



## **A PROTEÇÃO DO BEM JURÍDICO COMO FUNÇÃO DO DIREITO PENAL E A AÇÃO PENAL DO DELITO DE DESCAMINHO**

### **ARTIGO ORIGINAL**

BOSSAK, Jeniffer Codognos<sup>1</sup>

BOSSAK, Jeniffer Codognos. **A proteção do bem jurídico como função do direito penal e a ação penal do delito de descaminho.** Revista Científica Multidisciplinar Núcleo do Conhecimento. Ano 04, Ed. 01, Vol. 01, pp. 104-121. Janeiro de 2019. ISSN:2448-0959

### **RESUMO**

O objetivo do presente artigo é estudar sobre a proteção do bem jurídico como função do direito penal e a ação penal do delito de descaminho, onde se procurou abordar algumas soluções para reduzir os inúmeros processos dessa natureza, pois hoje o Judiciário não passa de “enxuga gelo” nesses tipos de processo, diante da quantidade de sacoleiros que entra e saem pelas fronteiras do país. A metodologia utilizada foi a pesquisa bibliográfica, enriquecida com obras adquiridas por meios eletrônicos, bem como a orientação dos professores da Faculdade Integrado de Campo Mourão. O principal foco do estudo é procurar uma forma de reduzir as demandas judiciais que envolvem o crime de descaminho, crime este, diga-se de passagem, que possui natureza tributária, mas infelizmente não é aplicado a lei dos crimes tributários, que é muito mais benéfica, sendo aplicado o procedimento do Código de Processo Penal que não traz benefício algum. É de extrema importância debater o tema em análise, pois na atual conjuntura existe muita demanda judicial, deixando o Poder Judiciário abarrotado e sem ter condições de analisar corretamente cada caso, assim,

---

<sup>1</sup> Bacharela em direito pela Faculdade Integrado de Campo Mourão (conclusão ago/2016); Pós-graduanda em direito público pela Escola Paulista de Direito; Advogada regularmente inscrita na OAB/PR sob o n.º 84.199.



procurando um modo de deixar menos saturado esse Poder será de grande valia para a população em geral.

Palavras - chave: Descaminho, Função, bem jurídico.

## INTRODUÇÃO

O delito de descaminho por muito tempo figurou no mesmo tipo penal que o crime de contrabando, embora ambos tenham haver com a importação de mercadorias, todavia, são delitos de natureza totalmente distintas, por tal razão o legislador pátrio, andou bem, decidindo em meados de 2014 dividir esses delitos em dois artigos distintos.

Analisa-se no presente artigo apenas o delito de descaminho seus aspectos, sua natureza eminentemente tributária e sua estrutura. Em outro momento se aborda ainda, sobre as três formas de extinção da punibilidade neste delito, quais sejam, através do pagamento do tributo iludido, pelo cumprimento do *Sursis* Processual e pela aplicação do princípio da insignificância.

Ainda, é de fundamental importância discorrer sobre o bem jurídico, esse que deve amparar tudo aquilo que tenha maior valor para o ser humano, outrossim o bem jurídico deverá ser tutelado pelos vários ramos do direito para um melhor convívio entre as pessoas. Estuda-se ainda sobre a função do direito penal, este que deve ser usado como *ultima ratio*, de forma residual e fragmentária, pois o direito penal bem como suas reprimendas tem cunho mais severo e rígido, devendo ser usado apenas quando os outros ramos do direito não conseguirem tutelar os bens jurídicos importantes para a sociedade.

Realiza-se também, um estudo comparativo entre os procedimentos adotados pela Lei nº 8.137/90, a qual define os crimes contra a ordem tributária e o Código de Processo Penal, o qual determina o rito dos delitos previstos no Código Penal, incluindo o injusto ora estudado, descaminho. Ocorre que, a primeira lei citada é muito



mais benéfica ao réu, pois traz a possibilidade de pagar ou parcelar os tributos iludidos, extinguindo, assim, a punibilidade do agente.

Por fim, elabora-se uma análise crítica, atentando-se para a ideia de que o direito penal deve ser usado de forma residual então porque não aplicar ao delito de descaminho o procedimento adotado pela Lei 8.147/90, visto que está tem um caráter menos rigoroso, que busca a satisfação do crédito (direito tributário) antes da reprimenda corporal (direito penal).

## **1. A PROTEÇÃO DO BEM JURÍDICO COMO FUNÇÃO DO DIREITO PENAL E A AÇÃO PENAL DO DELITO DE DESCAMINHO**

### **1.1 NOTAS INTRODUTÓRIAS**

Até meados de 2014, o delito de descaminho era tipificado, conjuntamente com o crime de contrabando no artigo 334 do Código Penal<sup>[2]</sup>, atribuindo pena idêntica de reclusão de 01 (um) a 04 (quatro) anos para tais crimes.

O delito de contrabando era tipificado na 1ª parte - importar ou exportar mercadoria proibida -, já o descaminho era mencionado na 2ª parte - iludir, no todo ou em parte, o pagamento de direito ou imposto devido pela entrada, pela saída ou pelo consumo de mercadoria.

Por ocasião do julgamento pelo Supremo Tribunal Federal do Habeas Corpus nº 110.964/SC, de relatoria do ministro Gilmar Mendes, foi reafirmada a diferença dos crimes de descaminho e contrabando, diante disso, o legislador pátrio, resolveu, por bem, dividir os delitos cada um no seu respectivo artigo, sendo promulgada em 26, de junho de 2014, a Lei nº 13.008/14, que deu nova definição ao artigo 334 e acrescentou o 334-A, ao Código Penal, ficando, nos dias atuais, o descaminho tipificado no artigo 334<sup>[3]</sup> e o contrabando no 334-A<sup>[4]</sup>, ambos daquele *códex*.

Importante frisar as palavras do doutrinador Regis Prado, acerca sobre o que é o descaminho:



O delito de descaminho está expresso pelo verbo iludir (núcleo do tipo), que denota a ideia de enganar, de burlar, de fraudar. Verifica-se, assim, no tipo de injusto, que a conduta incriminadora consiste em fraudar, no todo ou em parte, o pagamento de direito ou imposto devidos pela entrada, pela saída ou pelo consumo de mercadorias.<sup>[5]</sup>

O bem jurídico tutelado no delito de descaminho é o prestígio da Administração Pública<sup>[6]</sup> e o interesse socioeconômico do Estado<sup>[7]</sup>. O sujeito ativo é o particular, podendo se tratar de funcionário público nas hipóteses do art. 334, §1º, incisos I e II, do Código Penal<sup>[8]</sup>, por sua vez o sujeito passivo é o Estado, representado pela União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios.

O tipo objetivo é fraudar o pagamento de tributo devido à Fazenda Pública pela exportação ou importação de mercadoria, o tipo subjetivo é somente o dolo, portanto não é possível o delito de descaminho na modalidade culposa.

A consumação do delito estudado, se perfaz com a liberação da mercadoria pela alfândega e, no caso do crime praticado em outro local, quando a mercadoria transpõe a linha de fronteira do território nacional (exportação) ou no momento em que o produto ingressa no país, ainda que se encontre nos limites da zona fiscal, por ser o *inter criminis* fracionável, é admitido a tentativa<sup>[9]</sup>.

Portanto, é possível a tentativa no delito de descaminho, quando o agente tenta importar as mercadorias, iludindo tributos, mas os fiscais alfandegários o impede de perfectibilizar a consumação do delito.

## 1.2. A EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE NO DELITO DE DESCAMINHO

Deve ser entendida como causas de extinção da punibilidade os atos ou fatos que impedem a aplicação do *ius puniendi* estatal, podem decorrer de fatos naturais, como morte do agente, por fatos complexos como a prescrição, pela vontade do estado, a exemplo indulto e perdão judicial, ou ainda da vontade da parte, com os institutos da



retratação e reparação do dano, conforme leitura do artigo 107 do Código Penal pode ilustrar<sup>[10]</sup>.

Atualmente, no ordenamento jurídico Brasileiro, existem três formas de extinção da punibilidade do delito de Descaminho, capitulado no artigo 334, do Código Penal, conforme se estudará a seguir.

A primeira forma consistia no pagamento dos tributos iludidos, conforme dispõe a súmula 560 do Supremo Tribunal Federal, *in verbis*:

Súmula 560: 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 157/67.

O mencionado decreto supracitado na súmula acima, visa conceder estímulos fiscais à capitalização das empresas; reforça os incentivos à compra de ações; facilita o pagamento de débitos fiscais, para tanto, o artigo 18, § 2º<sup>[11]</sup>, da citada norma, determina que será extinta a punibilidade, quando o agente pagar os tributos elididos, nos delitos diversos dos crimes de sonegação fiscal, definidos na Lei nº 4.729/65, todavia este pagamento só poderá ocorrer antes de iniciar a ação penal.

Diante disso, o delito de descaminho, por não ser um crime que tenha natureza de sonegação fiscal, se enquadra no referido parágrafo, do decreto mencionado, razão pela qual é possível a extinção da punibilidade mediante o pagamento dos tributos elididos, desde que não tenha iniciado a ação penal.

Em consonância com a súmula, Cleber Masson entende que em face da sua natureza tributária, aplica-se a regra contida no art. 34 da Lei 9.249/1995<sup>[12]</sup>, isto é, extingue-se a punibilidade quando o agente promove o pagamento do tributo, e também de eventuais acessórios, até o recebimento da denúncia.<sup>[13]</sup>

Apesar da súmula encontrar-se hoje sem eficácia, grande parte da doutrina entende que o pagamento dos tributos iludidos gera a extinção da punibilidade no crime de descaminho, veja-se:



Critica-se a restrição imposta pelo legislador, em face da ofensa ao princípio da isonomia manifestado na máxima ***ubi aedem ratio, ibi eadem legis dispositio*** (onde existe a mesma razão fundamental, prevalece a mesma regra de Direito), de forma que é possível a admissibilidade do favor legal (extinção da punibilidade) em todos os crimes fiscais, incluindo o descaminho “que cuida de fraude ocorrida na entrada e saída de mercadorias do País, com o objetivo de frustrar o pagamento de direitos alfandegários”<sup>[14]</sup>

Ademais, os Tribunais superiores através de suas jurisprudências já vêm mudando entendimento, no sentido de que o pagamento dos tributos iludidos extingue a punibilidade do agente.<sup>[15] [16]</sup>

Outra forma de extinguir a punibilidade é pela aplicação do princípio da insignificância<sup>[17]</sup>, este tem o sentido de excluir ou de afastar a própria tipicidade penal, ou seja, não considera o ato praticado como um crime, por isso, sua aplicação resulta na absolvição do réu e não apenas na diminuição e/ou substituição da pena. Sua aplicação decorre no sentido de que o direito penal não se deve ocupar de condutas que produzam resultado cujo desvalor - por não importar em lesão significativa a bens jurídicos relevantes - não represente, por isso mesmo, prejuízo importante, seja ao titular do bem jurídico tutelado, seja à integridade da própria ordem social.<sup>[18]</sup>

O grande celeuma entre a jurisprudência é o *quantum* que gerará a aplicação do referido princípio, a maioria dos tribunais regionais, bem como o Supremo Tribunal Federal, entendem que o valor dos tributos iludidos devem ser inferiores a R\$ 20.000,00 (vinte mil reais)<sup>[19] [20]</sup> para aplicar-se o princípio da bagatela, levando em conta a portaria do Ministério da Fazenda Nacional nº 75/2012, editada em 22 de março de 2012, todavia, o Superior Tribunal de Justiça entende que este valor deverá ser de R\$ 10.000,00 (dez mil reais)<sup>[21] [22]</sup>, na forma da Lei nº 10.522/2002, por esta razão fica a arbítrio do Juiz *a quo*, o *quantum* a ser utilizado pelo mencionado princípio.

A terceira forma de extinção da punibilidade é pelo cumprimento da suspensão condicional do processo ou *sursis* processuais. Tal instituto encontra fundamento no



artigo 89 da Lei nº 9099/95, possui natureza híbrida, de direito penal e processual penal, é um benefício subjetivo do réu, oferecido pelo Ministério Público no momento do oferecimento da denúncia, é aplicado apenas nas infrações cuja a pena mínima não exceda um ano, como por exemplo, furto (art. 155, CP), estelionato (art. 171, CP), etc. Tal benesse processual, consiste numa suspensão do processo, para que o réu cumpra determinadas condições estipuladas pelo Ministério Público, para ao final, extinguir a punibilidade sem o andamento da ação penal.

## **2. DA PROTEÇÃO DO BEM JURÍDICO COMO FUNÇÃO DO DIREITO PENAL**

Afirma-se que o Direito Penal figura como um importante sistema de controle social institucionalizado dentre os existentes, através dele, busca-se por meio da proteção de bens jurídicos, a pacificação e a viabilidade social. Ocorre que, mesmo com tantos estudos sobre o tema, ainda não há entre a doutrina um conceito específico para bem jurídico.

Nesse diapasão vaticina Claus Roxin sobre o conceito de bem jurídico:

[...] podem-se definir os bens jurídicos como circunstâncias reais dadas ou finalidades necessárias para uma vida segura e livre, que garanta a todos os direitos humanos e civis de cada um na sociedade ou para o funcionamento de um sistema estatal que se baseia nestes objetivos. [23]

Assim, os bens jurídicos a serem tutelados devem ser tudo aquilo que tenha maior valor para o ser humano e para a sociedade, nesse sentido Jescheck esclarece que:

Os bens jurídicos devem ser entendidos como objetos acessíveis a percepção sensorial, mas sim como valores ideais da ordem social nos quais descansam a segurança, o bem-estar e a dignidade da coletividade.[24]

Sendo assim, bem jurídico é tudo aquilo que tem valor para o ser humano, citar-se-á como exemplo a vida, a liberdade, o casamento, a família, a saúde, etc.[25] [26]





Por sua vez, Munõz Conde entende que é a motivação que faz esses bens jurídicos serem tutelados:

Para conseguir la protección de bienes jurídicos que la norma penal persigue, se desencadenan en los individuos determinados procesos psicológicos que les inducen a respetar dichos bienes jurídicos. Estos mecanismos psicológicos no se presentan aislados, sino formando parte de un complejo proceso llamado “motivación”.<sup>[27]</sup>

Isto posto, se afirma que bem jurídico é tudo aquilo que pode ser objeto de direito, algo que possa ser digno, útil, necessário e valioso, ou seja, tudo que tenha valor para o ser humano, todavia, nem todo bem jurídico é tutelado pelo direito penal, pois esse só deverá cuidar daqueles bens que tem maior importância para ser humano e quando os outros ramos do Direito se mostrem incapazes de proteger esses bens.

Portanto, se afirma que a principal função do direito penal, é a proteção dos bens jurídicos, todavia só poderá utilizá-lo em caráter fragmentário ou como *ultima ratio*, isto quer dizer que, será usado apenas quando os demais ramos do direito não conseguirem conferir essa proteção ao bem jurídico tutelado, para tanto, o Direito Penal define como crime a lesão a estes bens, servindo como limitador ao *ius puniendi* estatal.<sup>[28]</sup>

Importante salientar ainda, que as funções mais relevantes atribuídas aos bens jurídicos são, a Função de garantia, a Função teleológica, interpretativa ou exegética e a Função sistemática. A primeira função e a mais importante, limita a atuação penal do Estado, isto é, *nullum crimen sine injuria*, quer dizer que o legislador penal não poderá tipificar condutas que não lesionem ou coloquem em perigo autênticos bens jurídicos.<sup>[29]</sup>

Já a função teleológica, cabe ao intérprete, quando aplicar a lei penal, fazê-lo em observância ao bem jurídico, pois este se presta a revelar a natureza do tipo e critérios de interpretação da norma penal, elucidando seu sentido e alcance protetor, dando-lhe sentido e fundamento, através dessa se pode excluir do tipo, condutas que não o





lesem ou não ponham em perigo algum bem jurídico, por falta de antijuridicidade material. Por fim, a última função, vem classificar a parte especial do Código Penal formando grupos de tipos penais derivados de bens jurídicos, facilitando a estruturação da punição.<sup>[30]</sup>

O direito penal, assim como os demais ramos do direito exercem um controle social em forma de uma escala de gravidade em primeiro lugar encontra-se as instancias não jurídicas (Ex. educação, família), depois vem as jurídicas e sobre estas Busato afirma que:

Entre as jurídicas, também existe uma escala, na qual o último elo da cadeia é o sistema jurídico-penal. Esta ordem entre os sistemas de controle obedece claramente a uma primazia que é inversamente proporcional ao grau de coerção envolvido. A razão para isso é simples: a adoção de uma política adequada a um modelo de Estado a serviço do cidadão. A inversão desta distribuição do controle social é sintoma claramente revelador de um Estado intervencionista e totalitário.<sup>[31]</sup>

Ainda dispõe a mesma doutrina que “o direito penal não é o melhor meio de controle social e nem mesmo o mais importante”<sup>[32]</sup>. Nesse diapasão, evidente é que embora o direito penal sirva para tutelar os bens jurídicos mais importantes, ele só poderá ser usado quando houver extrema necessidade, pois até o controle social que as normas jurídicas exercem, o direito penal deve ser usado como última instancia.

Por isso, os bens jurídicos devem ser tutelados ou protegidos para que ocorra a pacificação e a viabilidade social, mais que isso, o direito penal como visto, deve tutelar os bens jurídicos, em caráter subsidiário, para garantir o convívio e o desenvolvimento social pleno, por meio da proteção dos bens jurídicos mais importantes à sociedade.<sup>[33]</sup>



### **3. ESTUDO COMPARATIVO ENTRE OS PROCEDIMENTOS DA LEI Nº 8.137/90 COM O PROCEDIMENTO ADOTADO NO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL**

Num primeiro momento, importante levar em consideração a época em que o Código Penal foi editado, em 1940, ainda não havia tipificação geral dos crimes contra a ordem tributária, existindo apenas o contrabando e descaminho, as demais condutas violadoras da ordem tributária somente poderiam ser enquadradas como crimes contra a Administração, como estelionato ou falsidade, então com o advento da Lei 4.729/65, e depois com a Lei 8.137/90, a matéria passou a ser tratada em legislação penal específica, porém ainda assim o legislador optou por manter a tipificação do descaminho no artigo 334 do Código Penal.

Porquanto é possível afirmar, que houve a criação da Lei nº 8.137/90, pois em 1990 ainda não havia uma conceituação dos crimes que tinham por consequência o não-pagamento de tributos, e as penalidade imponíveis a seus autores não eram eficazes, dada as lacunas e imprecisões da lei penal, assim o objetivo jurídico desta lei é proteger a legislação tributária, levando o contribuinte ao conhecimento e observância das normas do direito tributário e das normas estabelecidas pelo Fisco.

Em razão da recente promulgação da lei sobre os crimes contra a ordem tributária é importante realizar um estudo comparativo entre o procedimento adotado pela Lei dos Crimes Contra a Ordem Tributária (Lei nº 8.137/90) e o procedimento adotado pelo Código de Processo Penal.

Sendo assim, o delito de descaminho consiste em um crime contra a ordem tributária, visto que o bem jurídico tutelado é o mesmo dos demais delitos protegidos pela Lei 8.137/90, qual seja a Administração Pública, em especial o erário público, uma vez que no descaminho o Estado deixa de arrecadar os pagamentos dos impostos de importação, exportação ou consumo<sup>[34]</sup>.



Oportuno destacar um trecho do acórdão proferido no HC nº 85.942/SP<sup>[35]</sup>: “ademais, é nítida a natureza tributária no crime de descaminho mercê de tutelar o Erário e a atividade arrecadadora do estado” <sup>[36]</sup>.

Por seu turno, Fernando Capez, afirma que o descaminho configura modalidade especial de crime contra a ordem tributária, adequando-se a definição contida no artigo 1º da Lei 8.137/90, sendo assim, não há como dar tratamento diferenciado a condutas tão semelhantes, sob pena de afronta ao princípio constitucional da proporcionalidade.<sup>[37]</sup>

Coadunando com este entendimento, José Paulo Baltazar Júnior, entende que descaminho é modalidade específica de crime contra a ordem tributária, tendo por objeto tributos externos. Sustenta que embora arrolado no Código Penal, entre os crimes contra a administração pública, atenta contra a ordem tributária, na medida em que se configura pela ilusão do direito ou imposto devido pela entrada, saída ou consumo de mercadoria, configurando uma infração penal tributária aduaneira.<sup>[38]</sup>

Embora o descaminho esteja no rol de crimes contra a administração pública praticado por particular, ainda assim, doutrina e jurisprudência são uníssonas ao afirmar que este constitui um delito de natureza tributária ou fiscal, todavia, talvez por erro do legislador pátrio, este crime ainda se encontra tipificado no código Penal e não na Lei que define os crimes contra a ordem tributária.

Em razão de estar esculpido no diploma penal, a ação do delito ora estudado automaticamente seguirá o procedimento do Código de Processo Penal, qual seja, de forma abreviada, haverá o inquérito policial ou inquérito civil realizado pelo Ministério Público, que serve basicamente para coletar evidências para embasar a denúncia, após, o *Parquet* instrui a denúncia e protocola perante o Juízo Federal competente na forma da súmula 151 do Superior Tribunal de Justiça<sup>[39]</sup>, o Magistrado recebe-a e abre a ação penal, citando o réu para apresentar resposta a acusação, em seguida é marcada audiência de instrução e julgamento, onde o acusado será ouvido, depois é aberto prazo para as partes oferecerem alegações finais e por fim, os autos voltam conclusos para o Juiz sentenciar o caso.



Por sua vez, a ação penal dos crimes contra a ordem tributária, segue um rito diverso do oferecido pelo Código de Processo Penal, visto que antes do Ministério Público oferecer a denúncia, deverá ser oportunizado ao acusado a constituição definitiva do crédito tributário a ser realizado num procedimento administrativo, conforme determina o artigo 83, da Lei nº 9.430/96<sup>[40]</sup>, assim, o acusado terá a opção de quitar ou parcelar os tributos devidos, fazendo isso, obsta a ação penal e suspende o prazo prescricional, com base no princípio da *actio nata*<sup>[41]</sup>, nesse sentido vaticina Wega Nery que “se não se tem lançamento definitivo, decisão final definitiva, não se tem, ainda, crédito fiscal exigível (...) o ministério público não poderá, então, instaurar a ação penal.”<sup>[42]</sup>

Com o total adimplementos dos débitos iludidos é extinta a punibilidade, com base no artigo 34, da Lei nº 9.249/95<sup>[43]</sup>, caso contrário, ante ao não pagamento dos tributos e após a decisão final do procedimento administrativo, nasce para o estado, representado pelo Ministério Público, o direito de propor a ação penal.

Embora haja ainda muita divergência quanto a aplicação ou não, do procedimento adotado pela lei 8.137/90 ao delito de descaminho, recentemente, a extinção da punibilidade pelo pagamento dos tributos, foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 85.942/SP<sup>[44]</sup>, que assim como nos delitos fiscais, passou a ser admitida no descaminho.

Em suma, verifica-se que o procedimento adotado pela lei 8.137/90 é muito mais benéfica ao acusado, pois lhe da condição de pagar os tributos iludidos, sendo desnecessário a atuação do Direito Penal, que conforme visto, deve ser usado como *ultima ratio*.

#### 4. ANÁLISE CRÍTICA

Como já visto o direito penal deve ser fragmentário, isto é, usado de forma residual, como *ultima ratio*, pois ele só deve tutelar os bens de maior importância e quando não for possível a aplicação dos outros ramos do direito, tem por base o respeito pela



dignidade humana previsto na Constituição Federal de 1988. Sendo assim, Maurach ensina que:

[...] não se justifica aplicar um recurso mais grave quando se obtém mesmo resultado através de um mais suave: seria tão absurdo e reprovável criminalizar infrações contratuais civis quanto cominar ao homicídio tão-só pagamento das despesas funerárias.<sup>[45]</sup>

Assim, o direito penal deve ser usado como última instância, apenas quando os outros ramos do direito, não conseguirem tutelar o bem jurídico, nesse sentido prediz Mir Puig que:

[...] derecho penal como ultima ratio- parte de que la pena y la medida de seguridad no son los únicos medios de protección de la sociedad de que dispone el ordenamiento jurídico. Los intereses sociales que se estima necesario proteger pueden, a menudo, recibir suficiente tutela poniendo en funcionamiento mecanismos distintos a los medios propios del derecho penal, menos lesivos que éstos para el ciudadano y con frecuencia mucho más eficaces para la protección de la sociedad.<sup>[46]</sup>

Assim, o direito penal como *ultima ratio*, conhecido também como princípio da intervenção mínima, entende que aquele só deverá se preocupar com a proteção dos bens mais importantes e necessários à vida em sociedade, devendo atuar somente quando os demais ramos do direito se revelarem insuficientes para a tutela desses bens.

Por ele, o Direito Penal só deve ser aplicado quando houver extrema necessidade, mantendo-se como instrumento subsidiário (*ultima ratio*) e fragmentário<sup>[47]</sup>, tendo por base isso, não vemos necessário mover toda a máquina judiciária para aplicar as penas inefetivas do delito de descaminho, busca mostrar que o direito tributário e administrativo é capaz de tutelar o bem jurídico deste delito, sem haver a necessidade de intervenção estatal.



O presente estudo não é o delito de descaminho, mas sim a despenalização, visto que as sanções penais corporais, como a prisão não são eficientes no combate as práticas deste delito.<sup>[48]</sup>

Na mesma esteira destaca brilhantemente Baltazar Junior, sobre a necessidade do aperfeiçoamento na atividade repressiva estatal contra o delito de descaminho, veja-se:

A grande maioria dos casos de descaminho levados à Justiça Federal é de pequena expressão, cometidos por *sacoleiros*, os quais, em muitos casos, estão a serviço de redes maiores que trazem para o país, ilegalmente, toda sorte de produtos, em especial eletrônicos. Embora o volume de bens trazidos, justamente por conta da organização que está por trás, represente concorrência indevida com o comercio regular, atente contra a arrecadação e mesmo as garantias e a saúde dos consumidores, em certos casos, temos que a atividade repressiva, em seu conjunto, merece aperfeiçoamento. [...] do contrário, continuaremos a agir como quem *enxuga gelo*, sobre casos em que seria suficiente a mera repressão administrativa.<sup>[49]</sup>

Assim, uma possível solução, para buscar reduzir os inúmeros processos que envolvem o delito de descaminho, seria aplicar a ele o procedimento da lei nº 8.137/90, visto que conforme já estudado tal infração possui natureza tributária. A mencionada lei dá a possibilidade do acusado pagar ou parcelar os tributos iludidos, com o único propósito de obstar a ação penal, suspendendo, para tanto o prazo prescricional e ao final, extinguindo a punibilidade sem necessitar de demanda judicial, tendo por base o princípio da intervenção mínima, pois nada mais correto que usar outros ramos do direito para tutelar certos bens, e deixar o direito penal ser usado de forma subsidiária ou como *ultima ratio*.

Sendo assim, o acusado teria a possibilidade de pagar os tributos que evadiu ao descaminhar mercadorias, bem como pagaria uma multa, como forma de desestimular nova prática deste delito, tudo feito administrativamente sem intervenção do



Judiciário, mas, se o acusado fosse reincidente apenas uma vez, pelo mesmo crime, ainda sim poderia ser oportunizado a ele este benefício de pagar ou parcelar os tributos iludidos e a multa, como já exposto.

Logo, caso o indivíduo for reincidente por mais de uma vez no delito de descaminho o tratamento seria totalmente oposto, pois não seria mais possível oportunizar a ele o benefício, cabendo então a Fazenda Pública encaminhar as peças informativas ao Ministério Público, para este formar a *opinio delicti* e consequentemente entrar com a devida ação penal e após toda a persecução penal ser definitivamente condenado as penas do crime, ora estudado.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em vista dos argumentos apresentados se percebe que é necessário que o legislador faça uma reforma no Código Penal pátrio, visto que inúmeros delitos que estão naquele *códex*, não é necessário estar ali, como é o caso do delito de descaminho aqui debatido.

Assim, o tipo penal de descaminho trata-se na conduta de fraudar no todo ou em parte o tributo evadido com a importação de mercadorias, isto quer dizer, a partir do momento que a pessoa traz de outro país mercadorias acima da cota permitida, estará incorrendo neste crime. Ocorre que, iludir tributo demonstra a natureza tributária deste tipo penal, todavia, o descaminho não se encontra na lei que define os crimes contra a ordem tributária, mas sim no Código Penal, pois na época em que este foi criado não havia legislação específica de crimes tributários, razão pela qual o descaminho teve que ficar naquele diploma penal, na parte que envolve os crimes praticados por particular contra a administração pública.

Vimos as formas de extinção da punibilidade para o delito de descaminho, que se dá através do pagamento dos tributos iludidos, essa hipótese foi revogada, mas a jurisprudência atual vem entendendo novamente, por bem, em aplicar esse instituto no descaminho. Outro modo é pelo cumprimento da suspensão condicional do processo, benefício oferecido pelo Ministério Público que suspende a ação até o





cumprimento de certas exigências, a exemplo prestação de serviços à comunidade, pelo prazo de 02 (dois) anos e após é extinta a punibilidade do agente, a última forma é pela aplicação do instituto da bagatela ou do princípio da insignificância.

Ocorre que esses dois últimos institutos – *sursis* processual e insignificância -, só são concedidos ao réu no momento em que já iniciou a ação penal, depois de já ter movido a máquina judiciária, então são institutos, que embora despenalizadores, não diminuem a quantidade de processos dessa índole.

Além de tudo, a Lei 8.137/90 como já exarado, possui um rito mais vantajoso que o do Código de Processo Penal, mas infelizmente este procedimento não é aplicado no crime de descaminho, pois este deve obedecer ao procedimento adotado pelo diploma processual penal, que não é benéfico.

Sendo assim, o presente estudo tem por escopo buscar mostrar que a pessoa que comete o injusto do descaminho, possa ter o direito de pagar o tributo iludido, afim de obstar a ação penal, bem como o pagamento de uma multa, em cima do tributo, com o intuito de desestimular a reincidência nessa prática delituosa, tudo feito administrativamente sem intervenção do Poder Judiciário, buscando assim diminuir os incontáveis processos dessa natureza, onde cartas precatórias vem e vão buscando pelo endereço do réu o que acaba atrasando um processo que tinha tudo para ser o mais simples possível, todavia se o acusado fosse reincidente por mais de uma vez neste delito não seria mais oportunizado este benefício.

## REFERÊNCIAS

**BRASIL. Código Penal. Decreto Lei nº 2.848 de 07 de dezembro de 1940. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)> Acesso: 10 Abr. 2016.**

**BUSATO, Paulo César, Introdução ao Direito Penal – Fundamentos para um Sistema Penal Democrático, 2. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.**



CAPEZ, Fernando, **Curso de Direito Penal**, Vol. 3, parte especial, 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CONDE, Francisco Muñoz, **Derecho Penal y Control Social**, Fundacion Universitaria de Jerez, Caracuel: Gráficas del Exportador, 1985.

DANTAS, André Luiz, **As Funções do Bem Jurídico Penal Constitucional no Brasil**. Disponível em: <<http://andreluizdantas.jusbrasil.com.br/artigos/310177932/as-funcoes-do-bem-juridico-penal-constitucional-no-brasil>> Acesso: 20 Abr. 2016.

GABOARDI, Laura, **A Natureza Fiscal do delito de Descaminho**. Disponível em: <[http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2012\\_1/laura\\_gaboardi.pdf](http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2012_1/laura_gaboardi.pdf)> Acesso: 27 Abr. 2016.

GRECCO, Rogério, **Código Penal Comentado**, 5. ed., Rio de Janeiro: Impetus, 2011.

MIR PUIG, Santiago, **Introduccion a las bases del derecho penal**, 2.ed., Buenos Aires: B de F, 2003.

NOSCHANG, Édna Márcia Marçon, **A Descriminalização do Crime de Descaminho em Razão da Aplicação do Princípio da Insignificância**. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/12920-12921-1-PB.pdf>>

Acesso: 15 Abr. 2016.

PRADO, Regis, **Curso de Direito Penal Brasileiro**, 14. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

ROXIN, Claus, **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SCOLANZI, Vinícius Barbosa, **Bem Jurídico e Direito Penal**. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/bem-jur%C3%ADdico-e-direito-penal>> Acesso: 20 Abr. 2016.



1. **Art. 334** Importar ou exportar mercadoria proibida ou iludir, no todo ou em parte, o pagamento de direito ou imposto devido pela entrada, pela saída ou pelo consumo de mercadoria: Pena: reclusão, de um a quatro anos.
2. **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 (Redação dada pela Lei nº 13.008, de 26.6.2014) Pena - reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos. (Redação dada pela Lei nº 13.008, de 26.6.2014)
3. **Contrabando. Art. 334-A.** Importar ou exportar mercadoria proibida: (Incluído pela Lei nº 13.008, de 26.6.2014) Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos. (Incluído pela Lei nº 13.008, de 26.6.2014)
4. PRADO, Regis, **Curso de Direito Penal Brasileiro**, ed. 14º, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 1418.
5. GRECCO, Rogério, **Código Penal Comentado**, 5º ed., Rio de Janeiro: Impetus, 2011, P. 949
6. PRADO, Op. Cit., p. 1417.
7. **334 § 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;
8. PRADO, Op. Cit, p. 1419.
9. **Art. 107** - Extingue-se a punibilidade: I - pela morte do agente; II - pela anistia, graça ou indulto; III - pela retroatividade de lei que não mais considera o fato como criminoso; IV – pela prescrição, decadência ou perempção; V - pela renúncia do direito de queixa ou pelo perdão aceito, nos crimes de ação privada; VI - pela retratação do agente, nos casos em que a lei a admite; (...) IX - pelo perdão judicial, nos casos previstos em lei.
10. **Art. 18. § 2º** Extingue-se a punibilidade quando a imputação penal, de natureza diversa da Lei nº 4.729, de 14 de julho de 1965, decorra de ter o agente elidido o pagamento de tributo, desde que ainda não tenha sido iniciada a ação penal se o montante do tributo e multas for pago ou depositado na forma deste artigo.
11. **Art. 34.** Extingue-se a punibilidade dos crimes definidos na Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e na Lei nº 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.
12. MASSON, Cleber, **Código Penal Comentado**, 2. ed., São Paulo: Método, p. 1296
  13. PRADO, Luiz Régis. **Bem jurídico penal e constituição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 1424.
  14. **BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão no Habeas Corpus n. 85.942/SP**. Relator FUX, Luiz. Publicado no DJ de 29-07-2011. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20626771/habeas-corpus-hc-85942-sp-stf>> Acesso em 22 de abril de 2016.
  15. **BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão no Habeas Corpus n. 116828/SP**. Relator: TOFOLLI, Dias. Publicado no DJ de 17-10-2013. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24805927/habeas-corpus-hc-116828-sp-stf>> Acesso em 22 de abril de 2016.
  16. Para ser utilizado, faz-se necessária a presença de certos requisitos, tais como: (a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada (exemplo: o furto de algo de baixo valor). [↑](#)
  17. Glossário Jurídico, **Princípio da Insignificância**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/glossario/verVerbete.asp?letra=P&id=491>> Acesso: 15 abr. 2016.
  18. **BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão no Habeas Corpus n. 120.617/PR**. Relator: WEBER, Rosa. Publicado no DJ de 04-02-2014. Disponível em: < <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24944113/habeas-corpus-hc-120617-pr-stf/inteiro-teor-113678524>> Acesso em 22 de abril de 2016.
  19. **BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão no Habeas Corpus n. 122722/SP**. Relator: TOFFOLI, Dias. Publicado no DJ de 07-10-2014. Disponível em: < <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25290757/habeas-corpus-hc-122722-sp-stf>> Acesso em 22 de abril de 2016.



20. **BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão no Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1.402.207/PR.** Relatora: MAGALHÃES, Assusete. Publicado no DJ de 26-11-2013. Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24971590/agravo-regimental-no-recurso-especial-agrg-no-resp-1402207-pr-2013-0308367-3-stj/inteiro-teor-24971591>> Acesso em 22 de abril de 2016.
21. **BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão no Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1.406.356/PR.** Relator: BELLIZZE, Marco Aurélio. Publicado no DJ de 12-02-2014. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24901154/agravo-regimental-no-recurso-especial-agrg-no-resp-1406356-pr-2013-0327233-0-stj/inteiro-teor-24901155>> Acesso em 22 de abril de 2016.
22. ROXIN, Claus, **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 18-19.
23. JESCHECK apud BUSATO, Paulo César, **Introdução ao Direito Penal – Fundamentos para um Sistema Penal Democrático**, 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 51.
24. PRADO, Luiz Régis. **Bem jurídico penal e constituição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 18.
25. TELES, Ney Moura. **Direito penal: parte geral**. V. 4. São Paulo: Atual, 2004, p. 46.
26. CONDE, Francisco Muñoz, **Derecho Penal y Control Social**, Fundacion Universitaria de Jerez, 1985, p. 31.
27. CECCONI, Gisele, **Princípios Limitadores do Poder Punitivo Estatal**, disponível em:<<https://jus.com.br/artigos/30034/principios-limitadores-do-poder-estatal-punitivo>> Acesso: 20 Abr. 2016.
28. VIEIRA, Vanderson Roberto, **As Funções do Direito Penal e as Finalidades da Sanção Criminal no Estado Democrático de Direito**, disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=1691](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1691)> Acesso em 20 de abril de 2016
29. Idem.



30. BUSATO, Paulo César, **Introdução ao Direito Penal – Fundamentos para um Sistema Penal Democrático**, 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 65-66.
31. BUSATO, Paulo César, **Introdução ao Direito Penal – Fundamentos para um Sistema Penal Democrático**, 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 65-66.
32. SCOLANZI, Vinícius Barbosa, Bem Jurídico e Direito Penal, disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/bem-jur%C3%ADdico-e-direito-penal>> Acesso em 20 de abril de 2016.
33. CAPEZ, Fernando, **Curso de Direito Penal**, Vol. 3, parte especial, 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 585.
34. **BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão no Habeas Corpus n. 85.942/SP.** Relator FUX, Luiz. Publicado no DJ de 29-07-2011. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20626771/habeas-corpus-hc-85942-sp-stf>> Acesso em 22 de abril de 2016.
35. **BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão no Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1.402.207/PR.** Relatora: MAGALHÃES, Assusete. Publicado no DJ de 26-11-2013. Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24971590/agravo-regimental-no-recurso-especial-agrg-no-resp-1402207-pr-2013-0308367-3-stj/inteiro-teor-24971591>> Acesso em 22 de abril de 2016.
36. CAPEZ, Op. Cit., p. 595.
37. BALTAZAR JUNIOR, José Paulo, **Crimes Federais**, 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 197.
38. **Súmula 151:** A competência para o processo e julgamento por crime de contrabando ou descaminho define-se pela prevenção do juízo federal do lugar da apreensão dos bens. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=contrabando&&b=SUMU&p=true&t=&l=10&i=1>> acesso em 22 de abril de 2016.
39. **Art. 83.** A representação fiscal para fins penais relativa aos crimes contra a ordem tributária previstos nos arts. 1º e 2º da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e aos crimes contra a Previdência Social, previstos nos arts. 168-





- A e 337-A do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), será encaminhada ao Ministério Público depois de proferida a decisão final, na esfera administrativa, sobre a exigência fiscal do crédito tributário correspondente. (Redação dada pela Lei nº 12.350, de 2010)
40. Entende-se por este que a prescrição se inicia com o nascimento da pretensão ou ação, razão pela qual não corre o prazo prescricional durante o procedimento administrativo.
41. NERY, Wega, **Revista Dialética de Direito Tributário nº 44**, São Paulo: Editora Escribas, p. 83.
42. **Art. 34.** Extingue-se a punibilidade dos crimes definidos na Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e na Lei nº 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.
43. **BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão no Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1.402.207/PR.** Relatora: MAGALHÃES, Assusete. Publicado no DJ de 26-11-2013. Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24971590/agravo-regimental-no-recurso-especial-agrg-no-resp-1402207-pr-2013-0308367-3-stj/inteiro-teor-24971591> Acesso em 22 de abril de 2016.
44. MAURACH, Reinhart, apud BATISTA, Nilo, **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**, 11. ed. Rio de Janeiro: Revam, 2007, p. 87.
45. MIR PUIG, Santiago, **Introduccion a las bases del derecho penal**, 2. ed., Buenos Aires: B de F, 2003, p. 109.
46. CAPEZ, Fernando, **Curso de Direito Penal**, Vol. 3, parte especial, 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 651.
47. A diferença entre descriminalização e despenalização, o primeiro tem natureza material e consiste na exclusão da sanção penal, ou seja, a retirada de determinada conduta do rol dos delitos, por sua vez o segundo consiste em dificultar a aplicação da pena de prisão ou pelo ato de diminuir a pena de um delito sem descriminalizá-lo; ou seja, sem tirar da conduta o caráter de ilícito penal.





MULTIDISCIPLINARY SCIENTIFIC JOURNAL

NÚCLEO DO  
CONHECIMENTO

REVISTA CIENTÍFICA MULTIDISCIPLINAR NÚCLEO DO  
CONHECIMENTO ISSN: 2448-0959

<https://www.nucleodoconhecimento.com.br>

48. BALTAZAR JUNIOR, José Paulo, **Crimes Federais**, 2. ed. Porto Alegre:  
Livraria do Advogado, 2007, p. 151-152.

Enviado: Janeiro, 2018

Aprovado: Janeiro, 2019