do pagamento (leia-se: recolhimento) de direito ou imposto (leia-se: tributo) devido pela entrada, saída ou consumo de mercadoria (leia-se: considerados devidos pelo Estado em procedimento administrativo prévio). O descaminho, assim como os demais crimes tributários, tutela, primordialmente, a ordem tributária e é delito material e de dano. (Scandelari, Gustavo Britta. 2015, p.236/237)

Nesse horizonte, pontua Edmar Oliveira de Andrade Filho:

A ação ou omissão que implique supressão ou redução, não autorizada em lei, de tributo ou contribuição poderia, observadas as circunstâncias de cada caso, ser enquadrada em vários dispositivos da legislação codificada. (Andrade Filho, Em entrevista)

Nota-se que ambos os delitos conduzem à mesma inteligência. Nessa compreensão, é possível consignar a dificuldade de expor razões que sustentem os privilégios legais concedidos aos Delitos contra Ordem Tributária em desfavor do crime de Descaminho.

De mesmo norte é a orientação de Edmar Oliveira de Andrade Filho:

Não vejo diferença em relação aos crimes contra a ordem tributária. O infrator deve pagar o tributar e também as penalidades pecuniárias (multa e juros). Logo, a norma criminal existe – em minha opinião – porque a sociedade (por intermédio dos legisladores) considera que o comportamento delituoso merece uma reprimenda mais severa. Há, portanto, um *bis in idem* de penalidades. (Andrade Filho, Em entrevista)

Tal viés na interpretação dessa questão jurídica, ao nosso juízo, merece ser prestigiado, com a devida vênia dos que defendem o contrário.

Reputa-se, ainda, de solar obviedade, o paradoxo jurisprudencial que emana da distinção legal, considerando, portanto, a existência de inúmeras decisões proferidas *contrario sensu* ao anteriormente defendido, conforme se observa a seguir:

PENAL. PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. PEDIDO DE TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL POR AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. DESCAMINHO. CRIME DE NATUREZA FORMAL. INAPLICABILIDADE DA SÚMULA VINCULANTE Nº 24 DO STF AO TIPO PENAL. INEXIGIBILIDADE DA CONSTITUIÇÃO DEFINITIVA DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO PARA A TIPIFICAÇÃO DA CONDUTA DESCRITA NO ART. 334 DO CP. APLICAÇÃO DA PENA ADMINISTRATIVA DE PERDIMENTO DAS MERCADORIAS APREENDIDAS. DENEGAÇÃO. 1. A pretensão dos impetrantes de sujeitar o delito imputado ao regime jurídico próprio dos crimes contra a ordem tributária, especialmente no tocante à aplicabilidade da Súmula Vinculante nº 24 do Supremo Tribunal Federal, com base na semelhança entre os bens jurídicos tutelados pelos tipos penais sob a perspectiva do interesse fiscal do Estado, não tem amparo no sistema normativo ou mesmo na

jurisprudência majoritária das Cortes Superiores e desta egrégia Corte regional. 2. Cabe destacar que, à diferença do que ocorre nas condutas insertas no art. 1º da Lei 8.137/90, a aplicação da pena de perdimento das mercadorias introduzidas em território nacional sem o pagamento dos tributos devidos pela sua importação é a consequência prevista no ordenamento jurídico para tal espécie de infração, conforme dispõem os artigos 71, III, 675 e 689, VI, do Decreto nº 6.759, de 2009, que rege o sistema aduaneiro. 3. Não há, portanto, como se exigir o exaurimento da via administrativa e a consequente constituição definitiva do crédito para que ocorra a consumação do delito, a qual se perfaz com a entrada irregular das mercadorias no país, diante de sua natureza formal. Precedentes do STF, do STJ e deste egrégio Tribunal. 4. Ordem denegada. Sustenta o recorrente, acusado pela prática de descaminho, em síntese, que a constituição definitiva do crédito tributário continua sendo uma condição objetiva de punibilidade, imprescindível para o exercício da ação penal, porquanto o delito de descaminho se equipara ao crime fiscal e requer, por isso, o trancamento da ação penal. Ouvido, manifestou-se o Ministério Público Federal pelo não provimento do recurso. Decido. Entre os diversos efeitos ou consequências que as decisões proferidas no exercício da jurisdição penal podem resultar, assume importância, sob viés negativo, aqueles que se adicionam aos fatores de natureza político-criminal e que promovem a existência de um direito penal ineficaz. O papel do juiz, na atuação jurisdicional, constitui verdadeira concretização da dogmática penal, que se traduzirá, caso caminhe nessa direção, em mais uma falsa ferramenta na perspectiva de controle social, incorporando, 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. (Grifo nosso) (STJ - RHC: 50240 SP 2014/0185308-1, Relator: Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Data de Publicação: DJ 25/03/2015)

Ao contrário do quanto aventado pelo mencionado Ministro, há sim base normativa e, ainda, de índole constitucional, porquanto assegurada pelo caput do artigo 5º da Constituição Federal, a qual deve ser analisada em sua vertente substantiva para que o direito de “igualdade” ali previsto consiga efetivamente transpor a barreira da mera formalidade retórica e transforme-se em concreto direito fundamental do acusado de praticar o delito de descaminho, ou seja, o direito fundamental de ser tratado com os mesmos benefícios conferidos àqueles praticantes de crimes contra a ordem tributária, já que, como visto, ambos cometeram atos ilícitos criminais aviltadores de idêntico objeto jurídico protegido.

É oportuno pontuar, desde logo, a evidente discrepância jurisprudencial no que se refere ao julgamento de crimes contra a ordem tributária, demonstrando o posicionamento assente dos Tribunais Pátrios:

EMENTA Habeas corpus. Crime contra a ordem tributária (art. 1º da Lei nº 8.137/90). Delito de natureza material. Impossibilidade de realização de atos persecutórios antes da formação definitiva do crédito tributário. Entendimento consolidado na Súmula Vinculante nº 24. Ordem concedida. 1. Os delitos previstos no art. 1º da Lei 8.137/90 são de natureza material, exigindo-se, para a sua tipificação, a constituição definitiva do crédito tributário para o desencadeamento da ação penal. 2. Carece de justa causa qualquer ato investigatório ou persecutório judicial antes do pronunciamento definitivo da administração fazendária no tocante ao débito fiscal de responsabilidade do contribuinte. 3. No caso em exame, é incontroverso que não houve a constituição definitiva do crédito, uma vez que o próprio Tribunal Administrativo de Tributos Estaduais do Estado de Rondônia/RO reconheceu a inexistência do ilícito tributário apontado pelo fisco. 4. Constrangimento ilegal reconhecido. 5. Ordem concedida. (Grifo nosso) (STF - HC: 108159 RO, Relator: Min. DIAS TOFFOLI, Data de Julgamento: 19/03/2013, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe-073 DIVULG 18-04-2013 PUBLIC 19-04-2013)

Como se depreende do exposto até o momento, carece de argumento jurídico sólido o motivo pelo qual a discricionariedade dos julgadores é distinta àqueles que incorrem em crimes contra a ordem tributária, conforme evidencia a tônica das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal.

Marina Groesner entende tais condutas de forma que "eles operam claramente em benefício das pessoas que exibem os estigmas de respeitabilidade dominante e em desfavor dos que exibem os estigmas da associabilidade e do crime". (DIAS e ANDRADE, 1997, p.541 apud GROESNER, Marina Quezado, 2008, p.63)

Parece exequível concluir que existem duas sanções destinadas a um único bem jurídico tutelado, uma àqueles de nítido potencial de consumo e elevada projeção social e outra aos agentes que não têm condições de sustentar status social favorável.

No que se refere ao tema, o Parquet Federal Diogo Castor de Mattos é lúcido ao expor:

Esse cidadão estigmatizado como indesejável é eleito para ser o cliente potencial da repressão penal do Estado, enquanto o autor de crimes econômicos, quando descoberto, responde por uma espécie de simulacro de processo penal, no qual a consequência quase inevitável é a prescrição (MATTOS, Diogo Castor de, 2015, p.14)

Não é crível que as Cortes Superiores emanem juízo de distinção para crimes que versam sobre o mesmo bem jurídico. Ressalto, ainda, que a jurisprudência dos Tribunais Superiores é firme no sentido de realizar reiteradamente o aludido juízo de distinção entre os delitos.

Salta aos olhos a existência, nos órgãos jurisdicionais que em teoria deveriam ser imparciais, de uma seleção penal que colabora na distinção entre as sanções aplicadas aos influentes e as impostas aos menos favorecidos.

A esse respeito, oportunamente, recorre-se ao posicionamento de Mariana Groesner, e destaque:

Cabe, portanto, aos juízes, o recrutamento final das pessoas que, em cada sociedade, vão desempenhar o papel de delinquentes. Vale dizer que a seleção judicial se manifesta tanto por meio das sentenças prolatadas pelas instâncias de primeiro grau, quanto por acórdãos prolatados nas instâncias superiores. (GROESNER, Marina Quezado, 2008, p.68)

Ainda que assim não fosse, o interesse na arrecadação de tributos é evidenciado pela tutela jurídica de ambos os crimes, contudo, sob o precedente vazio de inexistência normativa capaz de embasar a analogia *in bonam partem*, nem mesmo em sede administrativa, o Estado consegue lograr êxito da função arrecadatória, tão cobiçada pelas normas regentes dos delitos fiscais.

Assim é a orientação do Delegado da Receita Federal do Brasil, Dr. Edenílson Nunes Freitas:

A legislação prevê isso. A apreensão e a aplicação de perdimento é como pra reparar o dano ao erário causado por aquele ato de infração administrativa (...) Na verdade não tem um lançamento de débito tributário, as mercadorias são simplesmente apreendidas e aí são aplicadas as penas de perdimento, se o contribuinte não comprovar a regular importação. Nós não falamos de crédito tributário nessa questão. (FREITAS, Edenílson Nunes – Em entrevista – Realizada na sede da Receita Federal do Brasil em Marília na data de 01/11/2015)

Decerto o argumento da Receita Federal do Brasil, cuja interpretação sistemática do ordenamento jurídico revela o altruísmo administrativo irrestrito, nos leva à inelutável conclusão de ausência de interesse arrecadatário por parte do Estado, isto porque a sanção de perdimento de bens como forma de suprir os interesses fiscais revela-se incapaz de satisfazer plenamente o erário.

Tem-se ainda, como justificativa, a defesa da saúde pública e economia como razões para se aplicar a sanção de perdimento de bens, sendo inteligível o fato de que a aludida sanção pouco reverte em prol dos cofres públicos.

Ressalta-se, ainda, se distinto fosse o interesse Estatal, facultar-se-ia o adimplemento do crédito tributário no crime de descaminho e conseguinte êxito da função fiscal pois, ao tratar discriminadamente o cometedor de crime de descaminho, obstando-lhe a realização do recolhimento tributário através do parcelamento, o Estado distancia-se de seu interesse maior: estabilidade arrecadatária para fazer frente aos mais variados serviços públicos.

De mesmo horizonte é o pensamento de Juarez Tavares, que demonstra:

O entendimento que abraçamos, mais condizente com a realidade e a estrutura da ordem jurídica, bem como com os fins que o próprio Estado se propõe para a sua política criminal, afora os dados da ordem econômica, é de que aqui há a salvaguarda tão-somente do interesse fiscal. (Embargos Infringentes nº 98.02.27550-6, TRF da 2ª Região, relatora, desembargadora Tânia Heine.)

Partindo dessa linha de cognição, Luciano Tertuliano da Silva expõe a realidade inerente aos crimes tributários próprios destacando a faculdade de adimplemento do crédito tributário devido com possibilidade de parcelamento conferida aos “Grandes Sonegadores”, em detrimento dos descaminhadores, aos quais resta somente a fria aplicação da sanção criminal.

Retornando ao exame da tese defendida, ao nosso juízo, trata-se de indiscutível seletividade penal, que será combatida exaustivamente no próximo capítulo.

6. SELETIVIDADE PENAL E O CRIME DE DESCAMINHO

Após minuciosa revisão dos argumentos expostos, é forçoso concluir a existência de uma cristalina seleção punitiva presente em nosso ordenamento jurídico. Insta salientar desde logo a omissão quase total da doutrina brasileira a respeito do reconhecimento da seletividade penal no contexto jurídico pátrio.

Veja-se, neste passo, que a distinção abordada verte-se em tratamento distinto aos indivíduos *interessantes*⁷ à administração pública, proporcionando centenas de mecanismos relativizadores da resposta estatal, realçando ainda mais o tratamento discriminador aos indivíduos ignóbeis do ponto de vista social.

Corroborando esse entendimento, Miguel Foucault aborda a presença do tratamento desigual no cotidiano das sociedades:

Por uma confusão entre dois tipos de poder: o que presta justiça e formula uma sentença aplicando a lei e o que faz a própria lei. Enfim pela existência de toda uma série de privilégios que tornam incerto o exercício da justiça: há tribunais, processos, partes litigantes, e até delitos que são “privilegiados” e se situam fora do direito comum. (FOUCAULT, 1987. p. 73).

De mesmo norte de inteligência é o pensamento de Alice Bianchini, que aduz:

O atual sistema penal faz exatamente o contrário, visto que seleciona, marginaliza e exclui, cada vez mais, os menos favorecidos financeiramente, pois não se encaixam ao modelo ideal preconizado pela classe dominante. Com efeito, temos ainda hoje, guardadas as devidas proporções, o que acontecia antigamente com a diferenciação entre nobres e plebeus, isto é, o Direito como instrumento para manter e perpetuar a estratificação de classes sociais. (BIACHINI, Alice. p.63 . 2000)

⁷ O caput do artigo 5º da Constituição Federal sustenta que “ Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza [...]”, muito embora exista uma nítida seleção social feita pelos legisladores na atribuição de suas funções, tipificando com maior rigor os crimes que em regra são praticados pelas minorias sociais.

No contexto retratado há fortes indicativos de predileção estatal para as altas classes sociais, restando comprovada a ausência de normas regentes capazes de punir igualmente todas as classes sociais.

Outra não é a lição de Loïc Wacquant o qual entende que "as estruturas sociais e econômicas desaparecem para dar lugar a um raciocínio de tipo marginalista, que situa as causas coletivas no patamar das 'desculpas', a fim de melhor justificar sanções individuais". (WACQUANT, Loïc, 2015, p.36)

Em sede doutrinária, Zaffaroni propõe a denominação Inimigos aos agentes irrelevantes para o Estado, afirmando serem os elementos subjetivos relativos aos tipos penais positivados, mecanismos existentes para "iludir" a sociedade, haja vista existirem meios intrínsecos capazes de favorecer os interesses do estado, demonstrando para tanto que:

A doutrina pré-moderna não só admitiu a seletividade do poder punitivo como tratou de legitimá-la, aceitando implicitamente que para os amigos rege a impunidade e para os inimigos o castigo. A única forma de legitimar o poder punitivo reconhecendo a seletividade – quer passando por cima dela, quer subestimando-a – é apelando ao valor meramente simbólico da pena e a sua consequente prevenção geral positiva. (ZAFFARONI, 2014. p.88).

Não obstante seja inegável a existência de distinção, Zaffaroni destaca ser fruto da desigualdade social e ausência de mecanismos capazes de promover o desenvolvimento humano.

Transcreve-se o trecho expressivo:

La selectividad penal es correlativa a la estratificación social. La discriminación se traduce en lo penal en selectividad, en lo social es fruto de una sociedad con escasísima justicia social, la injusticia penal es resultado de la injusticia social (ZAFFARONI, 2015. Em Entrevista)

Não reputa-se suficientemente consistente essa tese, sendo implausível tal explicação pelo fato de ser o próprio Estado o responsável por assegurar meios restritivos de equilíbrio social.

Há de se observar, inicialmente, que se trata de falácia subversiva atribuir exclusivamente a carência cultural e econômica o fato de o Estado punir de forma nitidamente distinta um mesmo bem jurídico, isto porque os interesses intrínsecos dos governantes não são considerados na pretensão do autor.

Para embasar esta convicção, precisos são aos estudos de Alessandro Barata, que aduz:

Igualmente importante é, todavia, ter em conta que, numa sociedade livre e igualitária – e é longo o desenvolvimento que leva a ela – não só se substitui uma gestão autoritária por uma gestão social do controle do desvio, mas é o próprio conceito de desvio que perde, progressivamente, a sua conotação estigmatizante, e recupera funções e significados mais diferenciados e não exclusivamente negativos (BARATTA, Alessandro, 2014, p.207)

Portanto, com relação a esse aspecto, a sociedade sofre por uma gestão autoritária conduzida por parlamentares que, em suas funções, tipificam dispositivos penais segundo os próprios interesses num comportamento conceituado por Luciano Tertuliano da Silva como “desvirtuamento retórico como instrumento de controle das fontes estatais”, como se infere:

A pureza dos ideais da democracia brasileira restou deturpada por agentes que pretendem não apenas perpetuarem-se no poder, mas também, e principalmente, controlar as fontes jurídicas mediante a elaboração de leis ou atos para facilitar a prática corruptiva ou, pior, para atenuar as consequências legais desse comportamento, máxime com o enfraquecimento dos mecanismos de repressão. Logo, não basta deixar de submeter-se ao rigor da lei, sendo necessário aviltar os poderes constituídos e órgãos de investigação para, assim, limpar o caminho para concretização da corrupção, agora com a possibilidade de responsabilização legal diminuída, senão estérea. Assim é que o quadro de afronta à democracia assume perspectiva ainda mais dramática quando contextualizado no plano da atividade legislativa com o verdadeiro direcionamento da produção normativa por interesses menos nobres. (SILVA, Luciano Tertuliano da, 2014, p.111)

Cumpra, por ora, restar provada a inexistência de arrimo suficiente à sustentação de seletividade penal fruto da desigualdade econômica e falta de desenvolvimento humano, sem culpar diretamente o Estado.

De outro norte, considerando tais possibilidades, e na falta de melhores argumentos, quando questionado sobre as possíveis formas de diminuir a referida seletividade, Zaffaroni é incisivo ao dizer:

Pueden hacerse muchas reformas al aparato punitivo, pero lo principal es generar una sociedad incluyente, que acorte las distancias sociales, que revierta el movimiento hacia la concentración de riqueza que hoy domina en todo el mundo. Una menor discriminación en la distribución de la riqueza abre el camino de muchas reformas. Sin eso, las reformas se traban, porque los intereses impiden su eficacia o las deforman rápidamente. (ZAFFARONI, 2015. Em Entrevista)

Observa-se que, em seus argumentos, o professor pauta-se pela defesa da melhor distribuição de renda como forma de solucionar o problema da seleção punitiva realizada pelo Estado.

Não se vislumbra motivo para o professor distanciar-se de suas ideologias em relação a Seletividade penal, embora tal posicionamento demonstre inconsistência grave de convicção. É que, enfatize-se, nesta linha de argumentos deveria ser atribuída parcela expressiva de culpa aos que manejam o aparato estatal.

Entretanto, além de não haver quaisquer referências ao lapso de atuação dos estadistas, apregoa culpa a disputa pelo controle econômico, nos seguintes termos:

El “estado” es una abstracción, lo que hay son personas que operan instituciones. Los políticos que operan las instituciones del estado, no son los “dueños” del sistema penal, puesto que hay corporaciones que se forman a lo largo de décadas y cada una defiende su poder, además del poder económico y de la concentración de medio audiovisuales, que son los que construyen la realidad de la población. El éxito de las penas no privativas de libertad y de otras medidas de menor violencia del sistema depende siempre del resultado de estas pujas de poder. (ZAFFARONI, 2015. Em Entrevista)

Até entende-se que, ao conhecer o Estado como uma abstração operada por pessoas, Zaffaroni demonstra certa coerência, entretanto, admitir a mudança drástica de

pensamento e direcioná-la a concentração de capital das empresas privadas seria vulnerar a verdade. Novamente mostra-se vazia a argumentação do professor.

Destaca-se, porém, outra inconsistência grave indicando tese fabricada pelo professor portenho no sentido de difundir apenas um posicionamento atrativo aos leitores, inicialmente por atribuir culpa ao estado e posteriormente deslocar a culpa pertinente a seletividade penal às empresas privadas, sob o reles argumento socialista, numa clara tentativa de esquivar-se da verdade, isto por trazer, posteriormente, em sua obra a seletividade penal decorrente da estrutura estatal.

Transcreve-se, abaixo, trecho expressivo:

A extrema seletividade do poder punitivo é uma característica estrutural, ou seja, ela pode ser atenuada, mas não suprimida. Por isso, a questão penal é o campo preferido das pulsões do Estado de Polícia, pois é o muro mais frágil de todo Estado de Direito. Quanto mais habilitações o poder punitivo tiver nas legislações, maior será o campo de arbítrio seletivo das agências de criminalização secundária e menores poderão ser os controles e contenções do poder jurídico a seu respeito (ZAFFARONI, 2014, p.170)

Ao enfrentamento da questão, e com vênias ao professor, usamos suas próprias diretrizes de combate a seletividade penal:

No, no, la forma de combatir las diferencias es política general, es impulsar el desarrollo humano en la sociedad, dando trabajo, seguridad social, políticas de educación y salud, etc. No se combaten con el sistema penal. Eso es una ilusión. Cuando el sistema penal se mete en los negocios de los poderosos, inevitablemente hay un poderoso que lo corrompe en beneficio propio y en perjuicio de otro poderoso, da lugar a una guerra entre piratas. Además, por lo general, en los delitos económicos se opera el mismo mecanismo selectivo: van a penar a las pymes, que son las proveedoras de trabajo, y acaba favoreciendo el proceso de concentración de capital y riqueza. El sistema penal no sirve para crear igualdad, porque es una máquina desigual que, en lo posible, debemos hacer que sea menos desigual. (ZAFFARONI, 2015. Em Entrevista)

A discrepância entre os posicionamento é muito significativa, o que leva aos naturais questionamentos acerca da credibilidade do autor.

Essa breve referência reforça a conclusão de que, sob o patrocínio dos holofotes, há certo juízo emanado pelo professor portenho, enquanto sua íntima convicção traduz-se de forma distinta.

Na contramão desta ideia, denota-se que a Seletividade Penal existente no país não é, de forma alguma, dirigida especificamente à questão da distribuição da renda, senão aos interesses subjetivos que o estado possui. Oportunamente, registra-se, aqui, não desconhecer a expressiva doutrina existente em sentido diverso ao qual defendemos.

Desse escopo teórico é possível extrair várias conclusões:

Releva consignar, em primeiro lugar, a motivação pessoal e peculiar com que os legisladores exercem suas funções. Logo, a atuação legislativa deve, portanto, ser vista com reservas e as ações necessitam de prova inequívoca de corroboração.

É relevante destacar que, como já consignado anteriormente, o instituto do crime de Descaminho e o instituto dos crimes contra a Ordem Tributária aquinhoam mesmo período histórico de criação.

Nessa conformidade, não existindo tese suficientemente capaz de embasar a distinção, reputa-se comprovado, acima de qualquer dúvida razoável, o fato de os grandes sonegadores gozarem de inúmeros benefícios, tanto em sede administrativa quanto em sede processual, sendo o juízo emitido pelos eméritos julgadores muitas vezes desfavorável aos descaminhadores, ainda que as condutas praticadas por esses sejam ínfimas em relação àquelas.

Deve-se assentar a compreensão, com vênia aos entendimentos contrários, na carência de ativismo dos poderes Executivo e Legislativo no sentido de atenuar as desigualdades por eles criada, e, para tanto, nas palavras de Gustavo Scandelari⁸: *“É a lei que não trata igualmente os contribuintes”*.

Especificamente para os crimes tratados nesta obra, é precisa a afirmação de que existe seletividade legal decorrente não só do poder econômico dos réus, mas da influência que possuem os “GRANDES SONEGADORES” frente a insignificância apresentada pelos descaminhadores.

Facilmente encontraremos em nosso Caderno Penal e em legislações esparsas tipos penais que preveem benefícios nitidamente dirigidos a certas pessoas que podem vir a

⁸ Gustavo de Britta Scandelari, Em entrevista concedida em 2015.

cometer tais ilícitos, confrontando-se com tipos penais que se assemelham quase que integralmente a esses, porém, cujas sanções apontam para o rigor excessivo aos indivíduos tidos como minorias, ou *Inimigos* para o Direito Penal.

Apoiando-se nesta tese, Andrade Filho é incisivo ao defender:

Creio que há um tratamento desigual para situações iguais. Logo, a diferença de tratamento, na minha avaliação, contraria o princípio da proporcionalidade. Por isso defendo a aplicação da lei penal tributária em conjunto com a norma do Código Penal. (ANDRADE FILHO, 2015, Em Entrevista)

Com essas considerações, torna-se nítida a existência de seletividade penal decorrente dos fatos típicos positivados no ordenamento jurídico pátrio, o que claramente tem aplicação dirigida a classes evidentemente favorecidas.

Ora, se o bem jurídico protegido por ambos os institutos é o mesmo - frise-se: a arrecadação tributária -, inexistem motivos concretos e justos para sustentar tal distinção dentro dos tipos penais. No entanto, concretamente a distância entre o ideal de criminalização e a realidade demonstra haver clara preferência do Estado em punir aqueles que têm pouca influência social e política

Nesse trilhar, emprestando a já defendida definição de Luciano Tertuliano da Silva, a dita seletividade legal incontestavelmente traduz-se num desvirtuamento retórico da atividade legiferante, como se pode ver em tela:

Um Estado cujos governantes, mediante utilização incessante e reiterada da retórica desvirtuada, não só eximem-se da submissão à lei como também direcionam a atividade legislativa em benefícios particulares, inclusive pretendendo enfraquecer os poderes constituídos e órgãos estruturados para investigar e combater a corrupção, em franca ofensa às liberdades constituídas, máxime as das garantias de transparência, pode receber qualquer adjetivo, menos o de “Democrático de Direito.” (SILVA, 2014, p.112)

Nessa ordem de ideias, o fato de haver Seleção Punitiva por parte do Estado delinea, por si só, a inércia estatal em propiciar meios de equilíbrio social, revestindo-se a atuação do órgão inegavelmente de predileção aos grandes provedores dos cofres públicos.

Consoante repisado alhures, não há óbice à aplicação dos benefícios do parcelamento do crédito tributário no crime de Descaminho, demonstrando com clareza que tal instituto é, verdadeiramente, garantia de igualdade de tratamento.

Fragorosamente contrário aos que pretendem as demais teses, não se trata de instituto cuja tutela excede a arrecadação pública. O que se tem, realmente, é um instituto cuja sanção penal acintosa reflete-se em instrumento auxiliar arrecadatório ao erário, como exposto a seguir.

7. ULTIMA RATIO E O USO DA SANÇÃO PENAL COMO INSTRUMENTO ARRECADATÓRIO

O arcabouço jurídico consagra condutas cuja interferência estatal é indispensável, sendo certo que o direito penal, clara extensão dos demais ramos do direito, prestigia, em sede de pretensão punitiva, a prevalência de acesso aos meios alternativos de tutela jurídica, sem a necessidade de imiscuir à paz e a conservação social.

Não há controvérsia quanto ao fato da intervenção estatal ser necessária quando há ausência de meios adequados para prevenir e reprimir o fato ilícito, corolário à ineficácia da sanção civil efetiva.

Eis que expõe Nelson Hungria:

Somente quando a sanção civil se apresenta ineficaz para a reintegração da ordem jurídica é que surge a necessidade da enérgica sanção penal. O legislador não obedece a outra orientação. As sanções penais são o último recurso para conjurar a antinomia entre a vontade individual e a vontade normativa do Estado. (HUNGRIA, Nelson, apud DOTTI, René Ariel, 2013, p. 153)

Ademais, é assente que cabe ao legislador fazer um cotejo fático a fim de analisar quais condutas merecem intervenção do Estado como agente repressivo. Nesse contexto, verifica-se, porém, haver uma tendência do legislador em promover o crescimento patológico da legislação penal, acarretando, com tal proceder, o tisanar de várias regras insculpidas no caderno repressor.

À confrontação dessa questão, usamos, mais uma vez, das diretrizes fornecidas por André Estefam:

Somente se deve recorrer à intervenção do direito penal em situações extremas, como a última saída (ultima ratio). A princípio, portanto, deve-se deixar aos demais ramos do Direito a disciplina das relações jurídicas. (ESTEFAM, André, 2015, p.134)

É provável que certos conceitos ganhem relevo no Direito Penal e exijam regramento próprio, como é o caso dos crimes contra a ordem tributária. Contudo, em um linear de igualdade, a singular previsão do tipo penal subjetivo referente ao crime de descaminho demonstra a já repisada predileção do legislador aos grandes sonegadores.

Nessas condições, a afirmação ostentada pelo Ministro Sepúlveda Pertence reforça a convicção de que as penas previstas para os crimes contra a ordem tributária são meramente “técnicas auxiliares de arrecadação”. Transcreve-se trecho expressivo:

À incriminação e à efetiva repressão penal dos crimes contra a ordem tributária, na lei vigente, não se podem atribuir inspirações éticas, na medida mesma em que se admite a extinção de sua punibilidade pela satisfação do tributo devido: a construção da sanção penal tem, assim, no contexto, o significado moralmente neutro de técnica auxiliar da arrecadação. (HC 81.611/DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJU de 13/05/2005)

A exposição desses fundamentos, além de não analisarem a realidade vivenciada no país, comprometem a credibilidade dos julgamentos. Se a responsabilidade pela justa aplicação da lei penal compete aos julgadores, estes, ao assumirem explicitamente que a sanção penal oriunda dos crimes contra a ordem tributária é técnica de arrecadação, retiram de seus julgamentos qualquer vestígio de imparcialidade e reforçam a convicção de seletividade penal, estampada em nosso ordenamento jurídico.

Não se deve perder de vista a reprovabilidade desses julgamentos. Alexandre Morais da Rosa lembra que *“O STF erra ao acolher um mecanismo arrecadatório na via penal”*. Afinal, é do excesso de penalização que emergem grande parte das mazelas sociais.

Em verdade, pune-se com o crime de descaminho o fator social do indivíduo, algo absolutamente distinto da figura delitiva dos crimes contra a ordem tributária, o que, indubitavelmente, desvirtua a incumbência penal.

Assim é a lição de Winfried Hassemer, transcrita seguir:

A pena deve garantir a força de resistência de nossas normas fundamentais, mas não apenas as vedações e mandamentos do direito penal material, mas, também, as garantias de liberdade afiançadas pelo processo penal e pelo processo penal constitucional: a pena somente é apropriada e justificada quando da violação de

bens jurídicos vitais de direito penal, porém não para apoiar os desejos por soluções de problemas vagos ou amplos demais, como eles atualmente dominam a realidade do direito penal..(HASSEMER, Winfried, 2007, p.80)

Desta feita, é perfeitamente possível considerar o emprego das demais sanções, no caso, adotando-se o diploma dos ilícitos tributários para exercer a tutela de ambos os crimes, antes de haver necessidade de recorrer as vias punitivas para satisfazer o interesse jurídico estatal.

Agregue-se que não proclamar a adoção da sanção penal como “última ratio” é caminhar na contramão da igualdade penal. Não há razão de atribuir ao descaminho a exclusividade penal, quedando remanescentes aos demais tipos penais tributários, tão somente benesses que o ordenamento jurídico prevê.

A objeção reiteradamente veiculada nesta obra reside, justamente, no fato de os argumentos serem fundados em premissas equivocadas, inexistindo razões para o tratamento desigual.

Ademais, o simples fato de buscar pretextos autorizadores dessa diferenciação esvazia, por si só, a legalidade desse tratamento. Robert Alexy aduz, para tanto, que:

A necessidade de se fornecer uma razão suficiente que justifique a admissibilidade de uma diferenciação significa que, se uma tal razão não existe, é obrigatório um tratamento igual (...) Não há uma razão suficiente para a permissibilidade de uma diferenciação quando todas as razões que poderiam ser cogitadas são consideradas insuficientes. Nesse caso, não há como fundamentar a permissibilidade da diferenciação. (ALEXY, Robert, 2006, p. 408)

Note-se que, inexistem, atualmente, no ordenamento jurídico, quaisquer vestígios de respeito aos princípios constitucionais da mínima intervenção estatal e igualdade, pois há excesso de criminalização das condutas sociais sem, contudo, avaliar a aplicação uniforme dos dispositivos penais.

Malgrado causar a percepção de impunidade, o que se pretende ao defender o respeito aos princípios constitucionais, é assegurar que a criminalização das condutas não se

confunda com finalidade política de segurança pública, dirigindo às sanções penais, o caráter preventivo que o estado é incapaz de proporcionar.

Os ensinamento de Aury Lopes Jr. servem para amparar essa ideia, no que diz: "Há que se compreender que o respeito às garantias fundamentais não se confunde com impunidade, e jamais se defendeu isso. O processo penal é um caminho para chegar-se, legitimamente, à pena" (LOPES JR., Aury, 2016, p.35).

Com essas considerações, há que se compreender todo o conjunto de fatos. Parte significativa da população é tida como "menos interessante" ao erário e, portanto, recebe, como única medida, o encarceramento sem possibilidade de livrar-se da sanção penal com o adimplemento de seus débitos. Por outro lado, os tidos como "interessantes" recebem aval normativo para cometer crimes e esgueirar-se da sanção punitiva.

Aury Lopes Jr. reforça essa convicção quando lucidamente expõe: "Sou contra a banalização do direito penal, bem como não concordo com a extinção da punibilidade na sonegação e não em outros crimes como o descaminho⁹".

Como será destacado, delito de descaminho enquadra-se com perfeição ao tipo penal dos crimes contra a ordem tributária e, evidentemente, isso significa estabelecer tratamento igualitário para ambos os tipos penais, usurpando do ordenamento jurídico o desrespeito supramencionado aos princípios constitucionais

⁹ Aury Lopes Jr. em 21/06/2016.

8. CRÉDITOS TRIBUTÁRIOS – O ESTADO DEIXANDO DE PUNIR PARA ARRECADAR

Em primeiro lugar, anota-se não haver dúvida de que, de fato, ambos os ilícitos penais tutelam um mesmo bem jurídico e, portanto, comportariam, em tese, as mesmas benesses, o que factualmente não ocorre, com vilipêndio do caráter substantivo do princípio constitucional da igualdade.

Relembra-se, prosseguindo nesta linha de cognição, que não há previsão normativa por meio da qual seja possível aplicar as mesmas sanções, como pontua Gilberto Traganacin – Chefe da Divisão de Vigilância e Repressão ao Contrabando e Descaminho da Receita Federal do Brasil:

Primeiramente, há que se frisar que não existe a previsão legal de aplicação de sanção pecuniária para os casos de descaminho. A legislação brasileira prevê para estes casos a retenção da mercadoria e aplicação da pena de perdimento à mesma, após concluído o processo administrativo para comprovação da ilegalidade.

Tais mercadorias poderão, após a aplicação da pena de perdimento, ter as seguintes destinações: destruição, leilão, destinação à entidade assistencial ou incorporação ao patrimônio de órgão público de qualquer das esferas. (TRAGANACIN, 2015. Em Entrevista).

Não se ignora, por certo, que no âmbito do sistema jurídico brasileiro realmente inexistente referida previsão. Igualmente, o ente estatal, ao optar por punir os descaminhadores, sem facultar-lhes a possibilidade de adimplir seus débitos tributários, amesquinha-se ao papel de vilipendiador constitucional e mergulha no terreno, insondável do desvirtuamento da sanção penal.

Há de se ressaltar, de outro lado, que, estrepitosamente contrária a esta ideia, parte da doutrina nacional entende que a conduta de sonegar não se amolda, sob nenhum ângulo, ao tipo penal do delito de Descaminho, com base nos seguintes fundamentos:

Seria um incentivo às pessoas não passarem pela aduana, desviar e aí cometer a infração. É mais ou menos como você permitir que o sujeito roube, e se ele for

pego roubando, ele devolve a mercadoria ou paga alguma coisa. (FREITAS, Edenilson Nunes de, 2015. Em Entrevista.)

Inegável a ausência de lógica ao segmentar, na prática, as sanções penais, pois ambos os delitos afiguram-se, e muito, na perspectiva econômica, desafiando a ideia de ilícitos penais autônomos arraigados na tutela de bens jurídicos distintos.

Nesse universo doutrinário, significativamente heterogêneo, devemos nos reportar a clareza do posicionamento de Edmar de Andrade Filho, que diz: "Os pobres, como os ricos, cometem crimes, e, por isso, devem pagar. O problema é que os ricos têm melhores condições de defesa e contam com alguns privilégios, como as celas especiais. (FILHO, Edmar de Andrade, 2016, Em Entrevista.)

Nessa ordem de ideias, e adotando os fundamentos do Ministro Luiz Fux, tem-se evidenciado que "o crime de descaminho, mercê de tutelar o erário público e a atividade arrecadatária do Estado, tem nítida natureza tributária."

Surge, então, a pergunta: Por que criar um tipo penal específico para o delito de descaminho?

Como repetidamente lembrado, no que se refere à equivalência de sanção penal aos ilícitos, reputam-se inexistentes quaisquer razões para atribuir a fatos típicos análogos punições severamente distintas.

Assim, se entendido que não cabem argumentos capazes de refutar a tese de igualdade, a aplicação do parcelamento do crédito tributário satisfaz com notoriedade o interesse estatal.

Cabível assinalar que, atualmente, o *modus operandi* da Receita Federal do Brasil atinge de maneira oposta o proveito estatal, acarretando dispêndio desnecessário aos cofres públicos. Por outro lado, franquear o adimplemento dos créditos tributários aos descaminhadores, ainda que de forma fracionada, provoca considerável adição de renda ao erário.

A mesma conclusão se impõe, ainda que sem a mesma limpidez, com a conjuntura de fatores administrativos que frustram as possibilidades da Receita Federal do Brasil em arrecadar quantia similar com a simples retenção das mercadorias apreendidas.

Nesse sentido é a magistral colocação do Doutor Luciano Tertuliano da Silva, que assim aduz: “Então, parto da premissa que, na realidade, não se ressarce tão bem assim o fisco, o erário, com essa apreensão das mercadorias.” (SILVA, Luciano Tertuliano da, 2015, Em entrevista).

Em conclusão, ressalta a obviedade da necessidade de assegurar o parcelamento tributário também aos agentes surpreendidos na prática do delito de descaminho para se resgatar e concretizar o caráter substantivo do princípio constitucional da igualdade, mormente porque tal delito protege o mesmo bem jurídico assegurado pelo crime contra a ordem tributária: a saúde da capacidade arrecadatória do estado.

A máxima efetividade da norma constitucional da igualdade (artigo 5º, caput, CF) não se contenta com a mera alegação de ausência de previsão legal, pois se exige do legislador o exercício da atividade legiferante como instrumento à realização dos direitos e garantias fundamentais.

As leis infraconstitucionais têm por função a plena realização das constitucionais preconizadoras de direitos fundamentais. Logo, aceitar a mera ausência normativa como justificativa para tratar desigualmente situações semelhantes é inverter a ordem de importância, fazendo prevalecer a lei inferior em detrimento dos valores maiores previstos em normas constitucionais cimeiras.

Inolvidável, ainda, que a própria Constituição Federal fornece todos os pressupostos necessários ao efetivo tratamento igualitário, tanto que o mandado de injunção serve justamente para suprimir a ausência da necessária previsão normativa.

9. TRATAMENTO MENOS BENÉFICO AO DESCAMINHADOR COMO OFENSA AO CARÁTER SUBSTANTIVO DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA IGUALDADE: O STF DEIXANDO DE SER O GUARDIÃO DA CONSTITUIÇÃO PARA AGIR COMO VILIPENDIADOR DELA.

O equívoco jurídico perpetrado pelo brocardo "tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida em que eles se desigalam", descaracteriza a essência constitucional do princípio da igualdade, mormente por evidenciar uma uniformidade pouco prática das normas jurídicas.

A anedótica tese, amplamente difundida pelas cortes superiores, residente na aplicação de uma igualdade formal, fruto da interpretação principiológica errônea, que termina por desprestigiar a essência substantiva da igualdade.

Dessa forma, a verdadeira desigualdade encontra espeque. Não se pode olvidar, ademais, que a banalização processual existente no país, sem qualquer intenção por parte das cortes superiores em garantir tratamento substancialmente igualitário aos criminosos, diverge do que perpetua o já mencionado princípio.

Nesse ponto, é válido mencionar o entendimento do jurista Aury Lopes Jr., que registra: "Porque nos banalizamos o sistema penal, porque quando tudo é processo penal, nada é processo penal, o sistema não dá conta dessa banalização." (LOPES JR., Aury, 2016, Em palestra).

Com efeito, devemos nos insurgir contra decisões que nitidamente beneficiam uma refinada camada social em detrimento das demais castas, resultando, obviamente, na inarredável seleção de julgados proferidos com o único intuito de massagear o ego de seus prolatores. Aliás, a dogmática jurídica expõe a frivolidade com que são julgados os processos em âmbito nacional.

A maquiagem que cerca os corredores da Suprema Corte preserva o semblante de imparcialidade e respeito às normas constitucionais, impossibilitando, no entanto, perscrutar claramente os motivos ensejadores de tais decisões ou somente a *ratio decidendi*. Questão que se coloca, ainda, é no tocante à efetiva mudança de posicionamento quanto às questões constitucionais e à possibilidade de se fazer justiça em meio ao caos normativo que perpetua no Brasil.

Eis o busílis da referida questão: O princípio constitucional da igualdade permite que os julgadores apliquem de forma análoga o tipo subjetivo preexistente à melhor garantia do indivíduo, mas a Suprema Corte não decide dessa forma quando tratamos do delito de descaminho. Assim, embora constitucionalmente equivocados, parece-me que não há intenção dos julgadores em desarranjar a serôdia de seus posicionamentos e admitir o constante desacerto ao deliberar sobre o crime de descaminho.

As colocações de Alexandre Morais da Rosa servem para sedimentar esse entendimento, no que diz ser "O protagonismo do STF um fenômeno complexo. De um lado o legislativo é lento e de outro há muito narcisismo por parte dos Ministros que gostam de decidir tudo (ROSA, Alexandre Morais da, 2016, Em entrevista).

Estende-se, ainda, essa conclusão aos doutrinadores profundamente complacentes quando esses decidem encher suas obras de pressupostos e silogismos e não apontam as incorreções inerentes aos tipos penais em apreço.

Nesse ponto, é possível consignar a necessidade de interpretação das normas jurídicas à luz da máxima efetividade constitucional, buscando assim, corrigir o desarranjado arquivo de julgados que não prestigiam a interpretação da norma jurídica voltada para eficácia desta norma no caso prático.

Nas lições de Luís Roberto Barroso, cuida-se para que os princípios constitucionais sejam verdadeiramente aplicados ao caso concreto, adequando a norma constitucionalmente positivada ao fato naturalístico, que aconteceu no mundo da vida, como se observa no fragmento a seguir:

A noção de efetividade, ou seja, dessa específica eficácia, corresponde ao que Kelsen – distinguindo-a do conceito de vigência da norma – retratou como sendo “o fato real de ela ser efetivamente aplicada e observada, da circunstância de uma conduta humana conforme à norma se verificar na ordem dos fatos”. A efetividade significa, portanto, a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social. Ela representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o *dever-se* normativo e o *ser* da realidade social. (Barroso, Luís Roberto. 2004)

De outro lado, porém, os Ministros da Suprema Corte estão, atualmente, afivelados à ponderação dos princípios constitucionais, atribuindo-lhes valor distintivo e, com isso, perpetuando a seletividade penal, insistentemente combatida, dos indivíduos desinteressantes ao sistema político-social do país.

Fernando Facury Scaff norteia a prática da Suprema Corte, à luz da efetividade da norma jurídica, ao dizer: *“Parece-me estar sendo utilizado como argumento retórico, e não jurídico¹⁰”*. Impossível discordar do referido pensamento, até mesmo porque, não há amparo jurisprudencial suficientemente capaz de contradizer a perenidade das teses que distinguem, na aplicabilidade da sanção penal, o descaminho dos crimes contra a ordem tributária.

Realmente, espera-se da Corte Superior um posicionamento abalizado com o texto constitucional, sem assentar qualquer convicção fundada na distinção social do indivíduo, oportunizando a ambos, sanções e benefícios pariformes.

De se avaliar, ainda, que não se pretende multiplicar a sensação de impunidade, muito menos encarcerar apenas indivíduos abastados. Nesse sentido, para validar a compreensão, são as colocações do Ministro Luís Roberto Barroso que expõe: "Embora a sociedade tenha a percepção de impunidade, há aqui um paradoxo, pois o Brasil tem a 4ª maior população carcerária do mundo. Penso que é fácil diagnosticar essa razão, é que no Brasil nós prendemos muito e prendemos mal" (BARROSO, Luís Roberto, Em palestra).

Em regra, como repisado insistentemente, os aplicadores da lei – Juízes, Desembargadores e Ministros – e especialmente o STF, não demonstram a mínima inquietação ao dilacerar o texto insculpido em nossa Lei Maior, e com isso, eternizar a distinção penal e mormente social do Brasil.

Obviamente, o caminho ideal para dirimir tal incongruência advém dos mesmos aplicadores da lei que deveriam conceber seu entendimento coerentemente ao princípio constitucional da igualdade aplicado à luz da eficiência da norma jurídica, isso porque, tal atitude propiciaria aos indivíduos – réus em processos penais – a sensação vigorosa de justiça.

Nestes termos, Luís Roberto Barroso é categórico ao expor:

¹⁰ SCAFF, Fernando Facury, Em entrevista.

Todos os juízes e Tribunais devem pautar sua atividade por tais pressupostos. Basta, portanto, a explicitação de que toda norma definidora de direito subjetivo constitucional tem aplicação direta e imediata, cabendo ao juiz competente para a causa integrar a ordem jurídica, quando isto seja indispensável ao exercício do direito. A rigor técnico é o que já vem expresso no art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil: "Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito."

Nessas condições, conclui-se, pois, que os aplicadores da lei, atentos aos princípios constitucionais e as normas jurídicas infraconstitucionais, precisam fixar seu entendimento no sentido de garantir a igualdade de sanções para ambos os tipos penais. Enquanto isso não acontece, os julgadores se prestam tão somente ao papel de vilipendiadores constitucionais, pois não asseguram a igualdade substancial das normas jurídicas em questão.

10. UMA BREVE ANÁLISE DOS ELEMENTOS SOCIOLÓGICO, BUROCRÁTICO ADMINISTRATIVO E JURÍDICO COMO DILATADORES DA SELETIVIDADE PENAL

Temos insistido que o desinteresse estatal, a ausência de estrutura dos órgãos de controle e a ineficácia jurisdicional dilatam e perpetuam a seletividade penal no país. Mais do que isso, insistimos que existem meios à combater tais abusos e, ainda sim, garantir a justa aplicação das sanções penais aos indivíduos.

O obstáculo inicial é conseguir provocar no Estado o interesse arrecadatário oriundo do crime de descaminho, isso porque, ao comprovar que o descaminho tutela o erário, o ente estatal almejaria perceber os tributos devidos no delito mencionado.

Nesse sentido, mix de argumentos contrários à adequação, circunda ainda, o ambiente administrativo, pois, a Receita Federal do Brasil não possui estrutura física para custodiar os bens apreendidos no crime de descaminho, até a consolidação do parcelamento do débito tributário.

E na mesma sequência, é imprescindível expor a passividade jurisdicional de nossos Tribunais e Cortes Superiores que nada fazem para garantir a aplicação analógica *in bonam partem* dos benefícios existentes aos crimes tributários, e se prestam ao papel de vilipendiadores constitucionais na interpretação das normas jurídicas ao seu bel-prazer.

Esse conjunto de elementos desnuda a grave ameaça aos direitos constitucionais. Além da inércia generalizada, temos, ainda, estampado o altruísmo dos julgadores que proferem decisões nitidamente favoráveis aos crimes tributários em detrimento do crime de descaminho.

Sejamos claros: Os indivíduos que praticam descaminho são, em geral, desprovidos de renda suficientemente atrativa e, conseqüentemente, incapazes de alterar esse conjunto de elementos.

Por tudo isso, a simples alteração do elemento jurídico, com aplicação das normas à luz da eficácia substancial – dever atribuído aos Juízes, Desembargadores e Ministros – alteraria substancialmente o contexto fático repisado.

Essa também a compreensão de Alexandre Morais da Rosa, que pontua:

A questão me parece pode ser vista desde a administração/gerenciamento. Se levarmos a metodologia das políticas públicas veremos que as propostas de encaminhamento são muito frágeis. Deveria ser possível pensar judiciário via gestão. A maioria pensa no imediato e na recompensa individual. Então, a coisa manca mesmo. (ROSA, Alexandre Morais da. Em Entrevista)

Temos batido nessa tecla desde o início do trabalho. Por isso, insistimos que os “togados” tem, ao seu alcance, as matrizes jurídicas consideravelmente aptas a extinguir o abismo *jurídico-social* que a redação dos delitos em apreço ocasionam.

11. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Almejou-se, com estes estudos, demonstrar a possibilidade do crime de descaminho obter os mesmos privilégios concedidos aos crimes contra a ordem tributária, respeitando assim, o Princípio Constitucional da Igualdade.

O argumento utilizado contra essa diferenciação converge na clarividente Seletividade Penal dimanada por nossas Cortes Superiores em seus julgamentos meritórios sobre os delitos em questão.

Em relação ao bem jurídico tutelado pelos tipos penais, não há margem para qualquer dúvida no que diz respeito à proteção do erário em sua plenitude. Assim, não há razões para manter vigente, no ordenamento jurídico, duas sanções penais que tutelam um único bem jurídico, do contrário, estaríamos endossando o *bis in idem*.

À luz do Princípio Constitucional da Igualdade, sob o enfoque da máxima efetividade, não seria possível o tratamento diferenciado entre o crime de descaminho e os crimes tributários.

Para solucionar esse impasse, é imprescindível salientar que as mudanças advêm principalmente do Poder Judiciário. Independentemente da criação de novas normas, este já possui meios à coibir a dilatação da seletividade penal.

Há de se observar, ainda, que a inconsequente interpretação dos tipos penais realizada diariamente proporciona a sensação de impunidade aos “Grandes Sonegadores” e atulha o sistema carcerário com os descaminhadores.

Consecutivamente, com base no que foi explicitado, há a necessidade de afiançar imediatamente a aplicação normativa equivalente, até porque não se pode permitir que a impunidade seja erigida à valor supremo.

Destacamos, igualmente, que a atividade legiferante deve submeter-se à realização das normas constitucionais consagradoras de direitos fundamentais, e não elaborar normas ainda mais ampliadoras de seleção punitiva.

Em conclusão, esses estudos pretendem exaurir a discussão acerca do bem jurídico tutelado no crime de descaminho e nos crimes tributários, ressaltando ainda que a imposição de uma única sanção penal é a solução aceitável para o caso concreto.

Não se pretende conceber uma legislação específica que regulamente as sanções penais de ambos os ilícitos. Pretende-se tão somente resguardar o cumprimento das normas constitucionais já positivadas, garantindo ao descaminhador os mesmos benefícios inerentes aos crimes tributários.

Por fim, é necessário sustentar que é de incumbência dos aplicadores do direito assegurar a defesa dos princípios constitucionais e, ainda sim, impor sanções juridicamente legais.

12. REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio. Afonso da Silva. São Paulo, Malheiros Editores, 2008. Título original: Theorie der. Grundrechte.

BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. **Crimes Federais**, 9. Ed. rev. e atual., São Paulo, Saraiva, 2014.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal**, Rio de Janeiro, Editora Revan, 2014.

BARROSO, Luís Roberto – **Interpretação e aplicação da Constituição: Fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. – 6. Ed. Rev. Atual. e Ampl. – São Paulo: Saraiva, 2004.

BIANCHINI, Alice. **Considerações Críticas ao modelo de política paleorepressiva**, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000.

DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito Penal: Parte Geral – 5 ed. rev. Atual.**, Editoria Revista dos Tribunais, 2013.

Ensaio Sobre Jurisdição Federal. Coordenação: Paulo de Barros Carvalho e Robson Maia Lins. São Paulo, Editora Noeses, 2014.

ESTEFAN, André. **Direito Penal**, Volume I: parte geral, São Paulo, Saraiva, 2015.

FOUCAULT, Miguel. **Vigiar e Punir: nascimento da prisão**. Tradução de Lúcia M. Pondé Vassallo. Petrópolis, Editora Vozes, 1987.

GROSNER, Marina Quezado. **A seletividade do sistema penal na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça: o trancamento da criminalização secundária por decisões em habeas corpus**, São Paulo, IBCCRIM, 2008.

HASSEMER, Winfried. **Direito Penal Libertário**. Coordenação e Supervisão Luiz Moreira. Belo Horizonte, 2007. Título Original: Freiheitliches Strafrecht.

LEMOS, Ruben. **Parcelamento do débito tributário: enfoque atualizado pela Lei Complementar n.º 104/2001**, Brasília, Brasília Jurídica, 2002.

LOPES JR, Aury. **Fundamentos do processo penal: introdução crítica**, São Paulo, Saraiva, 2016.

MASSON, Nathália. **Manual de Direito Constitucional**, Salvador, JusPODIVM, 2016.

MATTOS, Diogo Castor de. **A seletividade penal na utilização abusiva do habeas corpus nos crimes do colarinho branco**, Jacarezinho, 2015.

PAULINO, José Alves. **Crimes contra a ordem tributária: Comentários à lei nº 8.137/90**, Brasília, Brasília Jurídica, 1999.

PEREIRA, Ivone Rotta. **A história da Tributação no Brasil**, São Paulo, Editora Moderna, 1999.

SÁNCHEZ RÍOS, Rodrigo. **Das causas de extinção de punibilidade nos delitos econômicos**, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2003.

SCANDELARI, Gustavo Brita. **O crime tributário de Descaminho**, Porto Alegre, Lex Magister, 2013.

SILVA, Luciano Tertuliano. **Manipulação discursiva e crise de estado como obstáculos à institucionalização dos direitos fundamentais no Brasil**, São Paulo, 2015.

_____. *In* **Ensaio sobre Jurisdição Federal**. São Paulo, Editora Noeses, 2014.

VADE MECUM – Editora Método – **Legislação 2016**, Organização Equipe Método, Rio de Janeiro, Editora Método, 2016.

WACQUANT, Loïc. **Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos** [A onda punitiva]. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro, Editora Revan, 2015.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal**. Tradução: Vânia Romano Pedrosa, Amir Lopes Conceição, Rio de Janeiro, Editora Revan, 2014.

_____. **O inimigo no direito penal**, Rio de Janeiro, Editora Revan, 2014.

APÊNDICE

INFORMAÇÕES SOBRE ENTREVISTAS:

As entrevistas concedidas à esta obra foram realizadas por meio eletrônico e idôneo de comunicação. Dessa forma, em respeito à privacidade dos entrevistados, não serão fornecidos os endereços eletrônicos e/ou telefones respectivos.