

A criminalização de ilícitos praticados por particular contra a administração pública

O descaminho de mercadorias

IVAN LIRA DE CARVALHO

Na contramão da história jurídico-penal universal, vem o Brasil assistindo a uma crescente criminalização dos eventos protagonizados por particulares contra a administração pública, numa clara demonstração da impotência do Estado em resolver, por meios civilizados e eficazes, os desvios dos quais é vítima.

Exemplo cabal da falência dos órgãos estatais, para reprimir extrapenalmente os ilícitos perpetrados contra a administração ou contra interesses públicos expostos à tutela imediata desta, é a exasperação irracional das penalidades atribuídas aos praticantes dos chamados “crimes ecológicos”, para os quais não é admitido nem sequer a fiança (Lei nº 5.197, art.34).

A esse tipo de reação do Estado impotente, os doutrinadores chamam de “Direito Penal do Terror”, denominação inaugurada por René Ariel Dotti¹ e divulgada por João Gualberto Garcez Ramos², atestando surrada predominância ideológica de um aparelho legiferante míope, que, em vez de procurar soluções práticas e eficientes para os desafios apresentados crescentemente pelas relações sociais, opta por trespassar ao Judiciário o mister de carrasco ignóbil das mais absurdas penas.

Não é moderno esse entendimento do Estado, de achar que a panacéia para qualquer irregularidade comportamental advinda do particular somente pode ser corrigida com a

¹ DOTTI, René Ariel. Um novo Direito Penal do terror. *Folha de S. Paulo*, 25-3-91, caderno 1, p. 3.

² RAMOS, João Gualberto Garcez. *A inconstitucionalidade do “Direito Penal do terror”*. Curitiba: Juruá Editora, 1991, p. 34.

aplicação de penalidades deambulatórias. É de ser lembrada a infelicidade de um Chefe de Estado da Velha República que bradava ser a problemática social dos anos vinte “um caso de polícia”.

Um dos cacoetes da má gestão dos problemas administrativos, e nestes incluo os de ordem tributária, está na penalização da falta de pagamento do imposto correspondente ao ingresso de mercadoria estrangeira no Brasil. Fala-se mais especificamente do delito de *descaminho*, previsto no art. 334 do Código Penal.

É óbvio que não se prega aqui o absentismo do Estado, mesmo pelo seu braço judiciário, nas relações entre o particular e o fisco. Não se pode desconhecer que entre o puro liberalismo dos meios de produção e consumo pregados por Adam Smith no século dezoito e o Estado Social idealizado por Karl Marx, tem preponderância, hoje em dia, o que Léon Diguít chamou de “Estado do Bem-Estar”.

Se a Fazenda Nacional contasse com uma bem montada estrutura de fiscalização e de arrecadação, decerto carrearía ao Tesouro toda a carga tributária que tivesse por fato gerador o ingresso de bens de origem estrangeira, sem precisar criminalizar a conduta dos tergiversantes em pagar a exação. A previsão legal de um rol crescente de *punições administrativas* decerto bastaria a inibir os importadores mais afoitos e gananciosos.

Heleno Cláudio Fragoso³, tratando de tema similar ao presente, já que despido de violência ou perigosidade, assevera ser tendência universal a descriminalização da emissão fraudulenta de cheques sem fundos, como ocorreu na França através do Dec. n° 75.903/75, com a substituição das penas criminais por sanções de cunho civil e administrativo, tais como multas e suspensão de operações bancárias. Aí está um belo exemplo de solução extrapenal para problemas sem o timbre da violência.

A observação do saudoso criminalista pátrio não passou indene à argúcia de Edilson Pereira Nobre Júnior, que, no ensaio “*Cinco temas controvertidos do Direito Penal*”⁴,

³ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal*. v. 2, p. 93.

⁴ NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília: Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal, 1991, v. 109, p. 178-179.

merecedor da atenção de Damásio E. de Jesus⁵, no subtítulo “*Arrependimento posterior: alcance e Súmula n° 554 do Pretório Excelso*”, rememora que a *mens legis* da reforma da parte geral do Código Penal, empreendida pela Lei n° 7.209/84, contemplou com a redução da pena (de um a dois terços) o agente que reparar o dano ou restituir a coisa antes do recebimento da denúncia ou da queixa, desde que o crime tenha sido cometido sem violência ou grave ameaça à pessoa.

Quando julguei a Ação Penal n° 94.7535-9, da 5ª Vara Federal do Rio Grande do Norte⁶, deixei consignada a minha rebeldia, sã, acerca da hipertrofia repressiva voltada contra os praticantes de conduta ilícita que tem a administração pública no pólo passivo. Ali afirmei:

“Não pode ficar sem registro o fato de que o caso em estudo é mais um daqueles decorrentes do descontrolado ânimo que infelicitava o Estado brasileiro de uns anos para cá, tendente a transformar em crime todas as condutas de incorreção administrativa praticadas por particulares, notadamente na área de arrecadação de receitas. Assim, ainda que a contragosto, tenho de aceitar mais esta incursão pelo que René Ariel Dotti nomina de *Direito Penal do terror*⁷, onde o Poder Executivo demonstra a sua impotência em resolver administrativamente ou civilmente as resistências do contribuinte ou do substituto tributário, buscando na criminalização a saída para arrecadar a receita que a sua própria estrutura funcional não sabe (ou não quer) buscar. As desvantagens desse desvio estatal são escandidas por Hugo de Brito Machado, para quem a transformação, em delito, do inadimplemento de obrigações tributárias ‘pode ter a vantagem de diminuir as inadimplências, pela intimidação dos obrigados. Tal vantagem, todavia, é efêmera e termina por ser superada pelos inconvenientes dessa criminalização. (...) Realmente, a intimidação pode produzir, de início, significativo efeito positivo. Depois, aos poucos, os infratores se vão acostumando à idéia

⁵ JESUS, Damásio E. de. *Código Penal*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, p.3.

⁶ Ministério Público Federal *versus* Francisco Assis de Araújo.

⁷ DOTTI, loc. cit.

de serem réus e conhecendo as armas que podem utilizar nas disputas com o Estado repressor, de sorte que aquele efeito intimidativo vai ficando amortecido. (...) Por outro lado, a criminalização do inadimplemento de obrigações tributárias tem graves inconvenientes, entre os quais podem ser apontados o direito ao silêncio, universalmente reconhecido ao criminoso; a presunção de inocência, também reconhecida universalmente; a competência privativa do Poder Judiciário para aplicar sanções penais, e as formalidades processuais destinadas a garantir a liberdade e o direito de defesa dos acusados.⁸ Em resumo de tudo que acima foi comentado, segue a sintética afirmação de Romeu Falconi: ‘Nunca é demais repisar: a ausência de culpabilidade arrasta consigo também o desaparecimento da ilicitude da conduta.’”⁹

No Brasil, a lucidez já lançou generosos lampejos na mente dos responsáveis pela seara ora em discussão. Assim é que o Decreto-Lei nº 157, de 10-2-67, permitiu a extinção da punibilidade em decorrência do pagamento dos tributos, quando o agente tivesse iludido o pagamento da exação, desde que a providência quitatória tivesse sido agilizada antes da deflagração da ação penal, ou seja, antes do recebimento da denúncia. O sobremencionado decreto-lei deu margem à edição da Súmula 560, do Supremo Tribunal Federal:

“A extinção da punibilidade, pelo pagamento do tributo devido, estende-se ao crime de contrabando ou descaminho, por força do art. 18, § 2º, do Decreto-Lei nº 157/67.”

Entretanto, providenciou-se urgentemente o retorno da matéria à treva anterior. Veio o Decreto-Lei nº 1.550, de 19-12-78, objetivando pôr termo final à dita Súmula, afirmando, em seu art. 1º, que o disposto no art. 18, parágrafo único, do DL nº 157/67 “não se aplica aos crimes de contrabando ou descaminho, em suas modalidades próprias ou equiparadas, nos termos dos §§ 1º e 2º do art. 334 do Código Penal”. A inconstitucionalidade do DL nº 1.550 foi declarada pelo TFR (*DJU* 18-6-80), cedendo espaço

⁸ MACHADO, Hugo de Brito. *Anais da Segunda Jornada de Estudos Jurídicos*. Brasília: Centro de Estudos Jurídicos do Conselho da Justiça Federal, maio/1995, p. 170-171.

⁹ FALCONI, Romeu. *Lineamentos de Direito Penal*. São Paulo: Ícone Editora Ltda, 1995, p. 179.

para a Lei nº 6.910, de 27-5-81, estabelecidora de restrições ao fim da punibilidade, pelo pagamento do tributo, nos casos de descaminho e contrabando.

Nova experiência foi feita pela Receita Federal para receber os tributos de importação de carros estrangeiros que houvessem ingressado irregularmente no País. O DL nº 2.446/88 e o DL nº 2.457/88 tiveram morte anunciada já quando editados. O uso da inteligência na arrecadação dos referidos impostos vigorou até 30-6-88.

Sem embargo dos reclamos acima alinhados, temos, em realidade, o descaminho como tipo penal claro, encartado entre os “crimes contra a administração pública” antevistos na Parte Especial do Código Penal. O que fazer o magistrado diante de um caso concreto? Por certo nada que desabone os princípios básicos da deontologia, que são os sustentáculos destacados da missão do juiz no contexto social que o alberga. Mas deve ter a altivez de ampliar o seu espaço de influência na estrutura do Estado, levando como estandarte da sua cruzada a lição de José Augusto Delgado:

“O Juiz que brota do sistema atual responsável pela sua formação, se não procurar cultivar valores de diferentes categorias que contribuam para a modernização do seu atuar, corre o risco de ser um simples fazedor de sentença sem mensagem útil para o homem, sem seguir um critério para atingir o fim a que ela se destina, que é a paz, enfim, um simples mostrador de como não fazer ciência e de não se ter ideal.”¹⁰

A face de controlador social que avulta do mister do juiz impeliu a jurisprudência a oferecer uma interpretação – digamos – evitadora da remessa dos acusados de descaminho ao cárcere. Assim, tiveram os julgadores bastante parcimônia na tipificação dos pretendidos crimes. Destarte, ainda que ocupando espaço pretoriano controvertido, não foram poucas as decisões no sentido de que *inexiste dolo, se pessoa iletrada passa a vender mercadoria estrangeira em plena feira* (TFR, *DJU* de 14-12-85, p. 1.208), configurando, pois, erro de proibição. Ou que *o transporte de mercadoria descaminhada não é crime assemelhado*,

¹⁰ DELGADO, José Augusto. O Culto da Deontologia pelo Juiz. *Revista do CEJRN*. Natal: Centro de Estudos Jurídicos do Rio Grande do Norte, 1994, p.15.

sendo atípica a conduta (TRF/4ª Região, DJU de 20-12-89, p. 17.039). Ou ainda que a pequena quantidade de mercadoria exclui a configuração do descaminho (TFR, DJU de 23-2-84, p. 2.108) e que a falta de destinação comercial da mercadoria atesta a falta de culpabilidade do agente (TFR, DJU de 17-2-83, p. 1.138).

Ainda na linha da moderação pretoriana, tem-se que, uma vez demonstrado, “pela quantidade e natureza das mercadorias apreendidas, destinarem-se as mesmas ao uso próprio do apelado e de seus familiares, e dando-se tal apreensão em ônibus de turismo, já liberado pela fiscalização aduaneira de fronteira, não há de falar, no caso, em descaminho” (TRF/5ª Região, ACrim nº 521/92-RN, j. em 1º-9-92, Rel. Juiz Petrucio Ferreira). Também patente a descaracterização do descaminho em se tratando de “garrafas de uísque adquiridas em loja de aeroporto internacional e distribuídas entre alguns clientes da empresa dirigida pelo acusado” (TRF/5ª Região, ACrim nº 39/89, j. em 16-9-89, Rel. Juiz Lázaro Guimarães). Na mesma linha, outro aresto do TRF/5ª Região: “PENAL. DESCAMINHO. MERCADORIA ADQUIRIDA EM PUERTO STROESSNER. ULTRAPASSAGEM DA QUOTA EM QUANTIDADE MÍNIMA. ABSOLVIÇÃO. 1- O delito de descaminho só se caracteriza quando fica suficientemente demonstrado que o agente atuou dolosamente para iludir o fisco não pagando o imposto devido. 2- O dolo, embora elemento anímico, invisível, não apreensível pelos sentidos, só pode ser inferido após análise das circunstâncias que envolvem o fato. 3- É de ser relevada a culpabilidade criminal, em configuração de descaminho, quando é de pequeno valor e mínima a quantidade de mercadoria que ultrapassou a quota legal para comprar em Puerto Stroessner. 4- Absolvição que se mantém.” (ACrim nº 253/89-SE, j. em 14-3-90, Rel. Juiz José Delgado).

Na doutrina, o assunto foi enfrentado por Walter Nunes da Silva Júnior, em ensaio intitulado “A descaracterização do crime de descaminho embasado apenas na inexistência da comprovação do recolhimento do imposto de importação” (RT, v. 706, p. 438 a 441), atestando que a preocupação com a voragem do Estado sobre a liberdade deambulatoria do homem atinge outros segmentos dos operadores jurídicos, e não somente a magistratura. Após acurada análise, conclui o estudioso:

“O só fato de inexistir documento dando conta de que o imposto de importação foi recolhido, o condão não possui de ter-se por tipificada a conduta ilícita desenhada pelo legislador no *caput*, ou na alínea c, do § 1º, do art. 334, do Estatuto Criminal.”

E diz mais:

“O agente que traz em sua bagagem, colocada no lugar próprio do ônibus, sem desviar-se de barreira alfandegária, produto importado, facilmente encontrável mediante singela fiscalização, ainda que não efetue o recolhimento do imposto de importação, não pratica, para fins penais, a ação de iludir o fisco, nem muito menos a de introduzir clandestinamente no País, ou importar fraudulentamente, mercadoria de procedência estrangeira, daí por que a conduta é atípica, não merecendo, assim, sanção de ordem penal, mas, apenas, de âmbito fiscal.”

E para que não se diga que são vãs as críticas aqui tecidas, arrisco uma sugestão: que tal o Estado-Fiscal instituir uma espécie de “banco de informações” acerca das pessoas flagradas em conduta de desvio do pagamento das exações geradas pela importação? Assim, existiria o controle dos *habitués* nessa prática, que seriam, por conseqüência, impedidos de celebrar contratos com pessoas jurídicas de direito público ou entidades paraestatais (*lato sensu*).

Outra punição administrativa, que tocaria fortemente em um aspecto essencial da vida moderna, seria a vedação do recalcitrante de operar em bancos (oficiais ou particulares), até mesmo para a abertura de uma singela conta-corrente. Nos dias de hoje, não ter um talão de cheques é um *capitis diminutio* que pune mais severamente o infrator do que mesmo a aplicação de uma curta pena deambulatoria.

Por fim, aos que entendem que a credibilidade da administração pública seria mais facilmente vulnerada com o sancionamento apenas extrapenal do “descaminho”, rememoro que outras irregularidades, bem mais sérias, são praticadas no gerenciamento da coisa pública, sem que desafiem, obrigatoriamente, sanção penal. E nem por isso se fala em desmoroamento do Estado...