## *IMPOSTO — PAGAMENTO — DESCAMINHO — EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE*

*— O pagamento do tributo, no crime de descaminho, definido na lei nº 4 729, de 1965, é causa de extinção da punibilidade.*

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Ministério Público Federal *versus* Oscar da Cunha Medeiros e João Paulo de Souza
Recurso extraordinário nº 76 071 — Relator: Sr. Ministro
BILAC PINTO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade, conhecer do recurso e negar-lhe provimento, por maioria de votos.

Brasília, 6 de março de 1974. *Eloy da Rocha,* Presidente. *Bilac Pinto,* Relator.

RELATÓRIO

*O Sr. Ministro Bilac Pinto*: O Procurador da República, do Estado do Rio Grande do Norte, denunciou, por fato ocorrido em 30.12.71, João Paulo de Souza e Oscar da Cunha Medeiros, como incursos na sanção do art. 334, § 1º, letras *c* e *d*, do Código Penal, com a redação dada pela Lei nº 4 729, de 14.7.65 (fls. 5-7).

Argüida, pela defesa, a extinção da punibilidade, face ao recolhimento do tributo antes de iniciada a ação penal, o juiz federal a indeferiu, nestes termos:

"Indefiro a preliminar levantada nas defesas prévias dos réus, pois, segundo a ementa do v. acórdão do eg. Tribunal Federal de Recursos no HC nº 2 275-MT — relatado pelo Ex.mo Senhor Ministro Márcio Ribeiro, do seguinte teor:

"Contrabando ou descaminho. Extinção da punibilidade. Lei nº 4 729, arts. 1º,

2º e 5º. A faculdade de extinguir a punibilidade pelo pagamento do tributo devido não se estende aos crimes de contrabando ou descaminho, está restrita à sonegação fiscal definida na lei. *Habeas-corpus* por ausência de justa causa denegado" (fls. 10).

Requereu-se, então, a favor dos denunciados, ordem de *habeas-corpus*, que o Tribunal de Recursos, em maioria, concedeu, para trancar a ação penal (fls. 26-34), considerando que ao caso teria aplicação o § 2º do art. 18 do Decreto-lei nº 157, de 1967, *in verbis*:

Extingüe-se a punibilidade quando a imputação penal de natureza diversa da Lei nº 4 729, de 14.7.65, 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."

No recurso extraordinário, com apoio nas letras *a* e *d*, alega o Ministério Público Federal que a decisão recorrida negou vigência ao art. 5º do Decreto-lei nº 399, de 30.12.68, além de divergir da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, segundo a qual "a faculdade de extinguir a punibilidade, pelo pagamento do tributo devido, não se estende aos crimes de contrabando ou descaminho".

Admitido o recurso pelo dissídio (fls. 43), a Procuradoria-Geral da República, nesta Corte, pronunciou-se favoravelmente ao seu conhecimento e provimento (fls. 59-60).

Devo acrescentar que este processo, pelo seu então relator, Ministro Barros Monteiro, foi levado a julgamento na Segunda Turma. Naquela ocasião, sugerira o Ministro Xavier de Albuquerque a sua vinda ao Pleno, ao que assentiu o Relator.

Redistribuído a mim o recurso, face a licença do Ministro Barros Monteiro, pedi dia no Pleno.

É o relatório.

VOTO

*O Sr. Ministro Bilac Pinto* (Relator): Motivou o apelo extremo a declaração de extinção da punibilidade, assim reconhecida no julgamento do *habeas-corpus*, pelo recolhimento, antes de iniciada a ação penal, do tributo devido.

Entende o recorrente que esta extinção, contemplada no art. 2º da Lei nº 4 279, de 1965, não se aplica às figuras criadas pelo art. 5º da mesma lei, modalidades afins do contrabando ou descaminho, mas tão-somente aos atos que define, em seu art. 1º, como crime de sonegação fiscal, e, para tanto arrola decisões desta Corte: RHC nº 48 271 (*RTJ*, 55/371) e RE nº 72 102 (*RTJ*, 59/903).

O legislador, nas fraudes fiscais, tem-se contentado, mesmo valendo-se da ameaça penal, com o pagamento do tributo e multas desde que ocorram determinados pressupostos. É o que se depreende da citada Lei nº 4 729 e do Decreto-lei nº 157, de 1967, numa demonstração, bem anotada pelo Prof. Heleno Fragoso, de relutância do legislador na incriminação desta fraude (*O novo direito penal tributário e econômico, in R.B.D.P.C.*, p. 63).

Inscrevendo-se o descaminho entre os atos de fraude ao Fisco (Galdino Siqueira, *Tratado de direito penal*, p. 647; Magalhães Noronha, *Direito penal*, 4/441), sendo, portanto, crime de sonegação fiscal (Heleno Fragoso, *Jurisprudência criminal*, 1/97; Ministro Victor Nunes Leal, *RTJ*, 406/307), deve ele, também, ser alcançado pelo benefício da extinção da punibilidade.

Mesmo que assim não fosse, o Decreto-lei nº 157, de 1967, deu maior elastério a esta franquia legal, como se lê do § 2º do art. 18:

"Extingue-se a punibilidade quando a imputação penal, de natureza diversa da Lei n 4 729, de 14.7.65, 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."

Estando documentados, no caso em exame, o pagamento do tributo (fls. 8) e a sua anterioridade ao início da ação penal (fls. 5 a 8), tem total aplicação o disposto no § 2º do art. 18 do Decreto-lei nº 157, de 1967, como afirmado no acórdão recorrido.

Assim votei, embora vencido, no RE nº 75 448.

Não procede, ademais, o fundamento sob a letra *a* do recurso, quando invoca a aplicação do art. 3º do Decreto-lei nº 399, de 1968, *in verbis*:

"Art. 5º Sem prejuízo dos tributos e demais gravames e das sanções penais cabíveis, e excetuadas as mercadorias abandonadas, as de importação proibida e as referidas no art. 1º, será convertida em multa igual ao valor comercial da respectiva mercadoria, a penalidade que implique em *sua perda*" (*grifei*).

A este respeito, em seu voto, frisou o ministro Amarílio Benjamin:

"Tenho para mim, porém, que tal exceção não pretendeu modificar a norma do Decreto-lei nº 157. O Decreto-lei nº 399 cuidou especificamente da perda ou não das mercadorias e autorizou substituí-las pelo pagamento dos tributos. A referência a crimes tem caráter geral sem prejuízo, portanto das disposições ordinárias aplicáveis" (fls. 29).

Assim, pela mesma forma considero a questão, por não ver revogação no particular do Decreto-lei 157/67.

Isto posto, conheço do recurso pela letra *d*, visto que é inegável o dissídio, mas, *data venia*, nego-lhe provimento.

EXTRATO DA ATA

RE nº 76 071 — RN — Rel., Ministro Bilac Pinto. Recte., Ministério Público Federal. Recdos., Oscar da Cunha Medeiros e João Paulo de Souza (Advs., Hamilton de Sá Dantas e Raimundo Nonato Fernandes).

Decisão: Adiado o julgamento, por haver pedido vista o Ministro Rodrigues Alckmim, depois do voto do Relator que conhecia do recurso mas lhe negava provimento. Licenciado, o Senhor Ministro Barros Monteiro. Ausentes, justificadamente, os Ministros Luiz Gallotti e Antonio Neder, e ocasionalmente, o Sr. Ministro Aliomar Baleeiro.

Presidência do Sr. Ministro Eloy da Rocha. Presentes à sessão os Senhores Ministros Oswaldo Trigueiro, Aliomar Baleeiro, Djaci Falcão, Thompson Flores, Bilac Pinto, Xavier de Albuquerque e Rodrigues Alckmim. Procurador-Geral da República, Professor José Carlos Moreira Alves. Licenciado, o Sr. Ministro Barros Monteiro. Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Luiz Gallotti e Antonio Neder.

VOTO

*O Sr. Ministro Rodrigues Alckmim*: Para relembrar o tema que neste recurso se debate, reproduzo o relatório do eminente Ministro Bilac Pinto: "O Procurador da República, do Estado do Rio Grande do Norte, denunciou, por fato ocorrido em 30.12.71, João Paulo de Souza e Oscar da Cunha Medeiros, como incursos na sanção do art. 334, § 1º, letras *c* e *d*, do Código Penal, com a redação dada pela Lei nº 4 729, de 14.7.65 (fls. 5-7).

Argüida, pela defesa, a extinção da punibilidade, face ao recolhimento do tributo antes de iniciada a ação penal, o juiz federal a indeferiu, nestes termos:

"Indefiro a preliminar levantada nas defesas prévias dos réus, pois segundo a ementa do v. acórdão do eg. Tribunal Federal de Recursos do HC nº 2 275 do MT

— relatado pelo Ex.mo Senhor Ministro Márcio Ribeiro, do seguinte teor:

"Ementa — Contrabando ou descaminho. Extinção da punibilidade. Lei nº 4 729, arts. 1º, 2º e 5º. A faculdade de extinguir a punibilidade pelo pagamento do tributo devido não se estende aos crimes de contrabando ou descaminho; está restrita à sonegação fiscal definida na lei. *Habeas-corpus* por ausência de justa causa denegado" (fls. 10).

Requereu-se, então, a favor dos denunciados, ordem de *habeas-corpus,* que o Tribunal de Recursos, em maioria concedeu, para trancar a ação penal (fls. 26-34). considerando que ao caso teria aplicação o § 2º do art. 18 do Decreto-lei 157, de 1967, *in verbis*:

"Extingue-se a punibilidade quando a imputação penal de natureza diversa da Lei nº 4 729, de 14.7.65, 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".

No recurso extraordinário, com apoio nas letras *a* e *d,* alega o Ministério Público Federal que a decisão recorrida negou vigência ao art. 5º do Decreto-lei nº 399, de 30.12.68, além de divergir da jurisprudência do Supremo Tribunal, segundo a qual "a faculdade de extinguir a punibilidade, pelo pagamento do tributo devido, não se estende aos crimes de contrabando ou descaminho".

Admitido o recurso pelo dissídio (fls. 43), a Procuradoria-Geral da República, nesta Corte, pronunciou-se favorável ao seu conhecimento e provimento" (fls. 59-60).

2. O eminente Relator conhece do recurso mas lhe nega provimento, pela consideração de que, inscrevendo-se o descaminho entre os atos de fraude ao Fisco, deve ser alcançado pelo benefício da extinção da punibilidade; e que o Decreto-lei nº 157/67, em seu art. 18, § 2º, encontra aplicação ao caso, sem que o art. 5º do Decreto-lei nº 399/68 lhe tenha alterado o alcance. Dispõe o § 2º do art. 18 do Decleto-lei nº 157 que a punibilidade se extingue "quando a imputação penal, de natureza diversa da Lei nº 4 729, de 14.7.65, decorra de ter o agente elidido o pagamento do 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".

3. Pedi vista dos autos, diante de diferente orientação adotada em julgado no RE nº 75 448 — que o voto do Relator mencionou — e de decisões outras, em ambas as turmas e no Pleno. Assim, no HC nº 50 487-GB (*RTJ,* 65/324) a eg. Segunda Turma negou *habeas-corpus,* com a seguinte ementa: "Lei nº 4 729/65, art. 2º, Decreto-lei nº 157/67, art. 18. Estas normas não se referem à extinção da punibilidade do crime de contrabando, mas, isto sim, à do crime de sonegação fiscal". Relatou o feito o eminente Ministro Antonio Neder.

Na Primeira Turma, no RE nº 72 102 do DF (*RTJ,* 59/903), o Relator, Ministro Barros Monteiro, firmou, na ementa: "A faculdade de extinguir a punibilidade peelo pagamento do tributo devido não se estende aos crimes de contrabando ou descaminho; está restrita à sonegação fiscal definida na lei". E o Tribunal Pleno, ao julgar o HC nº 48 271-DF (*RTJ,* 55/371), sendo relator o eminente Ministro Adaucto Cardoso, acolheu igual orientação.

4. A Lei nº 4 729/65, em seu art. 1º, criou tipo de delito denominado de "sonegação fiscal". E no art. 2º dispôs sobre a extinção da punibilidade dos "crimes previstos" na mesma lei, quando o agente recolhesse o tributo devido antes de ter início a ação fiscal própria, na

esfera administrativa. No art. 5º, deu a aludida Lei nº 4 729 nova redação ou substituiu os parágrafos do art. 334 do Código Penal, referentes a contrabando e descaminho.

Creio legítima a interpretação de que a extinção da punibilidade, prevista no art. 2º da Lei nº 4 729, referente aos "crimes previstos nesta lei", se restringia aos de sonegação fiscal. Os de contrabando ou descaminho continuavam previstos no Código Penal, ainda que nova redação lhes houvessem dado, aos parágrafos do art. 334, a Lei nº 4 729, em seu art. 5º. Mas o Decreto-lei nº 157/67, em seu art. 18, dispôs:

"Nos casos de que trata a Lei nº 4 729, de 14 de julho de 1965, também se extinguirá a punibilidade dos crimes nela previstos se, mesmo iniciada a ação fiscal, o agente promover o recolhimento dos tributos e multas devidos, de acordo com as disposições do Decreto-lei nº 62, de 21.11.66, ou deste decreto-lei, ou, não estando julgado o respectivo processo depositar, nos prazos fixados, na repartição competente, em dinheiro ou em Obrigações Reajustáveis do Tesouro, as importâncias nele consideradas devidas, para liquidação do débito após o julgamento da autoridade da primeira instância".

E acrescentou, no § 2º do mesmo art. 18: "extingue-se a punibilidade quando a imputação penal de natureza diversa da Lei nº 4 729, de 14.7.65, decorra de ter o agente elidido o pagamento do 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".

5. Já aqui, parece-me não é de sustentar que este dispositivo se refira somente a crimes de sonegação fiscal. Além de ser, em tal caso, inútil a previsão, o texto legal se refere, declaradamente, a "imputação penal de natureza diversa da Lei nº 4 729" (e, portanto, à imputação que se não refira a crime de sonegação fiscal), imputação que decorra de ter o agente *elidido* o pagamento de tributo.

Ora, o descaminho consiste, exatamente numa sonegação de tributo, ou em elidir, no todo ou em parte, o pagamento de direito ou imposto devido pela entrada, pela saída ou pelo consumo de mercadoria. Tenho, pois, que a norma do art. 18, § 2º, do Decreto-lei nº 157, de 1967 a ele se refere.

6. Alega-se que essa interpretação seria estímulo ao descaminho ou ao contrabando, pela segurança de que, apanhados os delinqüentes, aberta lhes estaria a saída para a impunidade. Mas há distinguir: a extinção da punibilidade está restrita aos casos — não, de importação de mercadorias proibidas — mas de não haver pagamento de tributo devido. O argumento de que o benefício acoroçoará a criminalidade parece-me provar demasiadamente: da mesma forma, a extinção da punibilidade prevista no art. 2º da Lei nº 4 729, de 1965, viria a estimular — a acolher-se o argumento — a criminalidade, no tocante à sonegação fiscal. Revelando critério de política legislativa, propenso a obter o pronto recolhimento de tributos e multas, sem punição penal, a orientação da lei foi a de, verificada a sonegação ou verificado o descaminho — delitos, ambos que, como ponderou Viveiros de Castro quanto ao descaminho, atentam "contra as rendas públicas, contra os meios de subsistência da Nação" — a orientação da lei foi a de declarar extinta a punibilidade, diante de voluntário e pronto pagamento dos tributos e das multas.

Creio, pois que o art. 18, § 2º, do Decreto-lei nº 157/67 se aplica a este caso, não cabendo ao intérprete, pela consideração de que não decorreu ele de me-

lhor inspiração do legislador, negar-lhe o entendimento que dele ressalta.

Nem encontro, no art. 5º do Decreto-lei nº 399, de 1968, qualquer revogação da regra do aludido § 2º

Neste art. 5º se dispôs que, "sem prejuízo dos tributos e demais gravames e das sanções penais cabíveis, e excetuadas as mercadorias abandonadas, as de importação proibida e as referidas no art. 1º, será convertida em multa igual ao valor comercial da respectiva mercadoria, a penalidade que implique em sua perda". Ora, em nada contraria a extinção da punibilidade prevista no art. 18, § 2º, do Decreto-lei nº 157 a declaração de que, ressalvadas exceções, a perda de mercadoria, por imposição da lei será substituída por multa igual ao seu valor comercial.

Com essas considerações, entendo que no presente caso, de descaminho, incide o texto relativo à extinção da punibilidade. E com a vênia devida aos doutos votos dissidentes, conheço do recurso pela letra *d*, mas lhe nego provimento.

VOTO

*O Sr. Ministro Xavier de Albuquerque*: Sr. Presidente, o eminente Ministro Rodrigues Alckmim acaba de proferir voto que eu gostaria de ter proferido, porque S. Exª, dizendo muito melhor, enunciou o pensamento que tenho manifestado na Turma.

O problema da extinção da punibilidade pelo pagamento dos tributos, em relação ao crime de descaminho, foi apreciado, a princípio, à luz da Lei nº 4 729, art. 2º, tomando-se a orientação, que me parece exata, de que esse preceito só se havia de referir ao crime de sonegação fiscal *stricto sensu*. Estabeleceu-se, desse modo, tal orientação jurisprudencial, mas tenho a impressão de que, advindo o Decreto-lei nº 157, cujo art. 18, § 2º, parece-me explícito em estender o favor aos demais crimes, a reiteração daquela tendência jurisprudencial não se deu conta da importante adição legislativa, pelo que dita jurisprudência ficou sendo repetida, creio eu que, já aí, por equívoco. De sorte que minha posição também é esta: enquanto vigeu apenas a Lei nº 4 729, não se aplicava ao crime de descaminho esse benefício, mas sobreveio o Decreto-lei nº 157 e, no § 2º do art. 18, dispôs que a extinção se daria, também, em quaisquer crimes de natureza diversa da dos definidos na dita Lei nº 4 729. Não há mais como hesitar.

Acompanho os votos dos eminentes Ministros Relator e Rodrigues Alckmim.

VOTO

*O Sr. Ministro Antonio Neder*: Sr. Presidente, na verdade eu não me encontrava presente na sessão em que se iniciou o julgamento do caso agora decidido pelo eminente Sr. Ministro Rodrigues Alckmim.

Mas o certo é que S. Exª, ao proferir, agora, seu erudito voto, fez completa exposição da controvérsia, e, por esse novo relatório, fiquei inteirado de todos os detalhes do assunto, razão esta que me habilita a votar a matéria neste ensejo discutida.

Aliás, em duas oportunidades versei o tema na Segunda Turma e o tenho bem vivo na lembrança.

Passando, então, a votar, peço vênia aos eminentes Srs. Ministros Bilac Pinto, Xavier de Albuquerque e Rodrigues Alckmim para discordar de Suas Excelências.

É que, prevalecendo a orientação que esses nobres Ministros sustentam, dar-se-á, para efeito de extinção da punibilidade do crime de contrabando ou descaminho, incompreensível separação entre o ilícito

penal definido no *caput* do art. 334 do Código Penal, e os que a ele foram acrescidos pela mal redigida Lei nº 4 729/65, art. 5º, visto que somente a esta faz referência o art. 18 do Decreto-lei nº 157, de 10.2.67.

Peço vênia aos Ministros Bilac, Xavier e Alckmim para dizer que, predominando a interpretação ampliativa do supracitado art. 18, chegar-se-á, necessariamente, ao seguinte absurdo, que a boa razão afasta: se o agente praticar o crime definido pelo *caput* do art. 334 do Código Penal, não terá como fazer o pagamento dos tributos e multas devidos, e, assim, obter o decreto de extinção da punibilidade de tal ilícito penal; entretanto, se ele cometer o contrabando ou descaminho por qualquer das formas previstas nas letras *c* e *d*, ambas do § 1º daquele mesmo art. 334 do Código Penal, poderá beneficiar-se da medida questionada.

Um tal absurdo, ao que me parece, não pode prevalecer.

Sei que este argumento não influirá na opinião dos nobres Ministros que votaram em favor da tese ampliativa, mas é certo que demonstra o erro terrível do bisonho legislador da Lei nº 4 729, de 1965, severamente criticado pelo Prof. Heleno Fragoso (*Rev. Bras. de Crim. e Dir. Pen.*, nº 12, p. 73) e, em termos brandos, pelo estudioso juiz paulista Manoel Pedro Pimentel (*Dir. pen. econ.*, 1973, p. 221 e seguintes).

Ora, uma lei assim tão mal elaborada por legislador que desconhece os problemas jurídicos não pode ser entendida, notadamente pelo Supremo Tribunal, com aquela mesma inteligência que esta Corte emprega na interpretação de textos legais redigidos por juristas.

Na petição de HC nº 50 487, da Guanabara, foi suscitada a mesma questão agora discutida.

Ao julgá-la na Segunda Turma, proferi voto do qual destaco estes fundamentos (*RTJ*, 65/324):

"Na verdade, o art. 18 do Decreto-lei nº 157, de 1967, ampliando a regra do art. 2º da Lei nº 4 729/65 expressa que, nos casos deste último diploma, extinguir-se-á a punibilidade dos crimes nele previstos, mesmo que haja sido instaurada a ação penal, se o agente pagar os tributos e multas devidos e o fizer nos termos do que regula aquela primeira norma.

Ocorre, porém, que as duas regras acima referidas não têm pertinência com o crime de contrabando, mas isto sim, com o de sonegação fiscal definido na Lei nº 4 729/65.

É o que vem decidindo o Supremo Tribunal como se pode conferir no RHC nº 47 797, de que foi Relator o eminente Sr. Ministro Thompson Flores (*DJ*, de 10.4.70, p. 1 330), no RE nº 48 271, de que foi Relator o eminente Sr. Ministro Adaucto Cardoso (*RTJ*, 55/371) e noutros julgamentos.

Os pacientes afirmam que a tese por eles defendida foi vitoriosa no HC nº 44.704, relatado pelo eminente Senhor Ministro Victor Nunes (*RTJ*, 46/304); mas do que li no acórdão proferido em tal julgamento, cheguei à conclusão de que o tema agora abordado foi ali debatido em termos algo sumários, nele não se detendo a egrégia Turma julgadora, que o apreciou de passagem e não como substância do caso, tanto que o *writ* foi concedido a um só dos pacientes e por diversa razão da que é invocada nestes autos.

É certo que a eg. Segunda Turma do Tribunal Federal de Recursos julgou, na AC nº 1 667, que

Nas novas modalidades do crime de descaminho, previstas nas letras *c* e *d*, acrescentadas ao texto do Código Penal pelo art. 5º da Lei nº 4 729, de 14.7.65,

o pagamento dos tributos devidos extingue a punibilidade" (lei citada, artigo 2º, combinado com o art. 18 do Decreto-lei nº 157, de 10.2.67).

Dá-se, todavia, que o entendimento condensado em tal acórdão não se harmoniza com o tipo agora discutido, que, sendo mista alternativa, de conteúdo variável, pois descreve diversas hipóteses do mesmo fato delituoso, todas fungíveis de modo que a realização de mais de uma não desfaz a unidade do crime, um tipo que tal não comporta fragmentação para efeito de se regular a extinção da punibilidade do fato nele descrito.

Seria aberrante que a extinção da punibilidade do crime definido no *caput* do art. 334 do Código Penal, fosse regulada por uma forma, e que, no pertinente aos seus parágrafos, fosse ela regrada em termos diferentes, quebrando a harmonia do sistema vigorante no Código Penal.

A verdade é que a Lei nº 4 729/65 foi concebida para tratar do crime de sonegação fiscal, mas o legislador, sem atentar para os detalhes acrescentou ao seu texto a matéria do seu art. 5º, que, por ser de natureza diversa, ficou incompatibilizada com o sistema que ela adotou, notadamente com o seu art. 2º; mas o juiz, ao aplicar a lei, deve corrigir os seus erros."

Insistindo na fundamentação acima transcrita, conheço do recurso, porque demonstrada a divergência, e lhe dou provimento, *data venia*.

É o que voto.

VOTO

*O Sr. Ministro Thompson Flores*: Senhor Presidente. *Peço venia* ao eminente Relator e aos que o acompanharam para dissentir, ficando, pois, na linha em que se manteve o eminente Ministro Antonio Neder.

Ao que estou lembrado, por duas vezes votei neste sentido, uma ocasião na Turma, ao relatar o RHC nº 46 940, do Distrito Federal, em 9.6.69.

Permito-me rememorar a ementa deste julgado, *verbis*:

"Crime de contrabando (Código Penal, art. 334, § 1º, *c*).

Extinção da punibilidade, nos termos do art. 18, do Decreto-lei 157/67.

No processo administrativo (fiscal) é que cabe ao interessado satisfazer os requisitos a que se refere o preceito, para verificar sua adequação à infração atribuída (Lei nº 4 729/65, art. 2º).

Ausentes estes pressupostos, descabe o *writ*.

Recurso não provido."

A outra foi em Plenário, em 23.9.70, no RHC nº 48 271, do qual foi Relator o eminente Ministro Adaucto Cardoso, sendo mantida a mesma orientação. Precedentes outros também assim se orientaram.

Não tenho por que mudar. E, quanto mais cotejo os preceitos que autorizam a solver a matéria, mais me possuo do acerto da distinção feita no primeiro dos julgados, com as conseqüências daí emergentes.

De resto, a distinção também se contém no Direito italiano, segundo assinala o Prof. Heleno Fragoso, em artigo de Doutrina publicado na *Revista Brasileira de Criminologia*, 12/71.

Por último, quero acrescentar que o novo Código Penal, a entrar em vigor em 1 de julho próximo vindouro, e que revoga a legislação em comentário, não considera entre as causas da extinção da punibilidade aquela que está sendo admitida.

Em conclusão, conheço, também, do recurso, pedindo vênia para dar-lhe provimento.

É o meu voto.

EXTRATO DA ATA

RE nº 76 071 — RN — Rel., Ministro Bilac Pinto. Reecte., Ministério Público Federal. Recdos., Oscar da Cunha Medeiros e João Paulo de Souza (Advs., Hamilton de Sá Dantas e Raimundo Nonato Fernandes).

Decisão: Adiado o julgamento, pelo pedido de vista o Ministro Aliomar Baleeiro, após os votos do Relator, dos Ministros Rodrigues Alckmim e Xavier de Albuquerque, conhecendo do recurso mas lhe negando provimento, e, dos Ministros Antonio Neder e Thompson Flores que conheciam do recurso e davam-lhe provimento. Licenciado, o Ministro Barros Monteiro.

Presidência do Sr. Ministro Eloy da Rocha. Presentes à sessão os Senhores Ministros Luiz Gallotti, Oswaldo Trigueiro, Aliomar Baleeiro, Djaci Falcão, Thompson Flores, Bilac Pinto, Antonio Neder, Xavier de Albuquerque e Rodrigues Alckmim. Procurador-Geral da República, o Prof. José Carlos Moreira Alves. Licenciado, o Sr. Ministro Barros Monteiro.

VOTO

*O Sr. Ministro Aliomar Baleeiro*: 1. Trata-se de recurso extraordinário do Ministério Público interposto do v. acórdão do eg. Tribunal Federal de Recursos que concedeu *habeas-corpus* ao diretor e ao funcionário dum clube de futebol de Natal, Rio Grande do Norte, processados por contrabando ou descaminho (Código Penal, art. 334, § 1º, *c* e *d*, na redação da Lei nº 4 729, de 1965), porque as autoridades encontraram no bar da entidade esportiva algumas garrafas de *whisky* escocês, sem a documentação fiscal. O v. acórdão baseou-se em que o art. 18, do Decreto-lei nº 157, de 1967, estatui:

"§ 2: *Extingue-se a punibilidade quando a imputação penal, de natureza diversa da Lei nº 4 729/65*, decorra de ter o agente elidido o pagamento do 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."

O clube pagou os tributos e as multas.

Invocou ainda o eminente Ministro Amarílio Benjamin o v. acórdão do Supremo Tribunal Federal no HC nº 48 374, Relator Amaral (*RTJ*, 56/490), em cuja ementa se lê que "liberada e entregue a mercadoria ao paciente pela autoridade, desaparece o crime de contrabando". O Ministério Público Federal socorre-se de outros acórdãos do Supremo Tribunal Federal, em sentido contrário, e do art. 5º, do Decreto-lei 399/68, que teria admitido o pagamento em substituição da perda das mercadorias, "sem prejuízo das sanções penas cabíveis".

Os eminentes Ministros Bilac Pinto, Relator, Alckmim e Xavier, fundamentando os respectivos votos naquela cláusula do art. 18, § 2º, do Decreto-lei nº 157, conheceram do recurso pelo dissídio mas lhe negaram provimento, mantendo o venerando acórdão concessivo do *habeas-corpus*.

3. Mas os eminentes Ministros Neder e Thompson, pelo contrário, acolheram o apelo do Ministério Público, Disse o primeiro em seu voto:

"Não é possível que o crime de contrabando, que está definido no Código Penal, como um determinado tipo, depois venha a sê-lo de modo diverso na lei de sonegação fiscal. Então, o crime teria duas prescrições: para o efeito do Código Penal, extinguindo a punibilidade por um modo; na lei de sonegação fiscal, extinguindo por outra forma. É inteiramente absurdo."

Com mil vênias, não é tão absurdo assim e não temos ao direito de passar atestado de inépcia ao legislador, cuja política penal não nos é dado rejeitar, mas apenas cumprir como nela se contém, ainda que de sua sabedoria discordemos como simples cidadãos. Então, seriam absurdos os institutos da anistia e do indulto. Afinal, poderá parecer um contrasenso que se gaste dinheiro público numa enorme fadiga de policiais, promotores, juízes, meirinhos e carcereiros para condenar um pobre diabo, que afinal o Presidente da República indulta ou o Congresso anistia. Mas está na Constituição.

O Código Penal extingue a punibilidade quando o sedutor casa com a menor temerária e não pune a tentativa frustrada por ineficácia absoluta do meio ou por absoluta impropriedade do objeto, embora ela revele a ignóbil periculosidade de quem, por exemplo, queria ministrar cianeto e enganou-se com um comprimido de vitaminas.

Não há lei mais grávida de paradoxos do que a penal, que pune delitos sem vítimas, como o fumo de maconha.

Aquele absurdo aos olhos severos do eminente juiz é excedido pelo princípio da retroatividade da lei que não considera mais como criminosos certos fatos típicos.

Afinal, no caso do Decreto-lei nº 157, o legislador limitou-se a substituir a prisão por penas pecuniárias, segundo os interesses do Tesouro, único prejudicado pelo crime de contrabando. E não é caso isolado.

Por essas razões todas não me posso curvar àquele fundamento, até porque a história do Direito Penal, em séculos, coincide com a da abolição de vários crimes e penas, como muitas das que vigoraram no Brasil, até 1832, embora já não se aplicassem várias delas àquele tempo.

O eminente Ministro Thompson teme que o Decreto-lei nº 157 se torne um "convite ao descaminho". Nesse caso, esse diploma será também outro convite à sonegação do imposto de renda, ou do IPI, escancaradamente remível da cadeia pelo pagamento do tributo e multa. Raramente, um contrabando pode atingir a somas elevadas, ao passo que já tivemos oportunidade de julgar aqui sonegações fiscais de outros impostos em milhões de cruzeiros.

*Data venia,* esse argumento, afinal, julga e condena o legislador e não o sujeito acusado de sonegação tributária.

4. Tenho profundas dúvidas sobre o caráter criminal do fato imputado aos pacientes, porque nem eles eram comerciantes, nem um clube de futebol que serve bebidas aos sócios, cobrando-lhes o valor delas, está no "exercício de atividade comercial ou industrial".

Esse exercício de comércio ou indústria, nos crimes do art. 334 do Código Penal, incs. *c* e *d,* segundo a redação da Lei 4.729/65, é condição *sine qua non,* do tipo criminal. Clube não é comércio, diretor e empregado de clube não são comerciantes. Não visam a lucros, mas apenas a propiciar comodidade aos associados.

Isso, a meu ver, por si só justifica o *habeas-corpus,* por falta de justa causa.

O legislador compreendeu que não se pode exigir do não-negociante a suspicácia suficiente para diagnosticar "notas frias" e outros expedientes que dissimulam mercadorias contrabandeadas ou mesmo falsificadas.

5. Por último e não menos importante, o Decreto-lei nº 157/67, retrocedendo das inclinações draconianas da Lei nº 4 729, de 1965, após 12 anos de experiência, adotou uma política pragmática de suavização de penalidades no próprio interesse do Fisco. O art. 18, e parágrafos

devem ser cotejados com outros dispositivos desse longo diploma, que acena com remissões, reduções e perdões ao contribuinte em falta e pecado ou apenas desejoso de pagar menores tributos desde os incentivos fiscais até o cancelamento de penas.

Por exemplo, a sonegação do próprio Decreto-lei nº 157 é punida apenas com multa, embora elevada (art. 6º, §§ 1º e 7º, e parágrafo único); reduções da multa à metade contra pagamento até certo prazo (arts. 13 e 14); parcelamento do pagamento de multas (art. 14, parágrafo único); dispensa de exibição de documentos antes exigidos (art. 16, parágrafos).

Finalmente, o longo art. 18 que, no *caput*, emendando a Lei nº 4 729, ordena a extinção da punibilidade dos crimes nesta previstos, mesmo se o pagamento for posterior ao início da ação *fiscal*, ou que se confessar culpado nos próximos dois anos (até 15.3.67). E o § 2º que dilata a extinção da punibilidade a outros crimes da Lei nº 4 729, além do de sonegação.

Essa política lenitiva do Decreto-lei nº 157 se iniciou com o Decreto-lei nº 62, de 21.11.62, por ele citado algumas vezes, e que cancelou no art. 16, de roldão, todos e quaisquer débitos fiscais inclusive multas, não superiores a Cr$ 50,00, quantia equivalente ao quádruplo de hoje (dólar de Cr$ 1,60). E no art. 17, deu 50% de redução de todos os débitos fiscais, inclusive multas, superiores a Cr$ 50,00 tolerando o parcelamento para os de valor acima de Cr$ 5.000,00 com o mesmo rebate.

A lei toda esclarece o artigo. O Direito Fiscal todo ilumina a lei isolada. É o que resulta do art. 108, II, do CTN, que prestigia a anistia fiscal (art. 180), inclusive sob condição de pagamento do tributo (art. 181, II, *c*), assim como a exclusão de responsabilidade do pecador tributário que denuncia espontaneamente a infação e paga logo o tributo com os juros de mora (art. 138).

O Decreto-lei nº 399, art. 5º, não apagou os efeitos do Decreto-lei nº 157, art. 18, pois trata do caso específico da perda de mercadoria.

6. *Data venia* dos eminentes Ministros Thompson e Neder, nego provimento nos termos dos votos Bilac, Alckmim e Xavier.

VOTO

*O Sr. Ministro Djaci Falcão*: Acompanho o eminente Relator, tendo em vista os termos do art. 18, § 2º, do Decreto-lei nº 157, que não é de redação feliz, mas conduz à extinção da punibilidade, porque se satisfez o débito antes de iniciada ação penal.

Nego provimento ao recurso.

EXTRATO DA ATA

RE nº 76.071 — RN — Rel., Ministro Bilac Pinto. Recte., Ministério Público Federal. Recdos., Oscar da Cunha Medeiros e João Paulo de Souza (Advs., Hamilton de Sá Dantas e Raimundo Nonato Fernandes).

Decisão: Conhecido por unanimidade de votos, foi negado provimento ao recurso, vencidos os Ministros Antonio Neder e Thompson Flores. Não votou o Sr. Ministro Luiz Gallotti.

Presidência do Sr. Ministro Eloy da Rocha. Presentes à sessão os Senhores Ministros Luiz Gallotti, Oswaldo Trigueiro, Aliomar Baleeiro, Djaci Falcão, Thompson Flores, Bilac Pinto, Antonio Neder, Xavier de Albuquerque e Rodrigues Alckmim. Procurador-Geral da República, Prof. José Carlos Moreira Alves. Licenciado, o Senhor Ministro Barros Monteiro.