



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

GIOVANNA LIZ NOGUEIRA DOS SANTOS

**A EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE PELO PAGAMENTO NO DELITO DE
DESCAMINHO**

**Assis/SP
2019**



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

GIOVANNA LIZ NOGUEIRA DOS SANTOS

**A EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE PELO PAGAMENTO NO DELITO DE
DESCAMINHO**

Projeto de pesquisa apresentado ao curso de Direito do Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis – IMESA e a Fundação Educacional do Município de Assis – FEMA, como requisito parcial à obtenção do Certificado de Conclusão.

**Orientando(a): Giovanna Liz Nogueira dos Santos
Orientador(a): Aline Silvério de Paiva**

**Assis/SP
2019**

FICHA CATALOGRÁFICA

SANTOS, Giovanna Liz Nogueira dos.

A extinção da punibilidade pelo pagamento no delito de descaminho /
Giovanna Liz Nogueira dos Santos. Fundação Educacional do Município de Assis –
FEMA – Assis, 2019.

34 p.

1. Descaminho. 2. Crime tributário. 3. Diferenciação Punitiva.

CDD: 341.3954
Biblioteca da FEMA

A EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE PELO PAGAMENTO NO DELITO DE DESCAMINHO

GIOVANNA LIZ NOGUEIRA DOS SANTOS

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: _____
Aline Silvério de Paiva

Examinador: _____
Cláudio José Palma Sanchez

DEDICATÓRIA

Dedico esse trabalho aos meus pais Marcelo Garcia e Jalen Majorí e ao meu irmão Samuel por todo incentivo e apoio.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus e a todos que direta ou indiretamente fizeram parte deste trabalho. Agradeço a minha orientadora Aline, por toda orientação e suporte durante o desenvolvimento desse trabalho, por ter acreditado no meu tema e por todos os ensinamentos ao longo desses anos de graduação.

“Não basta que todos sejam iguais perante a lei.
É preciso que a lei seja igual perante todos.”

Salvador Allende

(1908 – 1973)

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo analisar as sanções penais imputadas a quem comete o crime de descaminho, comparando com as que são imputadas quando são cometidos crimes que protegem o mesmo bem jurídico, com práticas similares, visando compreender o motivo da diferenciação punitiva existente entre eles no atual sistema jurídico. Além de buscar uma solução, de forma alternativa, através de uma resolução recente do Ministério Público.

Palavras-chave: Descaminho. Crime tributário. Diferenciação punitiva.

ABSTRACT

This paper aims to analyze the criminal sanctions imputed to those who commit the crime of misconduct, compared to those that are imputed when crimes that protect the same legal property are committed, with similar practices, aiming to understand the reason for the punitive differentiation between them. in the current legal system. In addition to seeking a solution, alternatively, through a recent resolution of the prosecutor.

Keywords: Embezzlement. Crime against tributal order. Punitive Differentiation.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ART. artigo

STJ Supremo Tribunal de Justiça

CF Constituição Federal

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	11
2. CAPÍTULO 1: DO CRIME DE DESCAMINHO	12
2.1. DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO E LEGISLATIVO DO CRIME DE DESCAMINHO NO BRASIL.....	12
2.2. CONCEITO E TIPIFICAÇÃO PENAL DO DELITO DE DESCAMINHO:..	13
2.2.1. Ação nuclear e tipo subjetivo	13
2.2.2. Sujeito ativo e sujeito passivo	14
2.2.3. Consumação e tentativa	15
2.2.4. Ação Penal e competência	15
2.2.5. Descaminho por assimilação.....	16
2.3. BEM JURÍDICO PROTEGIDO	16
2.4. DA SANÇÃO PENAL E DA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA	17
3. CAPÍTULO 2: DA EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE PELO PAGAMENTO NOS CRIMES TRIBUTÁRIOS E A NÃO APLICAÇÃO DA MESMA AO DESCAMINHO	18
3.1. DA ORIGEM DO PAGAMENTO DO TRIBUTO COMO CAUSA EXTINTIVA DE PUNIBILIDADE NOS CRIMES TRIBUTÁRIOS	18
3.2. DAS LEIS N.º 10.684/2003 E 12.382/2011.....	19
3.3. APLICAÇÃO DO BENEFÍCIO DA EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE AO DESCAMINHO	20
3.4. DA RAZÃO PARA A ATUAL NÃO APLICAÇÃO ANALÓGICA DAS LEIS N.º 10.684/2003 E 12.382/2011 AO DESCAMINHO	21
3.5. DA DIFERENCIAÇÃO PUNITIVA	23
4. CAPÍTULO 3: APLICABILIDADE DA RESOLUÇÃO 183/2018.....	25
4.1. DA RESOLUÇÃO 181/2017.....	25
4.2. DA RESOLUÇÃO 183/2018.....	26
4.3. A RESOLUÇÃO 183/2018 E SUA APLICABILIDADE AO DESCAMINHO	
28	
5. CONCLUSÃO	30
6. REFERÊNCIAS.....	31

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho traz uma reflexão sobre a possibilidade de extinção da punibilidade no crime de descaminho através do pagamento da dívida.

No decorrer do trabalho, pondera-se a significativa diferença existente entre as sanções penais aplicadas aos crimes contra a ordem tributária e ao crime de descaminho e são feitas considerações a respeito da possibilidade de aplicação dos benefícios das Leis nº 10.684/2003 e 12.382/2011 para ambos os crimes.

Ao verificar a discussão quanto ao bem jurídico dos delitos analisados, percebe-se a proximidade do descaminho aos crimes contra a ordem tributária. Assim, seria essa distinção justa ou apenas baseada em uma questão social?

Concomitantemente, traz uma análise da Resolução 183/2018 como uma alternativa de cessar tal desproporção jurídica, trazendo aos autores de crimes de descaminhos, que estejam interessados em pagar o erário, benefícios semelhantes aos cedidos aos crimes contra a ordem tributária.

2. CAPITULO 1: DO CRIME DE DESCAMINHO

2.1. DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO E LEGISLATIVO DO CRIME DE DESCAMINHO NO BRASIL

Nos primórdios do Brasil, época colonial, prevalecia a legislação da metrópole Portugal, esta era regida pelas Ordenações Afonsinas, Ordenações Manuelinas e Ordenações Filipinas. Todas eram aplicadas no Brasil e trouxeram uma base jurídica para o crime de descaminho, contudo, sem adequá-la a realidade brasileira. As referidas Ordenações não respeitavam o princípio da reserva legal e proibiam tão somente a entrada e saída do Reino de algumas mercadorias sem consentimento do Rei.

Após a Proclamação da Independência, em 1830, foi editado o Código Criminal do Império do Brasil com o terceiro capítulo do título VI, da Segunda Parte, sendo específico para abordar os crimes de contrabando e de descaminho – até então tratados indistintamente como contrabando, conforme disposto no seu art. 177:

*“ Art. 177. Importar, ou exportar gêneros, ou mercadorias proibida; ou não pagar os direitos dos que são permitidos, na sua importação, ou exportação.
Penas - perda das mercadorias ou gêneros, e de multa igual à metade do valor deles.”*

Inicialmente, o *caput* do artigo trata do contrabando, em seguida refere-se ao descaminho. A pena por ele aplicada ao crime descrito incide somente em sanções de natureza financeira, como a perda das mercadorias e aplicação de multa, sem previsão de aplicações de penas privativas de liberdade.

Posteriormente, surgiu o Código Penal dos Estados Unidos do Brasil, promulgado em 11 de outubro de 1890, que previa em seu artigo 265 ambos os delitos apenas denominando como contrabando e sem alterações expressivas quanto ao *caput* anterior, a pena aplicada deixou de ser apenas multa e perda de mercadorias, incluindo então a de privação de liberdade, de um a quatro anos.

Em 1940, o Código Penal Brasileiro atual surgiu e foi o primeiro a diferir entre contrabando do descaminho, em razão do “ou” empregado pelo legislador entre os dois tipos penais, trazendo a ideia de distinção entre eles. Todavia, seguiu fiel aos antecessores, tratando dos crimes no mesmo artigo e com a mesma pena.

Com o surgimento da Lei 13.008/14, a redação do artigo 334 do Código Penal foi modificada, separando o descaminho, que conservou-se previsto no artigo 334, do contrabando, que passou a ser previsto no artigo 334-A, agora com distinção total e penas diferentes.

2.2. CONCEITO E TIPIFICAÇÃO PENAL DO DELITO DE DESCAMINHO:

2.2.1. 1.2.1. Ação nuclear e tipo subjetivo

O descaminho atualmente está previsto no Código Penal em seu artigo 334, da seguinte forma:

*“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 1 (um) a 4 (quatro) anos.”*

Mormente, para caracterizar o crime de descaminho há necessidade de que o agente iluda no todo ou em parte o pagamento de direito ou imposto devido. Nesse sentido, expõe Nucci (2009, p.1112): “temos de iludir (enganar ou frustrar), cujo objeto é o pagamento de direito ou imposto. Trata-se do denominado contrabando impróprio”.

O verbo “iludir”, ação nuclear do descaminho, remete ao meio arдил ou fraudulento, empregado pelo agente com o intuito de burlar o recolhimento do tributo devido pela entrada ou saída das mercadorias.

Para Cunha (2008, p.411), a simples omissão da declaração da quantidade de mercadorias, sem fraude, malícia, ou qualquer outro artifício arдил, não caracterizaria o descaminho, mas apenas uma infração tributária.

Em concordância, Capez (2004) esclarece:

“Entendemos que não basta a entrada ou saída de mercadoria sem o recolhimento do imposto devido, sendo necessário o emprego de algum meio, fraudulento ou não, destinado a iludir, que significa enganar, frustrar, lograr, burlar, não sendo suficiente a mera omissão no recolhimento do tributo. Tivesse a lei empregado o termo elidir, que significa suprimir, aí sim seria suficiente o comportamento omissivo. Não é o caso, conduto, do delito em questão, de modo que o inadimplemento caracteriza o mero débito de natureza fiscal.”

Portanto, para essa primeira corrente, não basta a conduta omissiva do agente, sendo indispensável um ato comissivo, uma ação, para a caracterização do delito, tal qual o ato de ludibriar o imposto devido.

Em sentido contrário, para parte da doutrina a simples entrada de mercadorias estrangeiras no país, sem o recolhimento dos impostos aduaneiros, já tipifica o descaminho, sem a necessidade de prática ardilosa ou fraude por parte do agente visando iludir a fiscalização. Defendendo, ainda, que a conduta pode ser omissiva ou comissiva. Segundo Bitencourt (2007, p.220):

“Temos certa resistência em admitir a expressão “fraude ou “fraudulenta”, na definição do crime, porque o legislador Brasileiro é claro, quando quer, usando literalmente a expressão fraude ou fraudulenta, ao contrário do que fez na tipificação do descaminho, referindo-se somente em “iludir” o pagamento.”

O tipo subjetivo do delito de descaminho é o dolo, ou seja, a livre e consciente vontade do agente de praticar a ação, o iludir. Como a 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça decidiu:

*“PENAL. RECURSO ESPECIAL. DESCAMINHO. CONFIGURAÇÃO. TIPO SUBJETIVO. **ONUS PROBANDI.***

*I - O delito de descaminho, no tipo subjetivo, exige o dolo de **iludir** o pagamento do tributo devido, não podendo tal situação ser desprezada, confundindo-a com matéria de interesse extra-penal ou, o que seria pior, aceitando eventual responsabilidade objetiva (**Precedentes**).*

II - Ainda que, na maioria das vezes, conforme dicção da doutrina, o dolo venha a ser demonstrado com o auxílio do raciocínio, tal não se confunde com mera presunção que possa excepcionar o disposto no art. 156 do CPP.”

(RECURSO ESPECIAL Nº 259.504 - RN (2000/0049066-0); Relator: Ministro Felix Fischer)

2.2.2. Sujeito ativo e sujeito passivo

O sujeito ativo pode ser qualquer pessoa, logo trata-se de crime comum. No caso de ser o agente, funcionário público e este detiver o dever funcional de repreender o descaminho, ao facilita-lo será sujeito ativo do crime de facilitação de contrabando ou descaminho, previsto no artigo 318 do Código Penal. Sendo uma exceção à teoria unitária do concurso de pessoas.

Os sujeito passivo é o Estado, que é o titular do interesse protegido e o prejudicado pela falta do recolhimento tributário.

2.2.3. Consumo e tentativa

A consumação do delito ocorre no momento da liberação da mercadoria que passar pela alfândega. Se a entrada ou saída se der por outro meio, a consumação ocorre no exato momento que forem ultrapassadas as fronteiras do país, ainda que por navio ou avião, sendo que, neste último caso, se estiver apenas em trânsito pelo país, não caracterizará o presente delito.

Quanto a tentativa, Cunha (2008, p.412) afirma ser possível: “a tentativa ocorre quando o agente, embora tenha empregado os meios necessários, não logra êxito em iludir as autoridades”.

2.2.4. Ação Penal e competência

O descaminho é um crime de ação penal pública incondicionada e admite a suspensão condicional do processo, em face da pena mínima cominada ser igual a um ano, conforme artigo 89 da Lei 9.099/1995:

Art. 89. Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal).

Por fim, quanto à competência para o processo e julgamento do presente delito, cabe a Justiça Federal, sendo o foro definido pelos critérios da prevenção, artigo 83 do Código de Processo Penal. A respeito disso, posicionam-se as seguintes jurisprudências:

“Como o descaminho tutela prioritariamente interesses da União, é de se reconhecer a competência da Justiça Federal para conduzir o inquérito policial e, eventualmente, caso seja oferecida denúncia, julgar a ação penal, aplicando-se à hipótese dos autos o disposto no enunciado n.151 da Súmula desta Corte.” (CC 159.680/MG, j. 08/08/2018)

“Embora seja o descaminho um crime instantâneo, que se consuma com o transcurso das mercadorias pela zona alfandegária, os seus efeitos se protraem no tempo e repercutem objetivamente no lugar da apreensão,

circunstancia que torna competente, por prevenção, o Juízo Federal com jurisdição no local em que foi realizada a busca dos bens. Exegese dos arts. 70 e 71, do Código de Processo Penal.[...] Ressalte-se, por fim, que o reconhecimento do instituto da prevenção na hipótese adequa-se de modo excelente com o princípio da utilidade, um dos fundamentos basilares do processo judicial, que é instrumento que busca, em suma, a verdade real." (CC 12257 PR, Rel. Ministro VICENTE LEAL, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 16/03/1995, DJ 08/05/1995, p. 12296)

2.2.5. Descaminho por assimilação

Estão presentes no artigo 334 do Código Penal as quatro formas equiparadas ao tipo penal do caput, sendo elas: A navegação de cabotagem (prevista no artigo 2º, IX, da Lei 9.432/1997) quando esta não é autorizada, a prática de fato assimilado em lei especial, uso comercial ou industrial da mercadoria que o agente importou fraudulentamente ou sabe ser produto de descaminho e por fim, a receptação de produto de descaminho.

2.3. BEM JURÍDICO PROTEGIDO

Quanto ao bem jurídico existe certa complexidade e divergência entre os juristas. De forma conservadora, a jurisprudência e grande parte da doutrina entendem que o bem jurídico, de forma genérica, seria a Administração Pública e seu erário, ao passo que o bem jurídico específico, seria o interesse da Fazenda em ver liquidado o seu Tributo, a segurança da importação e exportação, o bem estar econômico e a proteção dos interesses da indústria nacional. Neste sentido, entende Prado (2004, p.354):

"No que tange ao delito de descaminho, o bem tutelado, além do prestígio da Administração Pública, é o interesse econômico-estatal. Busca-se proteger o produto nacional (agropecuário, manufaturado ou industrial) e a economia do país, quer na elevação do imposto de exportação, para fomentar o abastecimento interno, quer na sua sensível diminuição ou isenção, para estimular o ingresso de divisa estrangeira no país."

A outra vertente entende que, o descaminho por representar uma fraude ao pagamento dos tributos, é um ilícito de natureza fundamentalmente tributária, pois apresenta uma relação entre fisco e contribuinte. O tipo penal visa a proteger o erário público, prejudicado pela falta da renda que dele resulta. Nessa linha, Japiassú (2000, p.59) afirma:

“Estas modalidades de delitos enquadram-se nos chamados “delitos aduaneiros”, que, por sua vez, se situam na categoria dos “delitos econômicos”. São os delitos aduaneiros aqueles que violam a noção de ordem econômica, pretendendo-se desrespeitar as normas elaboradas pela Alfândega, fazendo transpor ilicitamente as fronteiras de determinado Estado”

Em concordância, os juristas Franco e Stocco (2001, p.4087):

“o objeto da tutela penal neste crime será também e fundamentalmente, a salvaguarda dos interesses do erário público, seriamente prejudicado pela evasão de renda que resulta do descaminho”

Por fim, Capez (2015, p.679): “Objeto jurídico: Protege-se a Administração Pública, em especial o erário. ”

2.4. DA SANÇÃO PENAL E DA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

A pena prevista pelo artigo 334 do Código Penal para o crime de descaminho é de reclusão de um a quatro anos. Sendo que esta é aplicada em dobro quando o descaminho é praticado em transporte aéreo, marítimo ou fluvial, a majorante se dá pela dificuldade de controle de mercadorias nesse tipo de transporte.

Cumprе salientar que a jurisprudência atual reconhece o princípio da insignificância para o “descaminho de bagatela”, quando a lesão ao fisco for considerada de pequeno valor. Sendo que o Supremo Tribunal de Justiça fixou em 2012 o valor máximo de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) para a incidência desse princípio nos crimes federais, incluindo o descaminho.

Anterior a isso, admitia-se que o valor fosse até R\$10.000,00, pois a Lei nº10.522/2002 fazia com que esse valor não fosse cobrado judicialmente no âmbito civil e portanto os Tribunais Superiores entenderam que também não seria razoável processar o infrator criminalmente.

Em consenso, o Ministério da Fazenda publicou a Portaria MF nº 75, de 29/03/2012, na qual determinou, em seu art. 1º, inciso II, “o não ajuizamento de execuções fiscais de débitos com a Fazenda Nacional, cujo valor consolidado seja igual ou inferior a R\$ 20.000,00 (vinte mil reais).”

3. CAPÍTULO 2: DA EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE PELO PAGAMENTO NOS CRIMES TRIBUTÁRIOS E A NÃO APLICAÇÃO DA MESMA AO DESCAMINHO

3.1. DA ORIGEM DO PAGAMENTO DO TRIBUTO COMO CAUSA EXTINTIVA DE PUNIBILIDADE NOS CRIMES TRIBUTÁRIOS

O primeiro dispositivo, no ordenamento jurídico brasileiro, a prever a extinção da punibilidade em razão do pagamento nos crimes tributários foi a Lei 4.729/1965, que previa tal extinção nos crimes de sonegação fiscal e apropriação indébita, ocorrendo somente se o agente efetuasse o pagamento antes do início da ação fiscal da esfera administrativa.

Então, o Decreto 94, de 30 de dezembro de 1966, estendeu o benefício a aqueles que, incorrendo nos mesmos crimes já previstos, mesmo que iniciada a ação fiscal, realizassem o pagamento devido até 31 de janeiro de 1967.

Em seguida, o Decreto-Lei 157, de 1967, estendeu o prazo para o pagamento em questão, até antes do trânsito em julgado administrativo a respeito do crédito tributário.

Já em 1968, a Lei 498 inovou trazendo também a possibilidade do parcelamento do crédito como causa extintiva de punibilidade.

No final do ano de 1990, surgiu a Lei 8.137 alterou o marco temporal do pagamento do crédito para ser causa de extinção da punibilidade, podendo o mesmo ser feito até o recebimento da denúncia. Acontece que esta Lei teve vigência efêmera, sendo revogada pela Lei 8.383/1991, iniciando um período de lacuna normativa do instituto.

Só em 1995, a extinção da punibilidade pelo pagamento foi reintegrada ao ordenamento jurídico brasileiro, porém sem tratar da questão do parcelamento do crédito tributário, através do artigo 34 da Lei 9.249/1995 que disponha:

“Art.34. Extingue-se a punibilidade dos crimes definidos na Lei 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e na Lei 4.729, de 14 de julho de 1965, quando o agente promover o pagamento do tributo ou contribuição social, inclusive acessórios, antes do recebimento da denúncia.”

Por sua vez, a Lei 9.964/2000 que instituiu o Programa de Recuperação Fiscal – Refis, concedeu ao parcelamento dos créditos devidos pelos crimes previstos nos artigos 1º e 2º

da Lei 8.137/1990 e no artigo 95 da Lei 8.212/1991 (atualmente revogado), o instituto da suspensão da pretensão punitiva e do prazo prescricional.

A Lei 9.983/2000 inseriu os crimes de apropriação indébita de contribuições previdenciárias e de sonegação de contribuições previdenciárias como também passíveis de extinção de punibilidade pelo pagamento, desde que este ocorresse antes do início da ação fiscal.

Os dispositivos referidos foram revogados com a Lei 10.684/2003 que revolucionou o assunto, não condicionando o pagamento a qualquer marco temporal, podendo inclusive ser feito após a sentença penal.

A mais recente legislação acerca do tema, a Lei 12.382/2011 determinou um marco temporal para os efeitos do pagamento, sendo este antes do recebimento da denúncia criminal.

Atualmente, a extinção da punibilidade pelo pagamento se baseia nas Leis n.º 10.684/2003 e 12.382/2011 que serão tratadas a seguir.

3.2. DAS LEIS N.º 10.684/2003 E 12.382/2011

A lei n.º 10.684/2003 prevê que o ato do réu de realizar o pagamento integral de seu débito fiscal é causa extintiva de punibilidade, conforme seu artigo 9º:

“Art. 9º É suspensa a pretensão punitiva do Estado, referente aos crimes previstos nos arts. 1º e 2º da Lei n.º 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e nos arts. 168-A e 337-A do Decreto-Lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, durante o período em que a pessoa jurídica relacionada com o agente dos aludidos crimes estiver incluída no regime de parcelamento.

§ 1º A prescrição criminal não corre durante o período de suspensão da pretensão punitiva

§ 2º Extingue-se a punibilidade dos crimes referidos neste artigo quando a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos e contribuições sociais, inclusive acessórios.”

No mesmo sentido, prevê a Lei n.º 12.382/2011, a extinção da punibilidade através do parcelamento do crédito tributário:

“Art. 83. A representação fiscal para fins penais relativa aos crimes contra a ordem tributária previstos nos arts. 1º e 2º da Lei n.º 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e aos crimes contra a Previdência Social, previstos nos arts. 168-A e 337-A do Decreto-Lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), será encaminhada

ao Ministério Público depois de proferida a decisão final, na esfera administrativa, sobre a exigência fiscal do crédito tributário correspondente. (Redação dada pela Lei nº 12.350/2010)

(...)

§ 2º É suspensa a pretensão punitiva do Estado referente aos crimes previstos no caput, durante o período em que a pessoa física ou a pessoa jurídica relacionada com o agente dos aludidos crimes estiver incluída no parcelamento, desde que o pedido de parcelamento tenha sido formalizado antes do recebimento da denúncia criminal. (Incluído pela Lei 12.382/2011)

§ 3º A prescrição criminal não corre durante o período de suspensão da pretensão punitiva. (Incluído pela Lei 12.382/2011)

§ 4º Extingue-se a punibilidade dos crimes referidos no caput quando a pessoa física ou a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos, inclusive acessórios, que tiverem sido objeto de concessão de parcelamento. (Incluído pela Lei 12.382/2011)”

Ambas, tem um rol taxativo dos crimes aos quais se aplicam suas regras, sendo eles: os crimes contra a ordem tributária praticados por particulares, a apropriação indébita previdenciária e a sonegação de contribuição previdenciária. Não incluindo o descaminho, porém o que se discute e será visto no próximo tópico é a aplicação analógica dessas leis ao delito em questão.

3.3. APLICAÇÃO DO BENEFÍCIO DA EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE AO DESCAMINHO

Previa a Súmula 560 do Supremo Tribunal Federal:

“A extinção de punibilidade, pelo pagamento do tributo devido, estende-se ao crime de contrabando ou descaminho, por força do art. 18, § 2º, do Decreto-Lei 157/1967.”

E até 2013, os julgados reconheciam a interpretação analógica das Leis n.º 10.684/2003 e 12.382/2011 ao descaminho, a jurisprudência seguida no seguinte sentido:

“Embora o crime de descaminho encontre-se, topograficamente, na parte destinada pelo legislador penal aos crimes praticados contra a Administração Pública, predomina o entendimento no sentido de que o bem jurídico imediato que a norma inserta no art. 334 do Código Penal procura proteger é o erário público - diretamente atingido pela evasão de renda resultante de operações clandestinas ou fraudulentas. Cuida-se, ademais, de crime material, tendo em vista que o próprio dispositivo penal exige a ilusão, no todo ou em parte, do pagamento do imposto devido. Assim, mostra-se possível a extinção da punibilidade pelo delito de descaminho, ante o pagamento do tributo devido, nos termos do que disciplinam os arts. 34, caput, da Lei nº 9.249/1995, 9º, § 2º, da Lei nº 10.684/2003 e 83, § 4º, da Lei nº 9.430/1996, com redação dada pela Lei nº 12.382/2011.” (STJ. 5ª Turma. HC 265.706/RS, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, julgado em 28/05/2013).

Ocorre que o STJ, mudou seu entendimento para:

“O pagamento do tributo devido não extingue a punibilidade do crime de descaminho (art. 334 do CP). A partir do julgamento do HC 218.961-SP (DJe 25/10/2013), a Quinta Turma do STJ, alinhando-se ao entendimento da Sexta Turma e do STF, passou a considerar ser desnecessária, para a persecução penal do crime de descaminho, a apuração administrativa do montante de tributo que deixou de ser recolhido, tendo em vista a natureza formal do delito, o qual se configura com o simples ato de iludir o pagamento do imposto devido pela entrada de mercadoria no país. Na ocasião, consignou-se que o bem jurídico tutelado pelo art. 334 do CP vai além do valor do imposto sonegado, pois, além de lesar o Fisco, atinge a estabilidade das atividades comerciais dentro do país, dá ensejo ao comércio ilegal e à concorrência desleal, gerando uma série de prejuízos para a atividade empresarial brasileira. Verifica-se, assim, que o descaminho não pode ser equiparado aos crimes materiais contra a ordem tributária, o que revela a impossibilidade de que o agente acusado da prática do crime de descaminho tenha a sua punibilidade extinta pelo pagamento do tributo. Ademais, o art. 9º da Lei 10.684/2003 prevê a extinção da punibilidade pelo pagamento dos débitos fiscais apenas no que se refere aos crimes contra a ordem tributária e de apropriação ou sonegação de contribuição previdenciária – arts. 1º e 2º da Lei 8.137/1990, 168-A e 337-A do CP. Nesse sentido, se o crime de descaminho não se assemelha aos crimes acima mencionados, notadamente em razão dos diferentes bens jurídicos por cada um deles tutelados, inviável a aplicação analógica da Lei 10.684/2003. RHC 43.558-SP, Rel. Min. Jorge Mussi, julgado em 5/2/2015, DJe 13/2/2015.”

Assim, jurisprudência atual reconhece o descaminho como crime formal e por isso não aplica a ele os benefícios das Leis n.º 10.684/2003 e 12.382/2011.

3.4. DA RAZÃO PARA A ATUAL NÃO APLICAÇÃO ANALÓGICA DAS LEIS N.º 10.684/2003 E 12.382/2011 AO DESCAMINHO

Justifica-se a não aplicação do benefício em questão ao descaminho em virtude da caracterização majoritária do crime como formal, alegando que o presente delito atinge a economia nacional, a saúde pública e a justa concorrência para além do erário público.

Contudo, trata-se de um grande equívoco visto que o descaminho em nada se diferencia dos crimes tributários, pois a concretização do comportamento criminoso de ambos importuna a capacidade arrecadatória do Estado. Sendo assim, uma vez que os crimes tributários são materiais, assim deveria ser considerado o descaminho, que afeta o mesmo bem jurídico.

Neste sentido, o posicionamento de Henrique Alves Belinotte e Luciano Tertuliano da Silva (2017, p.23):

“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.”

É nítido que qualquer descumprimento de obrigação tributária enfraquece a economia nacional, não sendo característica que difere o descaminho dos demais crimes contra o fisco.

A saúde pública também é afetada por qualquer falta de recolhimento, sendo de créditos sonegados, reduzidos, suprimidos, ou iludidos por qualquer crime de ordem tributária.

Igualmente, a livre concorrência se afeta quando ocorre sonegação ou qualquer outra forma de omissão de tributos, pois a mesma permite ao comerciante que comete tais ilícitos, oferecer preços melhores e mais atrativos em seus produtos. Nesse sentido, Xerez (2017, p.219) elucida:

“No caso da sonegação fiscal, inexistem dúvidas da presença da deslealdade da concorrência na medida em que não há igualdade na competição quando um dos concorrentes se exime fraudulentamente do pagamento dos impostos devidos em razão de suas operações comerciais”

E apesar de produzirem os mesmos efeitos que o descaminho, os crimes exemplificados acima possuem os benefício das Leis n.º 10.684/2003 e 12.382/2011.

Perfazendo, o posicionamento de Henrique Alves Belinotte e Luciano Tertuliano da Silva (2017, p.73):

“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.”

Consequentemente, percebe-se a concepção equivocada que domina o judiciário atualmente quanto ao bem jurídico tutelado pelo crime de descaminho.

3.5. DA DIFERENCIAÇÃO PUNITIVA

Ante o exposto, constata-se certa seletividade punitiva, visto que se os crimes atingem o mesmo bem (erário) e com práticas semelhantes (não pagamento de tributo), por que não recebem os mesmos benefícios?

Ora, vejamos a diferença prática dos crimes em questão, exposta por Henrique Alves Belinotte e Luciano Tertuliano da Silva (2017, p.21):

“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 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.”

É notório que a condição socioeconômica de um agente que pratica o crime de descaminho é predominantemente inferior a de quem pratica os crimes tributários beneficiados pelas leis n.º 10.684/2003 e 12.382/2011. Tendo em vista que, em um contexto geral, os descaminhadores costumam ser aqueles “muambeiros” e os sonegadores, por exemplo, tendem a ser grandes empresários.

Assim, há fortes indícios de predileção estatal para as classes mais altas, tendo em vista essa seleção social feita pelos legisladores, tratando com maior rigor o crime que em regra é praticado pelas minorias sociais. Ferindo assim, a Constituição Federal que no caput do seu artigo 5º sustenta:

“Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza [...]”

No mesmo sentido, aduz Bianchinni (2000, p.63):

“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 no ‘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.”

Ademais, a exceção imposta pelo legislador ofende o princípio da isonomia manifestado no aforismo *“ubi adem ratio, ibi eadem legis dispositivo”* (onde existe a mesma razão fundamental, prevalece a mesma regra de Direito). Dessa forma, seria possível a admissibilidade do favor legal cedido aos crime fiscal ao descaminho, pois compartilham da mesma razão fundamental (proteção ao erário público).

4. CAPÍTULO 3: APLICABILIDADE DA RESOLUÇÃO 183/2018

4.1. DA RESOLUÇÃO 181/2017

O Conselho Nacional do Ministério Público editou a Resolução nº 181 de 07 de agosto de 2017 para tratar da instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal a cargo do Ministério Público e neste dispôs sobre os acordos de não persecução penal, que são feitos como alternativa à propositura da ação penal, para crimes de médio potencial ofensivo.

A resolução em questão, possibilitava que o Ministério Público deixasse de oferecer a ação penal pública, no caso de conseguir acordo com o autor da infração, tendo ainda como um dos pressupostos para tal, a reparação do dano (se fosse o caso), estando esse instituto previsto em seu artigo 18:

“Art. 18. Nos delitos cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa, não sendo o caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor ao investigado acordo de não persecução penal, desde que este confesse formal e detalhadamente a prática do delito e indique eventuais provas de seu cometimento, além de cumprir os seguintes requisitos, de forma cumulativa ou não:

I – reparar o dano ou restituir a coisa à vítima;

II – renunciar voluntariamente a bens e direitos, de modo a gerar resultados práticos equivalentes aos efeitos genéricos da condenação, nos termos e condições estabelecidos pelos arts. 91 e 92 do Código Penal;

III – comunicar ao Ministério Público eventual mudança de endereço, número de telefone ou e-mail;

IV – prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito, diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo Ministério Público.

V – pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Código Penal, a entidade pública ou de interesse social a ser indicada pelo Ministério Público, devendo a prestação ser destinada preferencialmente àquelas entidades que tenham como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito.

VI – cumprir outra condição estipulada pelo Ministério Público, desde que RESOLUÇÃO Nº 181, DE 7 DE AGOSTO DE 2017. 14/20 CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO proporcional e compatível com a infração penal aparentemente praticada.”

Essa resolução foi objeto de ações diretas de inconstitucionalidade propostas pela Associação dos Magistrados Brasileiros e pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Entre os fundamentos arguidos contra a previsão de acordos de não persecução penal, estava o fato de ser um instituto previsto em uma resolução, e não em lei federal, como exige o artigo 22, I, da CF, constituindo inconstitucionalidade formal.

Esta também era criticada por permitir que fosse feito o acordo de qualquer crime, desde que não cometido mediante violência ou grave ameaça, independentemente da gravidade e da pena.

Diante desses fundamentos, o Conselho Nacional do Ministério Público resolveu promover adequações à sistemática do acordo de não persecução penal com o propósito de adequá-lo ao sistema jurídico vigente, surgindo assim a Resolução 183/2018.

4.2. DA RESOLUÇÃO 183/2018

A proposta nº 1.00927/2017-69 gerou a resolução Nº 183, de 24 de janeiro de 2018, que veio para reformular a resolução 181/2017. Contemplando o voto do relator:

“Como já debatido no âmbito da Resolução nº 181/2017, busca-se uma solução institucional para resguardar a persecução penal em juízo efetivamente para crimes mais graves. É, inclusive, determinação veiculada na ADPF 347 (MC) – a que reconheceu o estado de coisas inconstitucional do sistema prisional brasileiro.”

Trata-se de um negócio jurídico pré-processual com a finalidade de simplificar a persecução penal nos casos de crimes cuja pena cominada seja inferior a quatro anos e que não tenham sido cometidos mediante violência ou grave ameaça. Também sendo um meio de “desafogar” o atual sistema judiciário que sofre com a morosidade dos processos já existentes.

Em concordância, o posicionamento do magistrado Erildo Martins Neto, que já homologou acordos nos moldes da resolução 183/2018:

“Analisando a Resolução do CNMP, entendo que, com o acolhimento das propostas, haverá um avanço na qualidade do Sistema de Justiça, com a celeridade no desfecho de casos menos graves, mais tempo disponível para o julgamento dos casos mais graves e uma economia de recursos públicos”.

Para tanto, acusado deverá confessar formal e circunstanciadamente a prática de crime, bem como cumprir as condições, cumulativas ou não, previstas no artigo 18 da presente resolução:

“Art. 18. Não sendo o caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor ao investigado acordo de não persecução penal, quando, cominada pena mínima inferior a 4 (quatro) anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça a pessoa, o investigado tiver confessado formal e circunstanciadamente a sua prática, mediante as seguintes condições, ajustadas cumulativa ou alternativamente:

I – reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, salvo impossibilidade de fazê-lo; II – renunciar voluntariamente a bens e direitos, indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime;
III – prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito, diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo Ministério Público;
IV – pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Código Penal, a entidade pública ou de interesse social a ser indicada pelo Ministério Público, devendo a prestação ser destinada preferencialmente àquelas entidades que tenham como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito;
V – cumprir outra condição estipulada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal aparentemente praticada.”

A resolução prevê que as tratativas do acordo deverão ser registradas pelos recursos de gravação audiovisual e que o investigado deverá sempre estar acompanhado por seu defensor, sendo que o acordo deverá conter a qualificação do investigado e ser claro no quanto suas condições. Além do mais, uma vez realizado deverá ser comunicado à vítima e os autos serão submetidos à homologação judicial.

A resolução não prevê o momento pré-processual específico para a celebração do acordo de não persecução penal, contudo, possibilita a sua realização durante a audiência de custódia (artigo 18, §7º).

Todavia, já existem correntes em desfavor da disciplina do acordo de não persecução penal ainda em razão da ausência de lei em sentido formal, editada pelo Poder Legislativo, para tanto. Contudo, não há novidade no instituto, visto que há muito já ocorre no direito comparado a celebração de acordos de tal natureza, inclusive sem a expressa previsão legal, como observa Rodrigo Leite Ferreira Cabral:

“[...] a resolução é fortemente influenciada pela experiência alemã, cuja possibilidade de acordo surgiu, mesmo sem previsão em lei, em decorrência de práticas informais dos promotores, que constataram a incapacidade do sistema processar todos os casos. Essa prática de celebrar acordos, posteriormente, acabou sendo chancelada pela Suprema Corte alemã, que reconheceu a sua constitucionalidade, ainda que sem previsão em lei”.

Cumpre salientar que a presente resolução possui natureza de norma procedimental e não propriamente processual, visto que o acordo de não persecução penal precede à propositura da ação penal, sendo etapa preliminar da persecução criminal.

Além de tudo, o Supremo Tribunal Federal já reconheceu que as resoluções do Conselho Nacional de Justiça, reconhecendo também as do Conselho Nacional do Ministério Público, possuem “caráter normativo primário” (ADC 12 MC).

Outra crítica que se faz ao presente instituto se relaciona ao chamado princípio da obrigatoriedade da ação penal, conforme o qual o Ministério Público estaria obrigado a denunciar qualquer fato criminoso que chegasse ao seu conhecimento.

O entendimento de obrigatoriedade da ação penal já vem sendo relativizado, conforme se constata da criação da Lei nº 9.099/1995, até as atuais normatizações da colaboração premiada, através da Lei nº 12.850, de 2013. Em consequência, ultimamente acredita-se mais em “discricionariedade regrada”, decorrente do princípio da oportunidade da propositura da ação penal.

Na prática, a atuação seletiva no sistema penal ocorre, ainda que de forma informal, desde a chegada ao conhecimento sobre um fato a polícia, pois são inúmeros os casos de conciliação entre as partes na própria delegacia, sem que o fato chegue sequer ao conhecimento do Ministério Público.

Ainda, pelo motivo da ausência de previsão legal, o acordo de não persecução penal não interrompe o prazo prescricional da pretensão punitiva do Estado.

Ademais, trata-se de instituto benéfico ao réu, não sendo necessária a estrita observância da legalidade, pois o instituto não aumenta o poder punitivo do Estado. E a extensão de institutos penais benéficos é prática corriqueira na dogmática penal brasileira.

4.3. A RESOLUÇÃO 183/2018 E SUA APLICABILIDADE AO DESCAMINHO

Ora, a presente resolução está intimamente ligada a princípios jurídicos como o princípio da economia do direito penal, que defende que se recorra a intervenção punitiva apenas como remédio extremo, tal qual não se faz necessário para os crimes beneficiados pela resolução em debate e ao descaminho, que apenas atinge o fisco.

Também se relaciona com o princípio da subsidiariedade, no caso do descaminho, pois para este, é perfeitamente possível resolver o conflito através do simples pagamento do tributo devido.

Ainda, se adequa ao princípio da proporcionalidade da pena pois a gravidade do delito esta unicamente no bem jurídico que atinge e a hipótese em questão é a restituição do mesmo.

Dessa forma, considerando a arbitrariedade do judiciário quanto a extinção da punibilidade pelo pagamento no delito de descaminho com a aplicação analógica das Leis n.º

10.684/2003 e 12.382/2011, pode-se enxergar na resolução 183/2018 uma solução para os agentes de tal delito, interessados em pagar o quantum iludido.

Uma vez que, a pena cominada ao descaminho se encaixa na prevista pela resolução 183/2018, o delito em questão não ocorre mediante violência ou grave ameaça e uma das condições para o possível acordo é a reparação do dano, não vislumbram-se obstáculos para que o pagamento extinga a punibilidade do delito através de um acordo.

5. CONCLUSÃO

Conforme o apresentado, é nítido que o descaminho protege o mesmo bem jurídico (erário) dos crimes contra a ordem tributária. Assim, os motivos para a não aplicação analógica das Leis nº 10.684/2003 e 12.382/2011 em favor do descaminho são meramente de cunho discriminatório, favorecendo os crimes cometidos por pessoas que, em regra, tem melhores condições financeiras.

A resolução 183/2018, editada pelo Ministério Público, através de sua proposta de acordos de não persecução penal, traz uma esperança de que o descaminho possa ter benefícios semelhantes quanto a extinção da punibilidade pelo pagamento, cedidos aos demais crimes estudados.

Atingindo assim, uma certa equidade entres esses crimes análogos.

6. REFERÊNCIAS

BARROS, Luiz Celso de. **Crimes fiscais: inconstitucionalidade e atipicidade**. São Paulo: Edipro, 2014.

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

BELINOTTE, Henrique Alves; SILVA, Luciano Tertuliano da. **Diferenciação punitiva no delito de descaminho: a seletividade penal estatal esfacelando o caráter substantivo do princípio constitucional da igualdade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte especial 5**. São Paulo: Saraiva, 2007.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: parte especial**. 2ª edição, v. 3. São Paulo: Saraiva, 2004.

CAPEZ, Fernando; PRADO, Stela. **Código Penal Comentado**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CUNHA, Rogério Sanches. **Direito Penal: parte especial**. v. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

FRANCO, Alberto Silva; STOCCO, Rui. **Código penal e sua interpretação – doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. **O Contrabando**. Uma revisão de seus fundamentos teóricos. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal – Parte geral/ Parte especial**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

ORDENAÇÕES FILIPINAS, Ed. Fundação Calouste Gulbenkian. Rio de Janeiro, 1870.

PRADO, Luiz Regis. **Direito Penal Econômico: ordem econômica, relações de consumo, sistema financeiro, ordem tributária, sistema previdenciário, lavagem de capitais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

REIS, Alexandre Cebrian Araújo; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios; Lenza, Pedro. **Direito Processual Penal Esquemático**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

VADE MECUM, 17.ed. Saraiva, 2017.

XEREZ, Hugo Vasconcelos. **Crimes tributários**: teoria à extinção da punibilidade pelo pagamento. Curitiba: Juruá, 2017.

SOBRENOME, Nome dos autores. Título do Trabalho. Local. Disponível em . Acesso em: dia mês e ano.

Lei nº 10.684, de 30 de maio de 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.684.htm>. Acesso em: 31 jul. 2019.

Lei nº 12.382, de 25 de fevereiro de 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12382.htm>. Acesso em: 31 jul. 2019.

RESOLUÇÃO Nº 181, de 7 de agosto de 2017. Disponível em: <<http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolu%C3%A7%C3%A3o-181.pdf>>. Acesso em: 31 jul. 2019.

RESOLUÇÃO Nº 183, de 24 de janeiro de 2018. Disponível em: <<http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resoluo-183.pdf>>. Acesso em: 31 jul. 2019.