

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 5001195-16.2011.4.04.7205/SC

RELATOR : LEANDRO PAULSEN
APELANTE : AMARO ADILES DA SILVEIRA E SILVA
: AMAURI XAVIER CARDOSO
: CLEBERTON CARVALHO FERREIRA
: MARCO AURELIO BERNARDO DE CAMARGO
ADVOGADO : PAULO RICARDO ENNES MARQUES
APELADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
INTERESSADO : EZEQUIEL SILVA DE ALMEIDA
ADVOGADO : PAULO RICARDO ENNES MARQUES
INTERESSADO : JAIR PEDROSO RAPETTI
ADVOGADO : Vilson César Joner
INTERESSADO : UNIÃO - FAZENDA NACIONAL

VOTO

1. *Emendatio Libelli*. Os acusados respondem pela prática do delito previsto no artigo 334, §1º, alínea 'd', do Código Penal, que na época do fato assim preceituava:

'Art. 334 Importar ou exportar mercadoria proibida ou iludir, no todo ou em parte, o pagamento de direito ou imposto devido pela entrada, pela saída ou pelo consumo de mercadoria:

Pena - reclusão, de um a quatro anos.

§ 1º - Incorre na mesma pena quem:

(...)

b) pratica fato assimilado, em lei especial, a contrabando ou descaminho;'

(...)

d) adquire, recebe ou oculta, em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial, mercadoria de procedência estrangeira, desacompanhada de documentação legal, ou acompanhada de documentos que sabe serem falsos.

Em relação à adequação típica, embora a conduta de transportar mercadoria internada em território nacional de forma irregular não esteja expressamente tipificada dentre aquelas previstas na norma incriminadora do artigo 334 do Código Penal, subsume-se ao tipo penal da alínea 'b' do § 1º do referido dispositivo legal, tratando-se de 'fato assimilado, em lei especial, a contrabando ou descaminho', merecendo, na hipótese de comprovada autoria e materialidade, a mesma reprimenda.

Cuida-se de norma penal em branco, complementada pelos artigos 2º e 3º do Decreto-Lei nº 399/68, que equipara ao contrabando ou descaminho o transporte de cigarros estrangeiros irregularmente introduzidos em território nacional, nos seguintes termos:

'Art 2º O Ministro da Fazenda estabelecerá medidas especiais de controle fiscal para o desembaraço aduaneiro, a circulação, a posse e o consumo de fumo, charuto, cigarrilha e cigarro de procedência estrangeira.'

'Art. 3º Ficam incursos nas penas previstas no artigo 334 do Código Penal os que, em infração às medidas a serem baixadas na forma do artigo anterior adquirirem, transportarem, venderem, expuserem à venda, tiverem em depósito, possuírem ou consumirem qualquer dos produtos nele mencionados.'

Assim, em que pese a denúncia tenha referido prática do ilícito penal do art. 334, §1, 'd' do Código Penal, encontrando-se os fatos perfeitamente descritos na peça acusatória, de forma

que restou garantido o exercício do direito de defesa, aplica-se, na espécie, o instituto da *emendatio libelli*, previsto no art. 383 do Código de Processo Penal, para alterar o enquadramento jurídico da conduta narrada na denúncia para a figura do art. 334, § 1º, alínea 'b', do Código Penal.

Por sua vez, os arts. 2º e 3º do Decreto-Lei nº 399/68 equiparam a contrabando ou descaminho a prática ilegal de atividade envolvendo cigarros de procedência estrangeira:

Art. 2º O Ministro da Fazenda estabelecerá medidas especiais de controle fiscal para o desembaraço aduaneiro, a circulação, a posse e o consumo de fumo, charuto, cigarrilha e cigarro de procedência estrangeira.

Art. 3º Ficam incursos nas penas previstas no artigo 334 do Código Penal os que, em infração às medidas a serem baixadas na forma do artigo anterior adquirirem, transportarem, venderem, expuserem à venda, tiverem em depósito, possuírem ou consumirem qualquer dos produtos nele mencionados.

Desta forma, sendo os acusados envolvidos no transporte de cigarros estrangeiros, introduzidos em território nacional de forma irregular, subsume-se sua conduta ao tipo objetivo da alínea 'b' do § 1º do art. 334 do Código Penal c/c arts. 2º e 3º do Decreto-Lei nº 399/68.

2. *Objeto da apelação.* Insurgem-se os réus quanto à dosimetria da pena imposta pela prática do crime de contrabando, questionando especificamente a valoração empregada à vetorial circunstâncias do crime.

Ao magistrado, valendo-se das balizas normativas estabelecidas de forma bastante detalhada pelo Código Penal, cabe a tarefa de individualizar a pena de forma proporcional à conduta praticada pelos réus. A meu ver, somente cabe a intervenção deste Tribunal quando houver nítido descompasso entre os critérios utilizados na dosimetria e os fatos em julgamento. É sob tal perspectiva que passo a analisar a dosimetria das penas impostas.

Na primeira fase de fixação da pena, o Juiz sentenciante tratou de forma assemelhada para cada um dos réus a vetorial circunstâncias do crime, negatizando sua valoração de acordo com a seguinte fundamentação:

Na primeira fase de aplicação da pena, considero altamente negativas as circunstâncias do crime.

De início, o contrabando de cigarros, por seu próprio e peculiar objeto, há de merecer diferenciação em termos de reprimenda, sendo fato notório o avanço que este tipo de ilicitude vem tendo em comparação com outras do mesmo gênero delituoso (os impressionantes números podem ser encontrados, dentre outras fontes, nos periódicos relatórios de atividades aduaneiras da Receita Federal). Não se cuida, no ponto, de incrementar a pena com base na gravidade que o próprio tipo abstratamente já contempla ao cominar sua sanção; trata-se, ao contrário, de destacar um elemento específico da conduta concreta, qual seja, seu particular objeto material, merecendo maior reprovação o contrabando de cigarros que outros, como por exemplo, o de gasolina. Isto porque a importação clandestina de cigarros, além da lesão à saúde pública (aspecto malévolo este, em princípio, já considerado abstratamente pela norma proibitiva), está a se erigir numa prática de repercussão social gravíssima (organização de grupos criminosos; mortes violentas; tiroteios frequentes em região de fronteira, com permanente risco à vida de agentes de segurança; corrupção de servidores públicos desonestos etc - v., dentre outras fontes, especialmente no tópico 'O cigarro mata', <http://www.gazetadopovo.com.br/vida-e-cidadania/especiais/imperio-das-cinzas/> - acesso em 18/03/2015), cada vez mais assemelhando-se, nesses aspectos, ao tráfico de drogas. Cabe assim ao Judiciário dar a tal forma delitativa tratamento mais rigoroso, na exata medida dos riscos e abalos sociais que vem provocando, de tal sorte a prevenir, em adequada proporção de força, sua recorrência e perenidade. Tal como no crime de drogas se eleva a pena conforme a natureza do entorpecente (art. 42 da Lei 11.343/06), é de rigor técnico-penal proceder de maneira equivalente, em termos do art. 334 do CP (hoje 334-A), quando a natureza do bem contrabandeado (ou seja, circunstância do delito) o recomendar.

Em segundo lugar, o caso concreto impõe maior censura não apenas pela natureza do objeto, mas pela vultosa carga apreendida, de 328 mil maços de cigarro, o que, ao exigir um ônibus e uma equipe

numerosa para seu traslado, é de grande destaque frente aos casos cotidianos de apreensão em automóveis conduzidos por um ou dois mulas.

Em terceiro lugar, tem-se presente uma conduta que foi bastante trabalhada em termos de planejamento, seja pelo longo itinerário desenvolvido (Porto Alegre - Foz do Iguaçu, com previsão de retorno à origem), seja pela divisão de trabalho, seja pela evidente necessidade de capital acima do modesto para aquisição de tal volume de mercadoria (estes aspectos, ligados a planejamento, tangenciam a culpabilidade, na sua dimensão de exigibilidade de conduta diversa; todavia, para efeito de dosimetria da pena, tenho como mais pertinente sua valoração em termos de circunstâncias do crime).

Apenas quanto ao réu Amaro acresceu à análise da vetorial a seguinte fundamentação:

Em quarto lugar, AMARO era, junto com LICIANDRO, o motorista do ônibus. Havia pois certa qualidade especial na sua pessoa, que o tornava essencial para a consecução do crime. Diferentemente de AMAURI, em relação a quem incide a agravante do art. 62, I, não era, todavia, coordenador das operações. Assim, quanto à colaboração funcional do réu impõe-se, comparativamente a AMAURI, um incremento mais leve, o que se faz sob o título das circunstâncias.

As circunstâncias do crime estão vinculadas a todos os demais elementos que, não se afigurando a nenhuma das outras vetoriais descritas no art. 59 do CP, permeiam a ação criminosa, sejam de ordem externa (tempo, local, método ou recursos empregados para a prática delitiva) ou interna (premeditação, hesitação, relações com a vítima, finalidade).

O caso concreto envolve a introdução irregular de cigarros em território nacional. É importante considerar, ainda, que o Brasil é signatário, no âmbito da Organização Mundial da Saúde, do tratado denominado 'Convenção-Quadro para o Controle do Tabaco (CQCT)', assinado por nosso país em 16.06.2003 e promulgado pelo Decreto nº 5.658, de 02.02.2006. De acordo com o artigo 3º, o objetivo da Convenção-Quadro é proteger as gerações presentes e futuras das devastadoras conseqüências sanitárias, sociais, ambientais e econômicas geradas pelo consumo e pela exposição à fumaça do tabaco. Percebe-se, pois, nitidamente o intuito de proteger a saúde pública. Ainda, na 'parte IV' do referido tratado, que dispõe sobre as medidas relativas à redução da oferta de tabaco, há artigo específico referindo que medidas para a eliminação de todas as formas de comércio ilícito de tabaco, como o contrabando, são essenciais para o controle do tabaco, tendo por fim a proteção da administração pública da saúde coletiva, *in verbis*:

'(...)

PARTE IV: MEDIDAS RELATIVAS À REDUÇÃO DA OFERTA DE TABACO

Artigo 15

Comércio ilícito de produtos de tabaco

1. As Partes reconhecem que a eliminação de todas as formas de comércio ilícito de produtos de tabaco - como o contrabando, a fabricação ilícita, a falsificação - e a elaboração e a aplicação, a esse respeito, de uma legislação nacional relacionada e de acordos sub-regionais, regionais e mundiais são componentes essenciais do controle do tabaco.

(...)

4. Com vistas a eliminar o comércio ilícito de produtos do tabaco, cada Parte:

(a) fará um monitoramento do comércio de além-fronteira dos produtos do tabaco, incluindo o comércio ilícito; reunirá dados sobre o mesmo e intercambiará informação com as autoridades aduaneiras, tributárias e outras autoridades, quando aplicável, e de acordo com a legislação nacional e os acordos bilaterais ou multilaterais pertinentes aplicáveis;

(b) promulgará ou fortalecerá a legislação, com sanções e recursos apropriados, contra o comércio ilícito de tabaco, incluídos a falsificação e o contrabando;

(c) adotará medidas apropriadas para garantir que todos os cigarros e produtos de tabaco oriundos da falsificação e do contrabando e todo equipamento de fabricação daqueles produtos confiscados sejam destruídos, aplicando métodos inócuos para o meio ambiente quando seja factível, ou sejam eliminados em conformidade com a legislação nacional;

(d) adotará e implementará medidas para fiscalizar, documentar e controlar o armazenamento e a distribuição de produtos de tabaco que se encontrem ou se desloquem em sua jurisdição em regime de isenção de impostos ou de taxas alfandegárias; e

*(e) adotará as medidas necessárias para possibilitar o confisco de proventos advindos do comércio ilícito de produtos de tabaco.
(...)'*

Trata-se, assim, a conduta imputada de uma prática delitiva de maior gravidade, não havendo falar em inexpressividade da lesão jurídica. Ademais, é elevada a quantidade de cigarros apreendidos - 328.000 mil maços, que certamente exigiu utilização de recursos financeiros de monta para sua aquisição, justificando que seja considerada negativa a vetorial circunstâncias do crime.

Como visto, o magistrado avaliou as circunstâncias do crime ponderando quanto à quantidade apreendida, nocividade do produto e o planejamento da prática delituosa, optando por agravar a pena imposta aos réus, na primeira fase da dosimetria, em no mínimo 18 meses.

Não há óbice para que o magistrado, de forma fundamentada, promova o amplo afastamento da pena-mínima do crime de contrabando, caso alguma das vetoriais do art. 59 do CP assim o recomende, como ocorre no caso em apreço.

Em assim sendo, ainda que presente apenas uma vetorial negativa, sua especial gravidade em concreto pode justificar um aumento mais rigoroso da reprimenda básica. No mesmo sentido, o STF consignou que *'tanto a concorrência de diversas vetoriais negativas como a existência de uma única vetorial negativa de especial gravidade autorizam pena base bem acima do mínimo legal.'* (RHC 101576, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 26/06/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-159 DIVULG 13-08-2012 PUBLIC 14-08-2012).

3. *Confissão.* A confissão extrajudicial de Amauri, Cleberton e Marco Aurélio efetivamente foi utilizada como um dos subsídios para a condenação, embora tenha ocorrido a retratação dos acusados durante o interrogatório em juízo. Preleciona o Colendo STJ que quando a confissão espontânea do réu alicerça o decreto condenatório, é de ser reconhecido o benefício da atenuante, mesmo ocorrendo a posterior retratação, como exemplifico pelo seguinte julgado:

HABEAS CORPUS. WRIT SUBSTITUTIVO. ROUBO CIRCUNSTANCIADO EM CONCURSO FORMAL. CONFISSÃO PARCIAL. CONFIGURAÇÃO. COMPENSAÇÃO COM A REINCIDÊNCIA. TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA. MAJORAÇÃO EM 2/5. FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE. ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO.

1. *Se a confissão extrajudicial do paciente foi utilizada para corroborar o acervo probatório e fundamentar a condenação, deve incidir a atenuante prevista no art. 65, III, 'd', do Código Penal, sendo irrelevante o fato de ter havido posterior retratação.*

2. *No julgamento dos EREsp n. 1.154.752/RS (DJe 4/9/2012), a Terceira Seção deste Superior Tribunal pacificou o entendimento de que, observadas as peculiaridades de cada caso, é possível, na segunda fase da dosimetria da pena, a compensação da reincidência com a confissão espontânea, por serem igualmente preponderantes, de acordo com o art. 67 do Código Penal.*

3. *Não há ilegalidade na exasperação da pena, na terceira fase da dosimetria, quando apontados elementos concretos que evidenciam a maior periculosidade e gravidade do roubo - na espécie, o concurso de quatro agentes e o emprego de mais de uma arma de fogo.*

4. *Ordem não conhecida. Habeas corpus concedido, de ofício, para reconhecer a confissão espontânea e proceder à compensação entre essa atenuante e a agravante da reincidência, redimensionando a pena do paciente para 7 anos e 10 meses de reclusão mais 18 dias-multa.*

(HC 251.532/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 14/04/2015, DJe 22/04/2015)

Em relação ao patamar de valoração de cada atenuante, a jurisprudência do STJ tem entendido que *'cabe ao Magistrado, dentro da razoabilidade e proporcionalidade, dosar a referida diminuição, tendo em vista que o Código Penal não estabeleceu limites para estabelecer a fração dessa redutora'* (HC 230.681/SP, Rel. Ministra Marilza Maynard (Desembargadora Convocada do TJ/SE), Sexta Turma, julgado em 05/12/2013, DJe 16/12/2013).

Mesmo não havendo um critério impositivo de valoração, os Tribunais pátrios têm adotado, majoritariamente, como parâmetro, o coeficiente de 1/6 da pena para cada circunstância atenuante reconhecida.

Nessa linha, passo a redimensionar as penas privativas de liberdade daqueles réus em que reconhecida a atenuante da confissão, nos seguintes termos:

Amauri, que teve a pena-base fixada na primeira etapa em 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão, em face da atenuante da confissão (art. 65, III, d do CP), tem a pena privativa de liberdade recalculada, na primeira fase da dosimetria, para 2 anos e 1 mês.

Incide em relação ao acusado a agravante do art. 62, I, do CP, pois coordenou às atividades delituosas, aplicada na proporção de 1/6. Deste modo, na segunda fase da dosimetria apura-se pena privativa de liberdade de 2 anos, 5 meses e 5 dias de reclusão. Não existindo causas de aumento ou diminuição da pena, resta a reprimenda fixada de forma definitiva em 2 anos, 5 meses e 5 dias de reclusão.

Cleberton, que teve a pena-base fixada na primeira etapa em 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão, em face da atenuante da confissão (art. 65, III, d do CP), tem a pena privativa de liberdade recalculada para 2 anos e 1 mês.

Incide em relação ao acusado a agravante de ter atuado mediante promessa de pagamento (art. 62, IV, do CP), a ser aplicada na mesma proporção adotada pelo Juiz sentenciante, sob pena de *reformatio in pejus*. Deste modo, na segunda fase da dosimetria apura-se pena privativa de liberdade de 2 anos e 2 meses de reclusão. Não existindo causas de aumento ou diminuição da pena, resta a reprimenda fixada de forma definitiva em 2 anos e 2 meses de reclusão.

Marco Aurélio, que teve a pena-base fixada na primeira etapa em 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão, em face da atenuante da confissão (art. 65, III, d do CP), tem a pena privativa de liberdade recalculada para 2 anos e 1 mês.

Incide em relação ao acusado a agravante de ter atuado mediante promessa de pagamento (art. 62, IV, do CP), a ser aplicada na mesma proporção adotada pelo Juiz sentenciante, sob pena de *reformatio in pejus*. Deste modo, na segunda fase da dosimetria apura-se pena privativa de liberdade de 2 anos e 2 meses de reclusão. Não existindo causas de aumento ou diminuição da pena, resta a reprimenda fixada de forma definitiva em 2 anos e 2 meses de reclusão.

Dispositivo. Ante o exposto, voto por dar parcial provimento à apelação defensiva, apenas para aplicar a atenuante da confissão espontânea para os réus **Marco Aurélio Bernardo de Camargo, Cleberton Carvalho Ferreira e Amauri Xavier Cardoso** e redimensionar a pena privativa de liberdade, nos limites da fundamentação.

Leandro Paulsen
Relator

Documento eletrônico assinado por **Leandro Paulsen, Relator**, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006 e Resolução TRF 4ª Região nº 17, de 26 de março de 2010. A conferência da **autenticidade do documento** está disponível no endereço eletrônico <http://www.trf4.jus.br/trf4/processos/verifica.php>, mediante o preenchimento do código verificador **7706929v6** e, se solicitado, do código CRC **4116317F**.

Informações adicionais da assinatura:

Signatário (a): Leandro Paulsen
Data e Hora: 16/10/2015 15:07
