

# Fraude Aduaneira: um Estudo em Homenagem aos 100 Anos do Curso de História Tributária do Brasil de Augusto Olympio Viveiros de Castro

## *Customs Fraud: a Study in Honour of the 100th Year of the Brazilian Tax History Course from Augusto Olympio Viveiros de Castro*

Diogo Bianchi Fazolo

*Advogado em Foz do Iguaçu/PR. E-mail: dbf@dbfadvocacia.com.*

### *Resumo*

Para comemorar o centenário de importante curso ministrado por Viveiros de Castro sobre a história do direito tributário brasileiro decidiu-se a homenageá-lo com um estudo sobre a fraude aduaneira, tema do qual era profundo conhecedor. Tomando suas lições como ponto de partida começou-se a discorrer sobre a história da repressão à fraude aduaneira e uma série de problemas específicos foram identificados. São particularismos que justificam a análise do tema por uma disciplina específica: o direito aduaneiro.

*Palavras-chave:* Fraude aduaneira, Viveiros de Castro, história, Direito Aduaneiro.

### *Abstract*

To celebrate the centenary of an important course about Brazilian tax law lectured by Viveiros de Castro we decided to honor him with a study on customs fraud, theme in which he was great expert. Taking his lessons as a starting point we began to discuss the history of the repression of customs fraud and a number of specific problems have been identified. Particularisms that justify the study by a specific discipline: the Customs Law.

*Keywords:* Customs fraud, Viveiros de Castro, history, Customs Law.

## **I - Introdução**

Uma das origens possíveis do vocábulo *alfândega* remonta ao período de ocupação árabe da península ibérica, no qual a palavra *alfandaq* designava o local em que os mercadores de fora vinham para se alojar e pagar os tributos que eram recolhidos pelos *hospes* (albergueiro que arrendava a *alfândega*), daí a definição de tal local como um *grande hospício* ou estalagem segura<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> VITERBÓ, Joaquim de Santa Rosa de. *Elucidário das palavras, termos e frases que em Portugal antigamente se usaram e que hoje regularmente se ignoram*. T. I. Lisboa, 1748, p. 83. LENCASTRE, F.

Não poderia ser mais curiosa e precisa a definição, justamente por também ter sido utilizada por Alfredo Augusto Becker que chamou a nossa legislação fiscal anterior ao Código Tributário Nacional de um verdadeiro manicômio jurídico<sup>2</sup>.

E tal afirmação define muito bem a atual legislação aduaneira do Brasil, ainda carente de codificação. Trata-se de mais uma constatação da importância da história do direito na compreensão da pouco explorada temática aduaneira, pois “à luz do passado se entende muita coisa do presente”<sup>3</sup> ou como escreveu Carlos Maximiliano: “o que hoje vigora abrolhou de germes existentes no passado”<sup>4</sup>.

Nas próximas linhas iremos conceituar a fraude aduaneira tomando como base as obras de Augusto Olympio Viveiros Castro, um pioneiro na análise sistemática da repressão à fraude aduaneira. E com a ajuda das lições de seu curso de “História Tributária do Brasil” faremos breve “recomposição das circunstâncias históricas”<sup>5</sup> que antecederam sua teoria.

## II - Algumas Lições Preliminares de Direito Aduaneiro: o Papel dos Costumes

Um dos primeiros que se ocupou dos problemas envolvendo a fraude aduaneira no Brasil de uma maneira sistemática foi Augusto Olympio Viveiros de Castro com o livro *O contrabando* de 1898. Mas também merecem destaque: *Tratado dos impostos e História tributária do Brasil*, obras importantíssimas para a Ciência do Direito Aduaneiro. Infelizmente tais livros são muito pouco debatidos atualmente, muito embora possuam enorme respeito de quem os conhece.

Daí a ideia de comemorar o centenário de uma de suas obras resgatando importantes lições que têm aplicação ainda hoje. A primeira lição que precisa ser lembrada foi a ressalva de que o *costume* conservou “certos princípios que pouco foram se corporificando e constituindo verdadeiros aforismos fiscais de incontestável utilidade na interpretação dos textos, cujo silêncio, obscuridade ou insuficiência, muitas vezes suprem”<sup>6</sup>.

Interessante notar que o costume tem um papel constitucional no direito antigo: “As regras valem na medida de sua antiguidade também e há um constrangimento institucional para a inovação pura e simples”<sup>7</sup>. De fato, nós “herdamos as concepções portuguesas, que entre nós assentaram costume ao tempo da colônia, perduraram no Império e se consolidaram em final do século passado na venerável nova consolidação das leis das alfândegas e mesas de rendas da repúbli-

Salles. *Estudos sobre portagens e alfândegas de Portugal: século XII a XVI*. Lisboa: Imprensa Nacional, 1891, pp. 1-5.

<sup>2</sup> BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria geral do Direito Tributário*. São Paulo: Saraiva, 1972.

<sup>3</sup> COSTA, Alcides Jorge. “História da tributação no Brasil”. In: FERRAZ, Roberto (coord.). *Princípios e limites da tributação*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

<sup>4</sup> MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Globo, 1933, p. 52.

<sup>5</sup> BORGES, José Souto Maior. *Teoria geral das isenções*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 133.

<sup>6</sup> CASTRO, Augusto Olympio Viveiros de. *O contrabando*. Rio de Janeiro, 1898, p. 9.

<sup>7</sup> LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito na história*. São Paulo: Max Limonad, 2000, pp. 242-243.

ca”<sup>8</sup>. Frise-se que Roosevelt Baldomir de Sosa, um dos maiores doutrinadores da área, aponta uma ligação direta entre o antigo direito colonial e a principal lei aduaneira da época de Castro.

Assim, os usos e costumes reiterados por décadas e até séculos de prática das atividades alfandegárias acabam por se incorporar à legislação aduaneira<sup>9</sup>. E uma característica que se incorporou à legislação aduaneira do Brasil por força do *costume* foi a previsão das fraudes aduaneiras em normas *dispersas* pelo ordenamento jurídico, o que remonta à legislação portuguesa que nos foi imposta durante a colonização, como os diversos forais e regimentos (do pau-brasil, do açúcar e do tabaco) que previam infrações aduaneiras (*lato sensu*) e sanções a tais infrações. Todos previam severas punições às fraudes aduaneiras, do perdimento da mercadoria e do veículo transportador até o banimento, torturas diversas e morte. Além disso, os regimentos muitas vezes tinham aplicação específica à mercadoria que estava sendo regulamentada, como o pau-brasil, açúcar e tabaco.

Em verdade tal multiplicidade de leis era uma característica do ordenamento jurídico português que pode ser rastreada *pelo menos* uns mil anos rumo ao passado, para desespero ou deleite do pesquisador. O Foral dado por D. Henrique, em 1096, e o Foral da cidade do Porto dado pelo bispo Hugo, em 1123, previam o recolhimento de direitos aduaneiros (portagem) e previam sanções pelo seu não recolhimento, e quem escondesse objetos na portagem pagava o dobro e podia incorrer na inimizade do bispo e até ser excomungado<sup>10</sup>. Cada foral continha disposições sobre os direitos aduaneiros a serem recolhidos e as sanções pelo seu descumprimento. Lencastre fez um extenso levantamento da legislação aduaneira em Portugal e os exemplos acima citados não são exceção, dentro de um universo de forais, cartas, regimentos e ordens que formavam o arcabouço jurídico de Portugal (precário, confuso e sem unidade).

A título de curiosidade e para corroborar o aduzido acima saliente-se que o direito de portagem (imposto aduaneiro) tem a sua origem no Direito Romano (*portorium*<sup>11</sup>), depois incorporado pelos godos e sarracenos. Estando já estabelecida a sua cobrança entre a população a monarquia portuguesa aproveitou-se em regular a sua quantia e a forma de pagar desde os primeiros forais, gerando grande quantidade de normas sobre o assunto<sup>12</sup>.

<sup>8</sup> SOSA, Roosevelt Baldomir. *Temas aduaneiros: estudos sobre problemas aduaneiros contemporâneos*. São Paulo: Aduaneiras, 1999, p. 43.

<sup>9</sup> SOSA, Roosevelt Baldomir. *A aduana e o comércio exterior*. São Paulo: Aduaneiras, 1995, p. 65.

<sup>10</sup> LENCASTRE, F. Salles. *Estudos sobre portagens e alfândegas de Portugal: século XII a XVI*. *Op. cit.*, p. 8.

<sup>11</sup> “O *portorium*, estabelecido durante a realeza, recaía sobre todas as mercadorias importadas com o fim comercial, quer a importação se fizesse por mar, quer pelos Alpes. A percepção dos direitos era arrendada e os arrendatários exerciam as mais odiosas exações, dificultando mesmo a circulação pelas estradas, rios e portos. Os negociantes eram obrigados a fazer declarações sobre a natureza e valor das mercadorias que importavam; mas os agentes fiscais nem sempre se guiavam pelas notas apresentadas e abriam os volumes examinando tudo escrupulosamente. *Se verificavam qualquer erro ou omissão, ainda que involuntário, todas as mercadorias importadas eram apreendidas. Apesar disso, o contrabando era praticado em larga escala.*” (Destques nossos) CASTRO, Augusto Olympio Viveiros de. *Tratado dos impostos*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1910, p. 97.

<sup>12</sup> LENCASTRE, F. Salles. *Estudos sobre portagens e alfândegas de Portugal: século XII a XVI*. *Op. cit.*, p. 7.

Um dos fundamentos da cobrança era justamente o *costume*. Isto deixou profundas características no sistema aduaneiro de Portugal e do Brasil, pois aqui também era cobrada a portagem, mas numa forma mais específica chamada “direitos de passagem”. O Foral de 1534 dado a Martim Afonso de Souza, por exemplo, dizia que “nos Rios da dita capitania em que houver necessidade de pôr barcas para a passagem (*pasayem*) deles o capitão as porá e levará delas aquele direito ou tributo que na câmara for taxado sendo confirmado por mim”<sup>13</sup>. Era cobrado nos rios caudalosos<sup>14</sup> que necessitavam de travessia.

Frise-se que a multiplicidade de leis com disposições aduaneiras se trata de uma *característica* que se perpetuou com o tempo e que deixou como legado a fabricação de compilações aduaneiras cuja tarefa principal sempre foi a organização da esparsa legislação aduaneira, mas que normalmente serviam apenas para sedimentar os costumes de determinada época em detrimento de outros já ultrapassados, prática que ainda *hoje* está presente em nosso sistema.

Os prejuízos gerados pela insistência em não se elaborar um Código Aduaneiro no Brasil são incalculáveis, mas o atraso em que se encontra a Ciência do Direito Aduaneiro se mede pela escassez de livros sobre o assunto. A mais abalizada e moderna doutrina tributarista do Brasil salienta o papel fundamental da codificação tributária para o desenvolvimento dos estudos tributários contemporâneos<sup>15</sup>, afirmação que é perfeitamente aplicável à temática aduaneira.

Como consequência, enfrentar tal legislação sempre foi uma tarefa árdua, como bem apontou Castro quando afirmou que a variedade de fontes dificultava um já árido e pouco atraente estudo. Em sua época vigorava a “lacunosa e draconiana” Nova Consolidação das Leis das Alfândegas e Mesas de Rendas de 1894. Com isso, julgava a própria legislação aduaneira como causadora da sua transformação numa “sciencia misteriosa, inacessível ao vulgo, privilegio de uma casta pouco numerosa”<sup>16</sup>.

Não há como negar que o Poder Executivo sempre se aproveitou das compilações aduaneiras: o Regulamento Aduaneiro de 2009 é uma atualização do anterior (2002), o qual já era a atualização do regulamento de 1985, este último uma compilação de decretos anteriores (Decreto-lei n. 37/1965 e Decreto-lei n. 1.455/1976), todos baixados por decreto do Presidente da República<sup>17</sup>. Saliente-se que o regramento anterior também não foge disso, já que a Nova Consolidação das Leis das Alfândegas e Mesas de Rendas de 1894 tem sua origem nos trabalhos de um funcionário da alfândega para seu uso pessoal que foi aproveitada pelo governo imperial e depois requeitada pelo governo republicano. Todos os dispositivos citados compartilham não apenas os adjetivos nada honrados atribuídos

<sup>13</sup> “Carta de Foral de 6 de outubro de 1534 a Martim Afonso de Sousa”. *Documentos Interessantes para a história e costumes de São Paulo*. V. XLVII. São Paulo: Casa Vanorden, 1929, pp.18-19.

<sup>14</sup> LACOMBE, Américo Jacobina. *Ensaio brasileiro de história*. São Paulo: Nacional, 1989.

<sup>15</sup> TEODOROVICZ, Jeferson. “A importância histórica da codificação para os sistemas tributários latino-americanos e os modelos de Códigos tributários para a América Latina”. *Revista Direito Tributário Atual* n. 23. São Paulo: Dialética e Instituto Brasileiro de Direito Tributário, 2009.

<sup>16</sup> CASTRO, Augusto Olympio Viveiros de. *O contrabando*. *Op. cit.*, pp. 9-10.

<sup>17</sup> Uma das melhores análises sobre o tema pode ser encontrada em: FOLLONI, André Parmo. *Tributação sobre o comércio exterior*. São Paulo: Dialética, 2005, pp. 76-79.

por Castro como o fato de não se tratar de uma codificação propriamente dita, mas tão somente de compilações das atividades alfandegárias expedidas pelo poder central em desrespeito ao processo legislativo.

E assim pode-se chegar à questão fundamental que é observar na legislação aduaneira características *originais* que foram se delineando por *séculos de práticas reiteradas de nossas alfândegas*.

### III - História da Repressão à Fraude Aduaneira no Brasil

Em seu curso de *História Tributária do Brasil* lecionado no Instituto Histórico e Geográfico do Brasil, entre 22 de abril e 3 de junho de 1915<sup>18</sup>, Viveiros de Castro ensinou que a tarefa mais importante que é incumbida ao estudioso da tributação do período colonial brasileiro é a identificação “de quem pertencia ou, pelo menos, quem exercia habitualmente o poder tributário”<sup>19</sup>.

Trata-se de tarefa das mais difíceis, na verdade, já que algumas vezes explodiam conflitos de competências, inclusive entre capitães-mores e os provedores da fazenda<sup>20</sup>. Além dos conflitos de competência há que se ressaltar que os arquivos das provedorias de cada capitania ou da Provedoria-Mor do Estado do Brasil<sup>21</sup> estão hoje todos perdidos, já que praticamente apenas o acervo da Coleção da Casa dos Contos de Ouro Preto sobreviveu ao tempo<sup>22</sup>.

Mas identificar quem detinha e exercia o poder tributário no período colonial se torna imperioso também para estudar o poder de polícia aduaneiro, já que as duas funções estão interligadas. É que as principais funções da alfândega são justamente controlar a entrada e saída de mercadorias no país e cobrar os impostos devidos por este movimento de entrada e saída, funções que restariam ineficazes se não fossem complementadas por normas destinadas a reprimir a sua violação<sup>23</sup>.

Assim sendo, deve-se perguntar: *como era exercida a repressão às fraudes aduaneiras no Brasil?* Responder tal pergunta implica abrir velhos forais, regimentos e cartas de quase quinhentos anos, com uma linguagem barroca e rococó típica da época. Devemos lembrar que a legislação aduaneira estava espalhada num sem-

<sup>18</sup> Publicado originalmente na *Revista do Instituto Histórico e Geográfico brasileiro*, em 1915. Disponível em: [http://www.ihgb.org.br/trf\\_arq.php?r=rhgb1915t00781.pdf](http://www.ihgb.org.br/trf_arq.php?r=rhgb1915t00781.pdf). Foi republicado pela Esaf em 1989.

<sup>19</sup> CASTRO, Augusto Olympio Viveiros de. *História tributária do Brasil*. Brasília: Esaf, 1989, p. 14.

<sup>20</sup> O provedor-mor da Real Fazenda tinha a função de fazer cumprir as exigências e normas fazendárias em todas as capitanias, podendo atuar até como juiz da alfândega e fiscalizar o registro e cobrança dos direitos aduaneiros (CARRARA, Ângelo Alves. *Receitas e despesas da Real Fazenda no Brasil: século XVII*. Juiz de Fora: UFJF, 2009, p. 15).

<sup>21</sup> “Sediada em Salvador, foi criada em 1548 e instalada no ano seguinte. Tinha a atribuição de coordenar e supervisionar a ação das Provedorias da Fazenda Real nas capitanias, bem como a de dar suporte financeiro ao Governo-Geral instalado na Bahia. Sua história funcional é das mais movimentadas e curiosas; basta dizer que o primeiro Provedor-Mor, Antônio Cardoso de Barros, foi devorado pelos índios Caetés, e os três últimos terminaram sua carreira na cadeia. Foi extinta em 1761.” (GODOY, José Eduardo Pimentel de. *Dicionário de história tributária do Brasil*. Brasília: Esaf, 2002, p. 191)

<sup>22</sup> CARRARA, Ângelo Alves. *Op. cit.*, p. 17.

<sup>23</sup> MANSO, Amílcar Cavalheiro. Contrabando e descaminho. *Revista da Ordem dos Advogados* v. 11, n. 3/4. Lisboa: Ordem dos Advogados Portugueses, 1951, pp. 232-243, esp. p. 233.

número de fontes, tendo sido consolidada no Brasil apenas em 1832, dez anos após a independência. Analisar uma legislação com tais características será uma tarefa inútil se não for acompanhada de breve recapitulação da história da repressão à fraude aduaneira no Brasil.

Logo, o primeiro passo é a reconstrução das circunstâncias históricas do problema, num exercício de ampliação do foco, necessário para se ter uma ideia do contexto no qual tal legislação era aplicada ou violada.

Segundo Maria José Esteves Vasconcelos: “As primeiras perguntas serão sempre: em que condições acontece o fenômeno no qual estou interessado? Como o vejo relacionado com outros elementos do sistema?”<sup>24</sup>. Adverte, ainda, que contexto “não significa simplesmente ambiente, mas se refere às relações entre todos os elementos envolvidos”<sup>25</sup>.

Então, vamos aos exemplos. O mais antigo remonta à época de fundação de Assunção, no Paraguai, em 1537, o que aumentou o fluxo de pessoas na região por conta do comércio com São Vicente (Brasil)<sup>26</sup>. Os castelhanos se utilizavam tanto dos rios Paraná e Iguazu como de caminhos indígenas muito antigos (Peabiru e ramificações) para fornecer sebo e couro, mas também mão de obra indígena, sendo que tal comércio *lícito* chegou a arrecadar *vultuosas quantias na alfândega brasileira*, alcançando a soma de cem cruzados em 1552, conforme Carta de Tomé de Souza<sup>27</sup>.

Se tratava da dízima da alfândega, imposto aduaneiro cobrado das mercadorias internadas por estrangeiros, sendo esta também a opinião de José Eduardo Pimentel de Godoy<sup>28</sup>:

“Na verdade, a dízima já era cobrada nas aduanas brasileiras desde o início da colonização, mas se restringia às mercadorias comerciadas por *estrangeiros* e as exportações para fora do Reino. (...) nas importações ela era cobrada em espécie dos comerciantes estrangeiros, que entregavam à alfândega um décimo da mercadoria. Essa mercadoria era vendida em leilão e o seu produto recolhido à tesouraria.” (Destaque nosso)

Veja-se o que dizia o Foral recebido por Tomé de Souza: “quaisquer pessoas estrangeiras que não forem naturais de meus Reinos ou senhorios que a dita terra levarem ou mandarem levar quaisquer mercadorias (...) pagarão da entrada dízima a mim”<sup>29</sup>.

<sup>24</sup> VASCONCELLOS, Maria José Esteves de. *Pensamento sistêmico: o novo paradigma da ciência*. Campinas: Papirus, 2002, p. 112.

<sup>25</sup> VASCONCELLOS, Maria José Esteves de. *Pensamento sistêmico: o novo paradigma da ciência*. Campinas: Papirus, 2002, p. 112.

<sup>26</sup> “Em 1550 já eram frequentes as relações entre os vicentinos e os castelhanos de Assunção, apesar da proibição do trânsito decretada pelas duas coroas.” (TAUNAY, Afonso de E. *História das bandeiras paulistas*. T. I. São Paulo: Melhoramentos, 1951, p. 27)

<sup>27</sup> Carta de Tomé de Souza a D. João III. Salvador: 1553. In: DIAS, Carlos Malheiro. *História da colonização portuguesa no Brasil*. V. 3. Porto: Litografia Nacional, 1924.

<sup>28</sup> GODÓY, José Eduardo Pimentel de. *Dicionário de história tributária do Brasil*. Brasília: Esaf, 2002, p. 86.

<sup>29</sup> Carta de Foral de 6 de outubro de 1534 a Martim Afonso de Sousa. *Documentos Interessantes para a história e costumes de S. Paulo*. V. XLVII. São Paulo: Casa Vanorden, 1929, pp. 18-19.

Interessante ressaltar que havia um comércio lícito entre o Brasil e o Paraguai ainda no século XVI, o qual gerava receitas que eram arrecadadas no Brasil e não na metrópole. No entanto, este comércio foi lícito apenas por certo período e, tornado ilícito, tem início um longo processo de introdução irregular de mercadorias e pessoas entre os dois países. E quem eram os responsáveis por este comércio ilícito, ou seja, *quem desrespeitava a legislação imposta pela metrópole?*

Antes de responder tal pergunta vamos a outro exemplo para demonstrar que isto não foi um evento isolado, pois também outra de nossas primeiras aduanas cobrava alguns tributos aduaneiros antes da proibição da entrada de navios estrangeiros, qual seja a alfândega instalada, em 1534, em Olinda, ficando isentas as mercadorias portuguesas ou transportadas por navios lusitanos<sup>30</sup>. Era formada por um Juiz de Alfândega, cargo normalmente ocupado pelo Provedor da Fazenda Real da Capitania, um feitor, um almoxarife, um escrivão, um meirinho do mar, um juiz da balança, alguns guardas de navios e só. Os provedores eram nomeados pelo Rei e podiam nomear seus próprios funcionários.

Curiosa autoridade pernambucana se chamava Manuel Álvares Deus Dará, apelido que ganhou ao abastecer as tropas brasileiras na luta contra os holandeses, pois sempre afirmava que não havia razão para preocupação quando faltava alguma coisa, pois “Deus dará”. Por tal participação na guerra foi nomeado Provedor da Fazenda Real de Pernambuco, em 1645, renunciando no ano seguinte em favor de seu filho: Simão Deus Dará<sup>31</sup>.

Percebe-se muito bem como era precária a fiscalização existente no Brasil. Além disso, os poucos funcionários que havia não eram escolhidos necessariamente por sua honestidade, não sendo poucos os relatos de corrupção. Em alvará de 15 de setembro de 1655 o governador geral ordenou que o provedor de São Vicente cobrasse imediatamente os seus servidores de ofício que estivessem em débito com a Fazenda, além de obrigá-los a irem prestar contas em Salvador, sob pena de prisão<sup>32</sup>, o que não devia ser uma viagem barata levando-se em conta que o Conselho Ultramarino, em 1674, dispensou tal procedimento àqueles que tivessem ordenado inferior a 40\$000 réis<sup>33</sup>.

Se alguns tesoureiros deviam somas bastante altas, como Francisco da Costa Azeredo que devia 357:000\$000 réis, o mesmo ocorria com os contratadores, como o contratador da pescaria das baleias, Antônio Pereira Barbosa, que devia, até 1686, a quantia de 9:745\$575 réis. Interessante é que o contrato da pescaria das baleias havia sido colocado em estanco (proibida) e posta em pregão pelo provedor-mor, em 1614, *sem ordem nem previsão do rei*, a qual acabou arrendada por Antônio da Costa por 50\$000 para o ano de 1614, com a proibição de que só ele pescasse e não outra pessoa qualquer.

Ocorre que este contrato foi apontado como fraudado por conta do seu baixo valor e do fato da proibição ter impedido outro interessado de pescar, Louren-

<sup>30</sup> GODOY, José Eduardo Pimentel. *As alfândegas de Pernambuco*. Brasília: Esaf, 2002, p. 11.

<sup>31</sup> GODOY, José Eduardo Pimentel. *Op. cit.*, p. 21.

<sup>32</sup> CARRARA, Ângelo Alves. *Op. cit.*, p. 18.

<sup>33</sup> CARRARA, Ângelo Alves. *Op. cit.*, p. 19.

ço Mendes Pinheiro, que possuía quatro vezes mais pipas para azeite do que o outro<sup>34</sup>.

Porém, em carta régia, de 13 de janeiro de 1616, o rei ordenou “que o procedido desta pescaria se cobre daqui em diante para minha Fazenda, pois me pertence, fareis que na primeira embarcação vá ordem ao provedor-mor da Fazenda que a arrende pelo mais subido preço que puder ser”<sup>35</sup>.

Exemplo clássico de usurpação de competência e de como funcionava o sistema colonial.

Outro caso interessante diz respeito à chegada às Américas do novo governador da província do Paraguai, D. Luís Céspedes Xéria, que foi designado em 1625, mas tomou posse apenas em 1628, após passar um ano em Lisboa (a meca dos contrabandistas), vinte meses na Bahia, quatro no Rio de Janeiro e um em São Vicente. Xéria tomou muitas precauções em São Vicente antes de partir para Assunção pela proibida via terrestre (só se deveria ir ao Paraguai pelo Rio da Prata):

“(…) requer primeiro ao ouvidor Amador Bueno, com alçada na Capitania de São Vicente, que proíba a passagem de pessoas para Assunção pela ‘via terrestre’ que vai percorrer, e pede que mande dar um testemunho para que, em qualquer tempo, conste a Sua Majestade, que passou pelo caminho sem exceder as ordens reais; requereu e pediu que dito requerimento fosse certificado pelo Tabelião Público Francisco Nuñez Cubas do seu deferimento favorável; fez com que sua letra e firma, bem como as letras e firmas do ouvidor Amador Bueno e do Tabelião Francisco Nuñez Cubas fossem certificados por outro Tabelião, Simão Borges; requereu ao Capitão-mor de Santos, que deu licença a Manuel Preto para acompanhá-lo, como vimos atrás; faz certificar por tabelião, o reconhecimento de sua letra e firma no requerimento, assim como o despacho favorável do Capitão-mor. Não contente, faz certificar pelos Padres da Companhia de Jesus do Colégio de São Paulo que não levou consigo mais que criados e roupas de seu uso, sem mais nada, mostrando-se outrossim muito zeloso do serviço de sua Majestade. E não é só. Ao chegar em Guairá ordena aos oficiais reais que registrem a sua bagagem, para que se verifique que não leva mercadorias proibidas e manda extrair certidão da inspeção”<sup>36</sup>.

Segundo Astrogildo Rodrigues Mello tudo isto não passou de uma cortina de fumaça para despistar seus atos: a de encobrir a maior bandeira registrada até a época, a qual teria sido encabeçada por Raposo Tavares e contou com oitocentos portugueses e dois mil e duzentos índios<sup>37</sup>. *Apenas ficaram os velhos que não puderam ir por velhice*. Até juizes e vereadores de São Paulo participaram, “assim como o juiz e o capitão de Santa Ana do Parnaíba, do procurador do Conselho de São

<sup>34</sup> CARRARA, Ângelo Alves. *Op. cit.*, p. 33.

<sup>35</sup> CARRARA, Ângelo Alves. *Op. cit.*, p. 33.

<sup>36</sup> MELLO, Astrogildo Rodrigues. “Contrabando e bandeirismo no segundo quartel do século XVII”. Separata da *Revista de História* n. 36. São Paulo, 1958, p. 347. No mesmo sentido: TAUNAY, Afonso de E. *Na era das bandeiras*. São Paulo: Melhoramentos, 1922, p. 107.

<sup>37</sup> MELLO, Astrogildo Rodrigues. *Op. cit.*, p. 347.



Paulo e... do filho, genro e irmãos do ouvidor Amador Bueno”<sup>38</sup>. E foi justamente Amador Bueno que havia baixado éditos proibindo a passagem de qualquer pessoa da Capitania para os territórios sob o governo de Xéria, sob pena de quinhentos ducados. Afonso de Taunay tem como certa a cumplicidade de Xéria em tal empreitada<sup>39</sup>.

Portanto, da perspectiva portuguesa eram todos contrabandistas, o que não encontra muito eco nos livros de história do Brasil que louvam as entradas e bandeiras paulistas como responsáveis pela expansão territorial brasileira.

Ocorre que esta grande bandeira de 1629 desmantelou quatro reduções: Encarnación, San Pablo, Los Angeles e S. Thomas Apostol e despovoou outras três cidades espanholas: Guairá, Xerez e Vila Rica. Trezentos mil foram capturados e apenas 20 mil chegaram ao Brasil. E com quem Xéria havia se casado no Rio de Janeiro? Justamente com Dona Vitória de Sá, sobrinha do governador Martim de Sá.

E não se pode esquecer que o contrabando pela via marítima era também muito extenso, principalmente com Buenos Aires. Este comércio também foi lícito por breve período de tempo, conforme cédula de permissão de se embarcarem para o Brasil “farinhas das colheitas e frutos das terras”<sup>40</sup>. Mas logo este comércio foi proibido sob a justificativa de que permitia a entrada de prata peruana para o Brasil de maneira oculta.

Se o comércio legal foi exceção à reação da colônia foi o contrabando: “Como reação à atitude da metrópole, atirou-se Buenos Aires desenfreadamente ao contrabando. E cresceu de tal forma que, segundo Molina, já em princípios do século XVII era impossível extirpá-lo”<sup>41</sup>. E segundo Afonso de Taunay eram justamente os *portugueses* os agentes de enorme contrabando no Prata, sendo intensa a infiltração portuguesa em Buenos Aires, Tucumã, Paraguai e até no Peru<sup>42</sup>. Mas o fato é que a proibição ao comércio exerceu papel importante durante o período colonial brasileiro, constituindo a desobediência a tais ordens em verdadeiro *modo de vida* da colônia.

A participação das autoridades locais é tão extensa que Astrogildo Rodrigues Mello chega a afirmar que em São Vicente raros seriam os que poderiam escapar às cominações estabelecidas contra os que contrabandeassem desde o território espanhol, inclusive capitães, chefes, clérigos, possuidores de índios, meros transportadores, ou seja, praticamente *toda* a população<sup>43</sup>.

Portanto, frise-se que são numerosos os casos conhecidos de conivência e participação das autoridades locais na prática de fraudes aduaneiras durante o período colonial. Mas se as autoridades locais eram coniventes com as irregularidades praticadas causando prejuízos à metrópole esta podia responder com a arrecadação forçada sobre toda a população (derrama) e até mesmo absorvendo

<sup>38</sup> MELLO, Astrogildo Rodrigues. *Op. cit.*, p. 348.

<sup>39</sup> TAUNAY, Afonso de E. *História das bandeiras paulistas. Op. cit.*, p. 58.

<sup>40</sup> MELLO, Astrogildo Rodrigues. *Op. cit.*, p. 344.

<sup>41</sup> MELLO, Astrogildo Rodrigues. *Op. cit.*, p. 345.

<sup>42</sup> TAUNAY, Afonso de E. *História das bandeiras paulistas. Op. cit.*, p. 61.

<sup>43</sup> MELLO, Astrogildo Rodrigues. *Op. cit.*, p. 348.

o poder tributário municipal, como ocorreu em 1727 quando a arrecadação e os próprios impostos passaram a pertencer à Fazenda Real<sup>44</sup>.

Na realidade não havia uma divisão de competências bem delineada e as autoridades locais algumas vezes se apropriavam de poderes alheios, como fez o provedor-mor com o estanco das baleias, em 1614, depois mantido, mas com sua renda revertida ao Rei. E situação similar parece ter acontecido com o arrendamento do direito de passagem da Alfândega de Cubatão aos jesuítas no século XVIII, demonstrando não se tratar de caso isolado.

O fato é que havia uma delicada disputa jurídica, política e econômica em torno dos direitos aduaneiros, inclusive sobre o seu lançamento, arrecadação e repressão às fraudes. Some-se a esta disputa com aquela linguagem rococó, barroca e espetacular da época e assim pode-se começar a vislumbrar a dificuldade de estudo das fraudes aduaneiras no período colonial brasileiro.

Exemplo do que estamos nos referindo é narrado por Alcides Jorge Costa e aconteceu em 1759 quando o Senado da Câmara da Bahia enviou representação ao Rei “alegando a extraordinária e abusiva importação de tabaco que alguns negociantes haviam feito e a circunstância de não poder o fumo nacional sustentar a concorrência com o estrangeiro, devido à deficiência do seu preparo, rogou que proibisse, sob fortes penas, a importação, na Capitania, de qualquer fumo que se fabricasse fora dela”<sup>45</sup>.

O que seria uma importação abusiva e extraordinária? Contrabando?

A transferência da Corte portuguesa para o Brasil e, posteriormente, a Independência não parecem ter alterado tal situação. Continuou em vigor o regime dos direitos diferenciais que tinha por objetivo atender aos interesses peculiares de cada região, sob forte influência do sistema adotado pela França com Colbert, em 1667<sup>46</sup>. Segundo Veiga Filho tal regime sempre causou grandes perturbações na arrecadação de todos os impostos desde o período colonial<sup>47</sup>, já que não se sabia ao certo o que se arrecadava no Brasil, sendo que nenhuma das juntas da fazenda se achava habilitada para dar um balanço regular de suas transações<sup>48</sup>.

Resta evidente a *precariedade* com que era exercida a repressão à fraude aduaneira no Brasil, sendo crível que a prática de fraudes aduaneiras tenha continuado a todo vapor no início do século XX já que a morte de um grande contrabandista do Rio de Janeiro chegou a ser mencionada em reportagem sobre o contrabando na famosa revista *O Malho*, em 1928, por conta dos mais de 300 automóveis que fizeram cortejo aos seus pomposos funerais. Segundo Walter Prestes, Darino da Saúde era o mais temível contrabandista carioca e apesar disso “foi um homem muito estimado, especialmente pelos políticos, pois era cabo eleitoral”<sup>49</sup>.

<sup>44</sup> CASTRO, Augusto Olympio Viveiros de. *História tributária do Brasil*. *Op. cit.*, p. 15.

<sup>45</sup> COSTA, Alcides Jorge. *Op. cit.*, p. 53.

<sup>46</sup> VEIGA FILHO, João Pedro. *Manual da ciência das finanças*. São Paulo: Seção de Obras do Estado, 1917, pp. 102-103.

<sup>47</sup> VEIGA FILHO, *Op. cit.*, p. 103.

<sup>48</sup> OLIVEIRA, Candido Baptista. *Systema financial do Brazil*. 1852, p. 33.

<sup>49</sup> PRESTES, Walter. “Curiosidades do contrabando no Rio”. Revista *O malho*. Rio de Janeiro, 1928.

E os que eventualmente eram presos podiam contar como certa a sua absolvição pelo júri, já que o Decreto n. 848 estabeleceu a competência do Júri Federal para julgamento do crime de contrabando, depois confirmado pelo artigo 20, V, da Lei n. 221/1894. Pelo que consta não houveram condenações no período, apenas absolvições, o que foi corrigido pela Lei n. 515/1898 que passou a competência aos juízes seccionais.

No entanto, tal medida não foi bem vista por Castro: “Por maior que seja o empenho da Justiça Federal em reprimir o contrabando, a sua acção não produzirá resultados apreciáveis, pois terá contra si a opinião pública, sempre hostil à aplicação da pena de prisão contra os defraudadores do Fisco. A fraude aduaneira não ofende ao sentimento médio de probidade do nosso povo”<sup>50</sup>.

A afirmação é totalmente compreensível, ainda mais após a reconstrução das circunstâncias históricas da repressão à fraude aduaneira até o início do século XX.

#### IV - Conceito de Fraude Aduaneira

Logo na introdução de seu livro sobre o contrabando Viveiros de Castro afirma que o objetivo do mesmo era o estudo da “fraude aduaneira em sua manifestação mais prejudicial aos interesses da Fazenda Pública - o descaminho (...), e as regras que devem ser observadas nos processos administrativos sobre desvios de direitos, no intuito de uniformizar a jurisprudência e pôr um termo ao arbítrio e prepotência dos julgadores”<sup>51</sup>.

De fato, Viveiros de Castro era um profundo conhecedor dos particularismos da fraude aduaneira, como ele mesmo ressalta: “Como advogado na capital do Estado do Maranhão, tive de interpor diversos recursos *administrativos e criminais relativos à fraude aduaneira*, e então reconheci quanto era difícil conhecer os casos julgados, dificuldade essa que a escassez de nossa literatura jurídica ainda torna mais sensível.”<sup>52</sup> (Destaque nosso)

Em artigo publicado na *Revista do Supremo Tribunal Federal*<sup>53</sup>, depois ampliado com julgados do STF e publicado como um capítulo do livro *Accordams e votos comentados*<sup>54</sup>, Viveiros de Castro advertiu que o conceito de contrabando abrange, historicamente, também o ato tendente ao desvio de direitos, ou seja, o descaminho.

Para tanto colacionou trecho da obra de Carlo Marzollo em que o italiano descreve três acepções históricas da palavra contrabando: uma *acepção antiga*, em que contrabando consistia em fazer passar pela fronteira mercadorias e gêneros sem recolhimento dos direitos (aduaneiros) impostos pelos príncipes e pela Lei; uma *acepção da época dos monopólios*, quando o Estado reservou para si a fabricação e comercialização de determinados produtos e também chamou de contrabando

<sup>50</sup> CASTRO, Augusto Olympio Viveiros de. *O contrabando. Op. cit.*, p. 47.

<sup>51</sup> CASTRO, Augusto Olympio Viveiros de. *O contrabando. Op. cit.*, p. 7.

<sup>52</sup> CASTRO, Augusto Olympio Viveiros de. *O contrabando. Op. cit.*, p. 10.

<sup>53</sup> CASTRO, Augusto Olympio Viveiros de. “Contrabando”. *Revista do Supremo Tribunal Federal v. LIV*. Rio de Janeiro, 1923, pp. 493-494.

<sup>54</sup> CASTRO, Augusto Olympio Viveiros de. *Accordams e votos comentados*. Rio de Janeiro, 1925, pp. 246-296.

a fabricação, venda ou importação de tais produtos e uma *acepção moderna* quando o Estado, por finalidades econômicas ou de simples polícia, julgou dever proibir de modo absoluto a importação ou impor uma tarifa elevada a violação dessas disposições foi ainda compreendida sob a denominação de contrabando.

Assim, Castro concluiu que o que Código Penal de 1890 designou sobre a rubrica de contrabando é a *fraude aduaneira em geral*, considerando como adequado o *nomem juris* do artigo 265 do Código Penal de 1890 intitulado: “do contrabando”. Interessante notar que o conceito histórico do contrabando fez com que Castro adotasse a expressão *fraude aduaneira em geral* para designar o contrabando previsto no Código Penal, citando um acórdão da Corte de Cassação de Roma que já havia declarado em 1880 que “contrabando é sempre e indistintamente sinonimo de fraude aduaneira”<sup>55</sup>.

No entanto, sustentou que o legislador do primeiro Código Penal republicano pecou por ter sujeitado à mesma pena “duas modalidades distintas de infração penal em assumpto aduaneiro, como são o contrabando e o descaminho”<sup>56</sup>, bem como por ter incluído o contrabando entre os crimes comuns “em vez de considerá-lo uma simples contravenção aduaneira, regulada pela respectiva legislação”<sup>57</sup>. Castro preferia tirar o contrabandista das “malhas do Código Penal”<sup>58</sup> porque dizia que isso “repugna a nossa consciência jurídica”<sup>59</sup>.

Fraude aduaneira, portanto, tem um conceito amplo que abrange tanto a disciplina penal quanto a administrativa dos desvios de direitos aduaneiros, abarcando os crimes aduaneiros previstos no Código Penal (contrabando e descaminho) e as infrações aduaneiras em sentido estrito previstas em normas expedidas ou regulamentadas pela administração aduaneira. Por isso que a classificação das fraudes aduaneiras em *gerais e específicas* proposta por Castro ainda hoje tem utilidade.

Optamos por utilizar o termo *infração aduaneira* em seu sentido estrito, para designar apenas aquelas infrações criadas e regulamentadas pela própria administração, emissora quase que exclusiva da legislação aduaneira em vigor no Brasil, justamente para destacar este problema, sendo esta também a definição de Castro: “somente depois de ter passado em julgado a decisão administrativa qualificando de contrabando a infração aduaneira, poderá ser instaurado o respectivo processo criminal”<sup>60</sup>.

Ante o exposto, definimos *fraude aduaneira* como qualquer ato pelo qual uma pessoa *engana ou tenta enganar* a administração aduaneira e, com isso, *ilude* o pagamento de direitos e impostos de importação ou exportação, no todo ou em

<sup>55</sup> CASTRO, Augusto Olympio Viveiros de. “Contrabando”. *Op. cit.*, p. 494.

<sup>56</sup> CASTRO, Augusto Olympio Viveiros de. “Contrabando”. *Op. cit.*, p. 494. No mesmo sentido: “Neste artigo, o código funde na qualificação de contrabando duas figuras de infração aduaneiras, isto é, o contrabando, na primeira parte (...), e o descaminho na segunda parte (...)” SIQUEIRA, Galdino. *Direito Penal brasileiro: parte especial*. Rio de Janeiro: Livraria Jacyntho, 1932, p. 407.

<sup>57</sup> CASTRO, Augusto Olympio Viveiros de. “Contrabando”. *Op. cit.*, p. 495.

<sup>58</sup> CASTRO, Augusto Olympio Viveiros de. “Contrabando”. *Op. cit.*, p. 495.

<sup>59</sup> CASTRO, Augusto Olympio Viveiros de. “Contrabando”. *Op. cit.*, p. 495.

<sup>60</sup> CASTRO, Augusto Olympio Viveiros de. “Contrabando”. *Op. cit.*, p. 501.

parte, ou *obtem* qualquer vantagem infringindo disposições legais ou regulamentares expedidas pela administração aduaneira.

E esta é justamente a concepção de fraude aduaneira (*customs fraud* ou *fraud douanier*) proposta pela Organização Mundial de Aduanas em seu glossário de termos aduaneiros internacionais e incorporada em importantes instrumentos aduaneiros como a Convenção de Nairóbi (Convenção Internacional de Assistência Mútua Administrativa para a Prevenção, Investigação e Repressão de Ofensas Aduaneiras<sup>61</sup>):

“O termo fraude aduaneira (*Customs fraud*) significa uma *ofensa* aduaneira na qual a pessoa *engana* a administração aduaneira e, conseqüentemente, *ilude* no todo ou em parte o pagamento de direitos e impostos de importação ou exportação ou ainda de restrição prevista nas prescrições legais ou regulamentares aplicadas pela administração aduaneira, ou então *obtem* ou tenta obter uma vantagem qualquer, infringindo essas disposições, ou a aplicação de proibição ou restrições tipificadas pela legislação aduaneira ou obtém qualquer vantagem contrária à lei aduaneira.”<sup>62</sup>

A conveniência de se adotar a expressão em seu sentido amplo reside no fato de harmonizar a doutrina brasileira com os modernos padrões internacionais da disciplina de direito aduaneiro.

E por todo o exposto acima, percebe-se que existem diversos problemas que precisam ser enfrentados já no momento de conceituação terminológica de *institutos aduaneiros*, como o conceito de fraude aduaneira. Daí a imensa importância em resgatar os trabalhos de Viveiros de Castro.

## V - Particularismo da Fraude Aduaneira

Contextualizar é reintegrar o objeto no contexto, ou seja, é vê-lo existindo no sistema<sup>63</sup>. Viveiros de Castro percebeu que a fraude aduaneira possui particularismos que justificam o seu estudo de maneira sistemática e ressalta de sua obra o papel primordial da contextualização histórica na definição de palavras-chave da disciplina. Frise-se que Castro era um profundo conhecedor da legislação fiscal brasileira do período colonial, tanto que escreveu um Curso de História da Tributação do Brasil.

<sup>61</sup> A Convenção de Nairóbi foi adotada apenas por alguns países e seu alcance é limitado, mas se trata de um dos principais acordos multilaterais de assistência mútua entre aduanas, permitindo que a autoridade aduaneira do país importador possa solicitar informações à autoridade aduaneira do país exportador quando possuir fundamentos de que uma ofensa aduaneira séria foi cometida (ROSENOW, Sheri; e O'SHEA, Brian J. *A handbook on the WTO customs valuation agrément*. Reino Unido: Cambridge University Press, 2010, p. 150).

<sup>62</sup> Tradução livre do artigo 1º, alínea c, da Convenção de Nairóbi: “The term ‘Customs fraud’ means a Customs offence by which a person deceives the Customs and thus evades, wholly or partly, the payment of import or export duties and taxes or the application of prohibitions or restrictions laid down by Customs law or obtains any advantage contrary to customs law”. Tradução similar pode ser encontrada em SILVA, Oswaldo da Costa e. *Glossário de termos aduaneiros internacionais: Organização Mundial das Alfândegas*. Brasília: Imprensa Nacional, 1998, p. 68.

<sup>63</sup> VASCONCELLOS, Maria José Esteves de. *Pensamento sistêmico: o novo paradigma da ciência*. Campinas: Papirus, 2002.

De fato, existem particularismos que podem ser observados no controle da entrada de mercadorias, na sua tributação, na sua arrecadação por um órgão específico e na repressão à evasão destes tributos. São *características originais e diferenciadoras* observáveis historicamente em quase todas as civilizações, desde os sumérios, egípcios, gregos, romanos, mongóis, chineses... e até na América pré-colombiana, amplamente relatadas pela doutrina estrangeira<sup>64</sup>.

Resta evidente que a contextualização histórica da repressão às fraudes aduaneiras nos permite identificar várias características *originais* do direito aduaneiro. Estas são as bases iniciais que justificam a escolha pela Ciência do Direito Aduaneiro como método de análise da fraude aduaneira, o que afirmamos graças aos estudos pioneiros de Augusto Olympio Viveiros de Castro.

O mais interessante é a constatação de que outros autores nacionais e estrangeiros chegaram a conclusões semelhantes ao estudarem o assunto. Ricardo Xavier Basaldúa, um dos grandes especialistas em direito aduaneiro da Argentina, procedeu levantamento minucioso da história das legislações aduaneiras na antiguidade e afirmou que as denominadas legislações aduaneiras foram se consolidando logo com a aparição do Estado moderno, comprovando uma generalizada coincidência na sua configuração básica em distintas civilizações e nações, inclusive na América pré-colombiana<sup>65</sup>.

Destacou algumas manifestações históricas como: a existência de proibições à importação e exportação de determinadas mercadorias; incidência de tributos sobre a introdução de mercadorias e sua exportação; existência da aduana como uma organização especializada; existência de territórios aduaneiros determinados e a tipificação do contrabando. Basaldúa identificou o contrabando como um ilícito propriamente *aduanero* que estava sujeito a penas severas como o *comiso* ou confiscação das mercadorias, multa, prisão, castigos corporais, suplício e até a pena de morte<sup>66</sup>.

Existem atualmente na Argentina excelentes doutrinadores que concentraram seus estudos na parte repressora do direito aduaneiro e incluem obviamente o contrabando em seu objeto de estudo, dentre os quais o já clássico livro de Jorge Luis Tosi, intitulado *Derecho penal aduanero*<sup>67</sup>, merece destaque ao lado da visão totalizadora do sistema infracional aduaneiro da Argentina presente na obra de Horacio Felix Alais<sup>68</sup>.

O festejado Hector Villegas também se manifestou sobre o assunto em sua clássica obra *Derecho penal tributário*, mas sua opinião é a de que a fraude aduaneira é apenas uma “modalidade da fraude fiscal genérica, já que sempre reflete ações ardilosas objetivando, deliberadamente, enganar à autoridade fiscal, para

<sup>64</sup> Sobre os particularismos da responsabilidade penal em matéria aduaneira: TOUBOUL, Colette. “Le particularisme de la responsabilité pénale en matière douanière”. In: GASSIN, Raymond. *Études de droit penal douanier*. Paris: Presses Universitaires de France, 1698. Sobre os particularismos da obrigação aduaneira: MODONESI, Diego. *L'obbligazione doganale*. Tese de doutorado. Bolonha: Universidade de Bolonha, 2011.

<sup>65</sup> BASALDÚA, Ricardo Xavier. *Introducción al Derecho Aduanero*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1988.

<sup>66</sup> BASALDÚA, Ricardo. *Op. cit.*

<sup>67</sup> TOSI, Jorge Luis. *Derecho penal aduanero*. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1997.

<sup>68</sup> ALAIS, Horacio Félix. *Régimen infracional aduanero*. Buenos Aires: Marcial Pons, 2011.

subtrair, no todo ou em parte, a prestação tributária correspondente”<sup>69</sup>. Ainda segundo Villegas, na fraude aduaneira a infração se particulariza por ser praticada diante das autoridades aduaneiras e difere do contrabando comum. Justifica-se dizendo que a fuga dos controles fronteiriços (operação clandestina) é uma quebra da ordem jurídica estabelecida, e não apenas uma simples obstaculização à atuação do Estado, afetando a ordem pública, sendo esta conduta delitual. Reconhece, entretanto, que as duas condutas (operação clandestina e manobras fraudulentas) são identificadas pelas legislações como contrabando, inclusive na Argentina, pois o contrabando e as fraudes aduaneiras foram assemelhados entre si pela legislação aduaneira específica, como se configurassem uma única figura ilícita<sup>70</sup>.

O italiano Mario di Lorenzo escreve que a legislação aduaneira apresenta características especiais quando em confronto com outras normas financeiras, explicitadas pelo *tradicionalismo jurídico* dessas normas que é marcado pela sua *adaptação evolutiva a diferentes momentos históricos* e as sempre constantes mudanças no controle dos movimentos de mercadorias para entrar ou sair do âmbito territorial soberano do estado<sup>71</sup>.

Portanto, Lorenzo se ampara no tradicionalismo jurídico para explicar a originalidade da legislação aduaneira e, conseqüentemente, suas diferenças das outras normas, e isto ele prova ao analisar a história do controle dos movimentos de mercadorias para dentro e fora de determinado território. Esta é basicamente a mesma opinião de Giuseppe Ragno que fez um estudo específico sobre o delito de contrabando aduaneiro<sup>72</sup>.

No Brasil, a doutrina de Castro gerou frutos no mundo jurídico. Segundo Alberto Ruiz: “A prevenção e repressão do contrabando, como lei *fiscal aduaneira*, tem força e execução em todo território nacional.” (Destaque nosso)<sup>73</sup>

Para Vicente Pinto de Albuquerque Nascimento o “contrabando caracteriza-se pela fraude aduaneira”<sup>74</sup>.

Horácio S. Forte também partilhava da mesma opinião: “para que se verifique o ato a que, com toda propriedade perante a *legislação aduaneira*, denominamos - contrabando” (destaque nosso)<sup>75</sup>. Forte elaborou um dos melhores levantamentos históricos da legislação repressora da fraude aduaneira e classificou a fraude aduaneira em: contrabando, descaminho, contravenções e extravio<sup>76</sup>.

<sup>69</sup> VILLEGAS, Hector. *Direito Penal Tributário*. São Paulo: Resenha Tributária, 1974, pp. 107-108.

<sup>70</sup> VILLEGAS, Hector. *Direito Penal Tributário*. *Op. cit.*, pp. 107-122. Albarracín sugere um ajuste dos delitos aduaneiros para evitar a superposição na proteção de bens jurídicos, ante a ausência de distinção na lei argentina entre as infrações aduaneiras e os crimes aduaneiros (ALBARRACÍN, Hector G. Vidal. “El derecho aduaneiro y la seguridad jurídica. Necesidad de sua armonización”. *In: COTTER, Juan Patricio* (coord.). *Derecho aduaneiro: homenaje a Cotter Moine*. Buenos Aires: Lexis Nexis, 2007, p. 262).

<sup>71</sup> LORENZO, Mario di. *Corso di diritto doganale*. Milão: Giuffrè, 1947, p. 11.

<sup>72</sup> RAGNO, Giuseppe. *Il delitto de contrabando doganale*. Milão: Giuffrè, 1961.

<sup>73</sup> RUIZ, Alberto. “O contrabando”. *Revista do Serviço Público*, maio de 1950.

<sup>74</sup> NASCIMENTO, Vicente Pinto de Albuquerque. *O contrabando em face da lei*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1960, p. 152.

<sup>75</sup> FORTE, Horácio S. *Das fraudes aduaneiras*. Recife, 1940, p. 105.

<sup>76</sup> FORTE, Horácio S. *Das fraudes aduaneiras*. *Op. cit.*, pp. 101-116.

Galdino Siqueira afirmou categoricamente que “o código funde na qualificação de contrabando duas figuras de infrações *aduaneyras*, isto é, o contrabando, na primeira parte (...), e o descaminho na segunda parte”<sup>77</sup> (destaque nosso).

Maria Dometila Lima de Carvalho sustenta que o Direito brasileiro foi o que melhor resolveu a questão da diferenciação “entre o crime e as infrações administrativas de caráter aduaneyro”<sup>78</sup>.

Atualmente, Felipe Alexandre Ramos Breda sustenta que o descaminho se insere no campo do Direito Aduaneyro<sup>79</sup>.

Infelizmente não possuímos o espaço necessário para analisar e contextualizar todas as citações acima colacionadas e tomar partido das discussões ali travadas, importantíssimas aliás.

## VI - Considerações Finais

Para chegar até aqui se procedeu a breve levantamento histórico da repressão da fraude aduaneyra no Brasil, com ênfase no período colonial e no antigo direito português. E o primeiro passo foi reconhecer que os costumes exercem um grande papel na área após a sábia advertência de Viveiros de Castro de que existem “certos princípios que pouco a pouco foram se corporificando e constituindo verdadeiros aforismos fiscais de incontestável utilidade na interpretação dos textos, cujo silêncio, obscuridade ou insuficiência, muitas vezes suprem”<sup>80</sup>.

De fato, séculos de prática das atividades alfandegárias acabaram por se incorporar à legislação aduaneyra que há muito carrega a pecha de ser obscura, lacônica e inacessível. Buscou-se demonstrar que se trata de características arraigadas na legislação da metrópole que foram transplantadas para o Brasil desde o início da colonização. Bastava compilar os muitos forais, regimentos e cartas que dispusessem sobre sanções aduaneyras, mas com a ajuda do curso de história tributária de Viveiros de Castro optou-se pela investigação sobre como ocorria de fato a repressão ao contrabando.

E para responder tal pergunta se adaptou inteligente questionamento de Castro sobre quem exercia o poder tributário, restringindo-o ao campo da evasão dos direitos aduaneyros. Partindo da contextualização histórica da repressão às fraudes aduaneyras no Brasil se conseguiu identificar diversas outras características *originais*, como a fabricação de compilações para sedimentar as práticas alfandegárias de determinado período, estratégia recorrente também utilizado pelo Regulamento Aduaneyro atual.

O que deve ser ressaltado é a constatação de que havia uma intensa disputa de poder sobre os direitos aduaneyros que foram brevemente recolhidos nas alfândegas brasileiras sobre as mercadorias internadas por estrangeiros até que o comércio com nossos vizinhos fosse proibido pela metrópole. Imediatamente co-

<sup>77</sup> SIQUEIRA, Galdino. *Direito Penal brasileiro: parte especial*. Op. cit., p. 407.

<sup>78</sup> CARVALHO, Maria Dometila Lima de. *Crimes de contrabando e descaminho*. São Paulo: Saraiva, 1983, p. 37.

<sup>79</sup> Breda, Felipe Alexandre Ramos. “O descaminho enquanto infração aduaneyra de natureza fiscal”. In: BRITTO, Demes (coord.). *Temas atuais do Direito aduaneyro brasileiro e notas sobre o Direito internacional*. São Paulo: IOB, 2012, p. 265.

<sup>80</sup> CASTRO, Augusto Olympio Viveiros de. *O contrabando*. Op. cit., p. 9.



meçou intenso processo de contrabando que se constituiu em verdadeiro modo de vida na colônia. Historiadores respeitados afirmam que poucos escapariam às cominações estabelecidas contra os que contrabandeassem desde o território espanhol.

Ao que tudo indica, o cenário do início do século XX era similar e assim contextualiza-se a afirmação de Castro de que a penalização do contrabando não apenas repugnava nossa consciência jurídica como não ofendia o sentido médio de probidade do brasileiro. Vale lembrar que durante o Império o contrabando foi despenalizado, sendo cominada apenas a perda das mercadorias e multa pelo Código Criminal do Império de 1830 (art. 265), além das sanções previstas pela legislação aduaneira (Regulamento das Alfândegas).

Com o auxílio de tais argumentos o autor homenageado sustentou a especialização da repressão ao contrabando, a qual deveria ser feita apenas pela legislação aduaneira. Registre-se que a acepção de contrabando adotada por Castro é ampla, entendida como sinônimo de fraude aduaneira *em geral*. Trata-se de construção doutrinária indispensável ao estudo sistemático da repressão a tais fraudes que abrange tanto a disciplina penal quanto a administrativa dos desvios de direitos aduaneiros, ou seja, inclui tanto os crimes aduaneiros previstos no Código Penal (contrabando e descaminho) como as fraudes aduaneiras em sentido estrito previstas em normas expedidas ou regulamentadas pela administração aduaneira.

Logo, pode ser definida como qualquer ato pelo qual uma pessoa *engana ou tenta enganar* a administração aduaneira e, com isso, *ilude* o pagamento de direitos e impostos de importação ou exportação, no todo ou em parte, ou *obtem* qualquer *vantagem* infringindo disposições legais ou *regulamentares* expedidas pela administração aduaneira. Tal conceito está em consonância com a doutrina de Castro e corresponde à tradução do termo proposta pela Organização Mundial de Aduanas.

Assim, demonstra-se a importância da unificação do tema e justifica-se o resgate das obras de Castro, pois existem particularismos que podem ser observados no controle da entrada de mercadorias e na repressão à evasão dos tributos devidos por tal entrada, ou seja, são *características originais e diferenciadoras que demandam uma análise também peculiar*. Estas são as bases iniciais que justificam a escolha pela Ciência do Direito Aduaneiro como método de estudo da fraude aduaneira, o que afirmamos graças aos estudos pioneiros de Augusto Olympio Viveiros de Castro.

## VII - Referências Bibliográficas

- ALAIS, Horácio Félix. *Régimen infraccional aduanero*. Buenos Aires: Marcial Pons, 2011.
- ALBARRACÍN, Hector G. Vidal. “El derecho penal aduanero y la seguridad jurídica. Necesidad de su armonización”. In: COTTER, Juan Patricio (coord.). *Derecho aduanero: homenaje a Cotter Moine*. Buenos Aires: Lexis Nexis, 2007.
- BASALDÚA, Ricardo Xavier. *Introducción al Derecho Aduanero*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1988.
- BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria geral do Direito Tributário*. São Paulo: Saraiva, 1972.

- BORGES, José Souto Maior. *Teoria geral das isenções*. São Paulo: Malheiros, 2001.
- BREDA, Felipe Alexandre Ramos. “O descaminho enquanto infração aduaneira de natureza fiscal”. In: BRITTO, Demes (coord.). *Temas atuais do Direito aduaneiro brasileiro e notas sobre o Direito internacional*. São Paulo: IOB, 2012.
- CARRARA, Ângelo Alves. *Receitas e despesas da Real Fazenda no Brasil: século XVII*. Juiz de Fora: UFJF, 2009.
- CARTA de Foral de 6 de outubro de 1534 a Martim Afonso de Sousa. *Documentos interessantes para a história e costumes de São Paulo*. V. XLVII. São Paulo: Casa Vanorden, 1929.
- CARTA de Tomé de Souza a D. João III. Salvador: 1553. In: DIAS, Carlos Malheiro. *História da colonização portuguesa no Brasil*. V. 3. Porto: Litografia Nacional, 1924.
- CARVALHO, Maria Dometila Lima de. *Crimes de contrabando e descaminho*. São Paulo: Saraiva, 1983.
- CASTRO, Augusto Olympio Viveiros de. *Accordams e votos comentados*. Rio de Janeiro, 1925.
- . “Contrabando”. *Revista do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro, 1923.
- . *O contrabando*. Rio de Janeiro, 1898.
- . “História tributária do Brasil”. *Revista do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro* v. 78. Rio de Janeiro: Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro, 1916.
- . –. Brasília: Esaf, 1989.
- . *Tratado dos impostos*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1910.
- COSTA, Alcides Jorge. “História da Tributação no Brasil”. In: FERRAZ, Roberto (coord.). *Princípios e limites da tributação*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.
- FOLLONI, André Parmo. *Tributação sobre o comércio exterior*. São Paulo: Dialética, 2005.
- FORTE, Horácio S. *Das fraudes aduaneiras*. Recife, 1940.
- GODOY, José Eduardo Pimentel. *As alfândegas de Pernambuco*. Brasília: Esaf, 2002.
- . *Dicionário de história tributária do Brasil*. Brasília: Esaf, 2002.
- LACOMBE, Américo Jacobina. *Ensaio brasileiro de história*. São Paulo: Nacional, 1889.
- LENCASTRE, F. Salles. *Estudos sobre portagens e alfândegas de Portugal: século XII a XVI*. Lisboa: Imprensa Nacional, 1891.
- LOPES, José Reinaldo de Lima. *O Direito na história*. São Paulo: Max Limonad, 2000.
- LORENZO, Mario di. *Corso di diritto doganale*. Milão: Giuffrè, 1947.
- MANSO, Amílcar Cavalheiro. “Contrabando e descaminho”. *Revista da Ordem dos Advogados* v. 11, n. 3/4. Lisboa: Ordem dos Advogados Portugueses, pp. 232-243, 1951.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Globo, 1933.
- MELLO, Astrogildo Rodrigues. “Contrabando e bandeirismo no segundo quartel do século XVII”. Separata da *Revista de História* n. 36. São Paulo, 1958.
- MODONESI, Diego. *L'obbligazione doganale*. Tese de doutorado. Bolonha: Universidade de Bolonha, 2011.

- NASCIMENTO, Vicente Pinto de Albuquerque. *O contrabando em face da lei*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1960.
- OLIVEIRA, Candido Baptista. *Systema financial do Brazil*, 1852.
- PRESTES, Walter. “Curiosidades do contrabando no Rio”. Revista *O Malho*. Rio de Janeiro: 1928.
- RAGNO, Giuseppe. *Il delitto de contrabando doganale*. Milão: Giuffrè, 1961.
- ROSENOW, Sheri; e O’SHEA, Brian J. *A handbook on the WTO customs valuation agreement*. Reino Unido: Cambridge University Press, 2010.
- RUIZ, Alberto. “O contrabando”. *Revista do Serviço Público*, maio de 1950.
- SILVA, Oswaldo da Costa e. *Glossário de termos aduaneiros internacionais: Organização Mundial das Alfândegas*. Brasília: Imprensa Nacional, 1998.
- SIQUEIRA, Galdino. *Direito Penal brasileiro: parte especial*. Rio de Janeiro: Livraria Jacyntho, 1932.
- SOSA, Roosevelt Baldomir. *A aduana e o comércio exterior*. São Paulo: Aduaneiras, 1995.
- . *Temas aduaneiros: estudos sobre problemas aduaneiros contemporâneos*. São Paulo: Aduaneiras, 1999.
- TAUNAY, Afonso de E. *História das bandeiras paulistas*. São Paulo: Melhoramentos, 1951.
- . *Na era das bandeiras*. São Paulo: Melhoramentos, 1922.
- TEODOROVICZ, Jeferson. “A importância histórica da codificação para os sistemas tributários latino-americanos e os modelos de Códigos tributários para a América Latina”. *Revista Direito Tributário atual* n. 23. São Paulo: Dialética e Instituto Brasileiro de Direito Tributário, 2009.
- TOSI, Jorge Luís. *Derecho penal aduanero*. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1997.
- TOUBOUL, Colette. “Le particularisme de la responsabilité pénale em matière douanière”. In: GASSIN, Raymond. *Études de droit penal douanier*. Paris: Presses Universitaires de France, 1968.
- VASCONCELLOS, Maria José Esteves de. *Pensamento sistêmico: o novo paradigma da ciência*. Campinas: Papyrus, 2002.
- VEIGA FILHO, João Pedro. *Manual da sciencia das finanças*. São Paulo: Seção de Obras do Estado, 1917.
- VILLEGAS, Hector. *Direito Penal Tributário*. São Paulo: Resenha Tributária, 1974.
- VITERBÓ, Joaquim de Santa Rosa de. *Elucidário das palavras, termos e frases que em Portugal antigamente se usaram e que hoje regularmente se ignoram*. T. I. Lisboa, 1748.