

CONTRABANDO E DESCAMINHO

Pelo DR. AMILCAR CAVALHEIRO MANSO

I

O imposto aduaneiro

A origem do tributo aduaneiro está na antiquíssima ideia de se sujeitar a entrada ou saída e até a circulação de mercadorias a um imposto.

Os impostos aduaneiros portugueses encontram os seus mais remotos antepassados nos direitos que as alfândegas cobravam durante a dominação romana. Nesta época encontramos as «portarias», as peagens e as portagens.

Durante o período visigótico, os direitos aduaneiros mantêm-se fundamentalmente os mesmos, como se pode ver no «Breviário de Alarico» e no Código Visigótico.

Na reconquista o sistema dos direitos alfandegários, ainda, estende as suas raízes à época romana, embora o regime fiscal tenda a tornar-se local.

Os árabes, durante a sua permanência na península, mudaram o nome a muitas instituições. Assim, aos direitos cobrados nas alfândegas passaram a chamar direitos de almocharifado.

Com a reconquista aparece-nos a *dízima*, imposto que veio a constituir um dos grandes rendimentos do Estado, e que só desapareceu debaixo das grandes reformas de Mouzinho da Silveira.

Hoje, é extraordinária a importância dos impostos aduaneiros. Para o vermos «basta considerar que se arrecadam através das alfândegas mais de oitenta por cento dos impostos indirectos, o que repre-

sentam mais de quarenta por cento da receita global dos impostos e cerca de quarenta por cento do total das receitas ordinárias do Estado», como se diz no relatório que precede a reforma aduaneira, aprovada pelo decreto-lei n.º 31.665, de 22 de Novembro de 1941.

Achille Cutrera define os direitos aduaneiros como um pagamento em moeda devido ao Estado por quem faz transportar, para cá ou para lá da fronteira, mercadorias destinadas a serem consumidas no interior ou no exterior do território aduaneiro do Estado.

São uma manifestação do poder financeiro do Estado, que se exerce através de ordens financeiras.

O poder financeiro tem o seu pressuposto no dever moral que todo o cidadão tem de contribuir para as finanças públicas; por isso se impõe a obrigação de obediência, de fazer ou não fazer, de tolerar ou não tolerar, em proveito dos rendimentos do Estado.

Hoje, mais que nunca, o Estado tem necessidade de enormes somas para a realização dos seus fins, todos devem contribuir, porque a contribuição vem em benefício de todos e a sua falta a todos prejudica.

Mas se o cidadão tem o dever de contribuir, poderá o Estado fazer uso ilimitado do poder financeiro? Não.

O poder financeiro deve ter fundamento legal. Daí os sérios limites de ordem jurídica que o exercício da soberania financeira encontra no Estado moderno.

Por isso, como disse o Professor Doutor Armindo Monteiro, «não parece errado dizer que o exercício da soberania tributária constitui um plano de equilíbrio entre a vontade do Estado e a vontade dos cidadãos».

II

O direito penal aduaneiro

O direito aduaneiro é o conjunto de normas que regulam a entrada e saída de mercadorias no país fiscal e a cobrança dos impostos devidos por este movimento de entrada e saída.

Estas normas resultariam ineficazes se não fossem completadas por outras, destinadas a reprimir a sua violação, normas essas que,

visando defender enèrgicamente o Estado contra a fraude fiscal, constituem o direito penal aduaneiro.

Na verdade, seria bem pouco, senão inútil, proibir e tributar, senão fossem organizadas sanções para os contraventores.

Devido à imperiosa necessidade de constituir e alimentar o erário público, encontramos em todos os Estados, um forte organismo para a vigilância na fronteira e no interior do país e cominadas contra os infractores as necessárias penas.

Estas penas foram muito severas e variadas através dos tempos, mas podemos dizer que hoje, na generalidade das legislações, se reduzem a multas, confiscação das mercadorias e meios de transporte e prisão.

Apesar de tantas e tão terríveis ameaças, o contrabando aumentava, pode dizer-se, na razão directa da severidade das penas e do rigor das restrições, pois que quanto maiores fossem os riscos maiores seriam os lucros, o que estimulava os contrabandistas. Só depois da queda de Napoleão, os governos se aperceberam do falso caminho andado e começaram a reduzir as penas, fixando-as entre limites e procurando torná-las proporcionais ao crime, buscando a equidade.

Pela sua natureza especial, para se adaptar às exigências das infracções fiscais, o direito penal aduaneiro tem um processo próprio, baseado num critério positivo próprio, derogando alguns critérios gerais do direito penal comum.

No direito português aparecem-nos muito cedo as questões contenciosas.

D. João I publicou em 5 de Outubro de 1377 o primeiro foral da Alfândega de Lisboa, que talvez fosse o «foral das portagens».

A primeira grande reforma dos serviços aduaneiros foi feita por Fontes Pereira de Melo, no regulamento de 17 de Setembro de 1885.

A reforma exerceu uma acção eficaz no melhoramento aduaneiro e fiscal. Ordenou e disciplinou os serviços aduaneiros. Criou uma legislação e jurisdição repressiva dos contrabandos, descaminhos e transgressões.

Em 1894 sentiu-se a necessidade de codificar as reformas parciais e sucessivas que se efectuaram depois de 1885, para se assentar num corpo de doutrina que precisasse e definisse o que cumpria fazer.

A reforma de 1894 veio até os nossos dias.

No relatório do decreto-lei que aprova o Contencioso Aduaneiro lê-se: «De 1894 até hoje a vida social e os conceitos que a informam alteraram-se profundamente. Por isso, a actual legislação reguladora do contencioso aduaneiro fiscal dá origem a males e inconvenientes que é urgente remediar. As leis só devem viver a vida dos princípios que as inspiram e das condições que determinaram o seu aparecimento. Quando não satisfazem as necessidades sociais que eram chamadas a satisfazer, quando já não regulam pela melhor forma as relações que vieram regular, impõe-se a sua substituição. Assim, o presente diploma traz, em muitos pontos, matéria nova, não por simples preocupação de novidade, mas porque surgiram necessidades novas a que é preciso dar satisfação, ou nas disposições velhas o tempo mostrou defeitos que se impõe corrigir».

O Contencioso Aduaneiro vigente, foi aprovado pelo decreto-lei n.º 31.664, de 22 de Novembro de 1941, rectificado no «Diário do Governo», I série, de 12 de Março de 1942 e alterado pelo decreto-lei n.º 31.964, de 8 de Abril do mesmo ano.

O livro I do Contencioso Aduaneiro compreende dois títulos. O primeiro «Das infracções fiscais» constitui o que se poderá chamar Código Penal Aduaneiro; o segundo «Do processo fiscal» constitui um verdadeiro Código de Processo Penal Aduaneiro».

Como direito subsidiário temos: as disposições de direito penal comum, quanto à responsabilidade fiscal de natureza criminal; as disposições de direito civil, quanto à responsabilidade de natureza civil; (art.º 11 do Contencioso); as disposições de processo penal, quanto aos casos omissos do Contencioso nesta matéria, (art.º 52.º); «em tudo o que não estiver especialmente previsto neste Contencioso observar-se-ão as leis e regulamentos aplicáveis no Supremo Tribunal Administrativo» (art.º 201.º).

III

As infracções fiscais

O art.º 1.º do Contencioso dá, como o art.º 1.º do Código Penal, uma noção puramente formal de infracção fiscal, dizendo que é o facto ilícito declarado punível por lei ou regulamento fiscal.

Encaminhar-se-á o nosso Contencioso na corrente que defende que os delitos fiscaes são delitos formais?

Logo que seja praticado um facto tipicamente ilícito surgirá a infracção?

Pelas disposições do § 2.º, do art.º 185.º do decreto n.º 3, de 27 de Setembro de 1894, do decreto n.º 4.560, de 8 de Julho de 1918 e pelo art.º 1.º do Contencioso, parece que o nosso direito se inspira na doutrina clássica dos delitos formais.

Mas, se olharmos para os art.ºs 35.º e 41.º, veremos que se fala em «acção ou omissão fraudulenta» e que no art.º 47.º se diz «por qualquer forma com fraude para a Fazenda Nacional», e teremos de concluir que a nossa lei exige a intenção criminosa, pois não se comprehende a fraude sem essa intenção.

Neste sentido se tem pronunciado o S. T. A., exigindo a intenção delituosa para que a infracção seja punida.

Se o facto é típico, é difícil averiguar se houve ou não intenção, por isso a lei presume-a, mas admite a prova em contrário: se assim não fosse, não faria sentido a disposição do art.º 6.º que admite a prova em contrário da presunção de fraude.

Autores há, para quem a ofensa aos direitos da Fazenda é sempre uma contravenção, e contrariamente para outros é sempre delicto.

O Contencioso, seguindo a classificação bipartida do nosso Código Penal, classifica no seu art.º 2.º as infracções fiscaes em delitos e transgressões. No entanto, não diz o que são delitos fiscaes, somente os enumera. Define transgressão no art.º 50.º, como sendo toda a acção ou omissão que, não constituindo delicto, seja contrária às leis ou regulamentos fiscaes.

São delitos fiscaes: o contrabando, o descaminho, a fraude às garantias fiscaes e a opposição a verificação e exames.

Só nos ocuparemos dos dois primeiros, por só eles serem verdadeiramente fiscaes, pois os outros traduzem-se em vários actos da natureza civil e criminal. Estes, só foram submetidos à disciplina do Contencioso pela necessidade de aplicação de «sanções rápidas e eficazes».

IV

O contrabando

No seu sentido etimológico é o procedimento contrário ao édito ou bando.

Há várias versões que procuram explicar a origem da palavra contrabando.

Para uns, costumavam os Senhores e Príncipes fazer apregoar as suas leis, nas estradas e praças públicas por meio de «bando», grupo de indivíduos que percorriam o país fazendo conhecer as decisões do Senhor. Daí a confusão de bando e édito.

Para outros, bando não é mais que a corrupção de «bannum», a ordem que os Papas lançavam contra os cristãos que vendiam armas aos sarracenos.

E ainda outros escritores filiam-na no italiano, por uma derivação análoga à de bandoleiro, invocando uma carta italiana de 1445, em que pela primeira vez se encontra este termo.

Mas, qualquer que seja a sua origem etimológica, o certo é que o seu significado primitivo era agir contra a lei.

Depois, limitou-se o seu conceito, designando sòmente a violação das leis fiscaes que proibiam a importação de mercadorias estrangeiras, ou a sua subtracção aos direitos a que pela lei ou pelo Príncipe estavam sujeitas.

Assim, surgiu o contrabando como delicto fiscal.

Posteriormente, alargou-se o conceito de contrabando como delicto fiscal. Com o aparecimento dos monopólios considera-se, também, contrabando, a fabricação e introdução fraudulenta no consumo dos produtos monopolizados.

Depois, o Estado, levado por fins económicos, tem o dever de proibir a importação ou exportação de determinadas mercadorias ou impor uma taxa sobre a fabricação de outras; ainda as violações destas disposições são consideradas contrabando.

Da mesma forma que o decreto n.º 2, de 27 de Setembro de 1894, o art.º 279.º do Código Penal define contrabando como «a importação ou exportação fraudulenta de mercadorias cuja entrada ou saída seja absolutamente proibida».

No entanto, a jurisprudência tinha alargado o conceito, para

abranger a importação ou exportação fraudulenta de mercadorias, cuja entrada ou saída estava sujeita a autorização especial.

Não era, assim, o contrabando um verdadeiro delito fiscal, mas, mais propriamente um delito de polícia, porque as proibições, regra geral, não eram determinadas por motivos fiscais e antes eram determinadas por fins sanitários, de segurança e de moral pública.

Encarando as realidades, o legislador de 1941, diz no relatório, ao justificar a nova definição, que «limitar a noção de contrabando às mercadorias de importação ou exportação proibidas, seria praticamente supérfluo» e «alargá-la a mercadorias de importação e exportação restringidas a determinadas entidades ou sujeitas a condicionamentos especiais... seria alimentar uma fonte de dúvidas e levar a resultados, muitas vezes, desvantajosos para a Fazenda Nacional».

Por isso, no art.º 35.º do Contencioso nos aparece o contrabando definido como sendo «toda a acção ou omissão fraudulenta que tenha por fim fazer entrar no País ou sair dele, quaisquer mercadorias sem passar pelas alfândegas».

O contrabando passa, agora, a ser um verdadeiro delito fiscal, porque o que o caracteriza, é a entrada ou saída de mercadorias sem passagem pelas alfândegas, portanto com lesão para os interesses financeiros do Estado.

É uma noção inteiramente nova, baseada em princípios orientadores diferentes a que já não interessa a natureza das mercadorias contrabandeadas. Se as mercadorias são de importação ou exportação absolutamente proibidas, isso constitui, simplesmente, uma agravante do delito, como se vê no § 1.º do art.º 37.º, que estabelece uma multa mais pesada, para este caso.

O art.º 36.º considera contrabando, ainda, uma série de casos especiais e o seu n.º 6 prevê que leis especiais venham a punir outras infracções como contrabando.

Já se usou desta faculdade por várias vezes. Por exemplo, nos decretos-lei n.º 32.322, de 16 de Outubro de 1942, n.º 32.077, de 11 de Junho de 1942, n.º 32.087, de 15 de Junho de 1942, e n.º 32.291, de 28 de Setembro de 1942.

Também é considerada contrabando a detenção de bilhetes de lotarias estrangeiras, nos termos do art.º 1.º do decreto-lei n.º 24.902, de 10 de Janeiro de 1935.)Acórdão do S. T. A. — Secção Aduaneira, publicado no «Diário do Governo», n.º 95, de 25 de Abril de 1947).

V

O descaminho

O descaminho é definido no art.º 280.º do Código Penal e art.º 7.º do decreto n.º 2, de 27 de Setembro de 1894, «como todo e qualquer acto fraudulento, que tenha por fim evitar, no todo ou em parte, o pagamento de direitos e impostos estabelecidos sobre a entrada, saída, fabricação ou consumo de mercadorias».

O actual Contencioso Aduaneiro, baseando-se em princípios orientadores diferentes, dá-nos uma nova noção no seu art.º 4.º, definindo descaminho como «toda a acção ou omissão fraudulenta que tenha por fim retirar das alfândegas, ou passar através delas, quaisquer mercadorias, sem serem submetidas ao competente despacho ou mediante despacho com falsas indicações, de modo quer a obter a entrada ou saída de mercadoria de importação ou exportação proibida, quer a evitar o pagamento total ou parcial dos direitos e mais imposições estabelecidas sobre a importação ou exportação».

Enquanto que na antiga regulamentação o descaminho era um delito puramente fiscal, pela nova regulamentação passa a ser um delito misto. Será delito fiscal, sempre que haja lesão ou tentativa de lesão dos interesses financeiros, e será delito de polícia se o fim consistir apenas em fazer entrar ou sair do país mercadorias de importação ou exportação absolutamente proibidas. Para este caso estabelece o § 2.º do art.º 43.º uma multa mais pesada, além do perdimento decretado nos termos do art.º 44.º.

Outra diferença existente entre a antiga e a nova definição é que a primeira considerava descaminho todo o acto fraudulento que tivesse por fim evitar o pagamento, no todo ou em parte, dos direitos ou impostos sobre a fabricação e consumo, e a segunda só considera em descaminho estes impostos quando se trate de entrada ou saída de mercadorias a eles sujeitas e estando a sua cobrança a cargo das alfândegas (n.º 3 do art.º 36.º por força do n.º 1 do art.º 42.º).

Devido à nova noção de contrabando, o descaminho ficou com um âmbito muito mais reduzido. Assim, a nova definição não abrange o caso de mercadorias que, sendo regularmente despachadas, beneficiam de isenção ou de direitos especiais, desde que se destinem a determinada aplicação ou se mantenham certas condições, e que pos-

teriormente venham a ter aplicação diversa ou as condições se modifiquem. Há, na verdade, um delito fiscal, que não pode ser considerado descaminho, porque as mercadorias foram submetidas ao competente despacho. É por isso que as leis que concedem a isenção ou a redução consideram em descaminho as mercadorias que forem desviadas do fim em vista do qual foi concedido o benefício; se assim não fosse haveria uma simples transgressão.

O art.º 42.º, alargando o conceito, considera descaminho a entrada ou saída de mercadorias nacionais ou nacionalizadas, sujeitas a direitos ou impostos municipais, de mercadorias sujeitas a impostos de fabricação e consumo e a entrada de pescado.

O mesmo artigo manda ainda considerar como descaminho os casos como tal classificados por legislação especial. É o que acontece, por exemplo, no art.º 9.º do decreto n.º 32.322, de 16 de Outubro de 1942, que considera descaminho certo número de casos referentes à actividade das indústrias de tabaco e fósforos.

VI

Conclusão

Julgou o legislador de 1941 «conveniente manter a distinção entre contrabando e descaminho; mas pareceu-lhe necessário modificar profundamente as actuais noções destes delitos».

Como já atrás vimos, são diferentes os conceitos de contrabando e descaminho, dos que existiam na legislação anterior.

Enquanto que pelo Código Penal e pelo antigo Contencioso o contrabando era um verdadeiro delito de polícia e só o descaminho era propriamente um delito fiscal, o novo Contencioso, alterando os conceitos, transforma o contrabando e descaminho em dois delitos fiscais. E, assim, diz que «as novas noções de contrabando e descaminho, baseiam-se no princípio evidente de que as alfândegas, no mais lato sentido do termo, são locais onde é legalmente obrigatória a passagem das mercadorias na sua entrada ou saída do País. Se a mercadoria, seja ela qual for, fugir ao cumprimento desta obrigação, o delito é classificado de contrabando. Se a mercadoria, não obstante ter procurado a alfândega, evitar ou tentar evitar o pagamento total ou parcial dos direitos, verifica-se o delito de descaminho».

Hoje, tem-se em atenção o perigo que representa para os interesses financeiros do Estado a não passagem ou passagem pelas alfândegas das mercadorias. Em última análise, a lesão ou tentativa de lesão desses interesses, pois que se vai ao ponto de se considerar em contrabando mercadorias isentas de direitos.

Será de manter esta distinção, numa futura regulamentação, ao que parece já em elaboração?

Entendemos que não, e muito menos nos moldes em que hoje existe.

Achamos, até, que eram preferíveis os antigos conceitos, na sua pureza primitiva.

Senão vejamos:

Embora o actual critério fuja às dúvidas e elimine as desvantagens do critério até aí adoptado, não é justo nem lógico.

Assim, o que é específico no contrabando e no descaminho é a não passagem ou passagem pelas alfândegas. O que é fundamental e comum nos dois delitos, é a subtracção das mercadorias ao despacho aduaneiro para fugirem ao pagamento dos impostos devidos — em suma, a fraude dos interesses do Estado.

A lesão sofrida pelo Estado não será a mesma, quer a fraude seja praticada com passagem pela alfândega ou sem essa passagem?

O lucro auferido pelo defraudador dos direitos aduaneiros, não é o mesmo num e noutro caso?

O contrabando em Portugal, felizmente, é feito em escala relativamente pequena. Os autores são pessoas, regra geral, que, habitando a zona fronteiriça, devido às suas precárias condições de vida, são levadas a procurar no contrabando os proventos para o seu sustento e de sua família. Por isso é que o contrabando se limita quase exclusivamente a uns cortes de fazenda, em especial sedas, perfumarias e géneros alimentícios. Os contrabandistas não possuem largos créditos, nem uma organização hábilmente montada.

Ferrara distinguia três formas de contrabando. O contrabando pequeno, quotidiano, praticado por gente de trabalho na zona fronteiriça; o contrabando mais extenso e metódico, a que se dedicam como profissão, pequenos vendedores; finalmente, o contrabando solene, para o qual se chegam a constituir sociedades, com sócios capitalistas e sócios de indústria.

Se olharmos para o contrabando em Portugal, podemos dizer que

quase exclusivamente se reduz aos dois primeiros termos da classificação.

Com o descaminho já assim não sucede, pois encontramos muitos casos que podem ser enquadrados no terceiro grupo da classificação de Ferrara. O delito é em geral praticado pelo viajante ou pelas empresas, de colaboração, muitas vezes, com os despachantes. No primeiro caso, umas vezes por ignorância, mas a maioria delas com inteiro conhecimento do acto que praticam, usam todos os meios para iludirem a verificação, e assim conseguem ou tentam passar sedas, perfumarias e também jóias de alto preço, pois já são senhores de dinheiro. No segundo caso, o dano é ainda maior e maiores os conhecimentos para o praticar. O que se pretende é que os carregamentos chegados ou as mercadorias a exportar passem pelas alfândegas sem pagarem os direitos devidos, usando, para isso, todos os meios possíveis para a prática da fraude.

Vê-se que na prática o descaminho é mais perigoso para os interesses do Estado.

Sendo assim, não achamos justa a desigualdade de tratamento que a nossa lei dá aos infractores, estabelecendo penas mais graves para o contrabando, não convencendo o argumento de «que se consegue evitar o ilogismo de ao contrabando, delito teoricamente mais grave do que o descaminho, corresponder por vezes penalidade de grau inferior à deste segundo delito. O fim preventivo das penas justifica amplamente, agora, a diferença que se estabelece entre as duas penalidades».

Ainda os contrabandistas estão sujeitos a todos os riscos inerentes à sua actividade, expondo muitas vezes a vida para obterem um magro lucro, enquanto os que praticam o descaminho não correm outro risco senão o de serem descobertos.

Mesmo a generalidade das pessoas não faz a distinção entre objectos passados em contrabando ou com descaminho de direitos. Para elas tudo é contrabando. Assim, quando se compra um produto estrangeiro, a um marinheiro dum navio atracado, diz-se que se comprou um produto de contrabando.

Como se vê, não se justifica a existência de dois delitos aduaneiros com os mesmos elementos essenciais genéricos e em que se eleva o local da prática do delito a elemento essencial específico.

Qual a solução a adoptar?

A lei devia fazer a unificação dos dois conceitos, ficando a existir um só delito caracteristicamente fiscal, — a fraude aduaneira.

Este delito consistiria na importação ou exportação ou na tentativa de importação ou exportação de mercadorias sujeitas ao imposto aduaneiro, sem o pagamento do imposto devido.

Em resumo, a fraude aduaneira teria por objecto a subtracção aos direitos aduaneiros, por qualquer modo preparada ou simplesmente tentada.

Encontramos noções semelhantes em muitas legislações estrangeiras, designadamente no art.º 94.º da lei aduaneira italiana, que define contrabando.

Se o legislador quisesse manter a terminologia tradicional da nossa legislação, também poderia chamar contrabando à fraude aduaneira, mas achamos que se assim entendesse, a infracção se enquadraria melhor na designação de descaminho, reservando o termo contrabando para a importação ou exportação de mercadorias proibidas.

Continuaria, assim, a existir na nossa legislação a dualidade — contrabando, descaminho — mas só este último seria delito fiscal, pois o contrabando seria um puro delito de polícia; isto porque as proibições de importação e exportação se fundam em razões de defesa da moral, saúde, segurança pública, propriedade literária, etc., e não em razões de ordem financeira, e, por isso, a sua regulamentação não devia ser feita na lei aduaneira, mas nas leis em que se encontrassem essas proibições.

Se também se empregasse, na lei aduaneira, o termo contrabando, teríamos que fazer a distinção de contrabando aduaneiro e contrabando de polícia, o que nos levaria a confusões.

Uma vez que se considerasse contrabando a entrada ou saída de mercadorias proibidas, haveria acumulação de infracções quando se fizessem entrar ou sair do país, fraudulentamente, essas mercadorias, e esse acto não constituiria apenas, como hoje, simples agravação do delito.

Com esta unificação de conceitos, o fisco nada perderia e a facilidade e clareza na determinação do delito seria muito vantajosa para todos os que têm de lidar com a lei aduaneira.